

# Responsabilidad de los Jefes Militares

2a edición

Mapeo de Casos, Selección y Priorización  
Análisis del Caso

## Case Matrix Network

La Red Matriz de Casos (CMN, según su sigla en inglés) proporciona servicios de transferencia de conocimientos y desarrollo de capacidades a actores nacionales e internacionales en los ámbitos del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Buscamos fortalecer a quienes trabajan en casos de crímenes internacionales fundamentales y violaciones graves de derechos humanos, mediante el acceso a información jurídica, asesoramiento jurídico experto, y otras herramientas de conocimiento. CMN es un departamento del Centro para la Investigación y Políticas en Derecho Internacional (CILRAP, según su sigla en inglés), el cual es una organización internacional sin fines de lucro, registrada en Bélgica.

## Agradecimientos

Esta segunda edición fue revisada por Alexandre Skander Galand y Emilie Hunter. El trabajo de investigación fue realizado por Andreja Jerončič y Marialejandra Moreno Mantilla. La primera edición fue revisada por Ilia Utmelidze y Olympia Bekou. Las Secciones 3-11 se basan en el marco de requisitos jurídicos elaborado por Morten Bergsmo e Ilia Utmelidze.

© Centre for International Law Research and Policy

2da edición, noviembre de 2016

ISBN: 978-82-8348-097-9

Parte del Proyecto de Case Matrix Network (CMN): Conjunto de Herramientas de Justicia Penal Internacional

La tapa diseñada por Vesna Skornšek.

Financiado por la Unión Europea y el Real Ministerio de Asuntos Extranjeros de Noruega.



*“La presente publicación se ha producido con la ayuda de la Unión Europea. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de la Red Matriz de Casos y de ningún modo puede considerarse que reflejan los puntos de vista de la Unión Europea”.*

# Tabla de Contenidos

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
Propósitos	2
Estructura	2
Metodología	4
Glosario de términos clave y acrónimos	8
<b>2. RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES MILITARES EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES</b>	<b>11</b>
La Corte Penal Internacional (1998)	12
Otros Tratados que establecen Tribunales ad hoc o Internacionales/izados	145
Derecho Internacional Humanitario	18
Tratados Internacionales de Derechos Humanos	21
<b>3. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES MILITARES</b>	<b>24</b>
Elementos de la responsabilidad del superior de acuerdo con los tribunales ad hoc y la CPI	24
Condena concurrente	28
Responsabilidad por crímenes cometidos por otras personas	38
<b>4. EL DELITO BASE O CRIMEN PRINCIPAL</b>	<b>47</b>
Las fuerzas cometieron un crimen de la competencia de la Corte o se proponían cometerlo	47
<b>5. ESTATUS DEL SUPERIOR – SUBORDINADO</b>	<b>53</b>
Que el autor haya sido un jefe militar o una persona que actuaba efectivamente como jefe militar	53
<i>Que el autor haya sido un jefe militar; O</i>	53
<i>Que el autor haya sido una persona que actuaba efectivamente como jefe militar de las fuerzas que cometieron el delito</i>	55
<b>6. CONTROL</b>	<b>63</b>
Que el autor haya tenido control y mando efectivo, o autoridad efectiva y control sobre las fuerzas que cometieron el crimen	63

<i>Que el autor haya tenido control y mando efectivo; O</i>	63
<i>Que el autor haya tenido autoridad y control efectivo</i>	71
<b>7. CAUSALIDAD</b>	<b>83</b>
Los crímenes cometidos por las fuerzas resultaron del hecho que el autor no ejerció el debido control sobre las fuerzas	83
<b>8. ACTOS DE OMISIÓN</b>	<b>92</b>
El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ese crimen, o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.	92
<i>El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de ese crimen; O</i>	105
<i>El autor no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para reprimir la comisión de ese crimen; O</i>	112
<i>El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.</i>	118
<b>9. ELEMENTO SUBJETIVO</b>	<b>125</b>
El autor hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo uno o más de los crímenes o se proponían cometerlos	125
<i>El autor hubiere sabido que las fuerzas estaban cometiendo el crimen o se proponían cometerlo</i>	125
<i>Dadas las circunstancias en ese momento, el autor debió haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer el crimen</i>	129
<b>10. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y PUBLICISTAS</b>	<b>146</b>

# 1. Introducción

La responsabilidad de los jefes militares asigna responsabilidad penal a los miembros de las fuerzas armadas con mayor rango por el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Ha sido aplicada en muchos casos en virtud de la doctrina de la responsabilidad *del superior* por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona, sobre la base de definiciones jurídicas que, si bien coinciden en algunos aspectos, son diferentes, así como también por la Corte Penal Internacional, mediante la categoría de la responsabilidad de los *jefes militares*<sup>1</sup>.

Si bien la responsabilidad de los jefes militares ha surgido de la práctica de los tribunales penales internacionales, no puede subestimarse su relevancia en los esfuerzos de los sistemas judiciales nacionales con respecto a las conductas que configuran los crímenes internacionales fundamentales. La posibilidad de responsabilizar a aquellos individuos que están en posiciones jerárquicas o de liderazgo por no haber supervisado adecuadamente a sus subordinados o que ‘miraron para otro lado’ puede tener un valioso efecto disuasivo con respecto a la comisión de futuros crímenes. También puede contribuir a asegurar la rendición de cuentas ante la justicia penal de aquellas personas que tienen la mayor responsabilidad, tanto a nivel local como internacional.

Sin embargo, el concepto de responsabilidad de los jefes militares tiene muchos aspectos: se lo reconoce como una modalidad de responsabilidad penal, como una infracción disciplinaria por la violación de deberes militares y como un corolario de otras formas de responsabilidad o de delitos independientes. También es aplicable de varias maneras a los jefes militares y a las organizaciones similares, como los grupos paramilitares, las organizaciones armadas de defensa y los grupos rebeldes. Además, la definición legal de la responsabilidad de los jefes militares tal como ha sido establecida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la CPI) introduce el requisito de causalidad, el cual no se advierte en las tipificaciones de los instrumentos jurídicos internacionales previos<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta todo esto, es previsible que tanto el concepto de responsabilidad de los jefes militares como su tipificación jurídica en el Estatuto de la CPI generen cierta confusión entre los operadores del derecho penal de los 123 Estados parte de la CPI. La falta de información sobre la construcción y aplicación de esta responsabilidad por parte de las autoridades nacionales puede también limitar los esfuerzos dirigidos a que aquellas personas que son las más responsables y que

---

<sup>1</sup> Los lineamientos en este trabajo adoptan la terminología del artículo 28 del Estatuto de Roma, que distingue entre la responsabilidad de los jefes militares, con arreglo al párrafo a) del Artículo 28, y la responsabilidad de los superiores no militares, o similares a los militares, en el párrafo b) del Artículo 28. Véase la Sección 1.4.

<sup>2</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional.

ocupan posiciones de autoridad, rindan cuentas. Al menos 16 Estados parte han implementado todos o muchos de los requisitos jurídicos de la responsabilidad de los jefes militares descritos en el Artículo 28(a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI párrafo a del Artículo 28) y al menos otros 50 Estados han incluido varias provisiones que castigan a los jefes o a aquellas personas en posiciones de responsabilidad por no haber actuado o por omisión<sup>3</sup>.

## Propósitos

Estas Directrices han sido preparadas para los operadores de los sistemas nacionales de justicia penal que quieran familiarizarse con la definición de la responsabilidad de los jefes militares del Estatuto de la CPI (y también de otras normas internacionales y nacionales), y con la jurisprudencia internacional en materia de formas de responsabilidad. También pueden ser instructivas para aquellas personas involucradas en el diseño de políticas sobre la responsabilidad de los presuntos autores, particularmente como parte de una estrategia de priorización.

Como tal, el propósito del texto es permitir que los operadores:

- Reconozcan los seis requisitos de la responsabilidad de los jefes militares a la luz del Estatuto de la CPI;
- Comparen las definiciones jurídicas de la responsabilidad de los jefes militares en los instrumentos jurídicos internacionales;
- Accedan a los párrafos relevantes de las sentencias internacionales que abordan los elementos de la responsabilidad de los jefes militares;
- Revisen las tendencias y variaciones en la jurisprudencia internacional tal como han sido advertidas por destacados publicistas internacionales.<sup>4</sup>

## Estructura

La **Sección 1** establece la estructura y metodología adoptada en estas Directrices. También incluye un glosario de las palabras clave.

La **Sección 2** presenta las definiciones de responsabilidad de los jefes que se encuentran en al menos trece instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*. Esta sección utiliza los seis requisitos legales de la responsabilidad de los jefes según han sido codificados por el párrafo a) del Artículo 28 de la CPI, como un marco comparativo para identificar los cambios en la definición de la responsabilidad de los jefes en los instrumentos jurídicos internacionales. Esto funciona como punto de partida para las secciones 6 a 13, en las que las citas a la jurisprudencia y la doctrina están organizadas de conformidad con los distintos requisitos legales exigidos por el párrafo a) del Artículo 28 de la CPI. La presente Sección también brinda un cuadro comparativo de esas clasificaciones,

---

<sup>3</sup> Actualmente, CMN está preparando una nueva publicación sobre el estatus de la responsabilidad de los jefes militares en los derechos nacionales.

<sup>4</sup> El Artículo 38(1)(d) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia refieren a “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.”

utilizando los seis requisitos jurídicos y los componentes alternativos de la responsabilidad de los jefes militares, según la definición del párrafo a) del Artículo 28 de la CPI.

La **Sección 3** provee una introducción a la aplicación y desarrollo de la responsabilidad de los jefes militares en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

Las **Secciones 4 a 9** proveen una guía de la jurisprudencia internacional sobre la responsabilidad de los jefes militares. Incluye citas de los tribunales y cortes penales internacionales/izados y de los comentarios de los publicistas sobre los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad de los jefes militares, de acuerdo con los requisitos legales del párrafo a) del Artículo 28. Las Secciones 6 a 13 son una edición profundamente revisada y actualizada de los Digestos de la Matriz de Casos.

La **Sección 10** incluye el índice de los casos internacionales y publicistas que han sido citados.

Cada sección está organizada de acuerdo con las siguientes restricciones estilísticas y formales:

**Requisito jurídico** El título de la sección indica el requisito jurídico, tal como está identificado en la sección 1.3 del Marco de los Requisitos Jurídicos (o LRF, según su sigla en inglés). Los componentes alternativos de los requisitos jurídicos están incluidos como sub-secciones con la indicación [O] para especificar su estatus.

**Palabras clave** La lista de palabras clave destaca los varios asuntos que serán subsiguientemente abordados en esa sección específica.

**Jurisprudencia internacional** Las citas están ordenadas de forma cronológica, a fin de entender cómo ha evolucionado la jurisprudencia de cada uno de los requisitos jurídicos (y componentes) de la responsabilidad de los jefes militares.

Cada cita es brevemente introducida e identificada según el tribunal, el nombre del caso (en itálica), y la sala que emitió la decisión. El texto introductorio “informativo” también indicará el asunto jurídico que se aborda o la relevancia de la cita.

Primero se identifica al tribunal según su nombre completo y luego según su acrónimo en todas las referencias subsiguientes. Los casos son identificados según su nombre formal. Cuando alguno de ellos sea popularmente conocido con algún nombre en particular, ese nombre aparecerá entre paréntesis en la primera referencia y será utilizado en las referencias subsiguientes.

**Publicistas** Al final, se incluyen sub-secciones con citas seleccionadas de publicistas destacados, incluyendo comentarios y análisis de la evolución jurisprudencial de los requisitos jurídicos y sus componentes. Por lo tanto, están ordenadas de forma cronológica de acuerdo con la decisión o sentencia discutida por el publicista, antes que según la fecha de publicación. Cada cita es introducida utilizando el apellido del autor (subrayado). Este es en el reconocimiento del Artículo 38(1)(d) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que refiere a “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.”

**Hípervnculos con la Base de Datos ‘Herramientas Jurídicas’ de la CPI**

La gran mayoría de los documentos, incluyendo los casos, en la cita que está al pie están hípervnculados con el documento jurídico específico, que a su vez se encuentra registrado en la Base de Datos ‘Herramientas Jurídicas’ de la CPI. Por lo tanto, quienes utilicen la versión digital y tengan conexión a Internet podrán acceder a la totalidad de la sentencia o decisión.

**Notas al pie: Jurisprudencia internacional**

Las decisiones o sentencias están completamente referenciadas en las notas al pie, incluyendo: al acrónimo de la institución, el apellido del acusado (en itálica), el acrónimo de la Sala, el tipo de decisión o sentencia, el número del caso, la fecha en que fueron emitidas y el número de parágrafo.

Si hay más de un acusado, sólo se mencionará el apellido del primero, seguido de la expresión “y otros”. Se indicará cuándo la cita de la jurisprudencia incluye notas al pie. Se trata de una práctica discrecional: aquellas citas que se consideren poco importantes se omitirán, y esto se explicitará en el texto. Cuando haya dos citas sucesivas de la misma decisión, la segunda nota al pie no contendrá todos los detalles de la decisión o sentencia –excepto por el número de parágrafo– sino que se utilizará el término *Ibíd* (en itálica). El término *Ibíd* hace referencia a la primera decisión o sentencia citada en la nota al pie anterior.

