



Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya (*)

Kai Ambos

*Dr. Jur. (München). Referente científico
Instituto Max Planck de Derecho Penal
Extranjero e Internacional. Asistente científico
de la Universidad de Friburgo de Brisgovia*

I. Introducción

En el juicio contra los mayores criminales de guerra, el Tribunal Militar Internacional (*International Military Tribunal* - "IMT") en forma bastante clara estableció que la responsabilidad penal individual había sido "hacia tiempo reconocida" y más aún que "Suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al Derecho Internacional. Crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales

crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer".¹

A pesar de que esta opinión no fue justificada en detalle -el IMT simplemente hizo referencia a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Ex Parte Quirin*² y así infirió, podría argumentarse, una "analogía doméstica"³-, ha sido históricamente confirmada en los diversos juicios por crímenes de guerra desde la Segunda Guerra Mundial,⁴ el reciente establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente (*International Criminal Court* - "ICC")⁵ y, en particular, la creciente jurisprudencia del Tribunal Penal Interna-

(*) Versión original inglesa ("Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis- From Nuremberg to The Hague") de Emily Silverman J.D. (Berkeley) y LL. M. (Freiburg) publicada en: GABELLE KIRK MACDONALD/OLIVIA SWAK-GOLMAN (eds.) Esta versión ha sido revisada por el autor y sirvió de base a la traducción llevada a cabo por Mónica Karayan (Argentina).

1. The Trial of the Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, vol. 22, pág. 447 (London, HMSO 1950) ("El Juicio").

2. *Ex Parte Quirin*, U.S. 317 (1942) 1-48. La Corte Suprema reseñó varios ejemplos históricos y sostuvo en las págs. 27 s.: "Desde el mismo inicio de su historia esta Corte ha reconocido y aplicado las leyes de la guerra como inclusivas de aquella parte de la ley de las naciones que prescribe, para la conducción de la guerra, el status, los derechos y los deberes de las naciones enemigas al igual que de los individuos enemigos." (Énfasis del autor.)

3. Conf. Appeals Chamber (App. Ch.), *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29.10.1997 (IT-95-14-AR 108bis), pág. 40.

4. Ver el excelente trabajo histórico de TIMOTHY L.H. MCCORMACK, *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime* en: MCCORMACK/SIMPSON (eds.), *The law of war crimes: national and international approaches*, The Hague et al. 1997, pág. 31-63; MARSCHIK, en *ibid.*, pág. 65-101 (informes sobre Europa); WENIG, en *ibid.*, pág. 103/22 (sobre Israel); TRIGGS, en *ibid.*, pág. 123-49 (sobre Australia) y WILLIAMS, en *ibid.*, pág. 151-70 (sobre Canadá).

5. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/Conf. 183/9 ("Estatuto de Roma", <www.oh.org/law/ice>); publicado en *International Legal Materials (ILM)* 37 (1998), 999; en castellano en: AMBOS/GUERRERO (eds.), *El Estatuto de Roma. Análisis por expertos internacionales*. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1999, pág. 429 ss. - Ver AMBOS, *Zur Rechtsgrundlage des neuen Internationalen Strafgerichtshofs*, 111 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 111 (1999), pág. 175 ss. = *Revista de Derecho Procesal (España)* No. 3 (1999), 553 ss. y *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2da Epoca, No. 5 (enero 2000), 127 ss.; CASSESE, *The Statute of the ICC etc.*, *Eur. Journal of International Law* 10 (1999), 144 ss.; AMBOS/GUERRERO (eds.), op. cit.; TRIFFERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Baden-Baden 1999; LATTANZI/SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, vol. I, Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999; SADAT-WEXLER, *A first look at the 1998 Rome Statute etc.*, en: Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol III, 2da ed. 1999, pág. 655 ss. Sobre la implementación del Estatuto ver KREB/LATTANZI (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, Baden-Baden/Ripa Fagnano Alto (Italia) 2000.

cional para la exYugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* - "ICTY") y del de Rwanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda* - "ICTR").⁶ De allí que no sea una novedad que esta afirmación clásica del IMT fuera citada en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del ICTY en el caso *Tadic* de modo tal de fijar los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones al art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y otras reglas consuetudinarias pese a la existencia de un conflicto internacional o interno, con la Sala de Apelaciones concluyendo en que:

"Todos estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3º común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de víctimas de conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil."⁷

Frente a estos desarrollos es justo concluir en que el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente reconocido. Sin embargo, otra cuestión que debe ser abordada aquí es la de determinar cuáles son los elementos constitutivos de semejante responsabilidad. En lo que respecta a la doctrina reciente, sólo BASSIOUNI ha tratado el tema de un modo más o menos completo, aunque no conclusivo.⁸ Casi toda la doctrina restante se concentra en el desarrollo histórico y en cuestiones de organización y procedimiento relativas a una corte penal internacional o a los crímenes específicos, pero soslaya el desarrollo y el análisis de los elementos de la responsabilidad penal individual. El enfoque más promisorio para

semejante tarea es el de retrotraerse a las fuentes primarias del Derecho penal supranacional, es decir, la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra desde Nuremberg, por un lado, y las convenciones de Derecho penal supranacional y otras fuentes escritas, por el otro. Por razones de extensión sólo las primeras pueden ser tratadas aquí.

El análisis de la jurisprudencia abarcará, en primer lugar, los juicios de Nuremberg y de Tokio y los juicios documentados por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (*United Nations War Crimes Commission* - "UNWCC"). En segundo lugar, son examinadas ciertas decisiones de tribunales nacionales sobre crímenes cometidos durante el nazismo (*Eichmann, Barbie, Touvier y Finta*)⁹ y otras criminalidades toleradas o auspiciadas por el estado *My Lai* (USA); *Comandantes* (Argentina); *Letelier/Moffitt* (Chile); muertes en la frontera (GDR). Finalmente, será analizada la jurisprudencia del ICTY, que está fuertemente fundada en los precedentes antes mencionados.

En las tres partes de este comentario serán examinados los elementos *objetivos* de responsabilidad individual seguidos de los elementos *subjetivos*, partiendo de la premisa de que se debe distinguir entre imputación objetiva y subjetiva, es decir, imputación de una lesión o de un acto determinado desde un criterio objetivo (*actus reus*) y desde un criterio subjetivo (*mens rea*).¹⁰

II. Los juicios de Nuremberg, Tokio y UNWCC

Mientras que los juicios ante el IMT y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este (*International Military Tribunal for the Far East* - "IMTFE")¹¹ eran verdaderamente internacionales,

6. Ver los resúmenes de AMBOS/RUEGENBERG, *Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report (NSiZ-RR)*, 1998, pág. 167 ss.; 1999, 200 ss.; 2000, 198 ss.

7. Ver App. Ch., *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995 (IT-94-1-AR72), pág. 128-37, 134.

8. Conf. BASSIOUNI, *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht 1992, pág. 339 ss., 2da ed. 1999, pág. 369 ss. Ver también TORNARITIS, *The Individual as a Subject of International Law and International Criminal Responsibility*, en BASSIOUNI (ed.), *A treatise on international criminal law: crimes and punishment*, 1973, pág. 103 ss. Una selección más bien mixta de materiales es presentada en PAUST ET. AL., *International criminal law: cases and materials 21-72* (1996).

9. Los casos *Menten* (*International Law Reports [ILR]* tomo 75, pág. 331 ss. [Países Bajos]), *Polyukhovich* (ILR 91, 1 ss. [Australia]), *Kappler y Priebke* (Trib. Militare di Roma, Sentenza del 1 agosto 1996 y del 22 de julio 1997; Corte Militare app., sentencia del 7 marzo 1998; Corte Suprema di Cass., sentencia del 16 noviembre 1998 [Italia]) no contienen consideraciones sustanciales sobre la responsabilidad individual.

10. Sobre imputación objetiva y subjetiva ver ROXIN; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 3era ed. 1997, § 10 nota marginal ("nm") 55, § 11 nm 39 ss., § 12 nm 140 ss.; ver también FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Boston 1978, § 6.7 p. 492.

11. RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo judgment: the international military tribunal for the Far East (IMTFE)*, Amsterdam 1977, tres tomos ("The Tokyo judgment"); el tomo I contiene la opinión de la mayoría; el tomo II las opiniones en disidencia. Ver también PRITCHARD/ZAIDE (eds.), *The Tokyo war crimes trial*, 22 tomos, New York/London 1981.

los 12 juicios subsiguientes de Nuremberg¹² y la gran mayoría de los documentados por la UNWCC¹³ tuvieron lugar ante tribunales nacionales o ante aquellos de las fuerzas ocupantes. Pese a la diferencia organizativa¹⁴ la ley aplicable fue, a *grosso modo*, la misma, es decir, los Estatutos de Nuremberg y de Tokio y el Acta n° 10 del Consejo de Control (*Control Council Law N° 10* - "CCL 10"). Aun cuando se trataron casos que involucraban crímenes cometidos en distintas culturas legales (hablando en líneas generales sistemas del "common law" y "continentales" o "civiles"), los juicios, tal como documentados por la UNWCC, no se apartaron, salvo algunas diferencias de detalle, de las bases comunes de la legislación de Nuremberg y de Tokio. Esto justifica y facilita un análisis en común de esta jurisprudencia aunque ciertamente tiene que reconocerse que tanto las decisiones del IMT como las del IMTFE son las fuentes históricas de mayor autoridad de derecho penal supranacional.

En general, los Tribunales han reconocido que el principio de culpabilidad (individual) exige el conocimiento por parte del acusado de las circunstancias del delito. El IMT se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones nazis, consagrando que "uno de los más importantes [principios legles]... es que la culpabilidad penal es personal, y que los castigos en masa deben ser evitados" y que "el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad [de un grupo u organización] en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas".¹⁵

En los juicios subsiguientes frecuentemente se repitió que la responsabilidad individual presupone culpabilidad individual;¹⁶ sin embargo, el prin-

cipio de culpabilidad ha estado sujeto a algunas limitaciones considerables como se demostrará en el análisis que sigue.

1. Elementos objetivos de responsabilidad individual (*actus reus*)

a) *Conexión causal?*

En cuanto a la imputación de resultados (más o menos ciertos) de una conducta, la jurisprudencia de Nuremberg ha seguido una línea bastante directa de causa-efecto (en el sentido de la teoría de la equivalencia o de la fórmula *conditio sine qua non*). No se han desarrollado limitaciones a este concepto ilimitado de imputación, por ejemplo en el sentido de teorías normativas de imputación (objetiva).¹⁷ De allí que no sea sorprendente que la jurisprudencia no ofrezca un fundamento teórico; todo lo que se puede encontrar es una referencia lacónica del Juez Powers a una "conexión causal".¹⁸ En suma, el enfoque de Nuremberg puede ser llamado pragmático más que dogmático, y orientado a la evidencia más que a una cuestión de principios.

