

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR “SENSU STRICTO” POR CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

JUAN PABLO PÉREZ-LEÓN ACEVEDO*

RESUMEN

El presente trabajo estudia la responsabilidad del superior *sensu stricto* por crímenes de guerra en el derecho internacional. Luego de hacer referencia a algunos aspectos de su naturaleza como responsabilidad por omisión, se examinan en detalle los tres elementos que la originan. De manera general, éstos son: 1) la existencia de una relación superior-subordinado; 2) el conocimiento del superior sobre los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados (elemento subjetivo), y 3) el incumplimiento del superior de sus obligaciones de prevenir y sancionar los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. El análisis de las respectivas normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional y de normas convencionales del derecho internacional humanitario así como la jurisprudencia

Fecha de recepción: 8 de agosto de 2007
Fecha de aceptación: 4 de octubre de 2007

* Abogado (máximo honores) por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asesor legal de Amnistía Internacional, Sección Perú. Adjunto de docencia, derecho internacional público, PUCP. Cursos de derecho internacional (respectivas becas) en Lima (Academia de Derecho Internacional de La Haya-Programa externo, 2005), Holanda (Leiden University, 2006), Estados Unidos (American University, 2007) y Finlandia (Abo Academy University, 2007). Ganador del Premio de Investigación en Derechos Humanos 2007 otorgado por la American University. College of Law, Washington D.C., USA. Contacto: jperezleon@gmail.com

de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, constituyen las fuentes fundamentales para el examen de esta importante figura del derecho internacional contemporáneo.

Palabras clave: responsabilidad del superior *sensu stricto*; crímenes de guerra; relación superior-subordinado; Estatuto de la Corte Penal Internacional; derecho internacional humanitario.

THE RESPONSIBILITY OF SUPERIOR “SENSU STRICTO” FOR WAR CRIMES IN THE CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

The present paper studies the superior’s responsibility by war crimes according to the International law. After the revision of some aspects focused on its nature as responsibility by omission, its three constitutive elements are extensively examined. In general terms, these are: a) the existence of a superior-subordinate relationship; b) superior’s knowledge with regard to the war crimes committed by his/her subordinates (mental element) and, c) that the superior does not fulfill his/her duties to prevent and punish the war crimes committed by his/her subordinates. The analysis of the International Criminal Court Statute and conventional norms of the International humanitarian law as well the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda are the main sources in order to study this important International law’s institution.

Key words: superior’s responsibility *sensu stricto*; war crimes; superior-subordinate relationship; International Criminal Court Statute; International Humanitarian Law.

ABREVIATURAS

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja, CPI: Corte Penal Internacional, DI: derecho internacional, DIH: derecho internacional humanitario, PA I: Protocolo Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, TPEY: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, TPR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca analizar la responsabilidad del superior *sensu stricto* por crímenes de guerra en el marco del DI contemporáneo. Esta responsabilidad es también llamada responsabilidad indirecta debido a su naturaleza de tipo omisivo, en contraste con la llamada responsabilidad directa del superior (de tipo positivo) que precisamente se activa cuando el superior ordena a sus subordinados cometer, por ejemplo, crímenes de guerra. Para el propósito planteado, se analizará tanto el estado de la cuestión en el DI convencional, concentrándonos en el Estatuto de la CPI y las normas convencionales del DIH, como la situación en el DI consuetudinario, a través del estudio del *case law* del TPEY y del TPR.

De manera general podemos referir que, en relación con la responsabilidad de los jefes y otros superiores, el Estatuto de la CPI (art. 28) ha reafirmado lo establecido por el Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional, los estatutos del TPEY y del TPR y el PA I¹. Los superiores pueden resultar responsables directos de crímenes cuando ordenan su comisión, o responsables indirectos cuando no impiden o sancionan la conducta de sus subordinados. Es este segundo supuesto el que nos atañe.

El Estatuto de la CPI exige la concurrencia de tres requisitos para la configuración de la responsabilidad:

1 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, artículo 6; estatutos del TPEY y del TPR, artículos 7 y 6 respectivamente, y PA I, artículos 86 y 87.

1) La existencia de un vínculo de subordinación, vale decir la existencia de una relación jerárquica. Se distingue entre el supuesto de los jefes militares o la persona que actúe efectivamente como tal, en relación con los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo; y el supuesto de superiores de distinta naturaleza. En ambos casos se exige la presencia de una relación jerárquica entre el superior y la persona que cometió el crimen, pudiendo esta relación comprender tanto la autoridad *de iure* como *de facto*.

2) La obligación del deber de saber del superior. El Estatuto de la CPI exige este deber con diferente nivel de intensidad. Si se trata del jefe militar, su responsabilidad se genera incluso por el simple deber de conocer (*should have known*). En el supuesto de relaciones de jerarquía fuera del ámbito militar, el Estatuto limita la responsabilidad exclusivamente a las conductas que implican una imprudencia consciente, que va más allá de una mera imprudencia.

3) La obligación del superior de actuar. Se impone a éste el deber de adoptar todas las medidas necesarias y razonables que estén a su alcance para prevenir la comisión de los hechos, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Como antecedentes de la responsabilidad individual del superior *sensu stricto* por crímenes de guerra tenemos las Convenciones de La Haya IV² y X³ que establecieron deberes para los comandantes en relación con la conducta de sus subordinados, lo que marcó

2 Véase en especial el “Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre” del 18 de octubre de 1907, artículo 43: “Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”. Este texto, al igual que otros tratados de DIH citados en este trabajo, se encuentra disponible en la página web del CICR: http://www.icrc.ch/Web/spa/sitespa0.nsf/html/section_ihl_databases?OpenDocument

3 Convención de La Haya X relativa a la Adaptación de los Principios de la Convención de Ginebra sobre Guerra Marítima del 18 de octubre de 1907, artículo 19. Esta Convención fue reemplazada por el II Convenio de Ginebra de 1949, de conformidad con el artículo 58 de este último.

el inicio de la doctrina de la responsabilidad del superior y que sería retomada por la Corte Suprema de Leipzig⁴. Posteriormente, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el asunto *Yamashita*, determinó:

“(..) the law of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified acts (...) he [el superior] may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result”⁵.

Aunque en el juicio de Nüremberg sólo se trató la responsabilidad directa, el Tribunal de Tokio condenó tanto a comandantes militares como a no militares⁶ por haber fallado en la prevención y sanción de las atrocidades cometidas, en tanto no supervisaron el efectivo cumplimiento de las leyes de guerra por parte de sus subordinados⁷. Durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial los tribunales, bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, emitieron condenas por responsabilidad del superior⁸; aunque tal

4 Corte Suprema de Leipzig. Caso *Emil Müller*, decisión del 30 de mayo de 1921. Véase Ilias Bantekas, “The contemporary law of superior responsibility”, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, n.º 2, 1999, p. 574.

5 Corte Suprema de Estados Unidos. Caso *Yamashita*, decisión del 4 de febrero de 1946, p. 14. También se agregó: “(..) the allegations of the charge, tested by any reasonable standard, adequately allege a violation of the law of war” (pp. 17 y 18). Sentencia disponible en <http://www.laws.findlaw.com/us/327/1.html>

6 Sobre los superiores civiles se señaló: “A cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain, in the cabinet thereby continuing to participate in its collective responsibility (...) he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future”: Tribunal Militar Internacional de Tokio. Caso *Araki y otros*, sentencia del 1.º de noviembre de 1948, p. 30, citado por John Pritchard, “International Military Tribunal for the Far East and the Allied National War Crimes Trials in Asia”, en M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, 2.ª ed., Vol. III, Transnational Publishers, New York, 1999, p. 136.

7 En efecto, la responsabilidad por el deplorable tratamiento de los prisioneros de guerra así como por el exterminio sistemático de los civiles por fuerzas armadas japonesas fue establecida sobre la base de la doctrina de la responsabilidad del superior.

8 Así tenemos los siguientes casos: Tribunal Militar de Estados Unidos establecido en Nüremberg, caso *Estados Unidos vs. von Leeb y otros (High Command case)*, sentencia del 28 de octubre de 1948; Tribunal Militar de los Estados Unidos establecido en

jurisprudencia no fue recogida en los Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, como veremos en detalle, en el PA I existen normas muy concretas sobre la materia.

De especial valía resulta la jurisprudencia del TPEY, la cual ha tenido directa influencia en la redacción del artículo 28 del Estatuto de la CPI. En tal sentido, además del importante caso *Celebici (Delalic y otros)*⁹, también tenemos las sentencias expedidas por el TPEY en los casos *Aleksovski*¹⁰, *Blaskic*¹¹, *Kordic & Cerkez*¹²,

Nüremberg, caso *Estados Unidos vs. List y otros (Hostages case)*, sentencia del 19 de febrero de 1948; Tribunal Militar de Estados Unidos establecido en Nüremberg, caso *Estados Unidos vs. von Weizsaecker (Ministres case)*, sentencia de 12 de diciembre de 1949; Tribunal Militar de los Estados Unidos establecido en Nüremberg, caso *Estados Unidos vs. Flick y otros*, sentencia de 22 de diciembre de 1947; Tribunal General Francés de Rastadt del Gobierno Militar de la zona francesa de ocupación en Alemania, caso *Alemania vs. Roehling*. Véase Bantekas, ob. cit., pp. 574 y 575.

- 9 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso n.º IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafos 346 y ss., 647 y ss.; *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso n.º IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001. Estas sentencias, al igual que el resto de la jurisprudencia del TPEY citada en el presente trabajo, se encuentra disponible en la página web del TPEY: <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm> Sobre la sentencia del 16 de noviembre de 1998 véase el siguiente resumen analítico: Olivia Swaak-Goldman, "International Decisions. Prosecutor v. Delalic. No. IT-96-21-T", en *American Journal of International Law*, Vol. 93, n.º 2, 1999, pp. 514 a 519.
- 10 *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso n.º IT-95-14/1, sentencia del 25 de junio de 1999, párrafos 69 y ss.; *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso n.º IT-95-14/1-A, sentencia de 24 de marzo de 2000, párrafos 69-77. Los hechos de este caso refieren que desde enero hasta mayo de 1993, Zlatko Aleksovski, bosnio-croata, director de la prisión de Kaonik, aceptó bajo su custodia a cientos de musulmanes bosnios detenidos que fueron objeto de tratamientos inhumanos como interrogatorios crueles, trabajos forzados, asesinatos, entre otros.
- 11 *Prosecutor vs. Blaskic*, caso n.º IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, párrafos 289 y ss.; *Prosecutor vs. Blaskic*, caso n.º IT-95-14-A, sentencia del 29 de julio de 2004. En relación con los hechos tenemos que las fuerzas armadas croatas (HVO) bajo el mando del entonces coronel Blaskic atacaron, entre mayo de 1992 y enero de 1994, 25 ciudades y aldeas habitadas por musulmanes bosnios.
- 12 *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia de 26 de febrero de 2001, párrafos 367 y ss., 401 y ss.; *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2-A, sentencia del 17 de diciembre de 2004. Dario Kordic fue el más importante político bosnio-croata en el área al momento de cometerse las acciones y tuvo poder, influencia y control político y militar sobre acciones en las que se cometieron crímenes de guerra y de lesa humanidad. Por su parte, Mario Cerkez fue militar y comandante de la brigada del Consejo croata de Defensa.

*Krstic*¹³, *Krojelic*¹⁴, *Kunarac*¹⁵ y *Hadzihasanovic*¹⁶. En el último de éstos, el TPEY enfatizó que la responsabilidad del superior también se aplica en un conflicto armado no internacional¹⁷. En

13 *Prosecutor vs. Krstic*, caso IT-98-33-T, sentencia del 2 de agosto de 2001, párrafos 647-652.

14 *Prosecutor vs. Krnojelic*, caso IT-97-25-T, sentencia del 15 de marzo de 2002, párrafos 91-95.