**Notas al pie: Publicistas**

En el texto aparecerán las notas al pie contenidas en las citas de los publicistas. Sin embargo, la numeración de esas notas será correlativa con la de las Directrices. También se han hecho ajustes al contenido de las notas al pie (incluyendo el estilo de las referencias). La referencia completa se encuentra en la última nota al pie de cada cita de los publicistas. Si en una sección el texto de un publicista fuera citado más de una vez, las referencias subsiguientes remitirán a la nota supra donde esté la referencia completa. Cuando se considera que cierta parte del texto de la nota al pie original no es de demasiada utilidad para el lector, la elisión es indicada entre corchetes [...]. También se indicará la omisión cuando se considere que una nota al pie dentro de la cita del publicista es de poca relevancia para el lector.

**Metodología**

A fin de proveer un panorama sucinto de la definición y aplicación de la responsabilidad de los jefes militares, la metodología de investigación de estas Directrices es en buena medida comparativa. Se ha relevado una gran cantidad de información, incluyendo decisiones y sentencias de los tribunales internacionales y artículos y libros de publicistas destacados. Pero a fin de que la colección sea sucinta –en lugar de exhaustiva– se ha necesitado cierto grado de selectividad: por lo tanto, han sido incluidos las decisiones judiciales, sentencias y comentarios académicos más emblemáticos al momento de la redacción de este documento. Esta sección introduce la metodología y selección de las fuentes que han sido utilizadas.

Las *Directrices* adoptan el *Marco de los Requisitos Jurídicos para los Crímenes Internacionales Fundamentales y Modos de Responsabilidad (Marco de los Requisitos Jurídicos o LRF por sus siglas en inglés)*<sup>5</sup>. Esto es en reconocimiento de que el Estatuto de la CPI brinda la expresión más reciente y comprensiva de los crímenes nucleares y los modos de responsabilidad del derecho internacional penal.

## Los requisitos jurídicos de la responsabilidad de los jefes militares

El *Marco de los Requisitos Jurídicos* proporciona una estructura para la interpretación de los crímenes y los modos de responsabilidad receptados en el Estatuto de la CPI. Ayuda a definir: (a) los elementos materiales (*actus reus*) de cada crimen y forma de responsabilidad, tales como la conducta, resultados y circunstancias, que son objetivos por naturaleza; y (b) los elementos subjetivos (*mens rea*), que exigen prueba de la intención y del conocimiento<sup>6</sup> de los elementos materiales. Juntos, los elementos materiales y subjetivos ayudan a establecer el alcance y la esencia del comportamiento criminal o la conducta prohibida tal como ha sido definida por el Estatuto de la CPI<sup>7</sup>.

En el Estatuto de la CPI, cada uno de los crímenes –genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra– es definido en los artículos 6 a 8 del Estatuto y esta definición desarrollada en los *Elementos de los Crímenes (EoC, por sus siglas en inglés)*<sup>8</sup>, que son una fuente del derecho subsidiaria para la CPI<sup>9</sup>. Sin embargo, los modos de responsabilidad establecidos en el Estatuto de Roma –tal como han sido definidos en sus Artículos 25 y 28– carecen de una fuente del derecho subsidiaria equivalente, que ayude a definir los elementos distintivos que los conforman. Más aún, el documento *EoC* no tiene una aplicación “elemento por elemento” del *mens rea* del Artículo 30 de la CPI. En cambio, el *EoC* limita su análisis a los elementos subjetivos específicos del *mens rea* respecto de los elementos seleccionados de los crímenes, mientras que el Artículo 30 del Estatuto suele ser aplicado como una “norma por defecto”<sup>10</sup>.

A fin de abordar esta laguna, el *Marco de Requisitos Jurídicos* adapta y expande los *EoC* de tal manera que incluyan tanto los modos de responsabilidad como los elementos subjetivos

<sup>5</sup> El Marco de los Requisitos Jurídicos fue desarrollado por Morten Bergsmo e Iliia Utmelidze y proporciona la estructura para los Digestos de la Matriz de Casos y la Base de Datos de los Crímenes Véase Morten Bergsmo (comp.), [Active Complementarity: Legal Information Transfer](#), Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011.

<sup>6</sup> El Artículo 30 del [Estatuto de la CPI](#) requiere que cada elemento material sea cometido con intención y conocimiento.

<sup>7</sup> El LRF también constituye una guía sobre la tipología y el estándar de prueba para los crímenes y los modos de responsabilidad del [Estatuto de la CPI](#). Éste constituye un documento que parte de las directrices probatorias de la CPI, conocidas como Medios de Prueba, y que fue creado siguiendo el análisis empírico de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y otras fuentes jurídicas. El propósito de los Medios de Prueba es definir un estándar y tipología comunes de la prueba que haya sido utilizada para juzgar los crímenes internacionales fundamentales y modos de responsabilidad. Para otra introducción, véase Sangkul Kim, “The Anatomy of the Means of Proof Digest” en Bergsmo, *Active Complementarity*, (n. 10) págs. 197-222

<sup>8</sup> Artículo 9 del [Estatuto de la CPI](#) y [Los Elementos de los Crímenes](#), Registros Oficiales de la Asamblea de los Estados partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Primera Sesión, Nueva York, 3-10 de septiembre de 2002.

<sup>9</sup> Artículo 21 del [Estatuto de la CPI](#), y [Elementos de los Crímenes](#).

<sup>10</sup> “Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento”, [Elementos de los Crímenes](#), parágrafo 2 de la Introducción General (n. 15)

del Artículo 30 del Estatuto. El *LRF* proporciona un marco práctico y conceptual para nuestra comprensión del derecho penal internacional. También brinda una estructura clara y consistente para interpretar los crímenes y responsabilidades previstos en el Estatuto de la CPI, que pueden servir de guía para cualquier fiscal, abogado defensor o juez en la evaluación de la evidencia disponible, el desarrollo de argumentos jurídicos y análisis jurídicos<sup>11</sup>.

Asimismo, el *LRF* es específico con respecto a la cuestión abordada. Provee el marco analítico a partir del cual es posible organizar centenares de decisiones y sentencias de los tribunales penales internacionales, de conformidad con el tipo de crimen o modo de responsabilidad, más que con respecto al caso en particular<sup>12</sup>.

### *Delito base*

El Artículo 28 del Estatuto de la CPI define la responsabilidad de los jefes militares como una forma de responsabilidad por los “crímenes de la competencia de la Corte”, esto es, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, tipificados en los Artículos 6 a 8 del Estatuto<sup>13</sup>. En consecuencia, el *LRF* presenta el requisito jurisdiccional como el primer elemento para el Artículo 28(a):

**Las fuerzas cometieron un crimen de la competencia de la Corte o se proponían cometerlo.**

### *Relación superior – subordinado y Control*

El texto del Artículo 28 del Estatuto de la CPI crea un grupo de dos requisitos relacionados con el estatus del acusado y las estructuras organizacionales jerárquicas y funcionales de la institución militar. El primer requisito es que el acusado sea “un jefe militar o una persona que actuaba efectivamente como jefe militar”. En otras palabras, exige un estatus *de facto* o *de iure* de jefe militar, el cual implica tanto poderes como deberes:

**Que el autor haya sido un jefe militar o una persona que actuaba efectivamente como jefe militar**

*Que el autor haya sido un jefe militar; O*

*Que el autor haya sido una persona que actuaba efectivamente como jefe militar.*

En segundo lugar, se requiere la existencia de una estructura jerárquica funcional dentro de la institución militar, donde “[las fuerzas hayan estado bajo su] control o mando efectivo, o autoridad efectiva y control”. Respecto de ambos requisitos, se distingue entre la persona que

<sup>11</sup> A su vez, esto puede contribuir a la realización de juicios más eficientes y ecuanimes.

<sup>12</sup> Información relativa a casos específicos es extremadamente valiosa y de gran interés intuitivo. Sin embargo, a pesar de que cada vez es más fácil acceder a las sentencias a través de plataformas digitales, su extensión y el idioma pueden limitar la posibilidad de los juristas nacionales de acceder a ellas, especialmente cuando están sujetos a limitaciones de tiempo y de idioma.

<sup>13</sup> Esto fue confirmado en CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, parág. 407.

es jefe militar formal con poder de mando y control y la persona que actúa efectivamente como jefe militar con autoridad y control:

**Que el autor haya tenido control o mando efectivo, o autoridad efectiva y control sobre las fuerzas que cometieron el crimen.**

*Que el autor haya tenido control o mando efectivo; O*

*Que el autor haya tenido autoridad y control efectivo.*

### *Causalidad y Actos de Omisión*

Junto a los actos de omisión, el requisito legal de causalidad captura la totalidad de la conducta criminal del acusado. El párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto describe el primer acto de omisión como “no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”, lo cual resulta en la comisión, por parte de las fuerzas, de crímenes de la competencia de la Corte:

**Los crímenes cometidos por las fuerzas resultaron del hecho que el autor no ejerció el debido control sobre las fuerzas.**

En segundo lugar, el párrafo a) del Artículo 28 de la CPI exige uno de tres actos específicos de omisión. También se los ha llamado los crímenes 'de resultado', debido al requisito de causalidad. Es decir, que el autor no hubiese: (a) “prevenido” (b) “reprimido” o (c) 'puesto el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento':

**El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ese crimen, o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento**

*El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de ese crimen; O*

*El autor no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para reprimir la comisión de ese crimen; O*

*El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento*

### *Elemento subjetivo*

Como regla general, el Artículo 30 del Estatuto de la CPI es aplicable a fin de establecer el elemento subjetivo (*mens rea*), salvo indicación en contrario del Estatuto de la CPI y/o de los Elementos de los Crímenes. Sin embargo, el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto de la CPI claramente determina que cuando un jefe militar no ejerza sus poderes adecuadamente incurrirá en responsabilidad penal. En consecuencia, el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto constituye una excepción a los requisitos del elemento subjetivo del Artículo 30, que exigen

tanto conocimiento como intención. En cambio, el requisito clave del elemento subjetivo para la responsabilidad de los jefes militares es que el acusado “hubiere sabido” o “hubiere debido saber” la comisión de los crímenes. Este elemento subjetivo específico alude tanto a que el jefe “no haya ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” (causalidad) y a los actos de omisión (actos de omisión), específicamente la omisión de (a) “prevenir”, (b) “reprimir” o (c) iniciar “investigación y enjuiciamiento”:

**El autor hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo uno o más de los crímenes o se proponían cometerlos**

*El autor hubiere sabido que las fuerzas estaban cometiendo el crimen o se proponían cometerlo; O*

*Dadas las circunstancias en ese momento, el autor debió haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer el crimen*

## Glosario de términos clave y acrónimos

**AC:** Cámara de Apelaciones (por sus siglas en inglés).

**Actus reus:** Elemento material de un delito penal.

**Base de Datos de los Crímenes Internacionales Fundamentales (CICD):** se trata de un directorio en línea que clasifica y de-construye la jurisprudencia y la doctrina de acuerdo con los medios de prueba de los crímenes internacionales fundamentales. Está compuesto de tres partes: (i) Elementos de los Crímenes; (ii) Modos de Responsabilidad y (iii) Medios de Prueba.

**Condena concurrente:** esto ocurre cuando un acusado es hallado culpable respecto de dos crímenes sobre la base de los mismos hechos.

**Cortes y tribunales internacionales/izados:** término utilizado para hacer referencia a los tribunales y cortes penales internacionales y con rasgos internacionales. Este término incluye, entre otros, el ECCC, el Alto Tribunal Iraquí y el TESL.

**CPI:** Corte Penal Internacional.

**De facto:** de hecho, sea legal o no, real.

**De jure:** legal

**Digestos de la Matriz de Casos:** es una parte de la Matriz de Casos de la CPI, una plataforma de software que provee a los usuarios información jurídica sobre derecho penal internacional, ayuda a organizar los casos y a gestionar la prueba y contiene una estructura de base de datos para cumplir los elementos jurídicos y fácticos de los crímenes internacionales fundamentales.

**ECCC:** Salas Especiales en los Tribunales de Camboya (por sus siglas en inglés).

**Elementos:** Véase “Requisitos jurídicos”.

**Evidencia circunstancial:** es un hecho que puede ser utilizado para inferir otro hecho.

**Hechos materiales:** hechos que deben ser probados a fin de satisfacer todos los requisitos jurídicos de un crimen.

**Jurisprudencia internacional:** jurisprudencia internacional en materia penal.

**Mens rea:** Elemento subjetivo de un crimen.

**Publicistas:** Académicos.

**Requisitos jurídicos:** elementos (incluyendo los materiales y los subjetivos) que deben ser acreditados para hallar a un acusado culpable de un crimen en particular.

**Responsabilidad de los jefes militares:** el modo de responsabilidad específico de los jefes militares o personas que en los hechos actúan como jefes militares, definido en el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto de Roma, así como también los jefes militares *de facto* que figuran en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y del TESL.