Los juicios del IMTFE y de la UNWCC no dijeron mucho más acerca de esta cuestión. Sólo refirieron al criterio de causalidad en el contexto de la participación.¹⁹

b) *Participación/Complicidad*

La jurisprudencia de Nuremberg no distinguió entre autor principal y accesorio,²⁰ sino que más bien consideró cualquier forma de participación actual en el crimen como suficiente para conside-

12. *Trials of War Criminals (TWC) before de Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10*, vols. I-XV (US-GPO, Washington D.C. 1950-1953) ("TWC").

13. UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vols. I-XV (London 1947-1949) ("UNWCC Law Reports").

14. La doctrina alemana de la postguerra, sin embargo, no consideró la naturaleza legal de los tribunales como una mera cuestión formal; ver el trabajo fundamental de JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn 1952, pág. 283-94.

15. "El Juicio", *supra nota*, en pág. 469.

16. *U.S. v. Krauch et al.* (caso 6), TWC VIII, *supra nota*, pág. 1081-210, 1155-56, 1157, 1158-59, 1160; *U.S. v. Krupp et al.* (caso 10), TWC IX, pág. 1327-484, 1331, 1448; *U.S. v. von Leeb et al.* (caso 12), TWC XI, pág. 462-697, 484. Ver también *U.S. v. Flick et al.* (caso 5), TWC VI, pág. 1187-223, 1208 ("standards racionales y prácticos" para la determinación de culpabilidad).

17. Estas teorías tratan de limitar la imputación mediante criterios normativos (cf. ROXIN, *supra nota*, § 11 nm 39-136; ver también FLETCHER, *supra nota*, § 6.7.2., pág. 495 s.).

18. *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, TWC XIV, *supra nota*, pág. 308-942, 888 (opinión disidente).

19. Ver *infra* sección II.1.b).

20. Ver para una correcta distinción, desde un punto de vista de derecho comparado: FLETCHER, *supra nota*, § 8.5., pág. 637. Ver también *Model Penal Code*, § 2.06, pág. 299 (American Law Institute 1985) distinguiendo "diferentes modos de complicidad para un crimen".

rar al partícipe responsable. Así, cualquier cooperación en los planes de guerra de Hitler y cualquier conocimiento de estos planes dio origen a la participación criminal en el crimen contra la paz:

“Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la *cooperación* de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocio. Cuando ellos, con *conocimiento* de sus propósitos, le dieron su *cooperación*, se hicieron *parte* del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos *sabían* lo que estaban haciendo.”²¹

Estos requerimientos, en alguna medida específicos, concernientes al crimen contra la paz, fueron luego desarrollados en los juicios subsiguientes y extendidos a otros crímenes incluidos en el Estatuto del IMT. Posiblemente la afirmación más concreta pueda encontrarse en *U.S. v. von Leeb et al.*, donde se sostuvo que “para ser considerado penalmente responsable, debe haber alguna violación a alguna obligación moral consagrada por el derecho internacional, un hecho personal voluntario llevado a cabo con conocimiento de su íntima criminalidad según el derecho internacional”.²²

En suma, cualquier forma de participación, desde el mero consentimiento a la conducta activa, fue considerado suficiente no sólo para el crimen contra la paz pero también en lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. En el juicio de los *Juristas* (“Justice Trial”) estos criterios fueron aplicados de modo tal que los acusados, que no habían cometido directamente crímenes, fueron considerados responsables como cómplices por estar, burocrática o funcionalmente, involucrados en crímenes del sistema nazi. Por primera vez, se desarrolló un tipo de responsabilidad basada en ciertas funciones organizativas dentro de un aparato burocrático:

“La imputación... es la de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia organizado por el gobierno a nivel nacional [*sic*], en violación a las leyes de la guerra y de la humanidad, perpetrado en nombre de la ley por la autoridad del Ministro de Justicia, y a través de la instrumentalidad

de las Cortes. La daga del asesino fue concebida bajo el ropaje del juez.”²³

Confirmando la línea adoptada por el IMT, autoría (directa) y complicidad (indirecta) fueron tratados de igual forma, de modo tal que “[la] persona que persuade a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos *principales* o *accesorios* al delito”.²⁴

En forma similar, en *U.S. v. Pohl et al.* la responsabilidad en la participación se basó en la división de funciones para la realización de distintas tareas que tomadas en conjunto facilitan o promueven la comisión de un delito:

“Una operación elaborada y compleja, tal como la deportación y exterminación de los judíos y el apoderamiento de todas sus propiedades, es obviamente una tarea para más de un hombre. Como puede esperarse, encontramos a los distintos participantes en el programa pasándose uno al otro la pelota (“tossing the shuttlecock”). El que lo originó dice: ‘Es cierto que pensé en el programa, pero no lo llevé a cabo’. El que le sigue en la línea dice: ‘Yo diseñé el plan por escrito y designé el *modus operandi* pero no fue mi plan y yo de hecho no lo llevé a cabo’. El tercero en la línea dice: ‘Es cierto que disparé contra personas, pero yo estaba simplemente ejecutando órdenes superiores’. El que le sigue en línea dice: ‘Es cierto que yo recibí el botín de este programa y que lo inventarié y dispuse de él, pero no lo robé ni maté a sus propietarios. Yo sólo estaba ejecutando órdenes de un nivel superior’. Para invocar un paralelismo, asumamos que cuatro personas son acusadas de robar un banco... [*Los*] *actos de cualquiera de los cuatro, dentro del marco del plan general, se convierten en los actos de todos los demás.*”²⁵

El argumento de los Tribunales de Nuremberg en lo que respecta a la imputación recíproca es reminiscencia de la doctrina inglesa del “designio común” (“common design”), habitualmente conocido como “emprendimiento conjunto” (“joint enterprise”).²⁶ En efecto, esta doctrina fue aplicada en los juicios británicos de crímenes de guerra, como documenta la UNWCC. Mientras que como regla general se consideró suficiente que el acusa-

21. “El Juicio”, *supra* nota, aquí pág. 448 (énfasis del autor).

22. *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra* nota, pág. 510.

23. *U.S. v. Altstötter et al.*, *supra* nota 22, pág. 1063 (énfasis del autor).

24. *U.S. v. Altstötter et al.* (Justice Trial) (caso 3), TWC III, *supra* nota, pág. 954-1201, 985. Ver también UNWCC Law Reports XV, *supra* nota, pág. 53 ss.

25. *U.S. v. Pohl et al.* (caso 4), TWC V, *supra* nota, pág. 958-1163, 1173, sentencia suplementaria (énfasis del autor).

26. Cf. SMITH & HOGAN, *Criminal law*, 9th ed. 1999, pág. 141 ss.

do estuviera “involucrado en la comisión” (“concerned in the committing”) del crimen, en el caso de varios partícipes el fundamento para una imputación recíproca de contribuciones individuales al delito (principal) se basó en que los partícipes habían tenido un propósito y un plan común dentro del significado de la doctrina del designio común. Una imputación recíproca fue también reconocida en casos en que existió una división funcional de las tareas entre los cómplices. Esto implica responsabilidad por actos preparatorios que dan inicio a la comisión al igual que por actos posteriores a la consumación del delito. En el juicio de *Karl Adam Golkel et al.*, por ejemplo, el Auditor de Guerra argumentó la responsabilidad por actos preparatorios:

“[Un] hombre estará involucrado en los fusilamientos si estando a 50 millas los ha *ordenado* y ha tomado los *pasos ejecutivos* para poner los fusilamientos en movimiento. Se deben considerar no sólo actos físicos llevados a cabo en la escena de los fusilamientos, sino también si un acusado en particular ... *tuvo cualquier intervención* en su organización.”²⁷

Sin embargo, la participación debe tener un efecto real en la comisión, tal como que: “la persona en cuestión debe haber sido *parte de la maquinaria* haciendo algún deber, llevando a cabo alguna actuación que se dirigió directamente a lograr la muerte ... tuvo real relevancia en la muerte”²⁸

A diferencia de la jurisprudencia anglo-americana, la jurisprudencia francesa distinguió entre la autoría directa y la participación (indirecta) ya que la legislación francesa consagra esta distinción.²⁹ Sin embargo, en otros países todas las formas de participación fueron tratadas de igual forma. Por último, incluso actos más bien distantes del resultado final (tales como la denuncia que

conducía a la muerte en un campo de concentración) fueron atribuidos a sus “autores primarios”, es decir, a las personas cuya conducta fue la causa original de los ulteriores resultados criminales.³⁰ El resto de la jurisprudencia continental más bien siguió el concepto anglo-americano tratando por igual a autores y cómplices, en el nivel de imputación de responsabilidad criminal.

c) *Expansión de la imputación*

aa) *Responsabilidad por mando*

En los juicios contra miembros directivos de la *Wehrmacht* y de las SS, los Tribunales Militares norteamericanos consagraron la doctrina de responsabilidad por mando según se desarrolló en el caso *Yamashita*.³¹ En *U.S. v. Pohl et al.* el Tribunal se refirió explícitamente a *Yamashita* y afirmó:

“Las leyes de la guerra imponen a un oficial militar, en una posición de mando, un deber *positivo* de adoptar aquellas medidas que están dentro de sus potestades y apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos *bajo su mando* para prevenir actos que sean violaciones de las leyes de la guerra.”³²

De este modo, se reafirmó la responsabilidad por *omisión* en el caso de acusados con cierto status militar o civil.³³ Se argumentó que la posición de mando implica ciertos deberes de control y de supervisión en lo concerniente a la respectiva esfera de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta esfera de competencia, el oficial responsable debe intervenir. Si fracasa en hacerlo, a pesar de su “conocimiento actual” acerca de estos delitos (que puede ser inferido de la posición

27. UNWCC Law Reports V, *supra* nota, pág. 53 (énfasis del autor). Ver también UNWCC Law Reports V, Trial of Werner Rohde & Eight Others (caso 31), pág. 54-59, 56.