15 *Prosecutor vs. Kunarac y otros*, caso IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia del 22 de febrero de 2001, párrafos 304 y ss.; *Prosecutor vs. Kunarac y otros*, caso IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia del 12 de junio de 2002. En relación con los hechos de este caso se tiene que Kunarac (comandante de una unidad especial de reconocimiento del ejército serbio-bosnio) y Kovak y Vukovic (subcomandantes de la policía militar y líderes paramilitares en Foca) fueron acusados de una serie de crímenes sexuales principalmente cometidos contra musulmanas bosnias detenidas en la localidad de Foca.

16 *Prosecutor vs. Hadzihasanovic et Kubura*, caso IT-01-47AR72, Interlocutory Appeal in relation to Command Responsibility, decisión del 16 de julio de 2003. Véanse en especial las opiniones separadas de los jueces Hunt y Shahabuddeen.

17 “The Appeals Chamber affirms the view of the Trial Chamber that command responsibility was part of customary international law relating to international armed conflicts before the adoption of Protocol I. Therefore, as the Trial Chamber considered, Articles 86 and 87 of Protocol I were in this respect only declaring the existing position, and not constituting it. In like manner, the non-reference in Protocol II to command responsibility in relation to internal armed conflicts did not necessarily affect the question whether command responsibility previously existed as part of customary international law relating to internal armed conflicts (...) that command responsibility was at all times material to this case a part of customary international law in its application to war crimes committed in the course of an internal armed conflict”: *Prosecutor vs. Hadzihasanovic et Kubura*, caso IT-01-47AR72, Interlocutory Appeal in relation to Command Responsibility, decisión del 16 de julio de 2003, párrafos 39 y 41.

el contexto del TPR se tienen, entre otros, los casos *Akayesu*¹⁸, *Kambanda*¹⁹, *Kayishema & Ruzindana*²⁰ y *Serushago*²¹.

Los hechos del caso *Celebici* se desarrollaron en el contexto de las acciones de las fuerzas musulmanas y croatas en 1992, por las que tomaron el control de diversas poblaciones predominantemente serbias. Las personas detenidas fueron llevadas al campo de detención de Celebici donde los serbo-bosnios fueron objeto de asesinatos, torturas, asaltos sexuales y tratos crueles e inhumanos. Luego del proceso se encontró inocente a Zejnil Delalic (coordinador general de las fuerzas musulmanas bosnias y bosnio-croatas)²², mientras se condenó a prisión a los otros acusados²³.

La Cámara de Juicio en este caso señaló que hay dos formas de responsabilidad del superior jerárquico. La primera, se genera por los actos de los subordinados como consecuencia de acciones

-
- 18 Jean Paul Akayesu, alcalde de la comunidad ruandesa de Taba, constituye uno de los casos símbolo del genocidio ruandés. El TPR concluyó que Akayesu había fomentado de manera activa y entusiasta las masacres, toda vez que toleró, ordenó y en algunos casos, perpetró directamente los asesinatos, maltratos y violaciones. *Prosecutor vs. Akayesu*, caso ICTR-96-4-T, sentencia del 2 de setiembre de 1998, parágrafos 488 y ss. Esta sentencia, al igual que el resto de jurisprudencia del TPR citada en el presente trabajo, se encuentra disponible en la página web del TPR: <http://69.94.11.53/>
- 19 Clément Kambanda fue Primer Ministro de Ruanda entre el 8 de abril de 1994 y el 18 de julio de 1994, período en el que los crímenes de DI (entre ellos crímenes de guerra) acontecieron en el territorio ruandés. Kambanda contribuyó a la masacre con la realización de discursos incendiarios, distribución de armas, y presidió el gabinete y otras reuniones donde se planearon los crímenes. *Prosecutor vs. Kambanda*, caso ICTR-97-23-T, sentencia de 4 de setiembre de 1999; *Prosecutor vs. Kambanda*, caso ICTR-97-23, sentencia de 19 de octubre de 2000.
- 20 En el caso *Kayishema & Ruzindana*, los acusados fueron juzgados juntos por cargos relacionados con genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, crímenes perpetrados en la prefectura de Kibuye, de la cual Kayishema fue prefecto hasta julio de 1994. *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, parágrafos 219 y ss.
- 21 Omar Serushago fue un líder local de la *Interahamwe*, la milicia racista afiliada al partido de gobierno. *Prosecutor vs. Serushago*, caso ICTR-98-39, sentencia del 5 de mayo de 1999, parágrafos 25 y ss.
- 22 La Cámara de Juicio encontró a Delalic inocente, toda vez que aunque era coordinador general de las fuerzas bosnio-musulmanas y bosnio-croatas, no tenía autoridad como superior sobre el campo, su director, su adjunto o guardias.
- 23 Los otros tres acusados fueron Zdravko Mucic, comandante *de facto* del campo, Hazim Delic, comandante adjunto, y Esad Landzo, guardia de seguridad del mismo.

positivas del superior (caso de una orden), y se configura como responsabilidad directa²⁴. La segunda, que es la responsabilidad del superior en sentido estricto o responsabilidad indirecta, se deriva de omisiones culpables, al no haber adoptado las medidas necesarias a fin de impedir las violaciones por parte de sus subordinados. Ambos tipos de responsabilidad son parte del DIH consuetudinario como ha señalado el CICR²⁵.

Ahora bien, en el caso Celebici el TPEY afrontó el problema consistente en que su Estatuto podría constituir un derecho *ex post facto*, especialmente en lo relativo a la responsabilidad del superior. Considerando esta situación, el TPEY interpretó la norma relevante a la luz del DI consuetudinario y el DI convencional, y concretamente del artículo 86.2 del PA I. El TPEY concluyó:

“(…) a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates”²⁶.

Para que se configure la responsabilidad del superior en sentido estricto, la cual es propiamente responsabilidad del superior, se requiere que: 1) el acusado se halle implicado en una relación superior-subordinado²⁷; 2) el superior supiera, o tuviera razones para saber que el subordinado se disponía a cometer un crimen o ya lo hizo²⁸, y 3) a pesar de ello, no haya adoptado las medidas

24 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 334.

25 “Norma 152. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes”: Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, CICR/Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 556-558. Sobre la norma consuetudinaria de responsabilidad del superior en sentido estricto (de acuerdo al CICR) véase infra nota 40.

26 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 390.

27 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafos 354 y 370.

28 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafos 383 y ss.

necesarias y adecuadas para impedir tales actos o sancionar a los culpables²⁹.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR “SENSU STRICTO”

Cuando nos referimos a este concepto aludimos a una omisión, no a una acción³⁰, como correctamente señala Bantekas:

29 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafos 395 y ss.; 773-774.

30 En el caso de la responsabilidad directa (de tipo positivo), el elemento central de ordenar está constituido por la existencia de una relación superior-subordinado entre la persona que da la orden y quien la ejecuta. Esta relación puede ser a veces sólo una cuestión de hecho. En tal sentido, en el caso *Akayesu*, el TPR sostuvo: “By ordering the commission of one of the crimes referred to in Articles 2 to 4 of the Statute, a person also incurs individual criminal responsibility. Ordering implies a superior-subordinate relationship between the person giving the order and the one executing it. In other words, the person in a position of authority uses it to convince another to commit an offence”: *Prosecutor vs. Akayesu*, caso ICTR-96-4-T, sentencia del 2 de septiembre de 1998, parágrafo 481.

La responsabilidad individual por ordenar un crimen debe ser afirmada también en los casos en los que un comandante situado en una posición intermedia transmite una orden. La conducta de ordenar un crimen puede ser vista desde la perspectiva de la llamada autoría mediata a través de un aparato de poder organizado, según el modelo planteado por Roxin. Es un ejemplo de tal perspectiva lo señalado por la justicia argentina en el juicio a las Juntas Militares al sostener: “quien controla el sistema, controla la voluntad anónima de todos sus componentes”: Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, Juicio a las Juntas Militares (causa n.º 13), sentencia del 9 de diciembre de 1985. En http://www.nuncamas.org/juicios/argentin/sala2_091101_3.htm

Véase Claus Roxin, *Taterschaft und Tatherrshaft*, 6ª. ed., De Gruyter, Berlin-New York, 1994, pp. 243 y ss., citado por Fabricio Guariglia, “Responsabilidad criminal individual en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en *Adaptación de la legislación interna para la sanción de infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario. Reunión de expertos de países iberoamericanos*, Madrid, 10 a 12 de marzo de 1999, Plaza & Janés, Madrid-Bogotá, 2000, p. 279. Cfr. también Claus Roxin, “La autoría mediata por dominio en la organización”, en Claus Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, Manuel Abanto (trad.), Ara Editores, Lima, 2004, pp. 221-243.

Roxin, al plantear su teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados (o teoría del dominio del hecho), señaló que era aplicable siempre que se cumpliesen los siguientes requisitos: 1) que se trate de un aparato organizado de poder con una estructura jerárquica rígida; 2) que se verifique la fungibilidad efectiva del autor

“People who fail to prevent or punish their subordinates’ illegal acts are liable under the doctrine of command responsibility. Accordingly, the doctrine [de la responsabilidad del superior] does not address actions but omissions”³¹.

En el DIH existen una gran cantidad de violaciones que pueden cometerse simplemente por omisión. Ejemplos concretos podemos encontrarlos tanto en los Convenios de Ginebra como en el PA I³².

inmediato, lo que presupone que la organización tenga una dimensión consistente; 3) que de la intercambiabilidad del ejecutor se derive un control automático para el “hombre de atrás”, y 4) que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico, escogiendo en su totalidad la vía criminal.

Según el segundo requisito citado se debe evaluar si los autores son intercambiables, fungibles, no siendo relevantes toda vez que el plan criminal ha sido ya decidido. Los perpetradores directos ocupan únicamente un estatus subordinado en la estructura del aparato de poder, no pudiendo impedir que el “hombre de atrás” consiga el resultado trazado. En caso de que el ejecutor directo fallase, otro individuo ocuparía su posición y se lograría un resultado idéntico. Ello, en tanto el superior, líder o jefe tiene un efectivo “dominio del hecho”. En relación con el último requisito mencionado se debe precisar que no se exige que todos los actos de la organización estén fuera del ordenamiento jurídico e, inclusive, la autoría mediata es aplicable en el supuesto de aparatos del Estado.

Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, *Informe Final*, T. I, “La dimensión jurídica de los hechos”, Lima, 2003, pp. 24-26.

Esta teoría surgió a raíz del fundamento desarrollado para procesar a líderes nazis que no habían tenido participación directa en crímenes específicos (caso *Eichmann*). Posteriormente fue aplicada por tribunales europeos de manera reiterada desde el año 1994. Así, tenemos el caso de los funcionarios del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática Alemana, los cuales ordenaron disparar a quienes trataban de huir a través del muro de Berlín. También fue aplicada por la justicia argentina, en el caso de las Juntas Militares bajo cuya dirección se realizaron numerosos crímenes de DI. Asimismo, fue invocada para imputar al general Pinochet las violaciones ocurridas durante la dictadura militar acaecida en Chile.

- 31 Bantekas, ob. cit., p. 575. En tal sentido, se entiende que la doctrina de la responsabilidad del superior constituye una excepción al principio de la responsabilidad internacional individual directa, en tanto el superior es responsable de las acciones de su subordinado, si se cumplen los elementos que detallaremos más adelante. Sobre el particular véase Yuval Shany y Keren Michaelly, “The case against Ariel Sharon: Revisiting the doctrine of command responsibility”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, n.º 4, 2002, pp. 816 y ss.
- 32 Por ejemplo el artículo 85 del PA I (represión de las infracciones del presente Protocolo), en su parágrafo 4.e, confirma los Convenios de Ginebra y además califica de infracción grave la privación a una persona, protegida por ellos o por los artículos 44 (Combatientes y prisioneros de guerra), 45 (Protección de las personas que han tomado parte en las hostilidades) y 73 (Refugiados y apátridas) del PA I, de su derecho a ser juzgada normal

Por otro lado, la responsabilidad por omisión únicamente puede establecerse si el individuo que se ha abstenido de actuar tenía el deber de dicha actuación³³.