**Responsabilidad del superior:** la responsabilidad del superior en los Tribunales *ad hoc*, así como también en el TESL y las ECCC debe entenderse como la responsabilidad de los jefes militares *de facto* y de los superiores civiles. Por el contrario, la responsabilidad del superior en el marco de la CPI es un modo de responsabilidad distinto de la responsabilidad de los jefes militares, previsto en el párrafo b) del artículo 28 del Estatuto de la CPI.

**Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI (PTC, según sus siglas en inglés):** La primera sala de la CPI, que decide sobre cuestiones previas al juicio.

**SPI:** Sala de Primera Instancia (o TC, por sus siglas en inglés).

**TESL:** Tribunal Especial para Sierra Leona.

**TPIR:** Tribunal Penal Internacional para Ruanda

**TPIY:** Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

**Tribunales Ad hoc:** se trata de los dos tribunales establecidos por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas para perseguir a las personas responsables por la comisión de crímenes internacionales en la Ex Yugoslavia desde 1991 y en Ruanda en 1994. En esta publicación también se los menciona como Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) y Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).



## 2. Responsabilidad de los jefes militares en los instrumentos jurídicos internacionales

Como criterio de imputación, la responsabilidad de los jefes militares atribuye responsabilidad penal a los miembros de alto rango de las fuerzas armadas, así como de las milicias por los crímenes cometidos por sus subordinados. Al nivel conceptual más básico, la responsabilidad penal individual de esos jefes se atribuye en virtud de su inactividad y exige que tengan una relación de superior-subordinado respecto de los autores directos, y que hubieran sabido o hubieran debido saber que los crímenes se estaban cometiendo o estaban a punto de cometerse. Estos requisitos han sido codificados en los instrumentos jurídicos internacionales de distinta manera, como formas de disciplina militar en el derecho internacional humanitario, dando lugar a un modo de responsabilidad penal individual que es aplicable a los jefes militares así como a los jefes de organizaciones similares, como grupos paramilitares, organizaciones armadas de defensa y grupos rebeldes. En ese contexto, ha sido reconocida por Van Sliedregt como ‘una herramienta importante para castigar a aquellos que están en posiciones de autoridad por su falta de supervisión sobre personas a su cargo o bajo su autoridad’<sup>14</sup>, pero también como una particularidad del derecho penal internacional<sup>15</sup>.

Esta Sección presenta las definiciones de responsabilidad de los jefes que se encuentran en los instrumentos jurídicos internacionales. Lo hace de manera comparativa, utilizando la definición del párrafo a) del Artículo 28 de la CPI para dilucidar las diferentes codificaciones del concepto de responsabilidad penal de los jefes militares y superiores en el derecho internacional. La presente Sección también brinda un cuadro comparativo de esas clasificaciones, utilizando los seis requisitos jurídicos y los componentes alternativos de la responsabilidad de los jefes militares, según la definición del párrafo a) del Artículo 28 de la CPI.

Sin perjuicio de los diferentes enfoques a la hora de codificar la responsabilidad de los jefes, ésta sigue siendo un modo de responsabilidad penal valioso, que complementa otras formas de responsabilidad penal directa, como ordenar, planificar o instigar, al prever una forma de responsabilidad específica para aquellas personas que están en posiciones de autoridad.

---

<sup>14</sup> Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (Oxford University Press 2012) p. 183–184

<sup>15</sup> Chantal Meloni, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 632,

## La Corte Penal Internacional (1998)

Luego de la adopción del Estatuto de la CPI, la responsabilidad de los jefes militares y jefes, similares ha sido distinguida de la responsabilidad de los jefes civiles a través de la inclusión de responsabilidades alternativas para los *jefes* y los *superiores* (de órganos no militares o no similares a los militares)<sup>16</sup>.

Se ha reconocido que la definición de responsabilidad de los jefes militares y del superior es '*la definición más larga de una única modalidad de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional*<sup>17</sup>' a la vez que mantiene una '*estructura particularmente compleja*'<sup>18</sup>. Su extensión y complejidad refleja la influencia de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, así como también las disposiciones que regulan el deber de los jefes militares con arreglo al derecho internacional humanitario, principalmente el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (PAI)<sup>19</sup>. Sin perjuicio de estos factores, la definición ha influenciado la adopción de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores en tratados internacionales posteriores, así como en los derechos nacionales.

La disposición define dos tipos de responsabilidad –la responsabilidad de los *jefes militares* y la responsabilidad del *superior*– en los siguientes términos:

### Artículo 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

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

*a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*

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

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

<sup>16</sup> En *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI afirmó que los jefes del tipo militar pueden abarcar a aquellos superiores que tienen autoridad y control sobre fuerzas irregulares, como los grupos rebeldes, las unidades paramilitares, los movimientos armados de resistencia y las milicias, cuando estén estructurados a través de una jerarquía de tipo militar y operen con una cadena de mando. Véase CPI, *Bemba*, Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, parág. 408.

<sup>17</sup> Roberta Arnold y Otto Triffterer, "Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors" en Otto Triffterer (comp.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (2a ed., Beck 2008), p. 798.

<sup>18</sup> van Sliedregt (n 1) 199.

<sup>19</sup> Para un análisis más completo de los antecedentes, véase Arnold y Triffterer (n 2), págs. 799-808 así como los Trabajos preparatorios completos, disponibles en la Base de Datos de las Herramientas Jurídicas de la CPI.

*investigación y enjuiciamiento.*

*b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:*

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

*ii) Los crímenes 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<sup>20</sup>.*

Los dos tipos de responsabilidad comparten varios requisitos traslapados así como algunas diferencias clave. Para destacar: la responsabilidad de los jefes militares (párrafo a) del Artículo 28) se diferencia de la responsabilidad de los superiores (párrafo b) del Artículo 28) en el estatus de la relación superior-subordinado, las clasificaciones del control sobre las fuerzas o subordinados y un requisito adicional en el elemento subjetivo. Esto se resume en el Cuadro 1. Puesto que el foco de las Directrices sigue siendo la responsabilidad de los jefes militares y de aquellos que actúan como jefes militares, el resto del texto se centrará en la responsabilidad de los jefes militares (párrafo a) del Artículo 28 de la CPI<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Art. 28 Estatuto de la CPI.

<sup>21</sup> Para más jurisprudencia relativa a los distintos elementos de la responsabilidad del superior y sus medios de prueba relevantes, véase los digestos de la Matriz de Casos

Requisito jurídico	Responsabilidad de los jefes militares	Responsabilidad de otros superiores
<b>El delito base o crimen principal</b>		
<i>Las fuerzas cometieron un crimen de la competencia de la Corte o se proponían cometerlo</i>	Sí	Sí
<b>Estatus de superior - subordinado</b>		
<i>Que el autor haya sido un jefe militar o una persona que actuaba efectivamente como jefe militar</i>	Sí	
<i>Existía una relación superior-subordinado no descrita en la Responsabilidad de los Jefes Militares entre el autor y los subordinados</i>		Sí
<b>Control</b>		
<i>Que el autor haya tenido mando y control efectivo; O</i>	Sí	
<i>Que el autor haya tenido autoridad y control efectivo</i>	Sí	Sí
<b>Causalidad</b>		
<i>Los crímenes cometidos por las fuerzas resultaron del hecho que el autor no ejerció un control apropiado sobre las fuerzas</i>	Sí	Sí
<b>Actos de omisión</b>		
<i>El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de ese crimen; O</i>	Sí	Sí
<i>El autor no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para reprimir la comisión de ese crimen; O</i>	Sí	Sí
<i>El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.</i>	Sí	Sí
<b>Elemento subjetivo</b>		
<i>El autor hubiere sabido que las fuerzas estaban cometiendo el crimen o se proponían cometerlo</i>	Sí	Sí
<i>En razón de las circunstancias del momento, el autor hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo el crimen o se proponían cometerlo</i>	Sí	
<i>El autor tenía conocimiento o deliberadamente hizo cas</i>		Sí
<i>o omiso de información que indicaba claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos</i>		
<b>Cuadro 1. Requisitos jurídicos de la responsabilidad de los jefes y de otros superiores según el art. 28 de la CPI</b>		

## Otros Tratados que establecen Tribunales *ad hoc* o Internacionales/izados

Como fundamento de responsabilidad penal distintivamente ‘internacional’, varios de los requisitos que figuran en el párrafo a) del Artículo 28 *Responsabilidad de los jefes militares* toman elementos de las codificaciones de los instrumentos jurídicos internacionales de los Tribunales *ad hoc* e internacionales/izados y su jurisprudencia

posterior, así como también del derecho internacional humanitario. Asimismo, algunos instrumentos internacionales han adoptado o se han referido a aspectos del Artículo 28. En el presente apartado es posible identificar las similitudes y diferencias en el tratamiento de la responsabilidad de los jefes militares en otros instrumentos internacionales. Esto sirve como punto de referencia útil para las Secciones 6 a 13, en las que la jurisprudencia internacional y el análisis de los publicistas demuestran la evolución de la responsabilidad de los jefes militares, en la medida que diferentes tribunales han procurado aplicar e interpretar *su* derecho en virtud de los distintos hechos de cada caso.

### Los Tribunales *ad hoc* y tribunales Internacionales/izados

Cada uno de los Tribunales *ad hoc* y de los internacionales/izados ha adoptado disposiciones para atribuir responsabilidad penal a los miembros de alto rango de las fuerzas armadas o los grupos similares a los militares por los crímenes cometidos por sus subordinados. A diferencia del Artículo 28 de la CPI, que establece el incumplimiento de un jefe militar o superior como una forma de responsabilidad específica, los Estatutos de muchos de los Tribunales la adoptan como un corolario de la responsabilidad del subordinado<sup>22</sup>, o una cláusula de exclusión<sup>23</sup>. La única excepción es el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, que adopta directamente la construcción positiva del párrafo b) del Artículo 28 de la CPI, relativa a la *Responsabilidad de los superiores*.

### *Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY, 1993), Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR, 1994), Comisiones Especiales en Timor Oriental (2000), Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL, 2000)*

Entre 1993 y 2000, los Estatutos que establecieron el TPIY<sup>24</sup>, TPIR<sup>25</sup>, las Comisiones Especiales en Timor Oriental<sup>26</sup> y el TESL<sup>27</sup> adoptaron el mismo texto sustantivo, atribuyendo responsabilidad penal a los *Superiores*. El texto de las disposiciones difiere únicamente en las referencias a la jurisdicción material de cada Tribunal<sup>28</sup>:

*El hecho de que cualquiera de los actos... del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o*

<sup>22</sup> van Sliedregt (n 1), pág. 197.

<sup>23</sup> Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, pág. 25.

<sup>24</sup> Estatuto del TPIY, establecido por Resolución 827 del Consejo de Seguridad, adoptada en 25 de mayo de 1993.

<sup>25</sup> Estatuto del TPIR, establecido por Resolución 955 del Consejo de Seguridad, adoptada en 8 de noviembre de 2004.

<sup>26</sup> Reglamento n.º 2000/15 de la UNTAET (Administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental) sobre el establecimiento de salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves, UNTAET/REG/2000/15, 6 de junio de 2000.

<sup>27</sup> Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido mediante un Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, y Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, adoptado en 16 de enero de 2002.

<sup>28</sup> Estatuto del TPIY: Arts. 2-5; Estatuto del TPIR: Art 2-4; Comisiones Especiales en Timor Oriental: Artículos 4 a 7 del reglamento [a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura]; TESL: 2 a 4 del presente Estatuto [crímenes de lesa humanidad, infracciones al Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977, y otras infracciones graves al derecho internacional humanitario].

*tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores*<sup>29</sup>.

A diferencia de la CPI, los Estatutos de estos tribunales no distinguen entre el estatus o el tipo de organización al que pertenece el superior. Mientras que el Artículo 28 de la CPI distingue entre la responsabilidad penal de los jefes militares y otros superiores, la disposición legal de los Estatutos de los cuatro tribunales se refiere únicamente a un superior (como la Sección 8 muestra, la jurisprudencia de los tribunales ha aplicado el estatus de superior a aquellos en organizaciones militares o de tipo militar, como organizaciones paramilitares y grupos de resistencia armados, así como también a organizaciones de carácter civil). El requisito de control tampoco figura, al igual que el de causalidad: en cambio, las dos formas de control con arreglo al párrafo a) del Artículo 28 de la CPI –mando y control efectivo (control *de jure*) o autoridad y control efectivo (control *de facto*)– sobre los subordinados también fueron desarrolladas por esa jurisprudencia. En cuanto a los actos que el superior debe haber incumplido, los Tribunales adoptan el mismo criterio que la CPI –el de *medidas necesarias y razonables*– pero lo aplican solamente al incumplimiento por parte del superior de su deber de impedir que dicho acto fuera cometido o *castigar* a los autores (la CPI adopta *reprimir*). No se exige que el superior ponga el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Por último, la responsabilidad puede establecerse a través de dos elementos subjetivos –el estándar más exigente en el que el *superior sabía ... que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo*– así como también de incumplimiento culpable cuando el autor *tenía razones para saber*. Este estándar se desvía del Artículo 28 de la CPI, que exige que el autor *hubiere debido saber*, y ha sido objeto de debate jurisprudencial y doctrinario (véase la Sección 13).