28. UNWCC Law Reports XI, *supra* nota, Trial of Max Wielen et al. (caso 62), pág. 31-52, aquí 46 (énfasis del autor).

29. El art. 4° de la Ordenanza dice: “Cuando un subordinado es perseguido como el autor actual de un crimen de guerra, y sus superiores no pueden ser acusados de ser igualmente responsables, deben ser considerados como cómplices en la medida en que han organizado o tolerado los actos criminales de sus subordinados” (citado en UNWCC Law Reports III, *supra* nota, en 94; énfasis del autor).

30. Ver, por ejemplo, UNWCC Law Reports VII, *supra* nota, Trial of Gustav Becker, Wilhelm Weber & 18 Others (caso 40), pág. 67-73, aquí 70.

31. Ver el caso YAMASHITA, 327 U.S. 1-81, 13-14 (1945), en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos discutió que el acusado hubiera “ilegalmente dejado de lado y fracasado de desvincularse de su deber como Comandante para controlar las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades” (énfasis del autor); crit. Bassiouni, *supra* nota (1999), pág. 427 ss.; ver también UNWCC Law Reports IV, *supra* nota, pág. 1, 35.

32. *U.S. v. Pohl et al.*, *supra* nota 24, pág. 1011 (énfasis del autor).

33. Ver *U.S. v. Brandt et al.* (the Medical caso) (caso 1), TWC II, *supra* nota, pág. 171-300, 212, 213.

del acusado),³⁴ es responsable por omisión criminal. Sin embargo, el deber de control o supervisión disminuye con un decreciente poder de mando. De este modo, estas reglas se aplican a un comandante general y aun a un oficial de mando; no se aplican, sin embargo, cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido.³⁵ Ni tampoco se aplican a los oficiales superiores ("staff officers") ya que tales oficiales normalmente no tienen poder de mando. Pero los oficiales superiores también pueden incurrir en responsabilidad penal, de modo que "si la idea básica es criminal según el derecho internacional, el oficial superior que puso esa idea bajo la forma de una orden militar ... o actúa en forma personal para ver que sea adecuadamente distribuida ... comete un acto criminal según el derecho internacional".³⁶

En general, el IMT y los Tribunales Militares exigieron, en lo que concierne a la guerra de agresión, que el acusado fuera un "jefe" o "planificador" (IMT) o que perteneciera al "nivel político".

El IMTFE confirmó y extendió esta jurisprudencia al personal civil.³⁷ Primero, impuso deberes de supervisión y de control sobre el personal de mando civil y militar en lo que respecta al trato apropiado de prisioneros de guerra. Consecuentemente, los abusos a los prisioneros fueron atribuidos a los acusados si fracasaban en su prevención. La responsabilidad por mando fue ulteriormente extendida al gobierno (civil), argumentando un tipo de responsabilidad colectiva: "Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del mal trato a prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro mal trato, pero si elige permanecer en el gabinete y así continuar participando de su *responsabilidad colectiva*..., voluntariamente asume responsabilidad por cualquier mal trato en el futuro."³⁸

La pertenencia al gabinete fue considerada para justificar la conexión causal, al menos en el caso

de ignorancia voluntaria o negligente,³⁹ entre la omisión de actuar y los abusos cometidos. También, los deberes de supervisión e investigación fueron aumentados.

Esta jurisprudencia fue confirmada por los juicios de crímenes de guerra británicos, canadienses, australianos y chinos documentados por la UNWCC.⁴⁰ En concreto, los Tribunales competentes, *a grosso modo*, consideraron crucial la posición o el *status* del acusado al momento de determinar la responsabilidad penal basada en la responsabilidad por mando.

bb) Conspiración

En lo que respecta a la conspiración, el IMT interpretó el art. 6 de su Estatuto (última oración) en sentido restrictivo;⁴¹ esto generó una feroz crítica por parte de los abogados de la defensa alemana.⁴² Así, una conspiración para involucrarse en una guerra de agresión es sólo punible si está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto actual y esté motivado por intención criminal. El art. II (1)(a) del Acta n° 10 del Consejo de Control y el IMTFE⁴³ confirmaron que la conspiración es punible sólo en el caso de crímenes contra la paz, no en el caso de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El IMTFE luego exigió la posibilidad real de participar en la planificación, también en un estadio ulterior; esta posibilidad puede ser presumida si el acusado pertenece al "nivel político". Sin embargo, semejante presunción contra el acusado puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

La jurisprudencia británica, documentada por la UNWCC, intentó distinguir entre conspiración, designio común y pertenencia a una organización criminal. Concordantemente, la diferencia entre un cargo de conspiración y uno de designio

34. Ver, por ejemplo, *U.S. v. von List et al. (Hostages trial) (caso 7)*, TWC XI, *supra nota*, en 1230-319, 1281 ("obligado a conocer"). Sin embargo, semejante presunción de conocimiento puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

35. *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra nota* 15, 510 ("por la transmisión de cualquier modo de cualquier orden criminal"). Ver también *U.S. v. von List et al.*, *supra nota* 33, en 1281 y ss., 1286.

36. *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra nota* 15, en 513.

37. *The Tokyo Judgement*, *supra nota*, en 29-30.

38. *The Tokyo Judgement*, *supra nota*, en 30 (énfasis agregado).

39. Ver *infra* 2.

40. Ver, por ejemplo, la referencia explícita al caso Yamashita en UNWCC Law Reports XV, *supra nota*, pág. 66.

41. El Juicio, *supra nota*, pág. 447-49. La última oración del art. 6° del Estatuto del IMT reza: "Líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspiren para cometer cualquiera de los crímenes siguientes son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualesquiera personas que ejecuten semejante plan."

42. Ver por la crítica continental contra la conspiración: JESCHECK, *supra nota*, pág. 272-76, 409 s.

43. *The Tokyo Judgement*, *supra nota*, pág. 31 s.

común es que el primero requiere la celebración de un acuerdo para cometer delitos mientras que el último exige no sólo el acuerdo pero también la comisión de actos conforme a él. La pertenencia a una organización criminal está más cercanamente relacionada a la doctrina del designio común, ya que la pertenencia sola no es punible; en cambio, se requiere el conocimiento de y una pertenencia voluntaria con participación activa en actos criminales de la organización.⁴⁴

cc) Pertenencia a una organización criminal

La pertenencia a una organización criminal (art. 9° del Estatuto del IMT) puede conllevar responsabilidad sólo si el acusado intervino activamente en los actos de organización y sabía de su carácter criminal. Así, la mera pertenencia no es suficiente:

“Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. Tiene que haber un grupo unido y organizado para un propósito común... Toda vez que la declaración acerca de la voluntad de las organizaciones y de los grupos, como ya se destacó, fija la criminalidad de sus miembros, esa definición debería excluir a las personas que no tenían conocimiento de los propósitos criminales o actos de la organización y aquellos que fueron proyectados por el Estado para asociarse, salvo que estuvieran personalmente implicados en la comisión de actos declarados criminales por el artículo 6° del Estatuto como miembros de la organización. La mera pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por el marco de estas declaraciones.”⁴⁵

Los juicios subsiguientes adoptaron la posición del IMT. En *U.S. v. Ohlendorf et al.* se consagró que:

“Para evitar la repetición innecesaria de sentencias individuales, el Tribunal declara aquí que cuando encuentre a un acusado culpable del cargo tres [pertenencia a organizaciones criminales] será porque ha encontrado en los registros más allá de una duda razonable que devino o se mantuvo como miembro de la organización criminal involucrada a partir del 1° de septiembre de 1939 en las condiciones declaradas criminales en la sentencia del Tribunal Militar Internacional.”⁴⁶

2. Elementos subjetivos de responsabilidad individual (*mens rea*)

En general, se exigió conocimiento de los crímenes o de los planes criminales.⁴⁷ Sin embargo, en el caso de los *Juristas* un tipo de *imprudencia* o *ignorancia reprochable* fue considerada suficiente.⁴⁸ En el supuesto de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, el conocimiento fue, en alguna medida, presumido por la evidente criminalidad de los actos:

“Mientras que sostenemos que el conocimiento de que las guerras de Hitler... eran agresivas es un elemento esencial de la culpabilidad... [,] una situación muy distinta surge con respecto a... crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Quien a sabiendas se unió o implementó, ayudó o instigó... no puede decir que no sabía que los actos en cuestión eran delictuales. Medidas que resultan en la muerte, el maltrato, la esclavización... son actos que violentan (“shock”) la consciencia de cualquier hombre decente. Son delictuales *per se*.”⁴⁹

En forma similar, la decisión en *IG Farben* se refirió a la habilidad personal y la posición de los acusados:

“Es discutible si el hecho de que los acusados debían haber conocido ... [C]onocido en retrospectiva

44. UNWCC Law Reports XV, *supra nota*, pág. 97-99.

45. “El Juicio”, *supra nota*, pág. 469 (énfasis agregado). Así, en el caso de la Gestapo, la declaración de criminalidad no incluyó “personas empleadas ... para trabajos puramente clericales, estenográficos, de mantenimiento o similares trabajos de rutina no oficiales” (*ibid.*, pág. 477).

46. *U.S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, *supra nota*, pág. 411-589, pág. 496. Ver también *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, *supra nota*, pág. 855 (“la mera pertenencia no constituye prueba de culpabilidad”).

47. *U.S. v. Brandt et al.*, *supra nota*, pág. 194, 201, 209, 222; *U.S. v. Milch* (caso 2), TWC II, *supra nota*, pág. 773-878, 814; *U.S. v. Altstötter et al.*, *supra nota*, pág. 1093; *U.S. v. Pohl et al.*, *supra nota*, pág. 984, 994, 998, también opinión disidente pág. 1159; *U.S. v. Krauch et al.*, *supra nota*, pág. 1102 (referencias al IMT), pág. 1108; *U.S. v. List et al.*, *supra nota*, pág. 1286; *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra nota*, pág. 545.

48. *U.S. v. Altstötter et al.*, *supra nota*, pág. 977 (“debería haber sabido”).

49. *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, *supra nota*, pág. 339 (énfasis en el original). En forma similar, *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra nota*, pág. 617.