Formulaciones expresas de responsabilidad del superior se encuentran en el PA I³⁴, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad³⁵, en los estatutos del TPEY³⁶, el TPR y la Corte Especial para Sierra Leona, en la regulación especial para Timor Oriental, en la *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya³⁷ así como en el Estatuto de la CPI³⁸. Todos estos cuerpos normativos generan la obligación del comandante de prevenir a sus subordinados para que no violen las normas del DIH, así como la responsabilidad de sancionarlos si cometen crímenes de guerra. Lo anterior también ha sido recogido por la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur³⁹. Adicionalmente, tal responsabilidad y sus elementos constitutivos son una norma del DIH consuetudinario aplicable tanto a un conflicto armado

e imparcialmente, según lo señalado en sus disposiciones y en el artículo 75 del PA I (Garantías fundamentales), infracción que puede cometerse por omisión.

- 33 Véase Yves Sandoz y otros (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 of 12 August 1949*, CICR-Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra-Dordrecht, 1987, parágrafo 3537, p. 1010.
- 34 PA I, artículos 86 y 87.
- 35 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1991, artículo 12; Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, artículo 6.
- 36 Estatuto del TPEY, artículo 7: “3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado, se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores”.
- 37 El contenido de la norma precitada se repite en los estatutos del TPR y de la Corte Especial para Sierra Leona, en sus respectivos artículos 6.3; así como en la UNTAET Regulation 2000/15 para Timor Oriental, sección 16, y en el *Law on the Khmer Rouge Trial* de 2001, artículo 29.
- 38 Estatuto de la CPI, artículo 28. Nosotros iremos citando las partes pertinentes de este artículo, a medida que analicemos los requisitos de la responsabilidad del superior.
- 39 Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, *Informe Final presentado al Secretario General de la ONU*, 25 de enero de 2005, párrafos 558-564. Disponible en http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

internacional como a un conflicto armado no internacional según ha expresado el CICR⁴⁰.

En el caso *Akayesu*, se estableció que la responsabilidad del superior era una forma de complicidad por omisión, y que al ser los cómplices, al igual que los autores, responsables, también deben ser sancionados⁴¹. La complicidad implica que el cómplice consciente y sustancialmente haya contribuido a la comisión de las ofensas, por lo que la responsabilidad del superior debería seguir tal lógica⁴².

Asimismo, es necesario distinguir la responsabilidad directa del superior al ordenar o instigar a otros, de la responsabilidad del superior *sensu stricto* que alude a una omisión. En tal sentido, la Cámara de Apelación del TPEY en el caso *Blaskic* ha señalado que frente al mismo hecho y al mismo cargo no se pueden alegar a la vez responsabilidad directa del superior y responsabilidad del superior en sentido estricto. La posición del superior es considerada sólo como agravante de la sanción que, en este supuesto, se genera por responsabilidad directa:

“The Appeals Chamber considers that the provisions of Article 7(1) [responsabilidad directa del superior] and Article 7(3) [responsabilidad del superior *sensu stricto*] of the Statute connote distinct categories of criminal responsibility. However, the Appeals Chamber considers that, in relation to a particular count, it is not appropriate to convict under both Article 7(1) and Article 7(3) of the Statute. Where both Article 7(1) and Article 7(3) responsibility

40 En tal sentido, el CICR enuncia del siguiente modo la norma consuetudinaria: “Norma 153. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables”. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.), ob. cit., pp. 558-563. Un buen ejemplo de esta norma consuetudinaria del DIH lo constituyen los estatutos del TPR y del Tribunal Especial para Sierra Leona, y la UNTAET Regulation No. 2000/15 para Timor Oriental.

41 “[la responsabilidad del superior] (...) does not necessarily require the superior to have had knowledge of such to render him criminally liable. The only requirement is that he had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed and failed to take the necessary or reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof”: Prosecutor vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, parágrafo 39.

42 Bantekas, ob. cit., p. 577.

are alleged under the same count, and where the legal requirements pertaining to both of these heads of responsibility are met, a Trial Chamber should enter a conviction on the basis of Article 7(1) only, and consider the accused's superior position as an aggravating factor in sentencing⁷⁴³.

La responsabilidad del superior alude a una responsabilidad imputada (debido a una negligencia grave) y no a una responsabilidad vicaria como erróneamente se señaló en el caso *Celebici*⁴⁴, toda vez que bajo el DIH un superior no es responsable por el solo hecho de estar revestido de autoridad. Para la generación de la responsabilidad en estudio se requiere la concurrencia de los elementos señalados en el punto anterior, elementos recogidos tanto en la jurisprudencia como en los instrumentos internacionales y que desarrollaremos en el siguiente punto.

Antes de pasar a estudiar los elementos de la responsabilidad del superior por crímenes de guerra, parece oportuno hacer algunos comentarios sobre la posibilidad de la aplicación de esta figura al crimen de genocidio. La Convención sobre Genocidio no incluye

43 *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-A, sentencia del 29 de julio de 2004, párrafo 91. Cabe mencionar que la Sala de Apelación aceptó el recurso interpuesto por el acusado a través del cual rechazó la aplicación conjunta de los artículos 7.1 (ordenar cometer) y 7.3 (responsabilidad del superior por omisión) del Estatuto del TPEY, por una misma conducta. Por lo tanto, se anuló, en ese extremo, las declaraciones de responsabilidad concurrente establecidas por la Cámara de Juicio. Esta instancia señaló: "It would be illogical to hold a commander criminally responsible for planning, instigating or ordering the commission of crimes and, at the same time, reproach him for not preventing or punishing them. However, as submitted by the Prosecution, the failure to punish past crimes, which entails the commander's responsibility under Article 7(3), may, pursuant to Article 7(1) and subject to the fulfillment of the respective *mens rea* and *actus reus* requirements, also be the basis for his liability for either aiding and abetting or instigating the commission of *further crimes*": *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, párrafo 237.

Este pronunciamiento coincidió con uno anterior en el caso *Karadzic & Mladic*, en el cual los jueces consideraron que las acciones y declaraciones del primero de los nombrados demostraban no sólo conocimiento de las acciones sino sobre todo que él aprobaba su conducta. *Prosecutor vs. Karadzic & Mladic*, caso IT-95-5-R/IT-95-18-R, decisión de la Cámara de Apelación sobre la regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del 16 de mayo de 1995, párrafo 74. Sobre las áreas de interacción entre ambos tipos de responsabilidad véase Guariglia, ob. cit., p. 284.

44 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 645.

alguna norma sobre la responsabilidad del superior *sensu stricto*. Sin embargo, textos internacionales han incorporado formas de responsabilidad del superior, a través de normas generales y por ende aplicables *prima facie* también al crimen de genocidio. Ejemplos claros los constituyen los estatutos del TPEY y del TPR, al igual que el Estatuto de la CPI y las regulaciones de los tribunales mixtos.

No obstante, extender la responsabilidad del superior en sentido estricto (responsabilidad indirecta) desde el ámbito de los crímenes de guerra hacia el crimen de genocidio puede generar problemas específicos en relación con el elemento de la intención. A diferencia de la mayoría de crímenes de guerra (y también crímenes de lesa humanidad), el crimen de genocidio requiere, a efectos de su acusación, el más elevado nivel de intención específica. Sin embargo, la responsabilidad del superior implica la existencia de negligencia y, como apunta Schabas, “exactly how a specific intent offence can be committed by negligente remains a paradox”⁴⁵.

En este contexto, el genocidio involucra una conducta que requiere un dolo especial, y a pesar de las normas sobre responsabilidad del superior en los estatutos del TPEY, el TPR y la CPI, es bastante discutible atribuir responsabilidad por genocidio al superior que ha sido meramente negligente. Sobre la práctica jurisprudencial de los tribunales *ad hoc*, podemos citar el caso *Serushago* ante el TPR, en el cual se encontró al acusado culpable, de acuerdo al artículo 6.3 del Estatuto (responsabilidad del superior):

“He was a *de facto* leader of the Interahamwe in Gisenyi. Within the scope of the activities of these militiamen, he gave orders which were followed. Omar Serushago admitted that several victims were executed on his orders while he was manning a roadblock erected near the border between Rwanda and the Democratic Republic of Congo. As stated *supra*, thirty-three persons were killed by people placed under his authority. The accused admitted that all these crimes were committed because their victims were Tutsi or because, being moderate Hutu, they were considered accomplices”⁴⁶.

45 William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 305.

46 *Prosecutor vs. Serushago*, caso ICTR-98-39, sentencia del 5 de mayo de 1999, párrafo 29.

Pese a lo citado, se debe señalar que la sentencia, al igual que en el caso *Kayishema*⁴⁷ ante el TPR, es incorrecta en este punto puesto que como resultado del comando de la *Interahamwe* bajo Serushago y la emisión de órdenes que fueron realizadas, él hubiera resultado culpable como responsable directo⁴⁸ y no sobre las bases de la responsabilidad del superior que es responsabilidad indirecta⁴⁹.

Por otro lado, el estándar *should have known* (presente en el art. 28 del Estatuto de la CPI) sería inconsistente con el dolo especial de genocidio. En todo caso, el futuro *case law* de la CPI deberá aclarar los alcances de la figura en estudio⁵⁰. Ahora bien, un posible planteamiento es la creación de una presunción manifiesta por la cual el comandante sea juzgado por haber participado en genocidio si sus subordinados cometieron el crimen. Considerando la naturaleza del crimen de genocidio y la relación entre comandante y subordinado, tal presunción resulta prácticamente de una inferencia lógica de evidencia circunstancial. Las cortes internacionales de derechos

47 *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, parágrafo 228.

48 Hubiese sido encontrado culpable en virtud del artículo 6.1 del Estatuto del TPR, en tanto expidió órdenes.

49 Estatuto del TPR, artículo 6.3.

50 Se debe señalar que en las más recientes sentencias del TPEY se ha enfatizado que la responsabilidad del superior es una responsabilidad por omisión, siendo que el superior no comparte la misma responsabilidad que el subordinado: “This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus “for the acts of his subordinates” as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed”: *Prosecutor vs. Halilovic*, caso IT-01-48-T, sentencia del 16 de noviembre de 2005, parágrafo 54. Véase también *Prosecutor vs. Hadzihasanovic & Kubura*, caso IT-01-47-T, sentencia del 15 de marzo de 2006, parágrafo 74.

No obstante, debemos señalar que ninguno de los dos casos involucró cargos de responsabilidad del superior *sensu stricto* vinculados a genocidio, sino que se refirieron a crímenes de guerra.

humanos han aceptado presunciones similares con respecto al vínculo racional entre el hecho probado y el hecho presumido⁵¹. En casos donde se comete genocidio, la conexión racional entre la prueba según la cual los subordinados cometieron el crimen y la presunción por la que el superior participó de manera intencional y consciente, resulta autoevidente.

II. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR “SENSU STRICTO” POR CRÍMENES DE GUERRA

Los elementos de la responsabilidad del superior por infracciones graves (aplicables también a crímenes de guerra en general) están especificados en el PA I, el que en su artículo 86.2 establece:

“El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”⁵².

51 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Salabiaku vs. Francia*, sentencia del 7 de octubre de 1988, parágrafo 28; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Pham Hoang vs. Francia*, sentencia del 25 de setiembre de 1992. A nivel del sistema interamericano véanse Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, parágrafos 135 y ss.; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, parágrafos 141-142; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995, parágrafo 65; entre otros.