La ambigüedad relativa de esta disposición en materia de responsabilidad de los superiores ha contribuido al desarrollo de una jurisprudencia muy detallada y, en ocasiones, contradictoria, debido a que las Salas de Primera Instancia y las Salas de Apelación del TPIY, el TPIR, y el TESL han procurado aplicar el derecho a los hechos de los casos traídos ante ellos. En el contexto del TPIY y el TPIR –que enjuiciaron mayor cantidad de casos sobre la base de la responsabilidad del superior– se han desarrollado reglas y tests adicionales con el transcurso del tiempo (véase la Sección 6), varios de los cuales han influido en la codificación del párrafo a) del Artículo 28 de la CPI. Del mismo modo, como muestra el Cuadro 2, la responsabilidad del superior en estos tribunales adoptó y revisó distintos requisitos previstos en el párrafo 2) del Artículo 86 del PAI.

---

<sup>29</sup> Párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto del TPIY de 1993; párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto del TPIR de 1994; Artículo 16 del Reglamento No. 2000/15 de las Comisiones Especiales para Timor Oriental; párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto del TESL.

### *Las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya (ECCC, 2004)*

Al establecer las ECCC, el Gobierno de Camboya combinó el requisito de control alternativo de *mando y control efectivo* o *autoridad y control efectivo* en el texto de su Estatuto (énfasis añadido)<sup>30</sup>:

*El hecho de que cualquiera de los actos referidos en los Artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la presente ley sean cometidos por un subordinado no exime a su superior de responsabilidad penal, si el superior tenía mando y control efectivo o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior tenía conocimiento o hubiere debido tener conocimiento de que el subordinado había cometido tales actos, o se proponía hacerlo, y en tal caso no hubiera tomado las medidas razonables para prevenir dichos actos o para castigar a los perpetradores<sup>31</sup>.*

### *El Alto Tribunal Iraquí (2005)*

El instrumento que estableció el tribunal internacionalizado del Alto Tribunal Iraquí combinó aspectos del párrafo 2) del Artículo 86 del PAI con otros de la definición común de los Tribunales *ad hoc*:

*Un superior no queda exento de responsabilidad penal por crímenes cometidos por sus subordinados, si sabía o tenía razones para saber que el subordinado había cometido, o se aprestaba a cometer ese acto, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido o para remitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento<sup>32</sup>.*

En cuanto al crimen base y al estatus superior-subordinado, la disposición está en línea con el párrafo 2) del Artículo 86 del PAI, que exige que los crímenes hayan sido cometidos por los subordinados del superior, sin especificar el carácter de la posición jerárquica. La cláusula no adopta los requisitos de control o causalidad y, si bien adopta el mismo estándar de ‘medidas necesarias y razonables’ previsto en el párrafo a) del Artículo 28 de la CPI, los actos específicos de incumplimiento u omisión se limitan únicamente a los de impedir la comisión del crimen y remitir el asunto a las autoridades competentes, excluyendo la represión o prevención del crimen. Por último, el Alto Tribunal Iraquí adoptó los criterios relativos a los elementos subjetivos de los Tribunales *ad hoc*, de que el superior supiera o tuviera razones para saber.

---

<sup>30</sup> Como tribunales híbridos, las ECCC se fundaron con arreglo al derecho interno y reciben apoyo internacional a través de su acuerdo con las Naciones Unidas. Véase el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al Procesamiento con arreglo al Derecho de Camboya de los Crímenes Cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática, 6 de junio de 2003.

<sup>31</sup> Ley de Establecimiento de las Salas Especiales, con las modificaciones promulgadas el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006), artículo 29. Los crímenes de competencia de las ECCC abarcan homicidios, torturas, persecución religiosa, genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves a los Convenios de Ginebra, destrucción de los bienes culturales durante un conflicto armado, y crímenes contra personas internacionalmente protegidas.

<sup>32</sup> Estatuto del Alto Tribunal Iraquí para los Crímenes de lesa Humanidad, Ley No. 1 de 2003, revisada en 2005 como Ley 4006, adoptada el 18 de octubre de 2005, párrafo 4) del artículo 15. El Tribunal Especial Iraquí también es conocido como el Alto Tribunal Iraquí, o el Tribunal Penal Especial Iraquí o el Tribunal Penal Supremo Iraquí.

### *El Tribunal Especial para el Líbano (2007)*

El Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano<sup>33</sup> adopta la disposición del Estatuto de Roma en materia de responsabilidad del superior (párrafo b) del Artículo 28) como el párrafo 2) de su Artículo 3:

*En cuanto a las relaciones entre superiores y subordinados, un superior será penalmente responsable de cualquiera de los delitos establecidos en el Artículo 2 del presente Estatuto que haya sido cometido por subordinados que se encuentren bajo su autoridad y supervisión efectivas y sobre los que no haya ejercido el debido control cuando:*

*a) El superior tuviera conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer tales delitos o hubiera ignorado, en forma deliberada, información que pusiera claramente de relieve esas circunstancias;*

*b) Los delitos estuvieran relacionados con actividades pertenecientes al ámbito efectivo de responsabilidad y control del superior; y*

*c) El superior no hubiera tomado todas las medidas razonables que fuesen necesarias y entraran dentro de sus atribuciones para prevenir o suprimir su comisión o para someter la cuestión a las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento<sup>34</sup>.*

## Derecho Internacional Humanitario

La estructura de la responsabilidad de los jefes militares está basada en el Derecho internacional humanitario (DIH), que desarrolla los deberes de los jefes militares de prevenir, castigar y denunciar los crímenes cometidos durante los períodos de conflicto armado. Sin embargo, el párrafo a) del Artículo 28 de la CPI difiere en varios aspectos clave: primero, está estructurado como un modo de responsabilidad positivo, mientras que con arreglo al DIH a menudo se establece como una cláusula de exclusión (*el hecho de que ... no absuelve/exime a los superiores de...*); segundo, establece la responsabilidad penal individual del jefe militar mientras que el DIH establece opciones de responsabilidad penal junto a medidas disciplinarias; tercero, la CPI tiene competencia material sobre genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, mientras que el DIH se limita únicamente a los crímenes de guerra; y cuarto, el párrafo a) del Artículo 28 contiene un requisito explícito de causalidad.

### *Reglamentos de la Haya (1899, 1907)*

La responsabilidad de los jefes militares de las fuerzas armadas sobre sus subordinados se remonta a los Reglamentos de La Haya adoptados en 1899 y 1907, que

---

<sup>33</sup> Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República del Líbano, de conformidad con el párrafo 2) del Artículo 3 de la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, de 29 de marzo de 2006.

<sup>34</sup> Los crímenes de competencia del Tribunal Especial para el Líbano abarcan terrorismo, crímenes y delitos contra la vida y la integridad personal, asociación ilícita, y omisión del deber de informar sobre crímenes y delitos. Véase el resumen en ICTJ.

establecen que, para que las fuerzas armadas reciban los derechos acordados a los beligerantes, deben *‘tener a su frente una persona responsable de sus subordinados’*<sup>35</sup>.

### *Convención de la Haya (1907) y Convenio de Ginebra (1929)*

La Convención de La Haya de 1907 y el Convenio de Ginebra de 1939 establecieron un deber general de los comandantes en jefe de flotas<sup>36</sup> y ejércitos<sup>37</sup> de asegurar que sus fuerzas actúen conforme a los principios generales de los tratados respectivos, si bien no establecen una sanción o consecuencia por su incumplimiento.

El Artículo 19 de la Convención de la Haya dispone:

*Los comandantes en jefes de las flotas beligerantes fijarán los detalles de ejecución de los artículos precedentes, así como también para los casos en ellos no previstos, de conformidad con las instrucciones de sus respectivos gobiernos y conforme a los principios generales enumerados en la presente Convención.*

El Artículo 26 del Convenio de Ginebra establece:

*Los comandantes en jefe de los ejércitos beligerantes fijarán los detalles de ejecución de los artículos precedentes, así como también para los casos en ellos no previstos, de conformidad con las instrucciones de sus respectivos gobiernos y conforme a los principios generales enunciados en el presente Convenio.*

### *Protocolo Adicional I (1977)*

En el PAI a los Convenios de Ginebra de 1949 surgió un marco más completo detallando el concepto de la responsabilidad de los superiores<sup>38</sup>. Adoptado 16 años antes del Estatuto del TPIY, las disposiciones del PAI establecen la responsabilidad de los superiores por actos de sus subordinados (párrafo 2) del Artículo 86 del PAI) y las obligaciones positivas de los jefes militares de prevenir, reprimir o denunciar (Artículo 87 del PAI). Sin embargo, debe señalarse que los alcances jurisdiccionales de las dos disposiciones del PAI se limitan únicamente a los conflictos armados internacionales.

El párrafo 2) del Artículo 86 dispone:

---

<sup>35</sup> Convención II de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 29 de julio de 1899, párrafo 1) del Artículo 1, y Convención IV relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907, párrafo 1) del Artículo 1.

<sup>36</sup> Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Haya, 18 de octubre de 1907.

<sup>37</sup> Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Ginebra, 27 de julio de 1929.

<sup>38</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), adoptado en Ginebra en 8 de junio de 1977.

*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 come tiendo 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.*

Esta disposición establece la relación *superior-subordinado* adoptada por los tribunales *ad hoc* e internacionales/izados, sin distinción de los distintos tipos de superior. Como ocurre con otras disposiciones de derecho internacional anteriores al Estatuto de la CPI, los requisitos de control y causalidad están ausentes. Al referirse a los actos de omisión o de incumplimiento por parte del superior, el párrafo 2) del Artículo 86 del PAI establece un estándar de *medidas factibles* para la prevención o represión de los crímenes, pero no exige que se ponga el asunto en conocimiento de las autoridades. Por último, si bien el primer umbral del elemento subjetivo –que el superior *supiera*– es común a los Tribunales *ad hoc* y al Estatuto de la CPI, el umbral más bajo en el PAI, que exige que los superiores *poseyeran información que les permitiera concluir*, es diferente tanto del de los Tribunales *ad hoc* –que adoptó el requisito de tenía *razones para saber* – como del de la CPI (*hubiere debido saber*).

El Artículo 87 describe los deberes de los jefes militares y las condiciones en las que se debe imponer una sanción por su violación. Establece que:

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

...

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

En consecuencia, la relación superior-subordinado se aplica únicamente a los jefes militares (y no a las personas que actúen como tales) pero incluye a los subordinados de fuerzas irregulares, en los casos en que estén bajo el control del jefe militar, además de a las fuerzas armadas regulares. La disposición establece diferentes niveles de control por parte del jefe militar, dependiendo del estatus del subordinado: ‘mando’ abarca a aquellos subordinados de las fuerzas armadas mientras que ‘control’ se refiere a las fuerzas irregulares. No hay un requisito de causalidad. Sin embargo, cada uno de los actos de incumplimiento u omisión definidos en el Artículo 28 del Estatuto de la CPI también están establecidos, pero en cambio como deberes positivos, para los casos en que el jefe militar debe adoptar las ‘medidas necesarias’. Esto difiere del requisito de la CPI de adoptar las medidas necesarias y razonables. Por último, el Artículo 87 del PAI impone un umbral del elemento subjetivo, esto es, el de conocimiento.

A diferencia de los Estatutos de todos los Tribunales internacionales/izados, el párrafo 2) del Artículo 86 y el Artículo 87 del PAI dan discreción a los superiores para imponer

sanciones penales o disciplinarias a quienes hubiesen infringido los deberes prescritos. El Artículo 87 también impone a las opciones de sanciones el criterio discrecional de resultar apropiadas.

### *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales (1999)*

El Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales obliga a los Estados partes a extender la responsabilidad del superior, como una forma de responsabilidad indirecta, sobre la base del estatus del Tratado con arreglo a los principios generales de derecho y del derecho internacional, tanto en los conflictos armados de carácter internacional como no internacional<sup>39</sup>.

El Artículo 15 establece:

*Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente Artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas. Al hacer esto, las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos<sup>40</sup>.*

## Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La importancia de extender la responsabilidad penal a personas en posiciones de liderazgo por crímenes cometidos por sus subordinados ha sido reconocida en un tratado de la ONU, la Convención sobre Desapariciones Forzadas, la cual fue adoptada en 2006.

### *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006)*

Con excepción del requisito de causalidad, que con arreglo al Estatuto de la CPI es común tanto a la responsabilidad de los jefes militares como a la responsabilidad del superior, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas adopta el marco de la responsabilidad del superior en los términos del párrafo b) del Artículo 28 del Estatuto de la CPI.

---

<sup>39</sup> Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales, adoptado en 1999, párrafo 1) del Artículo 22.1.

<sup>40</sup> *Ibid.*

El párrafo 1) de su Artículo 6 establece que:

*‘Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerer penalmente responsable por lo menos:*

...

*b) Al superior que:*

*i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente;*

*ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y*

*iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;*

*c) El inciso b) supra se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar<sup>41</sup>.*

Responsabilidad de los jefes militares/ Requisitos legales	CPI: Art.28(a)	Tribunales ad hoc e internacionalizados	PAI: Art.86(2)	PAI: Art.87
<b>Delito base</b>	Se cometieron crímenes de competencia de la Corte o se proponían cometerlos	Actos [...] del presente Estatuto hayan sido cometidos	Una infracción haya sido cometida por un subordinado	Infracciones a los Convenios y al presente Protocolo

<sup>41</sup> Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/61/177, 20 de diciembre de 2006, párrafo 1) del Artículo 6.

**RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES MILITARES EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES**

Relación superior-subordinado	Jefe militar	Superior del subordinado	Superior	Jefes militares
	El que actúe efectivamente como jefe militar			
Control	Mando y control efectivo [O]			Fuerzas armadas que están a sus órdenes [O]
	Autoridad y control efectivo			Las demás personas que se encuentren bajo su autoridad
Causalidad	Los crímenes se cometieron en razón de no haber ejercido un control apropiado			
Omisiones	Prevenir su comisión / Medidas necesarias y razonables [O]	Impedir que se cometieran tales actos /No tomó las medidas necesarias y razonables para [O]	Impedir la infracción /todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance [O]	Impedir tales violaciones / tomar las medidas necesarias para [O]
	Reprimir su comisión / Medidas necesarias y razonables [O]	Castigar a los autores / No tomó las medidas necesarias y razonables para	Reprimir esa infracción / todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance	Impidan esas infracciones [Y] en caso contrario
	Poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes / Medidas necesarias y razonables		Reportar cuando sea necesario / todas las medidas factibles	Las denuncien a las autoridades competentes
Elemento subjetivo	Hubiere sabido – Estaban cometiendo o se proponían cometer [O]	Sabía que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo	Sabían [O]	Tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción
	En razón de las circunstancias – Hubiere debido saber	Tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo	Poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento	

Cuadro 2: Cuadro comparativo de los requisitos de la responsabilidad de los jefes militares con arreglo a los principales instrumentos jurídicos internacionales.

# 3. Introducción a la Responsabilidad de los Jefes Militares

## Elementos de la responsabilidad del superior de acuerdo con los tribunales *ad hoc* y la CPI

Palabras clave: Elementos de la responsabilidad del superior – Circunstancias fácticas

### Jurisprudencia internacional

Luego de realizar un profundo análisis sobre el reconocimiento de la responsabilidad del superior en el derecho internacional<sup>42</sup>, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Mucić y otros ("Čelebići")* concluyó que:

"[...] el principio de responsabilidad penal individual de los superiores por no haber prevenido o castigado los crímenes de sus subordinados forma parte del derecho internacional consuetudinario"<sup>43</sup>.

Sobre los elementos de la responsabilidad del superior según el Estatuto del TPIY, la Sala de Primera Instancia en *Čelebići* también sostuvo que:

"Del texto del párrafo 3) del Artículo 7 es entonces posible identificar los elementos esenciales de la responsabilidad del superior por no haber actuado de la siguiente manera:

- (i) la existencia de una relación superior-subordinado;
- (ii) el superior sabía o tenía razones para saber que un delito estaba por ser cometido o había sido cometido; y
- (iii) el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el delito ni para castigar al autor en consecuencia"<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parágs. 333- 343.

<sup>43</sup> *Ibid.*, parág. 343. Confirmado en TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 290.

<sup>44</sup> *Ibid.*, parág. 346.

En relación con las circunstancias fácticas que la Fiscalía debe invocar para establecer la responsabilidad del superior en virtud del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto del TPIR, la Sala de Primera Instancia en *Ndindiliyimana y otros* reiteró que:

"[c]uando se alegue responsabilidad del superior, la Fiscalía debe invocar las siguientes circunstancias fácticas: (1) la relación entre el acusado y sus subordinados; (2) los actos y crímenes cometidos por esos presuntos subordinados; (3) la conducta criminal del acusado a partir de la cual puede concluirse que sabía o tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer o habían cometido los crímenes; y (4) la conducta del acusado a partir de la cual puede concluirse que no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir los crímenes o castigar a sus subordinados en consecuencia [...] estas son circunstancias fácticas que deben ser invocadas con un grado suficiente de especificidad"<sup>45</sup>.

En la sentencia dictada en el caso *Nyiramasuhuko y otros*, la Sala de Primera Instancia del TPIR también reiteró que:

"Si la Fiscalía pretende basarse en la teoría de la responsabilidad del superior para responsabilizar penalmente a un acusado por un crimen en los términos del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto, debe invocar lo siguiente: (1) que el acusado es el superior de ciertos subordinados suficientemente identificados, sobre quienes él ejercía control efectivo –en el sentido de capacidad material para prevenir o castigar conductas criminales– y por cuyos actos se alega su responsabilidad; (2) la conducta criminal de aquellos otros por quienes presuntamente era responsable; (3) la conducta criminal del acusado a partir de la cual puede concluirse que sabía o tenía razones para saber que sus subordinados se proponían cometer o habían cometido los crímenes; y (4) la conducta del acusado a partir de la cual puede concluirse que no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir los crímenes o castigar a las personas que los cometieron"<sup>46</sup>.

Resumiendo los requisitos necesarios para incurrir en responsabilidad penal a la luz del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto de Roma, la Sala de Primera Instancia de la CPI en la Sentencia en *Bemba*, sostuvo que:

"[...] a fin de que un acusado sea hallado culpable y condenado como jefe militar o como persona que actúa efectivamente como jefe militar con arreglo al párrafo a) del Artículo 28, se deben satisfacer los elementos siguientes:

- a. las fuerzas deben haber cometido crímenes de competencia de la Corte;
- b. el acusado debe haber sido un jefe militar o haber actuado efectivamente como jefe militar;

<sup>45</sup> TPIR, *Ndindiliyimana et al.*, TC II, Judgement, Case No. ICTR-00-56-T, 17 de mayo de 2011, parág. 126. Véase también, parág. 1916.

<sup>46</sup> TPIR, *Nyiramasuhuko et al.*, TC II, Judgement, Case No. ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011, parág. 121. Véase también TPIR, *Bizimunqu et al.*, TC II, Judgement, Case No. ICTR-99-50-T, 30 de septiembre de 2011, parág. 1872.

- c. el acusado debe haber tenido mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre las fuerzas que cometieron los crímenes;
- d. el acusado debía saber o, en virtud de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer tales crímenes;
- e. el acusado no tomó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de esos delitos, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento; y
- f. los crímenes fueron cometidos por las fuerzas en razón de que el acusado no ejerció un control apropiado sobre ellas"<sup>47</sup>.

## Publicistas

Resumiendo los requisitos para establecer la responsabilidad penal que surge de la responsabilidad del superior ante el TPIY y el TPIR, Martinez afirma:

"[...] para establecer responsabilidad sobre la base de la responsabilidad del superior, se necesitan tres elementos:

- (i) la existencia de una relación superior-subordinado de control efectivo, sea *de jure* o *de facto*;
- (ii) el superior sabía o tenía razón para saber que un delito estaba por ser cometido o había sido cometido;
- (iii) el superior no tomó todos los pasos necesarios para prevenir o castigar los delitos"<sup>48</sup><sup>49</sup>.

Nybondas especifica que:

"[...] La mejor manera de dividir los elementos es entre los objetivos y los subjetivos, a lo que frecuentemente se refiere como *actus reus* y *mens rea* respectivamente. Los elementos objetivos de la responsabilidad del superior pueden hallarse en los apartados (i) y (iii) de la definición, mientras que el *mens rea* es el requisito de conocimiento por parte del superior, establecido en el apartado (ii)"<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> CPI, *Bemba, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343*, 21 de marzo de 2016, parág. 170. Véase también CPI, *Bemba, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009*, parág. 407 (se omite la nota de pie de página).

<sup>48</sup> Véase por ejemplo TPIY, *Kordić and Čerkez, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14/2-A, 17 December 2004*, parág. 839.

<sup>49</sup> Jenny S. Martinez, "Understanding Mens Rea in Command Responsibility From Yamashita to Blaškić and Beyond", en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 642.

<sup>50</sup> Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 31.

Sin embargo, Meloni considera que:

"[...] Esta tripartición de la responsabilidad del superior [adoptada por los tribunales *ad hoc*] [...] no es del todo satisfactoria: deja de lado el primer requisito objetivo, que es la 'comisión de un crimen por parte de los subordinados' (el llamado 'crimen base' o 'crimen principal'). Además, carece de cualquier tipo de sistematización; en particular, el elemento subjetivo aparece como el segundo requisito que debe ser probado, antes que el *actus reus*, mientras que lo correcto sería que viniera después. De hecho, a la luz de los principios básicos del derecho penal, el requisito de *mens rea* sólo aparece luego de que se haya determinado la existencia del elemento objetivo, básicamente, en el caso que nos ocupa, no sólo la relación superior-subordinado sino también la conducta del imputado (por ejemplo, que no haya adoptado las medidas exigidas para prevenir o castigar)"<sup>51</sup>.

Además de estos tres elementos, van Sliedregt advierte:

"[...] En *Orić*, la Sala de Primera Instancia [del TPIY] agregó un cuarto elemento; (iv) un subordinado comete un crimen a la luz del derecho internacional"<sup>52</sup><sup>53</sup>.

Cryer y otros especifican:

"[...] A todo ello, el Estatuto de Roma ha agregado otro requisito: causalidad"<sup>54</sup>.

En relación con el Artículo 28 del Estatuto de Roma, van Sliedregt observa:

"La estructura del Artículo 28 es compleja. La norma encierra dos omisiones. Una de ellas general, en el '*chapeau*', redactada en términos de un 'delito de resultado' a través del nexo causal explícito (un superior es responsable cuando no 'ejerce control adecuadamente' y como resultado de ello, se cometieron ciertos crímenes) y una omisión más específica en los apartados (a)(ii) y (b)(ii) (él/ella 'no tomó todas las medidas... para prevenir o reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes'). Tanto la omisión general/del *chapeau* como la omisión específica —al menos en lo concerniente al elemento 'sabía'— necesitan ser interpretadas de acuerdo con el Artículo 30 del Estatuto, que contiene una regla residual sobre el elemento subjetivo."<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, págs. 83-84.

<sup>52</sup> TPIY, *Orić*, TC II, *Judgement*, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 294.

<sup>53</sup> Elies van Sliedregt, "Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity" en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (comps.) *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 378.

<sup>54</sup> Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 386 (nota al pie omitida).

<sup>55</sup> Van Sliedregt, 2011, pág. 392, *supra* nota 53.

En relación con los requisitos del Artículo 28, Ambos afirma que:

- "[...] El Artículo 28 contiene cinco elementos objetivos que son evidentes:
- (1) El autor o agente del delito es un militar (*de facto*) o superior no-militar (civil) que tiene 'fuerzas' o 'subordinados' bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del status del sujeto activo dentro de la jerarquía militar; cualquier tipo de 'relación superior-subordinado' parece ser suficiente.
  - (2) El 'mando y control', en el caso del superior militar, o la 'autoridad y control' en el caso de ambos tipos de superiores, sobre los subordinados debe ser 'efectivo'; este requisito restrictivo de la responsabilidad del superior se reafirma en relación con el superior civil, quien debe, además, ostentar 'autoridad y control efectivo' sobre las actividades que dieron lugar a los crímenes.
  - (3) Los crímenes cometidos por los subordinados son el 'resultado' del incumplimiento por parte del superior de ejercer control adecuado sobre ellos; este elemento puede ser denominado requisito causal.
  - (4) El superior no adopta las 'medidas necesarias y razonables que estén a su alcance' contra los crímenes cometidos; el poder para tomar estas medidas obviamente se deriva del control 'efectivo'.
  - (5) Las medidas están dirigidas a 'prevenir o reprimir' la comisión de los crímenes, o bien el superior debe poner 'el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento'; esta segunda opción no aparecía en las codificaciones anteriores.
- Si estos requisitos están completos, y si el superior tenía el *mens rea* necesario, entonces podrá afirmarse su responsabilidad penal"<sup>56</sup>.

## Condena concurrente

Palabras clave: Responsabilidad penal individual y responsabilidad del superior – Discreción judicial – Imposición de la pena – Circunstancias agravantes – Acusación alternativa

### Jurisprudencia internacional

Con respecto a la condena concurrente, la Sala de Primera Instancia en el caso "*Čelebići*" sostuvo:

"Tal como ha sido señalado, a una persona se le puede atribuir la comisión de un crimen en calidad individual y personal como autor directo, según lo dispuesto en el párrafo 1) del Artículo 7 del Estatuto, y/o en calidad de autoridad superior en relación con la comisión del crimen según el párrafo 3) del Artículo 7.

---

<sup>56</sup> Kai Ambos, "Superior Responsibility", en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, págs. 849-850.

La defensa de Hazim Delić ha planteado que sería inadecuado imponer una doble sentencia a un acusado a quien se le hubiesen formulado ambos cargos, y eventualmente hubiese sido condenado por ellos. Su argumento radica en que ambos cargos son mutuamente excluyentes; el delito estipulado en el párrafo 1) del Artículo 7 estaría basado en la teoría de los actos, mientras que aquel dispuesto en el párrafo 3) del Artículo 7 estaría basado en la omisión y en el incumplimiento del deber de prevenir o castigar los crímenes de guerra.