... la producción de armamentos puede considerarse *imputarle conocimiento*... Si estuviéramos juzgando a expertos militares... [...] semejante conclusión podría estar justificada. Ninguno de los acusados, sin embargo, era experto militar. No eran siquiera hombres de la milicia. El campo de su vida laboral ha sido íntegramente dentro de la industria... La *evidencia* no demuestra que alguno de ellos supiera el alcance con el cual el rearmamento general había sido planeado."⁵⁰

Un empleo así de generoso de las presunciones en el plano subjetivo no sólo afecta el principio de culpabilidad, como lo hace cualquier presunción en contra del acusado, pero también implica limitaciones sustanciales en lo que respecta a la posibilidad de un error de derecho o de prohibición ("mistake of law") como una defensa válida. Si los acusados *tienen que* saber lo permitido y lo prohibido, *tienen que* reconocer la antijuridicidad de sus actos y no pueden tener una clara conciencia. Si a pesar de ello erraron sobre la antijuridicidad de sus actos, este error tiene que ser considerado evitable y por ende irrelevante. Por estas razones, el punto de vista correcto es de rechazar todas las presunciones de conocimiento como el ICTY lo ha hecho recientemente.⁵¹

Finalmente, una distinción entre dolo común y dolo específico, basado en el derecho penal norteamericano, fue desarrollado en el caso *Krupp* sin, sin embargo, claramente delimitarse entre sí estas formas de *mens rea*.⁵²

El IMTFE, como ya se mencionó, diluyó el elemento subjetivo. Concordantemente, los acusados que desplegaron una ignorancia negligente actuaron con *mens rea* porque "[e]stán en falta por haber fallado en la adquisición de ese conocimiento".⁵³

La jurisprudencia británica, canadiense, australiana y china documentada por la UNWCC, confirmó el estándar estricto del IMTFE, requiriendo sólo un conocimiento posible de los delitos punibles, sancionando también así la ignorancia negligente.

III. Decisiones de crímenes nazis y otras actividades criminales auspiciadas por el Estado

Las distintas decisiones sobre crímenes nazis aquí examinadas⁵⁴ trataron principalmente con el delito de crímenes contra la humanidad según el art. 6° del Estatuto del IMT. Por ende, el análisis de la imputación en esta parte del comentario se concentrará en este crimen. Concordantemente, los elementos constitutivos de este crimen serán considerados en primer lugar. Luego, los demás elementos (objetivos y subjetivos) de responsabilidad individual serán analizados, teniendo en cuenta algunas decisiones sobre otras actividades criminales auspiciadas por el Estado.⁵⁵

50. *U.S. v. Krauch et al.* (IG Farben), *supra* nota, pág. 1113 (énfasis del autor).

51. Ver sección IV.2. *infra*.

52. Sólo se especificó que "un dolo penal general es suficiente en todos los casos en los cuales un dolo o un elemento mental específico o de algún otro modo particular no es requerido por la ley que define el crimen" (cf. *U.S. v. Krupp et al.*, *supra* nota 15, pág. 1378, con referencia a MILLER, *Handbook on Criminal Law*, St. Pauls 1934, 57 s.).

53. *The Tokyo Judgement*, *supra* nota, pág. 30.

54. *Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Strafsachen* (OGHSt), tomos 1-3, Berlin/Hamburg 1948-1950. - *Eichmann* (Israel), Jerusalem District Court, 12.12.1961, ILR 36, pág. 5-14, 18-276; Supreme Court, 29.5.1962, ILR 36, 14-17, 277-344. - *Barbie* (Francia), Cour d'assises du département du Rhône, 4.7.1987, en: *Le Monde*, 5/6.7.1987, pág. 1; Cass. crim., 3.6.1988, *Juris-Classeur Périodique/La Semaine Juridique* ("J.C.P.") 1988 II n° 21149, ILR 100, 330-37; ver también Cass.Crim., 6.10.1983, *Gazette du Palais* 1983, 710 = ILR 78, 126, 128-31; Cass. Crim. 26.1.1984, J.C.P. 1984 II n° 20.197, ILR 78, 126 s., 132-36; Cass. Crim. 20.12.1985, *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle* ("Bull. Crim."), 1985, 1038-55 = J.C.P. 1986 II n° 20655 = ILR 78, 127 s., 136-47. - *Touvier* (Francia), Cour d'assises de Yvelines, 20.3.1994, en: Bédarida (ed.), *Touvier. Le dossier de l'accusation*, Paris 1996, pág. 353 s. ("Bédarida"); Cass. Crim. 1.6.1995, Bull. Crim. 1995, 547-58; ver también Cour d'Appel de Paris, 13.3.1992, extractos en: ILR 100, 339 s., 341-58, también en Bédarida, op. cit., pág. 314-21; Cass.crim. 27.11.1992, Bull. Crim. 1992, 1082-1116, ILR 100, 341, 358-64; Cour d'appel de Versailles, 2.6.1993, en: Bédarida, op. cit., pág. 322-50; Cass. Crim., 21.10.1993, Bull. Crim. 1993, 770-74. - *Finta* (Canadá), Ontario Court of Appeal, 29.4.1992, ILR 98, 520-663; Supreme Court of Canada, 24.3.1994, *Canadian Criminal Cases* (3d) 88 (1994), pág. 417-544 = *Supreme Court Review* 1994, 701-877 = ILR 104, 284-404.

55. *My Lai* (Calley): Court Martial, 31.3.1971; *Convening Authority*, 20.8.1971; ver por ambos: *Hammer*, *The Court-Martial of LT. Calley*, New York 1971; *U.S. v. Calley*, Court of Military Review, 16.2.1973, *Court Martial Reports* (CMR) 46 (1972/3), 1131-200, 1163 ss.; *Appellee v. Calley*, Apellant, Court of Military Appeals, 21.12.1973, CMR 48 (1973/74), 19-33; *Calley v. Galloway*, US District Court, M.D. Georgia, Columbus Division, 25.9.1974, F. Supp. 382 (1974), 650-713; US Court of Appeals for Fifth Circuit, 10 Sept. 1975, en *Goldstein et al.*, *The My Lai massacre and its cover-up, beyond the reach of law?*, New York 1976, pág. 556-73. - *Commandantes* (Argentina): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9.12.1985, 309-I/II (Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Fallos") 33-1657 ss.; CSJN, 30.12.1986, Fallos 309-II, pág.

1. Elementos objetivos y subjetivos del crimen contra la humanidad

El Tribunal Supremo para la Zona Británica (*Oberste Gerichtshof für die Britische Zone* - "OGHBrZ"), establecido por la fuerza de ocupación británica en 1948 como sucesor del Tribunal del Reich ("*Reichsgericht*") y predecesor del Tribunal Supremo ("*Bundesgerichtshof*"⁵⁶), desarrolló una jurisprudencia rica en los elementos constitutivos de crímenes contra la humanidad.⁵⁷ Ella permite algunas conclusiones generales en lo que respecta a la responsabilidad individual.

Según esta jurisprudencia un crimen contra la humanidad requiere un acto que esté dirigido contra la humanidad y la condición humana como tal y relacionada con el sistema de terror y violencia Nazi. Incluso actos aislados contra individuos pueden ajustarse a este criterio si son cometidos dentro del contexto de un estado de terror y persecución. Un nexa causal o una conexión entre un acto determinado y un resultado existe si un acusado toma parte en el acto de persecución que en sí mismo es parte de una persecución a gran escala.

En *Barbie* y *Touvier*, la Corte de Casación (*Cour de Cassation*) aplicó el art. 6 (b) y (c) del Estatuto del IMT y lo interpretó extensivamente. Crímenes contra la humanidad son considerados como delitos cometidos en nombre de una política oficial de hegemonía ideológica ("*hégémonie idéologique*") y dirigida no sólo contra la raza y la religión pero también contra opiniones políticas opuestas:

"qu'il y ait crime contre l'humanité, que les actes énumérés à l'article 6 c du Statut du Tribunal militaire international aient été commis 'de façon systématique', 'au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique' ... En demandant si l'accusé a, en commettant son crime 'pris part à l'exécution

d'un plan concerté ...', les questions critiquées caractérisent cet élément constitutif du crime contre l'humanité."⁵⁸

La participación en tales persecuciones colectivas no es un delito separado pero es en sí un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad.

En *Finta* los tribunales canadienses sostuvieron que el crimen contra la humanidad persigue la discriminación o la persecución de un grupo definido de personas.

Estas consideraciones demuestran que el crimen contra la humanidad sobrepasa el injusto penal de los delitos nacionales comparables desde que representa un ataque contra la humanidad como tal y es utilizado para obtener un propósito político-ideológico específico. Tales actos tienen lugar en el contexto de un sistema dictatorial de violencia y terror (OGHBrZ), en el nombre de una política de hegemonía ideológica (*Barbie*, *Touvier*) o están dirigidos hacia la persecución política de ciertos grupos religiosos, raciales o culturales (*Finta*). Así, estos actos, clasificados como crímenes contra la humanidad, representan la continuación por medios criminales de una política estatal dictatorial y terrorista. Sin embargo, es importante reconocer que según el derecho internacional vigente no es necesario que la política sea la de un Estado, porque una organización o un grupo pueden ser suficientes; adicionalmente, la política no necesita ser de "hegemonía ideológica".⁵⁹

En el plano *subjetivo*, un *dolus* ordinario es suficiente (OGHBrZ) si el autor voluntariamente promueve los objetivos descritos y somete a su víctima a violencia arbitraria. El dolo específico consiste en el hecho de que el autor no sólo quiere violar los intereses legales clásicos, sino que también persigue intencionalmente el objetivo cri-

1689-923. - *Letelier/Moffitt* (Chile) ("el juicio chileno"): Juez de Instrucción Bañados, 12.11.1993, Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria; CSJ, 30.5. y 6.6.1995 (archivo del autor). - GDR (National Defence Council, "Generals") ("los juicios alemanes"): BGHSt 40, 218; BGH NJW 1994, 2703; LG Berlin, 10 Sept. 1996, AZ (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95); BGH, 30 Apr. 1997, 5 StR 42/97; ver también Arnold, *Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung*, en: Eser/Huber (eds.), *Strafrechtswicklung in Europa*, 5/1, Freiburg i. Br. 1997, págs. 157-256 (172-205).

56. Para más detalles ver STORZ, *Die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen 2* y ss. (Tübingen 1969); más reciente RÜPING, *Das 'kleine Reichsgericht'. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSStZ) 2000, págs. 355-359.

57. Ver, por ejemplo, OGHSt I, *supra* nota, 1, 3; 11, 12 s.; 122, 123; 152, 156 s.; 238, 241.

58. *Barbie* (France), Cass. Crim 3.6.1988, *supra* nota, pár. 39 (énfasis del autor). Ver también *Touvier* (France), Cass. Crim. 27.11.1992, *supra* nota, págs. 1116.