Las sentencias se encuentran disponibles en la página web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/> y en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

52 Se debe precisar que si bien es cierto que los artículos 86 y 87 del PA I poseen muchas similitudes, el primero se refiere básicamente al hecho de que los superiores pueden ser encontrados responsables por crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, mientras que el segundo, a primera vista, expande el concepto de la relación superior-subordinado. Ello explica los deberes del superior de prevenir las violaciones *vis-à-vis* de “los miembros de las fuerzas armadas que estén bajo sus órdenes” y “a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad”. De esa forma, el artículo

De igual manera, estos elementos se encuentran establecidos en las normas pertinentes de los cuerpos normativos citados en el punto anterior. Tales elementos también han sido recogidos en el artículo 28 del Estatuto de la CPI en el cual se da, como veremos, un tratamiento específico según se trate de un superior militar o de un superior civil. A la luz de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, entre otras fuentes, analizaremos los elementos de la responsabilidad del superior.

A. LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN ENTRE SUPERIOR Y SUBORDINADO

El medio más evidente para la determinación de la relación de subordinación es a través de un mando *de iure*, aunque tal relación no puede ser determinada exclusivamente por esa vía, puesto que también existe el mando *de facto*, como acertadamente señaló el TPEY en el caso *Celebici*:

“(...) individuals in positions of authority, whether civilian or within military structures, may incur criminal responsibility under the doctrine of command responsibility on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors. The mere absence of formal legal authority to control the actions of subordinates should therefore not be understood to preclude the imposition of such responsibility”⁵³.

87 parece recoger la proposición por la cual el superior es responsable por los actos de las personas sobre los cuales tiene mando o control. Para mayores detalles véase Sandoz y otros (eds.), ob. cit., pp. 1005 y ss.; Yuval y Michaeli, “The case against Ariel Sharon: Revisiting the doctrine of command responsibility”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, n.º 4, 2002, pp. 838 y ss. A nivel jurisprudencial revisar *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 303, y *Prosecutor vs. Musema*, caso ICTR-96-13, sentencia del 27 de enero de 2000, párrafos 127-148.

53 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 354. Véase también *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, parágrafo 300.

El mando *de iure* puede ser determinado por referencia a la posición del acusado en la organización total, con miras a determinar su función institucional⁵⁴. En esta dirección, las estructuras ejecutivas formales, como entidades estatales, confieren tal autoridad a través de actos legislativos. Dentro de tal estructura, usualmente se distinguen cuatro niveles: mando político, mando estratégico, oficiales que comandan fuerzas de nivel medio y mandos tácticos⁵⁵. No obstante, el mando *de iure* no es la mejor vía para determinar la relación de subordinación, debido a que puede presentarse ya sea la ausencia u oscuridad de la legislación

54 Por ejemplo, el caso *Akayesu* involucró imputaciones de instigación y complicidad de un oficial civil local ruandés por las acciones de otros que cometieron genocidio. El TPR señaló que de acuerdo a la ley ruandesa, la posición de Akayesu como burgomaestre lo colocó a él como: 1) la cabeza de la administración comunal; 2) *officier de l'état*, y 3) la persona responsable por el mantenimiento y la restauración. Esto fue suficiente para establecer la autoridad *de iure* de Akayesu como elemento necesario de su responsabilidad por el crimen de genocidio. *Prosecutor vs. Akayesu*, caso n.º ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, parágrafos 61 y ss.

55 Así tenemos: 1) el mando político, que determina los objetivos políticos y la posibilidad de comprometer o retirar las fuerzas armadas de un Estado; 2) el mando estratégico, correspondiente a las más altas autoridades militares y responsable de elaborar un plan militar viable que permita alcanzar los objetivos del mando político; 3) los oficiales militares que comandan grupos de fuerzas de nivel medio, como cuerpos o divisiones, aunque no expiden órdenes directamente a las tropas, dirigen a los comandantes de pequeños grupos, y 4) los mandos tácticos que ejercen comando directo sobre las tropas. Véase Bantekas, ob. cit., pp. 578-579. Sobre el nivel más elevado, es decir, el comando político, son ilustrativos los casos de Slobodan Milosevic ex presidente de la entonces existente República Federal de Yugoslavia, así como el caso del ex Primer Ministro de Ruanda, Jean Kambanda; de Abdulaye Yerodia, ex ministro de Relaciones Exteriores del Congo, del ex Presidente chileno Augusto Pinochet y del ex Presidente iraquí Saddam Hussein. No debemos olvidar como antecedentes los procesamientos ante el Tribunal Militar Internacional de Tokio del ex Primer Ministro japonés Tojo, así como del ex Ministro de Relaciones Exteriores Hirota, ambos hallados responsables por haber fallado en prevenir y sancionar los crímenes perpetrados contra los prisioneros de guerra capturados. Sobre este punto en particular, y sobre la tensión entre la teoría de la responsabilidad del superior y los intereses del Estado, véase Ilias Bantekas, “The interests of States versus the doctrine of superior responsibility”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, n.º 838, 2000, pp. 391-402. Al respecto compartimos la opinión de Bantekas cuando sostiene que el DPI debe tener como objetivo los actos de los individuos, y que no debería intentar “criminalizar” a los gobiernos o a los Estados.

respectiva, o la falta de equivalencia entre la norma y el ejercicio presente y real de la autoridad.

En tal sentido, resulta necesario tener en cuenta el concepto de mando *de facto* y el concepto de control. En efecto, la irrelevancia del rango para la atribución de la responsabilidad del superior indica que el DI, y el DIH en particular, consideran que se debe apreciar el control efectivo antes que basarse en una mera formalidad. Así, el artículo 87 del PA I extiende las obligaciones legales de los comandantes, además de a las tropas bajo su mando, a otras personas bajo su control⁵⁶. La evidencia del mando *de facto* requiere de una prueba de la existencia de la relación superior-subordinado.

De esa manera, el TPEY en el caso *Celebici*, determinó que Delalic, pese a que fue autorizado por la presidencia de guerra a actuar en su representación para negociar y concluir importantes acuerdos y contratos, nunca había adquirido algún estatus que lo colocase en una posición de autoridad jerárquica. No se generó la presencia de una relación superior-subordinado⁵⁷, siendo que su función fue descrita como de coordinación⁵⁸. El control, en este sentido, necesita ser efectivo.

Una relación de superior-subordinado requiere, por lo tanto, una cadena de mando. En el caso *Celebici*, al igual que en el caso *Aleksovski*⁵⁹, se estableció:

“The issue (...) is whether the accused had power to issue orders to subordinates and to prevent or punish the criminal acts of his subordinates thus placing him within the chain of command”⁶⁰.

56 Esta obligación es aplicable a los superiores de todos los niveles de mando. Sobre esta norma Bantekas, acertadamente, sostiene: “(...) the concept of ‘command’ is not the only operative term for ascribing command liability, as the text of Article 87 extends the obligations of commanders to troops under their control”. Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 580.

57 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 658.

58 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafos 653-656.

59 *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso IT-95-14/1-T, sentencia del 25 de junio de 1999, parágrafo 78.

60 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 800.

En este contexto, los comandantes tácticos ejercen directa subordinación respecto de las tropas asignadas; mientras que los comandantes de un territorio ocupado (comandantes ejecutivos) poseen “subordinación indirecta” respecto de la población civil⁶¹. Entonces, siendo que una cadena de mando es requisito para la existencia de una relación superior-subordinado, tal relación no puede existir sin la presencia de los correspondientes subordinados, como se determinó en el caso *Celebici*:

“The law does not know of a universal superior without a corresponding subordinate. The doctrine of command responsibility is clearly articulated and anchored on the relationship between superior and subordinate, and the responsibility of the commander for actions of members of his troops”⁶².

Lo anterior explica que los *staff officers*, independientemente de su rango, son sólo responsables cuando su participación en el desarrollo y ejecución de las órdenes criminales es probada⁶³. La única excepción es el caso de comandantes ejecutivos en un territorio ocupado⁶⁴.

61 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 371.

62 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 647. Véase también *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso IT-95-14/1-T, sentencia del 25 de junio de 1999, parágrafo 78: “(...) hierarchical power constitutes the very foundation of responsibility under the terms of Article 7(3) of the Statute”.

63 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 581. Véanse también los casos: Tribunal Militar de los Estados Unidos establecido en Nüremberg, caso *Estados Unidos vs. von Leeb y otros (High Command case)*, sentencia del 28 de octubre de 1948, p. 684; Tribunal Militar de los Estados Unidos establecido en Nüremberg, caso *Estados Unidos vs. List y otros (Hostages case)*, sentencia del 19 de febrero de 1948, p. 1286. Citados *ibídem*, loc. cit.

64 Su responsabilidad es coextensiva al área de comando y no depende exclusivamente de las personas que comandan o sobre las que ejercen su control efectivo. Por lo tanto, son responsables de la conducta de las fuerzas de ocupación así como por la conducta del territorio ocupado. Véanse *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 346; Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre del 18 de octubre de 1907, artículo 43; Sandoz y otros (eds.), ob. cit., pp. 1012-1013, parágrafo 3543.

Sobre la evidencia de un comando *de facto*, en el caso *Celebici* se determinó que el involucramiento de Delalic tanto en sus esfuerzos en la defensa de la República de Bosnia-Herzegovina⁶⁵ como en su persuasión en la liberación de prisioneros de guerra fueron meramente aspectos derivados del carácter de su elevada influencia individual, pero que ello no hizo de Delalic un superior⁶⁶. Pese a que la conclusión fue correcta, la teoría aplicada fue errónea.

En efecto, el acusado no pudo ser caracterizado como comandante en tanto él no ejerció un control efectivo sobre algún subordinado⁶⁷. Se deduce de lo anterior que sólo aquél que ejerce un control efectivo sobre otros debe ser encontrado responsable en tanto falla en actuar⁶⁸. Como consecuencia, de manera errónea, el TPEY no consideró como evidencia de un comando *de facto* la realización de ciertos abusos como consecuencia del temor de los guardias hacia Delic, subcomandante del campo Celebici⁶⁹. Por otro lado, el TPEY en el caso *Kordic & Cerkez* encontró que Kordic, un líder civil y político con enorme influencia e importante rol en materias militares, no poseía sin embargo la autoridad para prevenir los crímenes o sancionarlos⁷⁰.

65 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 658.

66 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 669.

67 Pese a la indiscutible autoridad de Delalic, su función fue operar más allá de cualquier cadena de mando, toda vez que su deber consistía en ser un mero proveedor de soporte logístico. *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 664.

68 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 582.

69 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafos 803 y ss. Como se deduce, a pesar de ser sólo segundo en el comando, Delic estaba en condiciones de expedir órdenes y éstas se cumplían por los guardias a raíz, precisamente, del temor señalado.

70 “(...) In sum, the Chamber finds that Kordic was neither a commander nor a superior in respect of the HVO, since he possessed neither the authority to prevent the crimes that were committed, nor to punish the perpetrators of those crimes, and as such, he is not liable under Article 7(3) of the Statute”. *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia del 26 de febrero de 2001, parágrafo 841.

La capacidad de expedir órdenes es una clara indicación de alguna autoridad⁷¹. El caso *Celebici* identificó correctamente la diferencia entre el mando y otras formas de autoridad, tomando en cuenta la firma de órdenes⁷². En el caso de las estructuras insurgentes, la autoridad para expedir órdenes puede ser asumida *de facto*, de conformidad con las circunstancias preexistentes⁷³. Desde que una persona es responsable como superior sólo cuando existe una relación superior-subordinado, las pruebas consistentes en la firma de órdenes y documentos serán pertinentes si proporcionan evidencia de tal relación, independientemente de la importancia de la orden⁷⁴.

Por otro lado, en el caso *Nikolic* ante el TPEY, se estableció un criterio relativo a la identificación del estatus de superior a través de la evidencia deducida a partir del análisis de la distribución de tareas dentro de una unidad. Tal criterio puede ser aplicado para determinar la dimensión exacta de la autoridad tanto de los comandantes operacionales como de los comandantes de campos de prisioneros de guerra⁷⁵.

En conexión con lo mencionado en el párrafo anterior tenemos que la más importante característica de la subordinación del personal de un campo de prisioneros es la subyugación a las órdenes y el “aura” de autoridad, lo cual origina el respeto por parte de todo el personal del campo. Así, en el caso *Furundzija*⁷⁶ el TPEY determinó que el acusado fue el comandante de la unidad conocida como *Jokers*, en tanto él estaba a cargo de los interrogatorios y

71 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 582.