Aunque en la teoría la proposición parece irreprochable, en la práctica existen situaciones fácticas en las cuales la acusación y condena contra la misma persona respecto de los delitos previstos en los párrafos 1 y 3 del Artículo 7 resulta perfectamente adecuada. Por ejemplo, piénsese en una situación en la cual el jefe o la persona que ejerza la autoridad superior diera personalmente la orden a sus subordinados de golpear a la víctima hasta darle muerte e interviniera con ellos en la golpiza que culmina en la muerte. Aquí existe responsabilidad penal en los términos del párrafo 1) del Artículo 7 –por la comisión del delito–, y en los términos del párrafo 3) del Artículo 7 –en su calidad de superior. En este caso, los modos de responsabilidad no son mutuamente excluyentes toda vez que el ejercicio de la autoridad superior no es sólo el resultado de una omisión de prevenir la comisión del crimen. Se trata del acto positivo de tener conocimiento de la comisión del crimen y de participar en su comisión.

La cuestión radica en determinar si el crimen acarrea solamente una sentencia en relación con el superior que participa en la comisión del delito atribuido. Idealmente, el superior que participara en la comisión de un crimen debería ser condenado tanto en calidad de superior como de partícipe directo del crimen, de la misma forma en la que respondería cualquier otro partícipe que hubiera actuado en cumplimiento de sus órdenes. Sin embargo, para evitar la imposición de una condena doble con respecto al mismo hecho, debería ser suficiente con considerar su conducta como una circunstancia agravante del delito, que da lugar a la imposición de una pena mayor<sup>57</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Blaškić ("Valle de Lašva")* afirmó:

Sería ilógico responsabilizar penalmente a un jefe militar por planear, instigar u ordenar la comisión de crímenes y, al mismo tiempo, reprocharle que no los haya prevenido o castigado. Sin embargo [...] el no haber castigado crímenes pasados, lo cual acarrea su responsabilidad como jefe militar en los términos del párrafo 3) del Artículo 7, también puede fundar su responsabilidad por haber ayudado o instigado a la comisión de otros delitos adicionales, de conformidad con el párrafo 1) del Artículo 7, y siempre y cuando concurren los respectivos elementos subjetivos (*mens rea*) y objetivos (*actus reus*)<sup>58</sup>.

[Y] consideró que el acusado era culpable:

<sup>57</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 1221 - 1223.

<sup>58</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 337. Citado también en TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 341.

“De haber ordenado la comisión de un crimen de lesa humanidad, a saber, persecuciones a civiles bosnios musulmanes [...] y a través de esos mismos actos, en particular, en lo que se refiere a un conflicto armado internacional, el General Blaškić cometió: [varios delitos]”<sup>59</sup>.

[Y] continuó:

“En cualquier caso, en su calidad de jefe, no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance, que hubieran permitido prevenir esos crímenes o castigar a sus autores”<sup>60</sup>.

La Sala de Primera Instancia que intervino en *Kordić y Čerkez* opinó que:

“Allí donde la evidencia ofrecida demuestre que el superior no sólo fue informado de los crímenes cometidos por sus subordinados, sino también que ejerció su poder para planificarlos, instigarlos, encubrirlos, o ayudó en cualquier otra forma a planearlos, prepararlos o ejecutarlos, el tipo de responsabilidad previsto en el párrafo 1) del Artículo 7 es el que mejor caracteriza la responsabilidad en la que incurre. [...]. Cuando las omisiones de un acusado que reviste una posición de autoridad superior contribuyen a la comisión de un crimen por parte de un subordinado (por ejemplo, instigando al autor), la conducta del superior puede fundar una responsabilidad en los términos del párrafo 1) del Artículo 7”<sup>61</sup>.

Sin perjuicio de ello, la Sala de Primera Instancia condenó al acusado Čerkez simultáneamente en los términos de los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 en relación con algunos de los cargos<sup>62</sup>. Por su parte, la Sala de Apelaciones revocó esa condena invocando un error de derecho, dado que: “[l]a condena se basó, simultáneamente, en los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 del Estatuto, *en relación con los mismos cargos, que a su vez se basan en los mismos hechos*, cuando en realidad la condena debió haberse basado solamente en el párrafo 1) del Artículo 7”<sup>63</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TPIR que intervino en el caso *Kayishema y Ruzindana* sostuvo que:

“La atribución de responsabilidad según el párrafo 1) del Artículo 6 del Estatuto no le impide a esta Sala determinar que, adicional o alternativamente, hubo responsabilidad según el párrafo 3) del Artículo 6. Estas formas de responsabilidad no son mutuamente excluyentes. La Sala debe, por lo tanto, considerar las dos formas de responsabilidad atribuidas a fin de reflejar completamente la culpabilidad del acusado a la luz de los hechos”<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> *Ibid.*, parág. 359.

<sup>60</sup> *Ibid.*, parág. 362.

<sup>61</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parágs. 370-371.

<sup>62</sup> *Ibid.*, parág. 370-371, cf. parágs. 836-837 y 842-843, y la parte resolutive.

<sup>63</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, parág. 34 et seq. (énfasis añadido).

<sup>64</sup> TPIR, *Kayishema and Ruzindana*, TC, Judgement, Case No. Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 210.

Además, la Sala de Primera Instancia afirmó:

“Si para la Sala está probado más allá de toda duda razonable que el acusado ordenó la comisión de las presuntas atrocidades, entonces se torna innecesario evaluar si intentó prevenir las; e irrelevante si intentó castigarlas”<sup>65</sup>.

“Sin embargo, en todas las demás circunstancias, la Sala debe tener plenamente en cuenta los elementos ‘conocimiento’ y ‘no haber adoptado las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraran’ establecidos en el párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto”<sup>66</sup>.

En el caso seguido contra ***Kvočka y otros***, la misma Sala de Primera Instancia rechazó la posibilidad de responsabilizar (adicionalmente) al acusado Radić según el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto por los siguientes motivos:

“[S]i bien hay pruebas significativas de los crímenes cometidos por los subordinados de Radić, también hay ciertas dudas en torno a si, en el contexto de una empresa criminal conjunta, un coautor o cómplice hallado responsable por la totalidad de los crímenes cometidos bajo su mando sobre la base de la empresa criminal, debería responder, además, y de forma separada, por algunos de esos crímenes a la luz de la teoría de la responsabilidad del superior prevista en el párrafo 3) del Artículo 7. En cualquier caso, no sería necesario hacerlo, dado que su responsabilidad por esos crímenes ya estaría cubierta. A la luz de estas dudas, para la Sala de Primera Instancia no corresponde tomar una decisión sobre la responsabilidad de Radić en su calidad de superior en el contexto de una empresa criminal conjunta. La Sala de Primera Instancia por lo tanto se niega a pronunciarse sobre si Radić incurrió en la responsabilidad del superior prevista en el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto”<sup>67</sup>.

Sin perjuicio de eso, la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso ***Krnjelac ("Foča")*** consideró, en relación con una cierta cantidad de casos, que el acusado debía responder penalmente tanto a la luz del párrafo 1) como a la luz del párrafo 3) del Artículo 7. Manifestó que, como una cuestión de derecho, la Sala:

“tiene discrecionalidad para seleccionar la forma de responsabilidad más adecuada a la luz de la cual el acusado deberá responder penalmente”<sup>68</sup>.

En relación con uno de los cargos en particular, la Sala de Primera Instancia decidió que, dadas las características del crimen base, el accionar criminal del acusado se subsumía mejor en el tipo de la complicidad (párrafo 1) del Artículo 7)<sup>69</sup>. En relación

<sup>65</sup> *Ibid.*, parág. 223.

<sup>66</sup> *Ibid.*, parág. 224. Para ejemplos de casos donde se probó la responsabilidad tanto a la luz del párrafo 1) como del párrafo 3) del Artículo 6, véase también parágs. 344, 350, 352, 504, 506, 552, 553, 555.

<sup>67</sup> TPIY, *Kvočka et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 570

<sup>68</sup> TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 173.

<sup>69</sup> *Ibid.*, parág. 173.

con otro cargo, la Sala de Primera Instancia consideró que era el párrafo 3) del Artículo 7 la base de responsabilidad penal más adecuada<sup>70</sup>.

Mientras que la Sala de Primera Instancia que intervino en *Stakić ("Prijeđor")* "adhiera" y "comparte" los puntos de vista desarrollados por las Salas de Primera Instancia que intervinieron en *Blaškić y Krnojelac*<sup>71</sup> y reconoció que otras salas de primera instancia habían permitido condenas concurrentes, rechazó la necesidad de condenar una persona tanto según el párrafo 1) como según el párrafo 3) del Artículo 7<sup>72</sup>. La Sala de Primera Instancia que intervino en el caso *Stakić ("Prijeđor")* considera que:

“[e]n general, no es posible condenar simultáneamente, con respecto a la misma conducta criminal, según los párrafos 1) y 3) del Artículo 7”<sup>73</sup>.

La Sala de Primera Instancia en *Stakić ("Prijeđor")* decidió que la participación del Dr. Stakić en los delitos cometidos en la Municipalidad de Prijeđor en 1992 estaba mejor capturada por “la forma de responsabilidad descrita como 'coautoría'” en el párrafo 1) del Artículo 7<sup>74</sup>. La Sala de Primera Instancia no discutió la responsabilidad del Dr. Stakić en los términos del párrafo 3) del Artículo 7 porque:

“[s]ería un derroche de recursos judiciales iniciar una discusión en torno al párrafo 3) del Artículo 7 sabiendo que el tipo de responsabilidad del párrafo 1) del Artículo 7 subsume el del párrafo 3) del Artículo 7”<sup>75</sup>.

La Sala de Apelaciones en el caso *Blaškić ("Valle de Lašva")* sostuvo sobre las condenas concurrentes:

“La Sala de Apelaciones considera que las disposiciones de los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 del Estatuto se refieren a dos modalidades distintas de responsabilidad penal. Sin embargo, la Sala de Apelaciones considera que, *en relación con un cargo determinado*, no corresponde condenar, a la vez, según el párrafo 1) y según el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto. Allí donde se alegue la responsabilidad tanto con arreglo al párrafo 1) como al párrafo 3) del Artículo 7 *respecto del mismo cargo*, y los requisitos jurídicos de cada tipo de responsabilidad se encuentren satisfechos, la Sala de Primera Instancia solamente deberá condenar sobre la base del párrafo 1) del Artículo 7 y considerar la posición de superior del acusado como una circunstancia agravante”<sup>76</sup>.

“La Sala de Apelaciones, por lo tanto, considera que una condena concurrente de conformidad con los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 del Estatuto, *en relación con*

<sup>70</sup> *Ibid.*, parág. 316.

<sup>71</sup> TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 463.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párrs. 466-467.

<sup>73</sup> *Ibid.*, parág. 464.

<sup>74</sup> *Ibid.*, parág. 468.

<sup>75</sup> *Ibid.*, parág. 466.

<sup>76</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 91. Confirmado en TPIY, *Dorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, párrs. 1891 y 2195.

*los mismos cargos que se basan en los mismos hechos [...] constituye un error de derecho que invalida, en este aspecto, la sentencia*<sup>77</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TESL que intervino en el caso ***Brima y otros*** rechazó nuevamente la aplicación simultánea, con respecto al mismo cargo, de la responsabilidad individual y la responsabilidad del superior:

“La condena concurrente con respecto a dos supuestos de responsabilidad constituiría un error de derecho que invalida la sentencia. Cuando la Sala de Primera Instancia condene solamente sobre la base del párrafo 1) del Artículo 6, la posición de superior del acusado puede ser considerada como una circunstancia agravante en la determinación de la pena”<sup>78</sup>.

Sin embargo, esta postura fue exitosamente desafiada en la instancia de apelación en ***Brima y otros***:

“No existe ningún principio jurídico que impida el dictado de condenas compuestas cuando se atribuyen varias instancias del mismo crimen en un mismo cargo, dado que, de haber sido éstas atribuidas en cargos separados, habría sido posible dictar condenas respecto de cada instancia de ese mismo crimen”<sup>79</sup>.

Asimismo, la Sala de Apelaciones del TESL consideró que

“[...] cuando a un acusado se le atribuyan varias instancias del mismo crimen en un mismo cargo, tanto según el párrafo 1) como según el párrafo 3) del Artículo 6, y una o más estén probadas más allá de toda duda razonable respecto de cada forma de responsabilidad, entonces corresponde dictar una condena compuesta contra el acusado y, al momento de determinar la pena, la Sala de Primera Instancia deberá tener en cuenta todas las condenas y el hecho de que se hayan acreditado ambas formas de responsabilidad”<sup>80</sup>.

Por el contrario, en ***Dorđević***, la Sala de Primera Instancia del TPIY estuvo de acuerdo con las posturas en contra de las condenas concurrentes adoptada por la Sala de Apelaciones del TPIY en ***Blaškić*** y ***Kordić y Čerkez***:

“Allí donde se alegue la responsabilidad tanto bajo el párrafo 1) como bajo el párrafo 3) del Artículo 7 *respecto del mismo cargo* y los requisitos jurídicos de cada tipo de responsabilidad se encuentren satisfechos, la Sala de Primera

<sup>77</sup> *Ibid.*, parág. 92.

<sup>78</sup> SCSL, *Brima et al.*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, parág. 800.