59. Para una mayor discusión, ver SWAAK-GOLDMAN, en: McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* nota, págs. 141 y ss.; ver también van SCHAACK, *The definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), 787-850; McAULIFFE DE GUZMAN, *The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity*, *Human Rights Quarterly* 22 (2000), 335-403.

minal del Estado, organización o grupo (*Barbie, Touvier*). Se discute si acaso es o no necesario que el autor también tenga una intención discriminatoria.⁶⁰

2. Otros elementos objetivos de responsabilidad (*actus reus*)

a) Participación/Complicidad

La clara referencia del CCL 10 para un concepto uniforme de autoría (*Einheitstätermodell*) que no distingue entre autoría y complicidad dejó a los Tribunales continentales con poco espacio para aplicar esa distinción. Consecuentemente, el OGHBrZ tuvo que reconocer que el CCL 10 le asigna igual valor a cada contribución para un acto criminal y que esas contribuciones son castigadas independientemente una de la otra. Diferencias en el peso cualitativo y cuantitativo de semejante contribución son consideradas sólo al nivel de la determinación de la pena.

En forma similar, en el caso *Eichmann*, cualquier forma de participación en la "solución final" fue considerada suficiente para justificar la responsabilidad penal. Eichmann fue condenado como "autor principal" sobre la base de varios actos de apoyo o cooperación. Curiosamente, las cortes israelíes no discreparon con la doctrina clásica de la participación pero sostuvieron que los macrocrímenes en cuestión tenían que ser tratados en forma distinta. Así, argumentaron por un tipo de *responsabilidad organizativa* o dominio del hecho por el hombre del escritorio, un desarrollo ulterior del concepto utilizado en el juicio de los *Juristas*:

"Pero más importante, con un crimen tan vasto y complicado como el que estamos ahora considerando [la solución final], en el cual muchas personas partici-

paron, en diferentes niveles de control y por distintos modos de actividad -los planificadores, los organizadores y los ejecutantes, de acuerdo a su rango- tiene poco sentido utilizar los conceptos ordinarios de aconsejar ("counselling") y procurar la comisión de un delito. Ya que estos crímenes fueron crímenes en masa, no sólo en lo que respecta a la cantidad de víctimas sino también en lo que respecta a la cantidad de aquellos que participaron... y la medida en que cualquiera de los muchos criminales estaba cerca de o remotamente de la persona que de hecho mató a las víctimas nada dice acerca de la medida de su responsabilidad. Por el contrario, el grado de *responsabilidad* generalmente *augmenta* a medida que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los *niveles de comando más altos*, los consejeros ("counsellors"), en el lenguaje de nuestra ley. En lo que respecta a las víctimas que no murieron pero fueron sometidas a condiciones de vida calculadas para acarrear su muerte, es específicamente difícil definir en términos técnicos *quién instigó a quién*: aquel que capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o aquel que las hizo trabajar allí."⁶¹

En el *juicio argentino* contra los exComandantes de la junta militar, por primera vez un Tribunal (nacional) tuvo que tratar con la responsabilidad del liderazgo político de un país por crímenes cometidos contra la oposición política sobre la base de un plan nacional de destrucción.⁶² La Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema desarrollaron una forma de autoría mediata⁶³ sobre la base de la teoría de *Roxin* de autoría mediata a través del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*).⁶⁴ Así, la estructura organizativa de un aparato militar puede conferir sobre sus líderes o Comandantes el poder de dominar los actos de sus

60. Ver ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic*, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), pág. 281 ss. (283, 287, 292). En contra la inclusión de este requisito también SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota.

61. *Eichmann* (Israel), District Court, 12.12.1961, *supra* nota, pág. 236-37, pág. 197 (énfasis del autor).

62. En lo que respecta a este plan, ver AMBOS, De la estructura 'jurídica' de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal: un comentario desde el punto de vista jurídico, *Jueces para la Democracia: Información y Debate* (España) 30 (Nov. 1997), pág. 90.

63. De acuerdo con este concepto, llamado en alemán "mittelbare Täterschaft" (CP Alemán, § 25 (1) altern. 2), el autor mediato ("el hombre de atrás") utiliza al autor directo (el autor material, el ejecutor) como un instrumento para cometer el crimen, generalmente porque este último tiene un defecto (ya sea mental o cualquier otro legal) (ver FLETCHER, *supra* nota, § 8.5.1., pág. 639; FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, Oxford 1998, pág. 197-200). El concepto es también reconocido en el common law, ver *Model Penal Code*, § 2.06 (2) (a) (American Law Institute 1985).

64. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a ed. 2000, pág. 242-52, 677 ss. Ver también AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* ("GA"), 1998, pág. 226-45 = Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Epoca, n° 3 (enero de 1999), 133-165; versión más larga publicada por Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos No. 20, Bogotá 1998.



subordinados, quienes, como autores directos, llevan a cabo los crímenes concebidos y ordenados por los Comandantes. A pesar de que los subordinados son criminalmente responsables, los Comandantes están en control total ya que aquéllos son fácilmente reemplazables: son mediadores fungibles del acto (*fungible Tatmittler*). El dominio del sistema implica el dominio de cada individuo que forma parte del sistema. La Cámara de Apelaciones sostuvo:

“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 los 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, que sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El *instrumento* de 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 una 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.⁶⁵

En el *juicio chileno* por los homicidios del Ministro de Relaciones Exteriores del expresidente Allende, Orlando Letelier, y su compañero Moffit, los acusados (el exdirector del servicio secreto militar, Contreras, y el oficial Espinoza) fueron también condenados como autores. Sin embargo, esta decisión no se apoyó en la doctrina del dominio de la organización sino más bien en el concepto más tradicional de dominio del hecho sobre los autores directos por coacción (*Nötigungsherrschaft*).⁶⁶

En los *juicios alemanes* contra líderes civiles y militares del exGDR (en particular miembros del Consejo de Defensa Nacional y del Comité Central del Partido Socialista), la Corte Suprema se refirió a “las bases legales sustantivas de la sentencia del IMT” y las utilizó para declarar nula la legislación correspondiente que legitimaba los disparos en la frontera este de Alemania.⁶⁷ La doctrina de *Roxin*, por otra parte, fue utilizada para fundar una autoría mediata para las muertes en la frontera interna de Alemania por los miembros del Consejo de Defensa Nacional (“CDN”) y los generales del Ejército Nacional del Pueblo. En el primer caso se sostuvo:

“Como miembros del CDN los acusados pertenecían a un cuerpo, cuyas decisiones constituían los recaudos obligatorios para las órdenes básicas, sobre las cuales el régimen de fronteras.... estaba basado. Ellos *conocían* que las órdenes eran llevadas a cabo basadas en las decisiones del CDN. Habían sido notificados de las víctimas de las minas de fronteras y de la orden de disparar (Schießbefehl). Los ejecutores de los actos que directamente condujeron a las muertes actuaron como parte de una *jerarquía militar* en la cual su rol fue *específicamente* establecido. Tampoco los acusados tuvieron un rol completamente subordinado a Honecker.”⁶⁸

Autoría mediata del funcionario responsable del partido fue también admitida en casos de fraude electoral.⁶⁹ Finalmente, un comandante de una patrulla de frontera, es decir, un miembro del ni-

65. Cámara 9.12.1985, *supra nota*, pág. 1601 s. (énfasis del autor).

66. Ver el *juicio chileno*, *supra nota*.

67. BGHSt 41, 101, 109.

68. GDR (National Defence Council, “Generals”), *supra nota*, BGHSt 40, 218, 237-38. El original dice:

“Die Angeklagten waren als Mitglieder des NVR Angehörige eines Gremiums, dessen Entscheidungen zwingende Voraussetzungen für die grundlegenden Befehle waren, auf denen das Grenzregime ... beruhte. Sie wußten, daß die auf den Beschlüssen des NVR beruhende Befehle ausgeführt wurden. Die Meldungen über die Opfer der Grenzverminnung und des Schießbefehls lagen ihnen vor. Die Ausführenden der Handlungen, die unmittelbar zur Tötung führten, haben als Untergebene in einer militärischen Hierarchie gehandelt, in der ihre Rolle festgelegt war.”

Die Angeklagten hatten auch nicht eine gegenüber Honecker ganz untergeordnete Rolle.”

69. *Ibid.*, pág. 307, 316 s.

vel de comando medio, fue condenado como un autor mediato -por su *dominio por comando (Befehlsherrschaft)*- por darle la orden a un subordinado de matar a un refugiado.⁷⁰

En suma, el concepto de dominio o control en virtud de una organización ha ganado más y más importancia. Dada su fundamentación convincente acerca de la responsabilidad penal de líderes dentro de estructuras estrictamente jerárquicas, no puede seguir ignorándose por la jurisprudencia internacional. A diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios. Su mensaje esencial puede ser sintetizado del siguiente modo: *el dominio del sistema implica el dominio de los individuos que son una parte integral del sistema.*

b) Otros

Otras formas de responsabilidad objetiva no fueron relevantes. Sólo en el caso *Eichmann*, la *conspiración* interpretada tan restrictivamente como para requerir actos concretos que fueran mas allá del mero acuerdo para cometer un delito.

3. Elementos subjetivos de responsabilidad (*mens rea*)

Según el OGHBrZ el crimen contra la humanidad requiere en el plano subjetivo sólo un *dolus eventualis (bedingter Vorsatz)*, es decir, un requisito subjetivo desconocido para el *common law* que puede ser ubicado algo así como entre el propósito/conocimiento y negligencia consciente (*recklessness*)/imprudencia.⁷¹ A pesar del uso práctico de este concepto en Derecho penal supranacional, es de una enorme importancia práctica que el OGHBrZ no exigiera que el acusado tuviera una intención específica de cometer el crimen contra la humanidad sino sólo un *dolus*

ordinario, en otras palabras, el conocimiento general de que la víctima de su acto puede ser expuesta al sistema arbitrario e injusto del nazismo. En términos de la consciencia del injusto (*Unrechtsbewußtsein*), el OGHBrZ se apoyó en un estándar objetivo: debió haber sido posible para una persona razonable reconocer el injusto y, sobre esa base, comportarse de un modo ajustado a la norma. La capacidad subjetiva del acusado no fue considerada.

En *Eichmann* también sólo se exigió un *dolus* ordinario. Eichmann sabía de la solución final; entonces, la destrucción biológica de los judíos integró su dolo.

En *Barbie* y *Touvier* los tribunales franceses exigieron conocimiento de los planes criminales y una intención específica. Así, en *Touvier* el tribunal dudó que el acusado hubiera actuado con el *mens rea* necesario ya que no era ni un agente del estado nazi ni tuvo la intención específica de implementar una política de hegemonía ideológica. El tribunal finalmente presumió el intento específico de *Touvier*, en forma no muy convincente, al sostener que fue instigado por un oficial de la Gestapo.