72 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 672.

73 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 582.

74 Por ejemplo, la firma de Delalic relativa a una orden para la reapertura de un vía ferroviaria sólo fue realizada como un reconocimiento formal de la participación en la coordinación, y no para el propósito de validar la orden. *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 671.

75 *Prosecutor vs. Nikolic*, caso IT-94-2-R61, Revisión de la Acusación de Conformidad a la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del 20 de octubre de 1995, párrafo 24.

76 *Prosecutor vs. Furundzija*, caso IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998. Caso relativo al asesinato y maltrato de civiles detenidos por paramilitares bosnios croatas.

era llamado “jefe” por miembros de su unidad⁷⁷. En el caso de comandantes operacionales se tiene en cuenta el testimonio del personal de monitoreo de ayuda humanitaria⁷⁸.

Sobre la concurrencia del mando *de facto* y *de iure* en la misma persona, el TPR en su jurisprudencia ha señalado que la autoridad *de facto* de un burgomaestre en Ruanda poseía una significación mucho más grande que la autoridad *de iure*. De esa forma, la Cámara de Juicio del TPR señaló en el caso *Akayesu*⁷⁹, entre otros casos⁸⁰, que el burgomaestre era considerado como el padre del pueblo, cuyas órdenes legales o ilegales eran obedecidas sin ningún cuestionamiento. En el caso *Kayishema* ante el TPR, también se analizó el concepto de superior, teniendo en cuenta los conceptos de control *de iure* y control *de facto*⁸¹, llegando a la conclusión de que *Kayishema* poseía ambos tipos de control. El primero, en tanto prefecto de acuerdo a la Constitución ruandesa, y el segundo, debido a que ejerció su mando sobre los miembros de la *Interahamwe* y otros *hutus*⁸².

77 *Prosecutor vs. Furundzija*, caso IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafos 65 y 130.

78 Véanse *Prosecutor vs. Mrksic y otros*, caso IT-95-13-R61, Revisión de la Acusación de Conformidad a la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del 3 de abril de 1996, párrafo 16; *Prosecutor vs. Rajic*, caso IT-95-13-R61, Revisión de la Acusación de Conformidad a la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del 13 de septiembre de 1996, párrafos 58-59.

79 *Prosecutor vs. Akayesu*, caso ICTR-96-4-T, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 6.

80 *Prosecutor vs. Kambanda*, caso ICTR-97-223-S, sentencia del 4 de septiembre de 1998, párrafo 39; *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, párrafos 23 y ss.

81 Véase *ibídem*, pp. 578-584.

82 “A concentration upon the *de jure* powers if the prefect would assist neither Party. For example focussing upon the *de jure* power of the prefect under the 1991 Constitution would be to prevent proper consideration of the Defence’s case that the climate in Rwanda and the practical realities at that time were such that the *prefect* not only had no control over certain *de jure* subordinates, but also that he had no means effectively prevent the atrocities that were occurring (...) The Chamber submitted that *Kayishema* exercised both legal command over those committing the massacres and *de facto* authority over these and other assailants such as the members of the *Interahamwe*”. *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, párrafo 219.

Por su parte, en el caso *Celebici* la Sala de Apelación del TPEY determinó que una posición de comandante *de facto* basta para probar la existencia de la relación necesaria entre el superior jerárquico y su subordinado, si se demuestra el grado necesario de control ejercido sobre sus subordinados. En tal sentido sostuvo que el control *de facto* o efectivo debe:

“(…) be equivalent to *de jure* status in order for a superior to be held responsible for the acts of subordinates. He submits that a person in a position of *de facto* authority must be shown to wield the same kind of control over subordinates as *de jure* superiors”⁸³.

Pese a que en el DI consuetudinario los medios con los cuales se ejerce ese control *de facto* no están exactamente definidos, resulta claro que la mera influencia como medio sustancial de control no cuenta con apoyo suficiente en las decisiones judiciales y en la práctica estatal⁸⁴.

En torno al tratamiento de la responsabilidad del superior, por crímenes de guerra, regulada en el artículo 28 del Estatuto de la CPI⁸⁵,

83 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001, parágrafo 186; cfr. igualmente parágrafos 193 y 197. Véase también *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia del 26 de febrero de 2001, parágrafos 405 y ss.

84 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001, parágrafos 258 y ss. Véase también *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia del 26 de febrero de 2001, parágrafos 412 y 415.

85 Estatuto de la CPI, artículo 28: “*Responsabilidad de los jefes y otros superiores*. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de competencia de la Corte [léase crímenes de guerra] que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte [léase crímenes de guerra] que hubieren sido cometidos por

debemos hacer dos precisiones. La primera, consiste en determinar si existe una auténtica diferencia entre los conceptos de “mando y control” (art. 28.a) y “autoridad y control” (art. 28.b). Este asunto es relevante tan solo con respecto a los superiores militares, toda vez que en este supuesto ambos conceptos resultan aplicables. En tanto las dos combinaciones contienen el término control, de ello se desprende que este es un término comprehensivo que abarca tanto al mando (sentido material)⁸⁶ como a la autoridad (sentido formal)⁸⁷.

Por lo tanto, un superior con mando y autoridad normalmente controla a sus fuerzas o subordinados y cuenta con capacidad de expedir órdenes. En el caso en que las funciones militares estén divididas, se espera que el comandante adopte las medidas que estén físicamente a su alcance para impedir la comisión de los crímenes de DI por parte de sus subordinados⁸⁸.

Como segunda observación, debemos precisar que el requisito señalado en el parágrafo b.ii) del artículo 28 del Estatuto de la CPI implica que el requisito de control efectivo es particularmente importante con respecto a los superiores no militares. Como primer

subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

86 En tanto orden, implica dirección imperativa y el poder para dominar y controlar. Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 857.

87 La autoridad parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y / o derecho a ejercitar poderes, derecho de mandar, etc. Véase también *ibidem*, loc. cit.

88 Por lo tanto, la carencia de control administrativo no redime o excluye el uso de otras medidas que estén a su alcance. Asimismo, este criterio se aplica viceversa en el supuesto en el que el comandante tenga control administrativo pero carezca de control operacional. En tal sentido, Ambos precisa: “(…) he or she is expected at least to use the available administration, means or sanctions to prevent the commission of crimes. A duty to act may only be rejected if there is no control at all”. *Ibidem*, loc. cit.

punto sobre la responsabilidad de los civiles, el TPEY señaló en el caso *Delalic*:

“(...) the relationship of subordination to encompass indirect and informal relationships, as is apparent from its acceptance of the concepts of civilian superiors and *de facto* authority”⁸⁹.

Es decir que la doctrina de la responsabilidad del superior se extiende a civiles⁹⁰, pero únicamente a aquéllos que “exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders”⁹¹. La responsabilidad se excluye, entonces, si tal control estaba ausente o era demasiado remoto⁹². La reiteración del requisito señalado indica que se deseaba limitar la responsabilidad de un civil en comparación con los superiores militares. En esa dirección, como se afirmó en el caso *Kordic & Cerkez*⁹³, el control en las jerarquías civiles es menos estricto que en las militares.

B. QUE EL SUPERIOR SUPIERA O TUVIERA RAZONES PARA SABER⁹⁴

Este elemento subjetivo fue desarrollado en el caso *Celebici*, basándose en el DI consuetudinario, en los siguientes términos:

89 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 302. Véanse también *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso IT-95-14/1-T, sentencia del 25 de junio de 1999, parágrafo 136; *Prosecutor vs. Musema*, caso ICTR-96-13-T, sentencia del 27 de enero de 2000, parágrafo 163; *Prosecutor vs. Bagilishema*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 7 de junio de 2001, parágrafo 67.

90 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafos 355 y 363.

91 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 378. Véase también *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso IT-95-14/1, párrafos 75 y ss.

92 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 377.

93 “(...) great care must be taken in assessing the evidence to determine command responsibility in respect of civilians, lest an injustice is done”. *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia del 26 de febrero de 2001, parágrafo 840.

94 Se pueden identificar hasta siete tipos de conocimiento relacionados con el *mens rea* en situaciones de responsabilidad del superior: a) conocimiento real de un crimen de guerra que se estaba cometiendo o estaba a punto de ser cometido; b) conocimiento constructivo,

“(..) a superior may possess the *mens rea* required to incur criminal liability where: (1) he had actual knowledge, established through direct or circumstantial evidence, that his subordinates were committing or about to commit crimes (...) or (2) where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates”⁹⁵.

Si bien en principio estos requisitos no son discutibles, sí se genera controversia en lo concerniente a la prueba del conocimiento efectivo. Sobre la presunción de conocimiento, consideramos necesario hacer algunas precisiones en torno al artículo 86 del PAI. La primera consiste en recordar que no todas las delegaciones fueron proclives a aceptar la formulación del estándar “debió haber tenido conocimiento” o *should have known*⁹⁶, y ello tanto por la falta de claridad como por la inversión de la carga de la prueba⁹⁷.

el cual comprende evidencia irrefutable de las presunciones de conocimiento real; c) ignorancia premeditada o consciente de la información disponible indicando que un crimen se estaba cometiendo o que iba a ser cometido; d) decisión premeditada o consciente de no conseguir información sobre los crímenes de guerra que se estaban cometiendo o que iban a ser cometidos; e) ignorancia negligente de la información disponible indicando que el crimen se estaba cometiendo o que iba a ser cometido; f) procesamiento negligente de tal información disponible, y g) reunión negligente de información.

Mientras los tres últimos tipos son subjetivos, el resto deriva su contenido del estándar del “comandante responsable”. Las diferentes fuentes de DI citadas comprenderían las seis primeras clases de conocimiento. Véase Shany y Michaeli, ob. cit., pp. 852 y ss. En el caso del artículo 28.b (comandante no militar: “hubiera tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente...”) del Estatuto de la CPI, el estricto *mens rea* empleado excluiría las tres últimas clases de conocimiento. Cabe mencionar que en el caso *Yamashita* se impuso un deber general de acopiar información, correspondiente a la letra g), lo cual puede ser explicado debido a las responsabilidades especiales del comandante de un territorio ocupado (art. 43 de la Convención IV de La Haya de 1907). Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Yamashita*, decisión del 4 de febrero de 1946. Sentencia disponible en <http://www.laws.findlaw.com/us/327/1.html>

95 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 383. Véanse también los párrafos 379 y ss.; 386 y 393.

96 Contenido en el artículo 86.2 del PA I bajo la fórmula: “poseían información que les permitiera concluir”.

97 Reportes Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en Conflictos Armados, CCDH/I/AR64, 1978, p. 307. Véase Sandoz y otros (eds.), ob. cit., pp. 1011-1012.

Esta falta de claridad, formulada como un deber de ser consciente de la información y subsecuentemente derivar conclusiones a partir de tal información, fue finalmente superada a través de la inclusión del artículo 87 del PA I. Este artículo adquiere su verdadero sentido al ser leído en conjunto con el artículo 86⁹⁸. Sobre este punto compartimos el comentario del CICR al señalar:

“Ignorance does not absolve them [se refiere a los superiores] from responsibility if it can be attributed to a fault on their part. The fact that the breaches have widespread public notoriety, are numerous and occur over a long period and in many places, should be taken into consideration in reaching a presumption that the persons responsible could not be ignorant of them”⁹⁹.

La misma presunción implícita se encuentra en el Estatuto de la CPI¹⁰⁰, el cual establece que las circunstancias del momento deben haber hecho que los comandantes conocieran la conducta de sus tropas. En directa conexión con lo anterior, el TPEY en el caso *Celebici* erróneamente (como consecuencia de una equivocada interpretación del debate en los trabajos preparatorios del PA I)¹⁰¹, no aceptó una presunción de conocimiento, al señalar que el estándar *should have known* fue rechazado¹⁰². Afirmamos que

98 Como señala el CICR, el artículo 86.2 debe leerse en conexión con el párrafo 1 de dicho artículo y con el artículo 87 (Deberes de los jefes). *Ibidem*, p. 1012, párrafo 3541,

99 *Ibidem*, párrafo 3548, p. 1017.