<sup>79</sup> SCSL, *Brima et al.*, AC, Appeal Judgement, Case No. SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008, parág. 214.

<sup>80</sup> *Ibid.*, parág. 215. Texto de la nota al pie: "Esto es lo que ocurre cuando, por ejemplo, un acusado es condenado por haber cometido personalmente algunos aspectos del crimen y por complicidad con respecto a otros aspectos del mismo delito acusado como parte del mismo cargo. Véase [TPIY, *Limaj et al.*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, parág. 741] (condenó al acusado Haradin Bala por: "Cargo 6: trato cruel, violación del derecho o usos de la guerra, según el artículo 3 del Estatuto, por haber maltratado personalmente a los detenidos L04, L10 y L12, y ayudado en otro episodio de maltrato de L04, y por su rol personal en el mantenimiento e imposición de condiciones inhumanas de detención en el campo de concentración de Llapushnik, entre otros cargos".)".

Instancia solamente deberá condenar sobre la base del párrafo 1) del Artículo 7 y considerar la posición de superior del acusado como una circunstancia agravante”<sup>81</sup>.

La Sala de Primera Instancia que intervino en el caso **Gatete** en su sentencia sostuvo que, aunque una persona no hubiera sido acusada en calidad de superior a la luz del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto, su posición de superior o influencia podía ser considerada como circunstancia agravante:

“Según la Sala de Apelaciones, el abuso de un acusado de su posición de autoridad o influencia puede ser considerado como una circunstancia agravante. Si bien no se han formulado cargos contra Gatete en calidad de superior según el párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto, su posición de autoridad puede ser tenida en cuenta en la determinación de la pena”<sup>82</sup>.

En el caso **Nyiramasuhuko y otros** la Sala de Primera Instancia del TPIR adoptó esta postura, al sostener:

“No corresponde condenar a un acusado respecto de un cargo específico tanto según el párrafo 1) como según el párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto. Cuando la conducta de un acusado constituya una violación tanto del párrafo 1) como del párrafo 3) del Artículo 6, la Sala de Primera Instancia solamente deberá condenar sobre la base del párrafo 1) del Artículo 6 y considerar si la posición de autoridad del acusado constituye una circunstancia agravante. Mientras que una posición de autoridad, incluso de alto nivel, no habilita automáticamente una pena más severa, el abuso de esa autoridad sí puede ser considerado como circunstancia agravante en la determinación de la pena”<sup>83</sup>.

La Sala de Primera Instancia de las salas especiales en los tribunales de Camboya (ECCC) que intervino en el caso **Kaing Guek Eav** estuvo de acuerdo:

“[c]on la jurisprudencia internacional según la cual un acusado no puede ser condenado simultáneamente en virtud de una forma 'directa' de responsabilidad (como la establecida en el primer párrafo del Artículo 29 [nuevo] del Estatuto de la ECCC) por un lado, y en virtud de la responsabilidad del superior, por el otro. Por el contrario, cuando se determine la concurrencia de ambas formas de responsabilidad en relación con la misma conducta, la Sala solamente deberá condenar sobre la base de la responsabilidad 'directa', y considerar la posición de superioridad del acusado como una circunstancia agravante en la determinación de la pena”<sup>84</sup>.

En este mismo sentido, la Sala de Primera Instancia que intervino en **Karemera y Ngirumpatse** sostuvo:

<sup>81</sup> TPIY, *Đorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1891.

<sup>82</sup> TPIR, *Gatete*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-2000-61-T, 31 de marzo de 2011, parág. 678.

<sup>83</sup> TPIR, *Nyiramasuhuko et al.*, TC II, Judgement, Case No. ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011, parág. 5652.

<sup>84</sup> ECCC, *Kaing Guek Eav*, Judgement, 26 de julio de 2010, parág. 539.

“No corresponde condenar a un acusado, con respecto a un cargo específico, tanto a la luz del párrafo 1) como a la luz del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto. Cuando, con respecto al mismo cargo y al mismo conjunto de hechos, se alegue la responsabilidad del acusado a la luz de ambos artículos y el acusado pueda ser hallado responsable por ambos, la Sala de Primera Instancia solamente deberá condenar sobre la base del párrafo 1) del Artículo 6 y considerar la posición de superior del acusado como una circunstancia agravante”<sup>85</sup>.

También recordó que:

“Primero, la Sala de Primera Instancia debe determinar la responsabilidad del acusado en su calidad de superior. Mientras que una posición de autoridad, incluso de alto nivel, no habilita automáticamente una pena más severa, el abuso de esa autoridad sí puede ser considerado como circunstancia agravante en la determinación de la pena”<sup>86</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión sobre Confirmación de los Cargos del caso **Lubanga**, una vez que hubo determinado la existencia de motivos razonables para formular cargos en calidad de coautor, consideró innecesario analizar otras formas de responsabilidad:

“Así, si para la Sala hay pruebas suficientes que establecen motivos razonables para creer que Thomas Lubanga Dyilo es penalmente responsable en calidad de coautor de los crímenes enumerados en la acusación, la cuestión acerca de si, a los fines de la confirmación de los cargos, corresponde considerar también otras formas de responsabilidad accesoria previstas en los párrafos 3) b) a d) del Artículo 25 del Estatuto o la presunta responsabilidad del superior del Artículo 28 del Estatuto, deviene abstracta”<sup>87</sup>.

Con respecto a la acusación alternativa, en la Decisión relativa a la confirmación de cargos de **Bemba**, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que:

“[I]a responsabilidad penal del acusado a la luz del Artículo 28 del Estatuto no será examinada, a menos que se determine que la evidencia es insuficiente para afirmar que existen razones para creer que el acusado debe responder penalmente en calidad de ‘coautor’ según el párrafo 3) a) del Artículo 25 del Estatuto respecto de los delitos establecidos en la versión enmendada de la acusación”<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> TPIR, *Karemera and Ngirumpatse*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-98-44-T, 2 de febrero de 2012, parág. 1502 (nota al pie omitida).

<sup>86</sup> *Ibid.*, parág. 1503 (nota al pie omitida).

<sup>87</sup> CPI, *Lubanga*, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, parág. 32. Véase también CPI, *Katanga and Ngudjolo Chui*, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, parág. 471.

<sup>88</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 407 (nota al pie omitida).

En la Decisión relativa a la confirmación de cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI se apartó de la postura que previamente había adoptado en *Lubanga* y en *Bemba* en relación con la acusación alternativa y consideró que:

"Sobre la base de la prueba presentada, la Sala considera que, alternativamente, el Sr. Ntaganda es penalmente responsable a la luz del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto [...]"<sup>89</sup>.

La decisión se debió al hecho de que:

"En esta etapa del procedimiento, a la Sala no le corresponde juzgar y decidir sobre la culpabilidad o inocencia de la persona acusada. Antes bien, la misión de la Sala de Cuestiones Preliminares es determinar qué casos deberán ser juzgados. Asimismo, pueden presentarse ante la Sala ciertos hechos, respaldados por pruebas, que pueden configurar diferentes modos de participación. En consecuencia, la Sala considera que, en esta etapa del procedimiento, puede confirmar la acusación alternativa presentada por la Fiscalía, en tanto cada cargo esté respaldado por prueba suficiente como para afirmar que existen motivos para creer que el sospechoso ha cometido uno o más de los delitos cometidos que se le atribuyen"<sup>90</sup>.

De manera similar, en la decisión relativa a la confirmación de los cargos en *Gbagbo*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI eligió confirmar el modo de responsabilidad alternativo que había sido sugerido por la Fiscalía:

"... Para la Sala no existe ningún impedimento jurídico para confirmar los modos alternativos de responsabilidad, y ha concluido –sobre la base de los hechos y la prueba del caso- que existen motivos suficientes para creer que Laurent Gbagbo es individual y penalmente responsable de la comisión de los crímenes de lesa humanidad bajo estudio, alternativamente en los términos de los apartados a), b) o d) del párrafo 3) del Artículo 25 del Estatuto"<sup>91</sup>.

## Publicistas

En relación con las condenas concurrentes, Arnold señala:

---

<sup>89</sup> CPI, *Ntaganda*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 165.

<sup>90</sup> *Ibid.*, parág. 100.

<sup>91</sup> CPI, *Gbagbo*, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014, parág. 260 (nota al pie omitida).

“Tal como lo destacó el TPIY en *Čelebići*, la omisión de intervenir puede implicar una imputación que acumula la responsabilidad individual y la responsabilidad del superior<sup>92</sup>. El Tribunal ha sostenido que, si bien *prima facie* sería ilógico responsabilizar penalmente a un superior por haber planeado, instigado u ordenado la comisión de crímenes y, al mismo tiempo, por no haberlos prevenido ni castigado, la aplicación simultánea de los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 del Estatuto del TPIY es procedente allí donde su omisión de intervenir dé lugar a la comisión de nuevos crímenes. Esto puede ocurrir en relación con la omisión de castigar<sup>93</sup>. Esta misma postura fue adoptada en las sentencias de apelación en los casos *Čelebići* y *Aleksovski*, donde se declaró que estos casos daban lugar a una única condena –aunque agravada– por responsabilidad del superior<sup>94</sup><sup>95</sup>.

Nybondas especifica:

“En la sentencia de apelación de *Blaškić*, se revocó una condena acumulativa dictada por la Sala de Primera Instancia. Para la Sala de Apelaciones, una condena de acuerdo con los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 ‘en relación con los mismos cargos, que a su vez se basan en los mismos hechos’, es decir, una ‘verdadera acumulación’, constituía un error de derecho<sup>96</sup>. Los tribunales *ad hoc* han aceptado y aplicado esta postura en su jurisprudencia más reciente. En general, se acepta esta postura principalmente porque se basa en el ‘argumento lógico’ de que una persona que comete un crimen no puede al mismo tiempo ser responsabilizada por no haber prevenido ni castigado ese mismo crimen<sup>97</sup>. Este argumento se conecta con el argumento del *ne bis in idem*, que es convincente en cuanto a que una condena a la luz de los párrafos 1) y 3) del Artículo 7 implicaría responsabilizar al acusado dos veces por el mismo hecho”<sup>98</sup>.

Sobre este mismo asunto Schabas sostiene:

“Está ampliamente aceptado que allí donde se acredite responsabilidad por el hecho y por el mando, se deberá desechar la imputación de responsabilidad por el mando y se deberá condenar por el hecho. Esta jurisprudencia fue adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares II [en *Bemba*], donde se resolvió que la imputación a la luz del Artículo 28 del Estatuto ‘sólo sería examinada si se determinaba que no había razones suficientes para creer que el acusado debía, tal como sostuvo la Fiscalía,

<sup>92</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parágs. 263, 270 y 284.

<sup>93</sup> *Ibid.*, parágs. 337, 338.

<sup>94</sup> TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 183 y TPIY, *Mucić et al.* (“*Čelebići*”), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 736 y 743 et seq. [...].

<sup>95</sup> Roberta Arnold, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors” en Otto Triffterer (comp.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 834.

<sup>96</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parágs. 91-92.

<sup>97</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 337.

<sup>98</sup> Nybondas, 2010, pág. 156, *supra* nota 50.

responder penalmente en calidad de ‘coautor’ según el apartado a) del párrafo 3) del Artículo 25 del Estatuto<sup>99</sup>. Una Sala de Primera Instancia de los tribunales *ad hoc* describió la indagación sobre la responsabilidad del superior como un ‘derroche de recursos judiciales’ en los casos donde se había establecido la responsabilidad en calidad de coautor o cómplice<sup>100</sup><sup>101</sup>.

## Responsabilidad por crímenes cometidos por otras personas

Palabras clave: Responsabilidad múltiple del superior – Negligencia en el deber – Omisión

### Jurisprudencia internacional

En la sentencia del caso ***Blaškić***, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

“[q]ue el *test* del control efectivo ejercido por el jefe militar implica que más de una persona puede ser responsabilizada respecto de un mismo crimen cometido por un subordinado”<sup>102</sup>.

La Sala de Apelaciones en el caso “***Čelebići***” especificó que:

“El argumento de la Fiscalía, según el cual el superior que incumple su deber de permanecer constantemente informado de las acciones de sus subordinados necesariamente incurre en responsabilidad penal, se aproxima a la imposición de responsabilidad objetiva o por negligencia. Sin embargo, más allá de que si un jefe omite permanecer informado sobre las acciones de sus subordinados –o establecer un sistema de monitoreo- podría incurrir en responsabilidad a la luz del régimen de disciplina militar por negligencia en sus deberes, esto no necesariamente acarreará responsabilidad penal”<sup>103</sup>

En ***Bagilishema***, la Sala de Primera Instancia del TPIR consideró que un acusado no sólo puede ser responsabilizado en los términos de los párrafos 1) y 3) del Artículo 6 del Estatuto, sino también con arreglo a una tercera teoría a la que identificó como “*negligencia criminal (grave)*”:

<sup>99</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parágs. 342 y 402.

<sup>100</sup> TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 466.

<sup>101</sup> William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, pág. 458.

<sup>102</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 303.

<sup>103</sup> TPIY, *Mucić et al. (“Čelebići”)*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 226.

“Una tercera base de responsabilidad en este contexto es la negligencia grave. Se trata de una especie de responsabilidad por omisión, omisión entendida aquí como abandono punible de un deber público”<sup>104</sup>.