En *Finta* los tribunales canadienses sostuvieron que el acusado debió haber sabido o haber sido voluntariamente ciego ("wilfully blind") a las circunstancias o hechos que hicieron de su acto un crimen contra la humanidad.⁷² Es suficiente si el acusado, desde el punto de vista de un observador común, es consciente de la *cualidad fáctica* de sus actos como crímenes contra la humanidad. Debe inferir de esta cualidad fáctica el reproche específico de su comportamiento.

En el juicio *My Lai* la deliberación se centró en el criterio subjetivo para distinguir homicidio de asesinato en lo que respecta al Teniente Calley. Mientras que su superior, el Capitán Medina, fue absuelto por falta de conocimiento, Calley fue finalmente condenado por asesinato porque ejecutó civiles vietnamitas de acuerdo a su "malicia preconcebida", voluntaria y absolutamente consciente de sus actos:

70. BGH NJW 1996, pág. 2042, 2043. Ver los más recientes estudios de MARKEN/WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz.* Berlin et al., 1999 así como ESER/ARNOLD (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, tomo 2, Deutschland (H. Kreicker/M. Ludwig/K. Rossig/A. Rost/S. Zimmermann), Freiburg im Br. 2000.

71. Cf. FLETCHER, *supra nota*, § 6.5.2.; LA FAVE/SCOTT, *Criminal Law I*, St. Pauls 1986, § 3.7. Sobre el concepto anglosajón de la *recklessness* ver también WEIGEND, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ZStW 93 (1981), 657-700 (693); PERRON, *Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en: ESER (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag.* Band 5, Baden-Baden 1998, pág. 145-156 (151 s.).

72. *Finta* (Canadá), Court of Appeal, 29.4.1992, *supra nota*, pág. 595: "[K]nowledge of the circumstances or facts which bring an act within the definition of a war crime or crime against humanity constitutes the mental component which must coexist with the prohibited acts to establish culpability for those acts".

“[El] apelante sabía que estaba armado y qué es lo que su arma haría. Tenía el mismo conocimiento acerca de sus subordinados y de sus armas. Conocía que si uno apuntaba su arma a un campesino y disparaba, el campesino moriría. Conociendo esto, ordenó a sus subordinados arrojar a los pobladores en el camino y desecharlos en la zanja, para emplear su propia terminología; y él mismo disparó sobre los pobladores. Estos simples hechos evidencian intención de matar, conscientemente formada y llevada a cabo.”⁷³

IV. La jurisprudencia del ICTY

Fue primero en el caso *Tadic*⁷⁴ que el ICTY prestó atención sustancial a la cuestión de la responsabilidad individual. A *grosso modo*, esta decisión fue confirmada por la decisión más sofisticada de *Furundžija*.⁷⁵ En *Celebici*,⁷⁶ el ICTY se centró en la doctrina de la responsabilidad por mando. Esta decisión fue seguida y confirmada por las sentencias en *Aleksovski*⁷⁷ y *Blaškic*⁷⁸ que no necesitan ser analizadas aquí en detalle.

1. Responsabilidad individual propia (art. 7(1) del Estatuto del ICTY)

En *Tadic*, al interpretar el art. 7° del Estatuto del ICTY⁷⁹ y al referirse a la jurisprudencia desde Nuremberg, la Sala de Primera Instancia II correctamente sostuvo que tanto la responsabilidad penal individual como la autoría en el sentido del art. 7° del Estatuto tienen una base en el derecho internacional consuetudinario.⁸⁰ En lo que respecta a la responsabilidad de *Tadic*, la Sala distinguió entre los delitos que él cometió directamente y aquellos que no cometió directamente pero en cuya comisión estuvo presente o de algún modo involucrado. Mientras que la responsabilidad por el primer supuesto está claramente consagrada en el art. 7°, en lo que respecta al último la Sala de Primera Instancia tuvo que determinar si el acusado estaba suficientemente conectado a los crímenes como para poder ser considerado responsable penalmente. En este sentido, la jurisprudencia de Nuremberg demuestra que debe probarse, en un plano objetivo, que “hubo participación en el sentido de que la conducta del acu-

73. *My Lai* (Calley), Court of Military Review, 16.2.1973, *supra nota*, pág. 1178. El original dice: “[T]he Appellant knew he was armed and what his weapon would do. He had the same knowledge about his subordinates and their arms. He knew that if one aimed his weapon at a villager and fired, the villager would die. Knowing this, he ordered his subordinates to ‘waste’ the villagers at the trail and ditch, to use his own terminology; and fired upon the villagers himself. These bare facts evidence intent to kill, consciously formed and carried out.” (énfasis del autor).

74. Trial Chamber (T.Ch.) II, *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgment, 7.5.1997 (IT-94-I-T). Ver también T.Ch. II, *Prosecutor v. Tadic*, Sentencing Judgment, 14.7.1997 (IT-94-I-T); App. Ch., Judgment 15.7.1999 (IT-94-1-A), *supra nota*; T.Ch. II, Sentencing Judgment 11.11.1999 (IT-94-1); App. Ch., Judgment in Sentencing Appeals 26.1.2000 (IT-94-1) - La decisión Erdemovic trató principalmente con la defensa de obediencia debida y coacción. Ver App.Ch, *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgment, 7.10.1997 (IT-96-22-A).

75. T.Ch.II, *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), pág. 190 y ss.; confirmado por App. Ch., Judgment 21.7.2000 (IT-95-17/1-A).

76. T.Ch. II, *Prosecutor v. Delalic et al. (“Celebici”)*, Judgment, 16.11.1998 (IT-96-21-T), pág. 330 y ss.

77. T.Ch., *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgment, 25.6.1999 (IT-95-14/1) (original en francés), pág. 69 y ss.; confirmado por App.Ch., Judgment 24.3.2000 (IT-95-14/1-A).

78. T. Ch. I, *Prosecutor v. Blaškic*, Judgment 3.3.2000 (IT-95-14-T).

79. Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la exYugoslavia a partir de 1991, Doc. ONU S/25704, Anexo (1993) (“Estatuto del ICTY”), publicado en ILM 32 (1993), pág. 1159; en castellano en: en AMBOS/GUERRERO, *supra nota*, pág. 383 ss. El art. 7° dice:

“Responsabilidad penal individual

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los arts. 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.

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

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 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.

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

80. *Prosecutor v. Tadic*, Judgment 7.5.1997, *supra nota*, pág. 663-69.

sado contribuyó a la comisión del acto ilegal” y, en un plano subjetivo, que el acusado actuó intencional y conscientemente.⁸¹

a) *Plano objetivo: criterio para la participación criminal, en particular complicidad y coautoría.*

Basándose en particular en la jurisprudencia de Nuremberg y de la UNWCC y en el comentario del art. 2 (3) (a) y (d) del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1996 (“Proyecto de Código 1996”) de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”),⁸² la Sala de Primera Instancia sostuvo que la complicidad requiere una contribución directa y sustancial a la comisión del crimen. “Sustancialmente” significa que la contribución tenga un efecto en la comisión; en otras palabras, debe ser, de un modo u otro, causal del resultado.⁸³ Esto no necesariamente requiere presencia física en la escena del crimen. Antes bien, la Sala de Primera Instancia adelantó un concepto amplio de autoría en la línea de la teoría inglesa “involucrado en la muerte”,⁸⁴ de modo tal que sostuvo que “no sólo uno no tiene que estar presente sino que la conexión entre el acto que contribuye a la comisión y el acto de comisión en sí pueden estar geográfica y temporalmente distantes”.⁸⁵ Más aún, la complicidad incluye todos los actos de asistencia por medio de palabras o actos que brinden apoyo.

Este concepto verdaderamente amplio de la complicidad fue confirmado en la decisión *Celebici*.⁸⁶ Sin embargo, en el pronunciamiento más reciente de *Furundžija*, el ICTY tomó una postura más sofisticada.⁸⁷ La Sala de Primera Instancia distinguió entre la naturaleza de la asistencia

y su efecto en el acto del principal (autor principal). En cuanto al primero, sostuvo que la asistencia no debía ser “tangible” pero que “apoyo moral e incitación” eran suficientes. La mera presencia en la escena del crimen basta si tuvo “un efecto de legitimación o incitación suficiente en los principales”. El término “directo”, utilizado por la CID al calificar la proximidad de la asistencia, se presta a “confusión”, porque implica que la asistencia necesita ser “tangible”.⁸⁸ En lo que respecta al efecto de la asistencia, la Sala de Primera Instancia no consideró necesaria una relación causal en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non* sino que sostuvo que los actos de asistencia deben “hacer una diferencia significativa a la comisión del acto criminal por el principal”. Así, no sería suficiente para el cómplice haber tenido sólo “un rol -sin influencia- en un sistema”.⁸⁹ En suma, el tipo objetivo de la complicidad requiere “asistencia práctica, incitación, o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen”.⁹⁰

En *Tadic*, la Sala de Apelaciones ha reconocido la figura de la *coautoría* como otra forma más de participación de carácter autónomo -junto a la autoría inmediata individual y la complicidad- y, con ello, ha confirmado el Art. 25, párr. 3 (a) del Estatuto de Roma.⁹¹ En opinión de la Sala de Apelaciones, esta forma de participación adquiere una significación especial precisamente dentro de los delitos colectivos, habituales en el Derecho internacional, en su delimitación con la complicidad como figura menos grave.⁹² Además, en razón del *case law* existente, habría que distinguir tres grupos de casos, a los que les es característico que siempre existe un plan común, que constituye el fundamento de imputación de la actuación de los partícipes.

81. *Ibid.*, pág. 674.

82. Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en AMBOS/GUERRERO, *supra* nota, pág. 371 ss.

83. *Ibid.*, pág. 674, 678-92.

84. Cf. UNWCC Law Reports XV, *supra* nota, pág. 49-51. Ver también *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgment, *supra* nota, pág. 691.

85. *Prosecutor v. Tadic*, Judgment 7.5.1997, *supra* nota, pág. 687.

86. *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, *supra* nota, pág. 325-29.

87. *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, *supra* nota, pág. 190-249.

88. *Ibid.*, pág. 199, 232.

89. *Ibid.*, pág. 217, 233 s.