100 Estatuto de la CPI, artículo 28.1.a.

101 Al respecto, debemos decir que el propósito del estándar *should have known* en el artículo 86.2 fue concebido como de carácter práctico. El delegado sueco notó que en la práctica podría ser imposible probar el conocimiento real del superior, aspecto que luego podría privar a la norma de sus efectos disuasivos. El delegado concluyó entonces que sería deseable que los superiores fuesen encontrados responsables de actos respecto de los cuales, como superiores, deberían conocer que estaban aconteciendo, exigiéndoles de esa manera estar informados todo el tiempo. Reportes Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en Conflictos Armados, CCDH/I/AR64, 1978, p. 310. Véase Sandoz y otros (eds.), *ob. cit.*, p. 1012.

102 “(...) the drafters explicitly rejected the proposed inclusion of a mental standard according to which a superior would be criminally liable for the acts of his subordinates in situations where he should have had knowledge concerning their activities”. *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 391.

tal interpretación fue errónea a partir del comentario transcrito del CICR, siendo que la crítica al proyecto del PA I se focalizó en la falta de claridad del término y no en su sustancia, toda vez que se buscó generar un mayor grado de vigilancia, lo cual se clarificó por medio de la adopción del artículo 87¹⁰³.

De esa forma, las fuentes de DI señaladas demostrarían la existencia en el DI de una presunción *iuris tantum* de conocimiento en circunstancias abrumadoras en las que el superior no pudo razonablemente desconocer los crímenes de guerra de su subordinado. En esta dirección, se determinó la responsabilidad de Mucic, el comandante del campo de prisioneros Celebici, no siendo en este aspecto distinto de su predecesor jurisprudencial Yamashita: “the crimes committed in the Celebici prison-camp were so frequent and notorious that there is no way that Mr. Mucic could not have known or heard about them”¹⁰⁴.

Por otra parte, en el caso *Celebici* el TPEY permitió el establecimiento del conocimiento referido, a través de evidencias circunstanciales basadas en determinados indicios¹⁰⁵. En ese sentido, la posición del superior como tal implica una presunción

103 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 589.

104 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 770.

Pese a esta afirmación, en opinión de Bantekas no podemos hablar de DI consuetudinario debido al debate común en la materia. Véase Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 589.

105 “(...) in the absence of direct evidence of the superior’s knowledge of the offences committed by his subordinates, such knowledge cannot be presumed, but must be established by way of circumstantial evidence”. *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 386. En el mismo parágrafo se enumeran una serie de indicios tales como: el número, tipo y alcance de actos ilegales; el tiempo durante el cual los actos involucrados se desarrollaron; el número y tipo de tropas involucradas; la logística; el *modus operandi* de actos ilegales similares, los oficiales y el grupo de mando involucrado; la localización del comandante al tiempo de la ocurrencia. Tales indicios fueron desarrollados por la Comisión de Expertos de la Naciones Unidas para la ex Yugoslavia. UN Doc. S/1994/674 del 27 de mayo de 1994. Véanse también *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, parágrafo 307; *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso IT-95-14/1, sentencia del 25 de junio de 1999, párrafos 80 y 114; *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia de 26 de febrero de 2001, parágrafo 427.

certera de posesión de conocimiento sobre los crímenes cometidos por sus subordinados. Sin embargo, no se esclareció el significado exacto del requisito relativo a los medios para conocer.

Es claro que un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada frente a las acciones de sus subordinados. Sin embargo, tal claridad disminuye cuando se trata de determinar el alcance de la obligación del superior de conocer y el grado de especificidad, en manos del superior, que lo obligue a adelantar la investigación. Sobre el particular el TPEY, en el caso *Celebici*, fue bastante cauto¹⁰⁶.

Por el contrario, en el caso *Blaskic* el TPEY intentó desarrollar una norma de DI consuetudinario en la materia sobre la base de la jurisprudencia y una interpretación de los artículos 86 y 87 del PA I. En efecto, el TPEY señaló:

“(...) the Trial Chamber concludes that after World War II, a standard was established according to which a commander may be liable for crimes by his subordinates if he failed to exercise the means available to him to learn of the offence and, under the circumstances, he should have known and such failure to know constitutes criminal dereliction”¹⁰⁷.

Sobre el artículo 86.2 del PA I, el TPEY interpretó de manera extensiva la frase “en posesión de información” recogida en ese artículo. Entonces y de conformidad con el CICR¹⁰⁸, el TPEY,

106 “The Trial Chamber thus makes no finding as to the present content of customary law on this point”. *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 393. Apreciamos, pues, que fue cuidadoso en su formulación de un criterio abstracto y no realizó innovaciones respecto del DI consuetudinario en la materia.

107 *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, párrafo 322. Entre la jurisprudencia que utilizó el TPEY tenemos los casos *Toyoda*, *Roehling*, *Hostage*, *High Command*, ya citados.

108 Como señala el CICR en su Comentario al PA I, la cláusula según la cual se compromete la responsabilidad penal o disciplinaria de los superiores si éstos “sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento”, que se había cometido o se iba a cometer una infracción plantea problemas de apreciación. En efecto, hay una importante diferencia entre, por un lado, la versión francesa: *des informations leur permettant de conclure* y la versión española: “información que les permitiera concluir” y, por otro lado, la versión inglesa: *information which should have enabled them to conclude*, equivalente a “información que les habría

en el caso *Blaskic*, consideró que un superior debe estar siempre informado sobre la manera en la cual sus subordinados desarrollan sus tareas y adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de crímenes de guerra¹⁰⁹.

Asimismo el TPEY, en el caso *Celebici*, señaló que si el superior cumplió de manera adecuada con sus deberes y pese a ello no conoció tales crímenes, tal desconocimiento no puede generar su responsabilidad¹¹⁰. En conexión con lo anterior la Cámara de Apelación, en el mismo caso, resolvió que por lo menos el superior debe poseer información general que lo ponga en conocimiento de posibles crímenes cometidos por sus subordinados. El superior se encuentra obligado sólo, en este supuesto, a proseguir con la investigación, pese a no existir una obligación general de saber¹¹¹. En tal sentido:

“The Appeals Chamber upholds the interpretation given by the Trial Chamber to the standard ‘had reason to know’, that is, a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of

permitido concluir”. Si tomamos en cuenta que la norma en esta clase de supuestos es considerar el sentido que mejor armonice estos textos divergentes de acuerdo con el objeto y fin del tratado, entonces se deben considerar como primera opción la versión francesa y la versión española, toda vez que cubren ambas hipótesis. El CICR también señala que un superior no puede invocar el desconocimiento de los informes que le fueron remitidos o alegar una ausencia momentánea para eximirse de su responsabilidad. Sandoz y otros (eds.), ob. cit., parágrafos 3545-3546.

109 “In the Trial Chamber’s view, the words ‘had information’ in Article 86 (2) must be interpreted broadly. In this respect, it is noted that on the basis of post-World War II jurisprudence, the Commentary on Additional Protocol I explains that the information includes ‘reports addressed to [the superior], (...) the tactical situation, the level of training and instruction of subordinate officers and their troops, and their character traits’”: *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, parágrafo 325.

110 “(...) if a commander has exercised due diligence in the fulfillment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him”: *Prosecutor vs. Blaskic*, caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, parágrafo 332.

111 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001, parágrafos 216, 232, 235, 238-239, 241. Véase también *Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, caso IT-95-14/2, sentencia del 26 de febrero de 2001, parágrafos 429 y ss. (en especial 437).

offences committed by subordinates. This is consistent with the customary law standard of *mens rea* as existing at the time of the offences charged in the Indictment”¹¹².

Con respecto a la regulación contenida en el Estatuto de la CPI, debemos señalar que el criterio “hubiere debido saber” (aplicable a superiores militares) acoge la fórmula que, de manera infructuosa, el CICR¹¹³ trató de introducir durante las negociaciones del PA I¹¹⁴. Dicho criterio tiene también como base las fórmulas “información que les permitiera concluir” del artículo 86.2 del PA I y “tener razones para saber” de los Estatutos del TPEY y del TPR.

En lo concerniente a la fórmula “tener razones para saber” de los estatutos de los tribunales *ad hoc* no existe una diferencia fundamental comparada con la expresión “información que les permitiera concluir” del PA I¹¹⁵. El estándar de “tener razones para saber” significa que los superiores que están en posesión de la suficiente información para darse cuenta de los crímenes de guerra de sus subordinados, no pueden escapar de su responsabilidad a través de la declaración de su ignorancia¹¹⁶.

Este estándar crea una negligencia objetiva la cual considera plenamente las circunstancias presentes al tiempo de cometerse las

112 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001, parágrafo 241. También debemos tener en consideración que el conocimiento debe ser probado, de manera individual para cada acusado. En efecto, el conocimiento de otro no puede ser imputado. *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001, parágrafo 313.

113 En el artículo 76 del proyecto del CICR, figuraba la expresión “si tenían conocimiento o debían tenerlo”. Reportes Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en Conflictos Armados, CCDH/I/306, 1978. Véase Sandoz y otros (eds.), *ob. cit.*, p. 1012.

114 Dicha fórmula también está contenida en los manuales operativos militares británico y estadounidense.

115 No obstante, la Comisión de Derecho Internacional señaló que el criterio de tener razones para saber permite una evaluación más objetiva que el criterio del PA I. Comisión de Derecho Internacional. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 38, parágrafo 5. Disponible en la página web de la Comisión de Derecho Internacional: <http://www.un.org/law/ilc/>

116 Aunque tal ignorancia haya sido establecida de manera amplia.

acciones. Como consecuencia, la ausencia de conocimiento no sería una defensa si el superior no toma los pasos razonables para adquirir tal conocimiento¹¹⁷. lo cual es en sí mismo criminalmente negligente¹¹⁸.

La similitud de las dos formulaciones antes señaladas radica en que la expresión “tener razones para saber” se basa en una propuesta estadounidense (basada a su vez en el PA I) por la cual se aludía al conocimiento posible a través de informes a la persona del acusado o por otros medios¹¹⁹. Toda vez que la frase “hubiere debido saber” del Estatuto de la CPI retoma la propuesta estadounidense, se puede afirmar que ambas fórmulas no son sustancialmente diferentes¹²⁰. Sin perjuicio de lo anterior, en opinión de cierto sector de la doctrina¹²¹ la interpretación del criterio “hubiere debido saber” a la luz del PA I (en tanto fuente originaria de la responsabilidad del superior) es poco clara puesto que la ambigüedad del PA I generaría diferentes interpretaciones¹²².

Finalmente, consideramos que el estándar “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” contenido en el Estatuto de la CPI y aplicable sólo a superiores no militares originaría una mayor dificultad de sancionar a éstos respecto que a superiores militares

117 “In this respect, it is to be noted that the jurisprudence from the period immediately following the Second World War affirmed the existence of a duty of commanders to remain informed about the activities of their subordinates. Indeed, from a study of these decisions, the principle can be obtained that the absence of knowledge should not be considered a defence if (...) the superior was at fault in having failed to acquire such knowledge”: *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 388.

118 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 590.

119 En la enmienda depositada por los Estados Unidos de América, se proponía el siguiente texto: “(...) si tenían conocimiento o debían tenerlo razonablemente, en las circunstancias dadas”: Reportes Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en Conflictos Armados, CCDH/I/306, 1978, Actas III, p. 324. Véase Sandoz y otros (eds.), ob. cit., p. 1012.

120 Ambos, “Superior responsibility”, cit., p. 866.

121 Así Timothy Wu y Yong-Sun Kang, “Criminal liability for the actions of subordinates - The doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law”, en *Harvard International Law*, n.º 38, 1997, pp. 272-297, cit. ibídem, pp. 866 y ss.

122 Los autores aludidos en la cita anterior hacen referencia a la posibilidad de hasta cuatro interpretaciones.

por la ausencia de supervisión¹²³. En tal sentido, el Estatuto de la CPI contempla que la responsabilidad del superior militar atañe no sólo a la posibilidad de conocimiento sino también al simple deber conocer; mientras que en el caso del superior civil se alude a una imprudencia consciente más que a la simple imprudencia¹²⁴.

En efecto, basta comparar el artículo 28.1.a), relativo a superiores militares (“hubiere sabido, o en razón de las circunstancias del momento hubiere debido saber...”), con el artículo 28.2.a), relativo a superiores no militares (“hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase...”). Como consecuencia de ello será más difícil sancionar penalmente a superiores no militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión¹²⁵.

El TPR siguió esta distinción entre los comandantes militares y otros superiores en el asunto *Kayishema & Ruzindana*, para lo cual citó el Estatuto de la CPI¹²⁶. Con respecto a los primeros se imponía al superior un deber más activo de informarse de las actividades de sus subordinados cuando aquél hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas

123 El indicio usado para probar el conocimiento efectivo también se puede tener en cuenta para los casos de superiores no militares; pero en ambos supuestos se requiere establecer que: a) la información indique claramente el riesgo significativo de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer crímenes; b) la información estaba disponible para el superior, y c) el superior, en tanto conocedor de la existencia de una información de tal naturaleza, declinara remitirse a tal información. Véase Ambos, ob. cit., p. 872.

Cfr. asimismo los trabajos preparatorios del Estatuto de la CPI, los cuales indican que ciertas delegaciones (p. ej., China, Estados Unidos y Rusia) intentaron limitar la exposición de líderes políticos a la jurisdicción internacional de la CPI. Véase UN Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, párrafos 67-68, 77-78. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1, 1998.

124 Véase Kai Ambos, *El nuevo derecho penal internacional*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 227.

125 Coincidimos con Ambos cuando sostiene: “The provision [se refiere al artículo 28.2.a) del Estatuto de la CPI] clearly establishes a higher threshold than the negligent ‘should have know’ estandar for military superiors”. Ambos, “Superior...”, cit., p. 870.

126 *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, párrafos 209 y ss.

estaban cometiendo, entre otros crímenes de guerra, o en todo caso se proponían cometerlos¹²⁷.

En relación con la responsabilidad del superior que no califica como un jefe militar o que no actúa como tal el TPR señaló, en el mismo caso, que no se exige a esta clase de superior un deber de controlar todas y cada una de las actividades de todas las personas bajo su control. No obstante, el TPR indicó que los superiores no militares serán responsables si, a pesar de conocer o haber desconocido deliberadamente información, no hubieren efectuado el control apropiado de los crímenes de guerra que sus subordinados cometían o se proponían cometer. En esta línea:

“In light of the objective of Article 6(3) which is to ascertain the individual criminal responsibility for crimes as serious as (...) violations of Common Article 3 to the Geneva Conventions and Additional Protocol II thereto, the Chamber finds that the Prosecution must prove that the accused in this case either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated or put him on notice that his subordinates had committed, or were about to commit acts in breach of Articles 2 to 4 of this Tribunal’s Statute”¹²⁸.

En su análisis sobre la responsabilidad del superior no militar, el TPR se basó en la jurisprudencia de los tribunales post Segunda Guerra Mundial y del TPEY, y sobre todo en su propia jurisprudencia¹²⁹. Concluyó que en estos casos lo determinante no

127 En relación al *mens rea* precisó lo siguiente: “This is juxtaposed with the *mens rea* element demanded of all other superiors who must have, [known], or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes”: *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, parágrafo 227.

128 *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, parágrafo 228.

129 *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 21 de mayo de 1999, parágrafo 215: “The jurisprudence also supports this interpretation (...) the former Prime Minister, Jean Kambanda, pleaded guilty to crimes against humanity and genocide by virtue *Inter Alia*, of Article 6 (3). Similarly, Omar Serushago, a prominent local civilian leader of the members of the *Interahamwe* in Gisenly Prefecture, also pleaded guilty to crimes (...) and acknowledged responsibility for these crimes pursuant to Article 6(3). In addition the Celebici Judgement, which addressed this issue in great detail, highlighted the practice of the Military Tribunal for the Far East (Tokio Tribunal), and the Superior Military Government Court of the French Occupation Zone

es el estatus de civil del acusado, sino el grado de autoridad que él ejerce sobre sus subordinados. Por lo tanto, un civil en posición de autoridad puede ser encontrado responsable bajo la doctrina de la responsabilidad del superior.

C. QUE EL SUPERIOR NO HAYA TOMADO LAS MEDIDAS NECESARIAS Y RAZONABLES PARA IMPEDIR O REPRIMIR LA INFRACCIÓN¹³⁰

El superior debe tomar las medidas factibles, necesarias o razonables, esperándose que tales medidas se encuentren dentro del alcance del superior, comprendidas dentro de su mando y control, es decir dentro de su posibilidad material, como se señaló en el caso *Celebici*:

“It must, however, be recognized that international law cannot oblige a superior to perform the impossible. Hence, a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his powers. The question then arises of what actions are to be considered to be within the superior’s powers in this sense (...) a superior should be held responsible for failing to take such measures that are within his material possibility”¹³¹.

Asimismo, el TPEY¹³² correctamente discrepó de la opción de la Comisión de Derecho Internacional¹³³, la cual exigía no sólo una posición material sino también legal de tomar medidas apropiadas.

in Germany, where senior politicians and even leading industrialists were charged with the commission of war crimes committed by their subordinates”.

130 En términos de Cassese: “He failed to take the action necessary to prevent or repress the crimes, thereby breaching his duty to prevent or suppress crimes by his subordinates”. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2003, p. 209.

131 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 395.

132 *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafo 395.

133 “(...) for the superior to incur responsibility, he must have had the legal competence to take measures to prevent or repress the crime and the material possibility to take such measures”: Comisión de Derecho Internacional, Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48.^a sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, pp. 38-39. Disponible en la página web de la Comisión de Derecho Internacional: <http://www.un.org/law/ilc/>

Por otro lado, las medidas concretas dependen de la posición del superior en la cadena de mando. A continuación estudiaremos la doble dimensión del elemento en análisis.

La primera dimensión implica el deber de prevenir la comisión de crímenes de guerra por parte de sus subordinados¹³⁴. Entonces, tal deber comienza en relación con la preparación o planeamiento de tales acciones por los subordinados¹³⁵. En general, los superiores pueden descargar su responsabilidad respecto al deber de prevención si ellos emplean todos los medios a su alcance para cumplir con esa obligación¹³⁶.

Mientras el deber de prevenir un crimen comienza cuando los comandantes tienen una sospecha razonable sobre la comisión de crímenes de guerra por parte de sus subordinados, algunos casos, como *Yamashita*¹³⁷ y *Abbaye Ardenne*¹³⁸, sugieren que la responsabilidad del superior abarcaría un deber de controlar a sus tropas incluso antes que el deber de prevención comience. Al margen de la obligación del DI que impone al superior disciplinar a sus subordinados, es importante delimitar tal deber de control.

134 Véanse, entre otros, el artículo 86.2 del PA I y los artículos 7.3 y 6.3 del Estatuto del TPEY y del TPR, respectivamente.

135 Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 591.

136 *Ibidem*, loc. cit.

137 Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Yamashita*, decisión del 4 de febrero de 1946, p. 327. La referencia al deber de control concerniente a la conducta de los subordinados, efectuado en este caso, adquiere sentido únicamente si consideramos la determinación (que hizo el tribunal) del fracaso del control de Yamashita al no haber inspeccionado de manera personal a sus tropas. Como sabemos, Yamashita fue detenido bajo los siguientes cargos: “unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of this command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against people of the United States and of its allies and dependencies, particularly the Philippines”: cit. por Ambos, “Superior...”, cit., p. 826.

138 Corte Militar Canadiense establecida en Aurich (Alemania), caso *Canadá vs. Kart Meyer*, veredicto del 28 de diciembre de 1945, p. 162. En este caso el tribunal determinó que los superiores pueden ser encontrados responsables por la conducción de sus subordinados cuando aquéllos fallaran en tomar en consideración factores que podrían haberles indicado conclusiones obvias, como por ejemplo: la edad, el entrenamiento o experiencia de sus subordinados. Véase Bantekas, “The contemporary...”, cit., p. 593.

En tal sentido, coincidimos con Bantekas¹³⁹ cuando plantea que la responsabilidad del superior sólo puede producirse cuando falla en actuar frente a una conducta de su subordinado que probablemente origine un crimen, o (como a continuación veremos) cuando ya ha sido cometido. Entonces, dicho deber de control implicaría, por ejemplo, la inspección personal de los subordinados por parte del superior.

La segunda dimensión es el deber de sancionar. Este deber se produce después de la comisión de un crimen. La sanción busca evitar la comisión de futuros crímenes, de lo cual se deriva que “failure to prevent recurrence of future crimes is another aspect of the duty of punish”¹⁴⁰. El deber de sancionar no requiere la presencia de una preexistente relación superior-subordinado en referida a los que cometen los crímenes de guerra. Por lo tanto, las personas que asumieron el mando después de la realización de crímenes tienen el deber de investigar y punir a los perpetradores, como se estableció en el caso *Hadzihasanovic* ante el TPEY¹⁴¹.

Cuando los superiores son físicamente incapaces de perseguir, arrestar, encarcelar o de cualquier otra forma disciplinar a un subordinado, ellos deben tratar de descubrir si el crimen fue perpetrado. Entonces, una vez que el crimen es descubierto, el superior debe referir el caso al fiscal, autoridad judicial u otra competente.

Junto a los términos impedir y reprimir¹⁴² así como suprimir y denunciar¹⁴³, empleados en diversas codificaciones, la fórmula “poner en conocimiento de las autoridades competentes”, utilizada en el Estatuto de la CPI, es novedosa, aunque en esencia corresponde al antiguo deber de informar. No obstante, llena un vacío respecto a obligaciones específicas para los superiores que carezcan de

139 *Ibidem*, loc. cit.

140 *Ibidem*, p. 592.

141 Véase *Prosecutor vs. Hadzihasanovic*, caso IT-01-47AR 72, Interlocutory Appeal in relation to Command Responsibility, decisión del 16 de julio de 2003, opinión separada y parcial del juez David Hunt. También ver la opinión parcial disidente del juez Shahabuddeen, párrafos 8 y ss.

142 PA I, artículos 86.2 y 87.3

143 PA I, artículo 87.1.

poder disciplinario o de facultades para reprimir un crimen¹⁴⁴. Tal disposición se extiende a los superiores no militares¹⁴⁵.

Por otro lado, es pertinente señalar que un superior civil usualmente no tiene poder de sanción sobre los subordinados en igual sentido que un superior militar ya que, *sensu contrario*, como se determinó en el caso *Aleksovski*, la responsabilidad del superior sería muy difícil de aplicar a los superiores civiles:

“A civilian’s sanctioning power must however be interpreted broadly. It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities. Although the power to sanction is the indissociable corollary of the power to issue orders within the military hierarchy, it does not apply to the civilian authorities. To require a civilian authority to have sanctioning powers similar to those of a member of the military would so limit the scope of the doctrine of superior authority that it would hardly be applicable to civilian authorities”¹⁴⁶.

Como precisión final debemos señalar que la adopción de medidas preventivas o punitivas depende del caso concreto; es decir de si, por un lado, están a punto de cometerse o si, por otro lado, ya han sido cometidos crímenes de guerra, respectivamente. El Estatuto de la CPI no refleja de manera muy clara tal distinción. No obstante, como ya afirmamos, la obligación de prevenir debe basarse en la verosimilitud de que los crímenes de guerra ocurran¹⁴⁷. Además de lo anterior, es

144 Ambos, “Superior...”, cit., p. 862.

145 En el caso de superiores militares es aplicable el artículo 28.a)ii); mientras que en el supuesto de superiores civiles es aplicable el artículo 28.b)iii).