90. *Ibid.*, pág. 235, 249. Ver también el fallo del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (“ICTR”), *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment (ICTR-96-4-T), 2.9.1998, pág. 484: “... Ayudar significa asistencia ... Incitar... involucraría facilitar la comisión de un acto demostrando simpatía hacia el mismo...” Confirmado por varios fallos posteriores, ver AMBOS/RUEGENBERG, NSIZ-RR 2000, pág. 202 ss. y el más reciente fallo en *Prosecutor v. Musema*, Judgment and Sentence 27.1.2000 (ICTR-96-13-T), pág. 118 ss.

91. *Prosecutor v. Tadic*, Judgment 15.7.1999, *supra* nota, pág. 178 ss., 192.

92. *Ibid.*, pág. 191.



- En el *primer grupo*⁹³, se trata de casos en los que todos los procesados actuaron sobre la base de un plan común (“common design” o “common enterprise”) y de un dolo común (“intention”)⁹⁴, pudiéndose dar el caso de que cada coautor individual haya desempeñado un rol distinto.
- En el *segundo grupo*⁹⁵, que constituye una variante del primero, se incluyen los llamados casos de campos de concentración. Se trata de supuestos de comisión de delitos por parte de miembros de una unidad militar o administrativa. También aquí los autores actúan sobre la base de un plan común (“common purpose”), que constituye el fundamento de imputación.
- El *tercer grupo*⁹⁶ recoge los supuestos en los que un coautor comete un hecho que va más allá del plan común, pero que igualmente constituye una consecuencia natural y previsible (“natural and foreseeable consequence”) de la realización del plan.

El tercer grupo muestra, por lo tanto, que incluso una variación con respecto al plan original por parte de uno de los partícipes no excluye la imputación de su comportamiento en perjuicio del resto de los partícipes, cuando el exceso constituye una “consecuencia natural y previsible” de la realización del plan con la que todos los partícipes se conforman, en el sentido de un dolo eventual. En este punto, la Sala se remite también al art. 25, párr. 3 (d) del Estatuto de Roma. En definitiva, se adhiere a la conocida dogmática continental europea en materia de coautoría, al emplear como criterios para la participación en coautoría la participación de varios, el plan -aunque sea informal y se haya acordado durante la ejecución- y el aporte de cada uno de los partícipes en favor del hecho.⁹⁷ Mientras que en la coautoría independiente cualquier aporte al hecho es suficiente, en la *complicidad* tiene éste que incidir de manera directa en el hecho principal. La coautoría se considera, pues, accesoria.⁹⁸

b) *Plano subjetivo: intención*

El criterio de intención complementa y restringe el criterio objetivo amplio. El acusado tiene que estar consciente del acto de participación y consciente de que esa participación tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del crimen. La intención está fundada en el conocimiento. Así, por ejemplo, sólo la presencia en la escena del crimen no es suficiente si es una presencia ignorada o involuntaria; debe al menos demostrarse que el acusado sabía que su presencia tenía un efecto directo y sustancial en su comisión. Además, la complicidad requiere que el acusado tenga la intención de contribuir a la comisión del delito.⁹⁹

Sin embargo, el recaudo subjetivo es en sí mismo considerablemente debilitado de dos formas. Primero, conocimiento e intención pueden también inferirse de circunstancias; en otras palabras, no necesitan ser probados directamente. Segundo, la intención fundada en ese conocimiento inherente es suficiente. La Sala de Primera Instancia no necesitó sostener que había un plan preestablecido en el cual el acusado se comprometió a una conducta específica; su conexión con un esquema o sistema criminal es suficiente.

En suma, la Sala de Primera Instancia sostuvo en *Tadić* que:

“[E]l acusado será considerado penalmente responsable por cualquier conducta en la que se determine que participó *con conocimiento* en la comisión de un delito que viola el derecho internacional humanitario y su participación *directa y sustancialmente* afectó la comisión del delito al apoyar la actual comisión *antes, durante y luego* del incidente. También será responsable por *todo* lo que *naturalmente resulta* de la comisión del acto en cuestión.”¹⁰⁰

Esta posición fue confirmada en *Celebicić*¹⁰¹ y, más explícitamente, en *Furundžija*. En esta última decisión se sostuvo que “no [es] necesario para el cómplice compartir el *mens rea* del autor, en el sentido de intención positiva de cometer el crimen” ni siquiera necesario “conocer el crimen

93. *Ibid.*, pár. 196 al 201.

94. Los términos “intention” e “intent” se emplean aquí en sentido equivalente, por lo que se parte de su significado como “dolo”.

95. *Prosecutor v. Tadić*, Judgment 15.7.1999, *supra* nota, pár. 202 s.

96. *Ibid.*, pár. 204 al 219.

97. *Ibid.*, pár. 227.

98. *Ibid.*, pár. 229.

99. *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, *supra* nota, pár. 674-77, 689, 692.

100. *Ibid.*, pár. 692 (énfasis del autor).

101. *Prosecutor v. Delalić et al.*, Judgment, *supra* nota, pár. 326, 328.

preciso que se intentaba y ... cometió"; antes bien es suficiente que el colaborador o instigador "sea consciente que uno de un número de crímenes probablemente se cometerá".¹⁰²

La Sala de Apelaciones en *Tadic* distinguió distintos tipos de participación en coautoría.¹⁰³ En general, se exige dolo en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo. Por el contrario, un querer en el sentido del dolo directo no es necesario.

2. Expansion de la responsabilidad: responsabilidad por mando (art. 7(3) del Estatuto del ICTY).

En *Celebici*, confirmado por *Blaskic*,¹⁰⁴ el ICTY caracterizó los requisitos de la responsabilidad superior o por mando como sigue¹⁰⁵:

- existencia de una relación superior-subordinada;
- el conocimiento del superior o el superior con razones para conocer que el acto estaba por ser o se había cometido;
- el fracaso del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor por ello.

En lo que respecta al primer requisito, el ICTY sostuvo que "individuos en posiciones de autoridad ... pueden incurrir en responsabilidad penal ... sobre la base de su posición *de facto* al igual que *de jure* como superiores".¹⁰⁶ De modo similar, una posición de mando no puede ser determinada "sólo por referencia a un estatus formal" sino por "la posesión actual, o no-posesión, de poderes de control sobre las acciones de subordinados".¹⁰⁷ Sin embargo, la responsabilidad es excluida si tal control estuvo "ausente o muy remoto", si el superior

careció de "habilidad material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos".¹⁰⁸

Más aún, la responsabilidad por mando se extiende también a *civiles*, superiores no militares, pero "sólo al punto que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los comandantes militares".¹⁰⁹ Esta posición confirma el art. 28 del Estatuto de Roma¹¹⁰ y es de particular significancia si se lo confronta con el trasfondo del pronunciamiento en *Akayesu* dictado por el ICTR en donde la cuestión fue caracterizada como "controvertida".¹¹¹

En el plano *subjetivo* (*mens rea*), el superior debe:

- tener conocimiento actual de que sus subordinados estaban cometiendo o estaban por cometer crímenes; o
- poseer información de tal naturaleza que lo ponga en noticia del riesgo de tales delitos al indicar la necesidad de investigación adicional con el fin de afirmar si fueron cometidos o estaban por ser cometidos.¹¹²

Mientras que estos requisitos no fueron discutidos en sus fundamentos, sí fue, por un lado, calurosamente debatido de qué modo podía ser probado el conocimiento actual. El ICTY rechazó la presunción de conocimiento pero permitió que ese conocimiento pudiera ser establecido por evidencia circunstancial teniendo en cuenta ciertos indicios.¹¹³ Por otro lado, los contenidos específicos del recaudo de "tuvo razones para conocer" (*had reason to know*) no están exentos de dudas. Mientras que es claro que un superior no debe permanecer voluntariamente ciego a los actos de sus subordinados, es menos claro cuan lejos llega su deber de conocer y cuan específica la información en su poder debe ser de modo tal de obligarlo a investigar más allá. Así, el ICTY fue cuidado-

102. *Prosecutor v. Furundžija, Judgment, supra nota, párr. 190-249.*

103. *Ibid.*, párr. 228.

104. *Prosecutor v. Blaškić, supra nota, párr. 289 y ss.*

105. *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, supra nota, párr. 346.*

106. *Ibid.*, párr. 354 (énfasis en el original).

107. *Ibid.*, párr. 370; ver también párr. 377.

108. *Ibid.*, párr. 377 s.

109. *Ibid.*, párr. 355 ss, 363, 378.

110. Ver Estatuto de Roma, *supra nota*, Art. 28. Para un análisis más detallado ver AMBOS, *Superior responsibility (article 28)*, in: CASSESE (ed.), *International Criminal Law for the ICC, Oxford 2001*; en castellano ver AMBOS, *Responsabilidad del superior*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia).

111. *Prosecutor v. Akayesu, Judgment, supra nota, párr. 491*. Sin embargo, el ICTR no rechazó la posibilidad pero sostuvo que "es apropiado determinar caso por caso el poder de la autoridad efectivamente atribuido al acusado." De manera similar *Prosecutor v. Musema, supra nota, párr. 132 ss.*

112. *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, supra nota, párr. 379 ss, 383, 393.*

113. *Ibid.*, párr. 386; ver ya *supra* b), después de nota .

so en su formulación de un estándar abstracto y no efectuó ninguna afirmación en cuanto al contenido *actual* del derecho consuetudinario sobre el punto.¹¹⁴

Aparte de *Delalic et al.*, el ICTY confirmó la responsabilidad individual de los líderes civiles y comandantes militares ya incluida en las cinco decisiones acerca de la Regla 61 dictadas previo a publicarse este trabajo, como responsabilidad directa en el sentido del art. 7(1) del Estatuto del ICTY o como responsabilidad por mando en el sentido del art. 7(3). En los procedimientos de la Regla 61 no hay determinación de culpabilidad, de allí que no son idénticos a los juicios *in absentia*. La Sala de Primera Instancia sólo determina si hay fundamentos razonables para creer que el acusado cometió los crímenes incluidos en la acusación.

En el caso *Nikolic*¹¹⁵ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante responsable de un campo de detención, no sólo directamente participó en los crímenes cometidos contra los detenidos del campo (art. 7(1) del Estatuto del ICTY) sino que también incurrió en responsabilidad en el sentido del art. 7(3) del Estatuto del ICTY por haber fracasado en evitar los crímenes a pesar de que le fue posible hacerlo. La Sala de Primera Instancia trató de distinguir el párrafo 3° del 1° del art. 7° sosteniendo que “la posición de autoridad de Nikolic lo hace responsable no a través de sus subordinados sino por sus propios actos en cuanto se refiere al encarcelamiento, apropiación, deportación, persecución y actos inhumanos relacionados con las precisas condiciones de detención”.