146 *Prosecutor vs. Aleksovski*, caso IT-95-14/1, sentencia del 25 de junio de 1999, párrafo 78. En el mismo párrafo se especificó: “The Trial Chamber therefore considers that the superior’s ability *de jure* or *de facto* to impose sanctions is not essential. The possibility of transmitting reports to the appropriate authorities suffices once the civilian authority, through its position in the hierarchy, is expected to report whenever crimes are committed, and that, in the light of this position, the likelihood that those reports will trigger an investigation or initiate disciplinary or even criminal measures is extant”.

147 Toda vez que sería una exigencia demasiado elevada imponer a los superiores la obligación de descubrir o predecir la conducta de sus subordinados, sin la existencia de indicios de que puedan acaecer crímenes de DI en general y crímenes de guerra, en particular. Véanse Ambos, “Superior...”, cit., p. 863, y Bantekas, “The contemporary...”, cit., pp. 593-594.

importante notar que las obligaciones de prevenir y sancionar son acumulativas y no alternativas. En tal sentido, un superior no puede compensar su falla en prevenir crímenes de guerra meramente por sancionar a los perpetradores, como acertadamente se estableció en el caso *Bagilishema* ante el TPR¹⁴⁸.

D. ASPECTOS COMPLEMENTARIOS

Además de los tres elementos analizados que constituyen la figura de la responsabilidad del superior, se pueden identificar algunos aspectos complementarios. Estos aspectos resultan de la revisión del DIH convencional, en especial del PA I, y exigen a los superiores deberes específicos que han de cumplir.

Difusión del DIH en las fuerzas armadas. De acuerdo al artículo 87.2¹⁴⁹ del PA I son los propios jefes militares quienes deben garantizar que sus subordinados conozcan sus obligaciones a la luz de los Convenios de Ginebra y del PA I. Tal control se efectuará teniendo en cuenta las responsabilidades que se derivan de los artículos 82¹⁵⁰ y 83¹⁵¹ del PA I para los jefes de acuerdo a su grado de responsabilidad, vale decir, conforme a los mismos criterios aplicables a la instrucción de la tropa¹⁵².

En tal sentido, el jefe de unidad es el responsable de la instrucción de sus hombres, a través de los oficiales y suboficiales bajo su

148 “(...) l’obligation faite au supérieur d’empêcher ou de punir le crime ne place pas l’accusé face à plusieurs options. Ainsi le supérieur qui savait ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés étaient sur le point de commettre des crimes et qui ne les en a pas empêchés ne peut-il compenser ce manquement en punissant après coup les dits subordonnés”: *Prosecutor vs. Bagilishema*, caso ICTR-95-1-T, sentencia del 7 de junio de 2001, parágrafo 49.

149 PA I, artículo 87: “*Deberes de los jefes.* (...) 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes Contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo”.

150 PA I, artículo 82: asesores jurídicos en las fuerzas armadas.

151 PA I, artículo 83: difusión.

152 Sandoz y otros (eds.), ob. cit., p. 1021, parágrafo 3558.

mando¹⁵³. En el caso de los mandos de niveles superiores al de jefe de compañía, tendrán obligaciones correspondientes en el ámbito de sus competencias¹⁵⁴.

Medidas de orden práctico. Los artículos 87.1¹⁵⁵ y 87.3 del PA I contienen disposiciones análogas sobre el fondo, aunque el último se refiere al caso en el que el jefe “tenga conocimiento de que los subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción”¹⁵⁶. Tal obligación reposa en el hecho de que los jefes militares no están desprovistos de medios para hacer respetar las normas convencionales¹⁵⁷.

Se debe señalar que, en ciertas ocasiones, se cuestiona que no es realista exigir a un jefe militar que dedique toda su atención al respeto de los Convenios y del PA I toda vez que, dentro de esta lógica, es la conducción del combate lo que constituye su tarea esencial. Se pueden esgrimir tres argumentos para rebatir tal planteamiento. El primero implica que la fase preventiva, en la cual se da la instrucción, se desarrolla antes que estalle el conflicto armado. El segundo, que las órdenes no se dan sólo durante el

153 En este ámbito los comentarios del CICR son claros al señalar: “He will ensure that this is done either periodically or expressly before an engagement by drawing particular attention, where necessary, to the sort of action to be avoided, taking into account the situation or the morale of the troops”. *Ibidem*, loc. cit.

154 Por ejemplo, los comandantes de batallón deberán instruir a los jefes de unidad subordinados y a los oficiales de su propio Estado Mayor, así como respecto al jefe de regimiento, cuidar la uniformidad y la regularidad de la enseñanza en el regimiento. Véase *ibidem*, loc. cit.

155 PA I, artículo 87: “*Deberes de los jefes.* 1. Las Altas Partes Contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y las demás personas que se encuentran bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes”.

156 PA I, artículo 87.3.

157 En efecto, ellos se encuentran sobre el terreno de las hostilidades y pueden ejercer un control sobre sus subordinados y sobre las armas que éstos emplean. Asimismo, tienen autoridad para prevenir mejor que nadie las infracciones. En ese contexto, pueden establecer un adecuado estado de ánimo y garantizar la utilización racional de los medios de combate y el mantenimiento de la disciplina. Se exige que estén continuamente informados de cómo sus subordinados cumplen las tareas encargadas así como que establezcan los hechos acaecidos, necesario punto de partida de una posterior sanción. Véase Sandoz y otros (eds.), *ob. cit.*, p. 1021, parágrafo 3560.

combate, sino principalmente con anterioridad a éste¹⁵⁸. El tercero, que si bien el jefe militar es responsable de todo lo que suceda en su sector, tal hecho no equivale a que él deba realizarlo todo¹⁵⁹. Como acotación final debemos mencionar que los dos aspectos tratados en este punto tienen intrínseca relación con la obligación de respetar el DIH, obligación que se considera parte del DIH consuetudinario¹⁶⁰.

CONCLUSIONES

La responsabilidad del superior por crímenes de guerra puede ser directa o indirecta. Esta segunda es la responsabilidad del superior en sentido propio y que desde el caso *Yamashita* se ha caracterizado por tener una naturaleza jurídica omisiva. Los elementos de la responsabilidad del superior por crímenes de guerra han sido desarrollados tanto a nivel del DI convencional –en el PA I (arts. 86 y 87), en el Estatuto de la CPI (art. 28) y en los estatutos de los tribunales *ad hoc* (arts. 7.3 del TPEY y 6.3 del TPR)–, como a nivel del DI consuetudinario (casos ante el TPEY *Celebici*, *Aleksovski*, *Blaskic*, entre otros).

El primer elemento consiste en la existencia de una relación entre el superior y el subordinado, lo que implica una cadena de mando. De ese modo, tal relación puede ser determinada no sólo a través de un mando *de jure* sino también por medio de un mando *de facto*. En ese plano resulta necesario tener en cuenta el concepto de control efectivo, antes que basarse en una mera formalidad para la atribución de la responsabilidad del superior. En torno a los medios probatorios para la determinación del mando tenemos la capacidad de expedir órdenes y de imponer su acatamiento. Por otro lado, es posible la

158 En tal sentido, toda orden que se expida antes del combate debería ser acompañada de un recordatorio de las prescripciones convencionales apropiadas en la situación específica.

159 Un ejemplo de lo anterior es disponer, en los niveles apropiados, miembros de la policía militar, oficiales médicos, y especialistas en el trato de prisioneros de guerra, además de los asesores jurídicos. Véase *ibídem*, loc. cit., p. 1022, párrafo 3562.

160 Según la enumeración del CICR, normas 139-143. Véase Henckaerts y Doswald-Beck (eds.), *ob. cit.*, pp. 495-508.

conurrencia del mando *de facto* y *de jure* en una misma persona. En torno a la responsabilidad de superiores no militares, el requisito del control efectivo es especialmente importante, toda vez que se debe equiparar al control que ejercen los superiores no militares.

El segundo elemento es de naturaleza subjetiva y consiste en que el superior supiera o tuviera razones para saber. Aunque, en general, este elemento no es discutible, sí lo es el tema de la prueba del conocimiento efectivo, especialmente en el supuesto “debió haber tenido conocimiento”. Sobre el particular, se puede sostener la existencia de una presunción *iuris tantum* de conocimiento en circunstancias abrumadoras en las que el superior no pudo razonablemente desconocer los crímenes de guerra de sus subordinados. Asimismo, un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada frente a las acciones de sus subordinados. Entonces, la ausencia de conocimiento no sería una defensa si el superior no adopta los pasos razonables para adquirir tal conocimiento.

El tercer elemento implica que el superior no haya tomado las medias necesarias y razonables para impedir o reprimir la infracción. El deber de prevención comienza en relación con la preparación o planeamiento de acciones por los subordinados e incluso se plantea el deber de controlar antes que se inicie tal preparación. El deber de sancionar se produce después de la comisión de un crimen y también implica la puesta en conocimiento de las autoridades competentes. En relación con el superior civil se debe precisar que no posee el mismo poder de sanción que un superior militar. Asimismo, un superior no puede compensar su falta en la prevención con una sanción *ex post*.

La mejor aproximación a la doctrina de la responsabilidad del superior es a través del concepto de control. En tal sentido, como ya afirmamos, no sólo se debe tener en cuenta el mando *de iure* sino también, y principalmente, el mando *de facto*. Asimismo, la mejor estrategia para la persecución de crímenes de guerra (y en general crímenes de DI) es escoger aquella que ofrezca evidencia de la participación directa del acusado; y en caso de que no se cuente

con tales pruebas, se recurrirá a la teoría de la responsabilidad del superior como segunda opción¹⁶¹.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai, “Superior responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I., Oxford University Press, Oxford-New York, 2002, pp. 823-872.
- Ambos, Kai, *El nuevo derecho penal internacional*, Ara Editores, Lima, 2004.
- Bantekas, Ilias, “The contemporary law of superior responsibility”, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, n.º 2, 1999.
- Bantekas, Ilias, “The interests of States versus the doctrine of superior responsibility”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, n.º 838, 2000, pp. 391-402.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2003.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, *Informe Final*, T. I, “La dimensión jurídica de los hechos”, Lima, 2003.
- Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, *Informe Final presentado al Secretario General de la ONU*, 25 de enero de 2005.
- Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, CICR-Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Guariglia, Fabricio, “Responsabilidad criminal individual en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en *Adaptación de la legislación interna para la sanción de infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario. Reunión de expertos de países iberoamericanos*, Madrid, 10 a 12 de marzo de 1999, Plaza & Janés, Madrid-Bogotá, 2000, pp. 275-284.

161 En adición a ello nos parece oportuno citar una vez más a Bantekas, cuando sostiene: “In any event, however, prosecutorial authorities should not hesitate to indict persons who, while in positions of authority and with knowledge of subordinate criminally, intentionally or negligently fail to prevent or punish those persons who directly participated in the crime”. *Ibidem*, p. 595.

- Pritchard, John, "International Military Tribunal for the Far East and the Allied National War Crimes Trials in Asia", en M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, 2.^a ed., Vol. III, Transnational Publishers, 1999.
- Sandoz, Yves y otros (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 of 12 August 1949*, CICR-Martinus Nijhoff Publishers, Genève-Dordrecht, 1987.
- Schabas, William, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Shany, Yuval y Keren Michaeli, "The case against Ariel Sharon: Revisiting the doctrine of command responsibility", en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, n.º 4, 2002, pp. 797-886.
- Swaak-Goldman, Olivia, "International Decisions. Prosecutor v. Delalic. No. IT-96-21-T", en *American Journal of International Law*, Vol. 93, n.º 2, 1999, pp. 514-519.
- Wu, Timothy y Yong-Sun Kang, "Criminal liability for the actions of subordinates - The doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law", en *Harvard International Law*, n.º 38, 1997, pp. 272-297.