En *Prosecutor v. Martić*¹¹⁶ se confirmó que el acusado, expresidente de la autodeclarada República Serbia Krajina, había ordenado con conocimiento y voluntad el bombardeo de Zagreb el 2 y 3 de mayo de 1995, causando de ese modo la muerte de civiles. Como la muerte de civiles constituye un crimen de guerra según el art. 3° del Estatuto del ICTY, el acusado es individualmente responsable de acuerdo al art. 7(1) y (3) del Estatuto del ICTY.

En *Prosecutor v. Mšksic, Radic & Šljivancanin*¹¹⁷ se estableció que los acusados participaron en posiciones de mando en muertes y castigos en el hospital Vukovar en agosto de 1991 por el Ejército del Pueblo Yugoslavo (“EPY”). El acusado Mšksic fue el comandante de la brigada de guardia cuya jurisdicción territorial cubría toda la zona de Vukovar. Radic fue el jefe de una unidad de infantería especial de esta Brigada. Šljivancanin, quien actuó bajo la autoridad de Mšksic estuvo a cargo de un comando operacional de las fuerzas del EPY. Dada la distribución funcional de tareas entre los tres puede convincentemente argumentarse, aun cuando esto no fue explícitamente sostenido por la Sala de Primera Instancia, que Šljivancanin es punible de acuerdo al art. 7(1) del Estatuto del ICTY y que los otros dos acusados de acuerdo al art. 7(3).

En *Prosecutor v. Karadžić & Mladic*¹¹⁸ la Sala de Primera Instancia I tuvo fundamentos razonables para creer que Radovan Karadžić, como presidente del Partido Democrático Serbio de Bosnia y Herzegovina (“PDS”) y luego de la llamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, poseía “poderes institucionales amplios que lo convertían en la cabeza de una organización política y de las fuerzas armadas”.¹¹⁹ Ejerció control efectivo sobre el citado territorio y sabía que los delitos fueron cometidos dentro de ese territorio pero no hizo nada para evitarlos pese a sus obligaciones legales en ese sentido según el derecho internacional. En forma similar, Ratko Mladic, como Comandante General en Jefe del “Ejército de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina”, actuó como el paralelo militar de Karadžić, y también sabía de los delitos pero no los evitó. Por ende, ambos acusados incurrieron en responsabilidad de mando (gubernamental y/o militar) en el sentido del art. 7(3) del Estatuto del ICTY. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia incluso consideró, extendiéndose más allá de la acusación, que ambos acusados no sólo eran penalmente responsables por omisión y negligencia penal sino también por comisión directa en el sentido del art. 7(1) del Estatuto del ICTY:

114. *Ibid.*, pár. 393. Ver también *Prosecutor v. Akayesu, Judgment, supra nota*, pár. 488-89.

115. T.Ch. I, *Prosecutor v. Nikolic*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 20.10.1995 (IT-95-2-R61), pár. 24.

116. T.Ch. I, *Prosecutor v. Martić*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Order 8.3.1996 (IT-95-11-R61), pár. 20 s.

117. T.Ch. I, *Prosecutor v. Mšksic, Radic & Šljivancanin*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 3.4.1996 (IT-95-13-R61), pár. 15-17.

118. T.Ch. I, *Prosecutor v. Karadžić & Mladic*, Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 11.7.1996 (IT-95-5-R61/IT-95-18-R61), pár. 42, 65-85.

119. *Ibid.*, pár. 70.

“Toda la evidencia y el testimonio brindado concurre en demostrar que Radovan Karadžić y Ratko Mladić no sólo habrían sido informados de los crímenes alegados cometidos bajo su autoridad, sino que también y, en particular, ejercieron su poder para planear, instigar, ordenar o de algún otro modo ayudar e instigar la planificación, preparación o ejecución de los citados crímenes.”¹²⁰

Finalmente, en *Prosecutor v. Rajić*¹²¹ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante de las tropas del Consejo de Defensa Croata (“CDC”) ayudó y asistió u ordenó un ataque militar en la villa civil de Stupni Do (Bosnia-Herzegovina). Así, la responsabilidad individual nuevamente estaría basada en el art. 7(1) y (3) del estatuto del ICTY.

En la acusación contra *Milošević et. al.*, confirmada en la revisión de la decisión por el Juez Hunt, los acusados fueron también considerados responsables de crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior.¹²²

V. Conclusión. Hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional

Queda todavía un largo camino por recorrer hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional. La jurisprudencia de los crímenes de guerra, sin embargo, ofrece elementos de responsabilidad individual fundamentales e importantes:

- en el plano *objetivo* un concepto muy amplio de *participación* en el sentido de cualquier contribución causal a la comisión de un acto; un fundamento particularmente importante de la responsabilidad de los líderes dentro de organizaciones jerárquicas está dado por la teoría de la autoría indirecta por medio del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) o, más general, la autoría mediata;
- en el plano *subjetivo* el requisito de *conocimiento*, eventualmente probado con evidencia circunstancial (no sobre la base de una presunción), e *intención*;
- distintas formas de *expansión* de la imputación, de las cuales la *responsabilidad de mando* es la más importante en términos prácticos y conceptuales; a diferencia de la *Organisationsherrschaft* desarrolla criterios de imputación por omisiones, no actos; a partir de allí, ambos conceptos se complementan entre sí.

Estos elementos pueden ser considerados como universalmente reconocidos y como principios generales de Derecho penal supranacional recientemente confirmados por los arts. 25 y 28 del Estatuto de Roma.¹²³ Sin embargo, la mayor parte de la doctrina es, como ya se dijo, más bien descriptiva y a veces se apoya demasiado en el derecho penal nacional (“analogía doméstica”). Ciertamente, las propuestas académicas más desarrolladas pueden encontrarse en el Proyecto actualizado de Siracusa y en el “Proyecto de Parte General” sobre el que se basó.¹²⁴ Por otro lado, los esfuerzos recientes hacia un derecho penal común euro-

120. *Ibid.*, pág. 83.

121. T.Ch. II, *Prosecutor v. Rajić*, Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence and Separate Opinion of Judge Sidhwa, Decision 13.9.1996 (IT-95-12-R61), pág. 58-61, 71.

122. *Prosecutor v. Milošević, Milutinović, Sainović, Ojdanić, Stojilković*, Acusación (“Indictment”), presentada el 22.5.1999, pág. 55 ss., 84-88; *Prosecutor v. Milošević, Milutinović, Sainović, Ojdanić, Stojilković*, Decision on Review of Indictment and Application for Consequential Orders, 24.5.99.

123. Para facilitar la referencia las disposiciones del art. 25 y 28 del Estatuto de Roma, *supra* nota 5, serán reproducidas en el anexo. - En lo que respecta al art. 25 ver AMBOS, en: Triffterer, *supra* nota ; en cuanto al art 28 ver FENRICK, en *ibid.* Ver también, por ejemplo, Estatuto del ICTY, *supra* nota, art. 7; y art. 2 (3) del Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la CDI, *supra* nota .

124. Cf. Association Internationale de Droit Pénal (“AIDP”/International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences (“ISISC”)/Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (“MPI”) *et al.*, Proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional de la CDI del año 1994 que sugirió modificaciones, preparadas por un Comité de Expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996 (“actualización del Proyecto de Siracusa”). El original del “Proyecto de Parte General” fue preparado por el MPI en la línea de los “elementos” de una parte general incluidos en la actualización del Proyecto de Siracusa (comentario al art. 33) por ESER (Friburgo), TRIFFTERER (Salzburgo), KOENIG (Michigan), LAGODNY (Friburgo/Dresden) con la asistencia de AMBOS (Friburgo) y VEST (Basilea). Fue parcialmente modificado por la actualización del Proyecto de Siracusa (ver arts. 33-1 a 33-18 y 47 a 47-2). Ambos proyectos contienen reglas sobre responsabilidad penal individual ausentes en los proyectos “oficiales”, por ejemplo, sobre omisión (art. 33-5 y 33(d) respectivamente), causalidad (art. 33-6 y 33(e)), tentativa (art.33-8 y 33(g)). Para el “Proyecto de Parte General” ver <www.inscrim.mpg.de/delforch/straffrafcate/sach/sach_index.htm>.

peo podría también ser una contribución significativa para los elementos de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional si van más allá de la mera protección de intereses financieros de la Comunidad Europea.¹²⁵ Así, una propuesta reciente para un Código Penal Europeo Modelo contempla, como ejemplo, una responsabilidad individual para miembros de un gobierno, oficiales públicos y soldados por actos cometidos por sus subordinados que fallaron en prevenir; la doctrina de la responsabilidad de mando ha sido por ende reconocida.¹²⁶

La tarea del futuro es refinar los elementos de responsabilidad penal individual (y las defensas). Esto será alcanzado en cierta medida expandiendo la jurisprudencia de los Tribunales *ad-hoc* y la recientemente establecida ICC. El art. 25 del Estatuto de Roma es ciertamente un avance comparado con las propuestas previas; sin embargo, todavía requiere cierta clarificación y refinamiento por la futura jurisprudencia.¹²⁷ Por otro lado, investigaciones académicas y escritos deberían focalizarse más en el desarrollo de una teoría de responsabilidad penal individual completa o, más ampliamente, una Parte General de Derecho penal supranacional.¹²⁸

Anexo (Estatuto de Roma)

Art. 25. Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.

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

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

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

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

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Art. 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores

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

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por

125. Ver hasta ahora la propuesta de un *Corpus iuris*, codificado bajo los auspicios de la Comisión Europea; comp. DELMAS MARTY (ed.), 1997 y recientemente DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the member states*. Volume I. Antwerp et al. 2000.

126. Comp. TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im Europäischen Strafrecht*, Festschrift Nishihara, Baden-Baden, 1998, págs. 496-512, 511 (sección "e" de la propuesta).

127. Ver SCHABAS, *General Principles of Criminal Law in the ICC Statute (Part III)*, 6 *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.* 6 (1998), 400; en castellano en Ambos/Guerrero, *supra* nota, págs. 269 ss. (314); AMBOS, *General principles of criminal law in the Rome Statute*. *Criminal Law Forum* 10 (1999), 1 ss. (6 ss.).

128. Ver ESER, *The need of a General Part*, en BASSIOUNI (ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the peace and security of mankind*, Toulouse, 1993, págs. 43-52.

los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

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

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

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente

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

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

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

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