La Sala de Apelaciones estuvo en desacuerdo con ese abordaje y argumentó que no había espacio para otras teorías sobre la responsabilidad, aparte de las establecidas en el Estatuto. La Sala de Apelaciones consideró que la teoría de la negligencia criminal desarrollada por la Sala de Primera Instancia era confusa, particularmente en el contexto de la responsabilidad del superior:

“El Estatuto no prevé otras formas de responsabilidad criminal que no sean las que expresa o implícitamente están allí establecidas. En particular, sería innecesario e injusto responsabilizar a un acusado a la luz de una forma de responsabilidad que no hubiese sido claramente definida por el derecho penal internacional”<sup>105</sup>.

“Las referencias a la 'negligencia' en el contexto de la responsabilidad del superior pueden dar lugar a una confusión de ideas, tal como lo demuestra la sentencia de la Sala de Primera Instancia en el presente caso”<sup>106</sup>.

Sobre la *omisión* como un incumplimiento del deber de prevenir y/o castigar, la Sala de Primera Instancia del caso ***Mpambara*** sostuvo:

“[La responsabilidad] por omisión puede surgir [...] cuando el acusado tenga el deber de prevenir o castigar la comisión de un crimen por parte de otras personas. La reprochabilidad no se deriva de su participación en el crimen, sino del hecho de que, teniendo el deber de prevenir o castigar cierto crimen, permitió que otra persona lo cometiera”<sup>107</sup>.

“En el derecho penal internacional, las circunstancias en las cuales tal deber ha sido reconocido son realmente limitadas. [...] El párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto crea una excepción al principio [*nulla poena sine culpa*] en relación con el crimen que será, o ha sido cometido por, un subordinado. Si el superior sabía o tenía razones para saber del crimen, debió 'adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir esos actos o castigar a sus perpetradores’”<sup>108</sup>.

“[...] [La responsabilidad] por el incumplimiento de un deber de prevenir o castigar exige prueba que demuestre: (i) Que el acusado estaba obligado a prevenir cierto crimen a la luz de un deber legal específico; (ii) Que el acusado era consciente de, y deliberadamente se negó a cumplir, su deber legal; y (iii) Que el crimen ocurrió”<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> TPIR, *Bagilishema*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 897.

<sup>105</sup> TPIR, *Bagilishema*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002 parág. 34.

<sup>106</sup> *Ibid.*, parág. 35.

<sup>107</sup> TPIR, *Mpambara*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-01-65-T, 11 de septiembre de 2006, parág. 25.

<sup>108</sup> *Ibid.*, parág. 26; en referencia a TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parágs. 53-85, donde se discuten las condiciones para ese tipo de responsabilidad.

<sup>109</sup> *Ibid.*, parág. 27 (nota al pie omitida).

En la Decisión relativa a la confirmación de los cargos en **Gbagbo**, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI distinguió la responsabilidad del superior de otros modos de responsabilidad incluidos en el Estatuto de la siguiente manera:

"existe una diferencia fundamental entre las formas de comisión tipificadas en el Artículo 25 del Estatuto, que establecen la responsabilidad por los delitos propios, y las del Artículo 28, que establecen la responsabilidad por incumplimiento de los deberes en relación con delitos cometidos por otras personas"<sup>110</sup>.

La Sala de Primera Instancia en **Bemba** reforzó esta distinción al afirmar el carácter *sui generis* de este modo de responsabilidad:

"El sentido corriente del Artículo 28 -'[a]demás de otras causales de responsabilidad penal'- y su ubicación en la Parte III del Estatuto indican que el Artículo 28 es necesario a los efectos de fundar un modo de responsabilidad diferente de aquellos previstos en el Artículo 25. Además, el lenguaje del Artículo 28 vincula expresamente la responsabilidad del jefe militar a los crímenes cometidos por sus subordinados -'será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo [...]'. En este sentido es importante reconocer, no obstante, que la responsabilidad de un jefe militar con arreglo al Artículo 28 es diferente de la de una persona que 'comete' un crimen de la competencia de la Corte. Esta conclusión se apoya en el lenguaje del propio Artículo 28: los crímenes por los que el jefe militar podrá ser considerado responsable fueron 'cometidos' por fuerzas o subordinados bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, y no directamente por el jefe militar."

"En consecuencia, debe verse al Artículo 28 como una forma de responsabilidad *sui generis*. [E]n determinadas circunstancias, la conducta de un jefe militar deberá ser capaz de satisfacer un elemento material de uno o más de los modos de responsabilidad"<sup>111</sup>.

## Publicistas

En relación con la evolución de la naturaleza de la responsabilidad del superior, relata Meloni:

---

<sup>110</sup> CPI, *Gbagbo*, PTC I, *Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014, parágs. 264-265 (nota al pie omitida).

<sup>111</sup> CPI, *Bemba*, TC III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parágs. 173-174

"[...] Si bien la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial ‘no fue uniforme con respecto a la naturaleza de la responsabilidad derivada del concepto de responsabilidad del superior’, esta última, en esa época, era en buena medida interpretada como un modo de responsabilidad según el cual el superior era responsable por los crímenes de los subordinados. Esta forma de responsabilidad a veces aparecía como un modo de participación en el crimen de los subordinados, y en ocasiones giraba hacia formas de responsabilidad imputada objetivamente. En cualquier caso, al superior se lo acusaba y condenaba por el delito principal (es decir, el delito base cometido por sus subordinados). Sin embargo, a la responsabilidad del superior no se la concebía como hoy en día –en el sentido de que está basada en un deber jurídico preexistente de prevenir o castigar: en la mayoría de los casos, el superior fue encontrado culpable por haber contribuido de manera positiva a la comisión de delitos por sus subordinados y, por tanto, condenado por esos delitos”<sup>112</sup>.

Cassese refiere:

"A fin de entender acabadamente la naturaleza especial de la responsabilidad del superior, es útil distinguir entre la omisión de prevenir y la omisión de castigar<sup>113</sup>. Cuando un superior sabe o tiene razones para saber que un subordinado está cometiendo o se propone cometer un delito y omite prevenirlo, jurídicamente debería ser tratado como partícipe de ese delito. Sea o no sea la causalidad un requisito jurídico, existe al menos una conexión entre la omisión del superior y los delitos<sup>114</sup>”<sup>115</sup>.

De manera similar, Nybondas señala que:

"[...] la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* muestra que en casos donde el superior omitió actuar, demostró pasividad, y sus subordinados cometieron delitos de la competencia de esos tribunales, dicha omisión conllevó en ciertos casos a que el superior fuera responsabilizado ya sea en calidad de partícipe, o por la contribución a una empresa criminal conjunta, o por complicidad”<sup>116</sup>.

Por otra parte, Cassese distingue al superior que es responsabilizado/a por incumplir su deber de castigar:

<sup>112</sup> Chantal Meloni, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 623 (notas al pie omitidas).

<sup>113</sup> Véase por ejemplo TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parágs. 476-7 (destacando el razonamiento de la Sala de Primera Instancia en el sentido de que la causalidad no podría ser un elemento de la responsabilidad del superior según el Estatuto del TPIY porque sería imposible vincular la omisión de castigar con la comisión del crimen).

<sup>114</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 399 (“...es posible considerar que existió un nexo causal entre el superior y los delitos cuando, de no haber sido por su omisión de cumplir con su deber de actuar, los actos de los subordinados no se habrían cometido”).

<sup>115</sup> Antonio Cassese y otros, *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pág. 191.

<sup>116</sup> Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 139.

"[...] el superior que infringe su *deber* de castigar está en una situación diferente. A un superior que toma conocimiento del delito con posterioridad a su comisión no puede considerársele partícipe de ese delito. En tal caso, la responsabilidad del superior debería ser conceptualizada como un crimen diferente, que consiste en la omisión de cumplir sus deberes de supervisión, más que como alguna forma de participación en el delito base del subordinado"<sup>117</sup>.

De acuerdo con van Sliedregt:

"[...] Según el párrafo 3) del Artículo 7, el superior responde por el mismo delito que su subordinado, lo que implica considerar a la responsabilidad del superior como un modo de participación. Sin embargo, en la jurisprudencia más reciente se han planteado dudas en relación con el significado de la expresión 'responsable por los crímenes de sus subordinados'. En el caso *Halilović* la Sala de Primera Instancia interpretó 'responsable por' como una expresión que 'no significa que el jefe comparta la misma responsabilidad que los subordinados que cometieron el delito, sino más bien que... el jefe debería ser responsabilizado por su omisión de actuar'<sup>118</sup>. En *Orić*, el superior fue hallado responsable 'simplemente por haber descuidado su deber en relación con los delitos cometidos por sus subordinados'<sup>119</sup>. El acusado, por lo tanto, fue hallado culpable pero no por los delitos cometidos por sus subordinados (homicidio y tratos inhumanos) sino por 'haber incumplido su deber de superior'<sup>120</sup>. Este cambio en la jurisprudencia del TPIY significó un cambio en la formulación. El superior no es 'responsable por' sino 'responsable con respecto a' o 'en relación con' los crímenes de sus subordinados"<sup>121</sup>.

De manera similar, en relación con la interpretación de los tribunales *ad hoc* de la responsabilidad del superior como una forma *sui generis* de responsabilidad, Cryer y otros observan:

"[...] Esos puntos de vista también han encontrado respaldo en la Sala de Apelaciones. En *Krnjelac*, esa Sala, en una línea totalmente irrazonada, y casi 'de la nada', dijo que no podía decirse lo suficientemente claro que, en los casos de responsabilidad del superior, a un acusado no se le atribuyen

<sup>117</sup> Cassese y otros, 2013, pág. 192, *supra* nota 115.

<sup>118</sup> TPIY, *Halilović, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A*, 16 de octubre de 2007, parág. 54. Para un abordaje similar, véase TPIY, *Hadžihasanović and Kubura, Trial TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T*, 15 de marzo de 2006, parágs. 74-75. Véase también Sala de Apelaciones en *Krnjelac*: "...no puede decirse lo suficientemente claro que, en los casos de responsabilidad del superior, a un acusado no se le atribuyen los crímenes de sus subordinados sino su omisión de desempeñar su deber de ejercer control". TPIY, *Krnjelac, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-97-25-A*, 17 de septiembre de 2003, parág. 171.

<sup>119</sup> TPIY, *Orić, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T*, 30 de junio de 2006 parágs. 292-293.

<sup>120</sup> Véase TPIY, *Orić, AC, Prosecution's Appeal Brief, Case No. IT-03-68-A*, 16 de octubre de 2006, parág. 152.

<sup>121</sup> Elies van Sliedregt, "Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity", en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (comps.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 388.

los crímenes de sus subordinados sino su omisión de desempeñar su deber de ejercer control<sup>122</sup>. En *Hadžihasanović y otros*, la Sala 'tuvo en cuenta' los puntos de vista expresados en *Halilović* en relación con que la responsabilidad del superior es una forma *sui generis* de responsabilidad por omisión<sup>123</sup>. En la sentencia de apelación en el caso *Orić*, el juez Shahabuddeen, con quien en líneas generales estuvieron de acuerdo los jueces Shomburg y Liu, reafirma su punto de vista –expresado en la decisión del caso *Hadžihasanović y otros*–, de que la responsabilidad del superior no implica responsabilidad por los delitos base<sup>124</sup><sup>125</sup>.

En esta misma línea, Nybondas comenta:

"[...] Mientras que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* durante los primeros diez años sugiere que la responsabilidad del superior fue interpretada como una forma de responsabilidad por un crimen internacional, las sentencias más recientes insisten en aplicar la responsabilidad del superior como un acto *sui generis*. La desventaja de la responsabilidad del superior como una forma de responsabilidad por un crimen internacional es la falta de intención de parte del superior en relación con los crímenes cometidos. Considerar la responsabilidad del superior como un delito en sí mismo eliminará esta desventaja porque no requiere dicha intención"<sup>126</sup>.

Meloni especifica que:

"Esta forma de responsabilidad es extraña en el derecho penal interno y representa un híbrido de varios conceptos. Por un lado, no es consistente con ninguna forma de complicidad, ya que no es necesario acreditar el nexo causal con el crimen base cometido por el subordinado, y el *mens rea* requerido es menos exigente que aquel exigido para la complicidad<sup>127</sup>. Por otro lado, no puede ser concebida como un delito independiente de la omisión de actuar, dado que la responsabilidad del superior depende

<sup>122</sup> TPIY, *Krnjelac, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-97-25-A*, 17 de septiembre de 2003, parág. 171.

<sup>123</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura, AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Case No. IT-01-47-AR72*, 16 de julio de 2003, parág. 39.

<sup>124</sup> TPIY, *Orić, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A*, 3 de julio de 2008, Judge Shahabuddeen, parágs. 18-19; Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Shomburg, parág. 12; Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Liu, parág. 27. Véase Robert Cryer, "The Ad Hoc Tribunals and Command Responsibility: A Quiet Earthquake", en Shane Darcy y Joseph Powderly (comps.), *Judicial Creativity in International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, 2010, pág. 159; Alphons Orić, 'Stare Decisis in the ICTY Appeal: Successor Responsibility in the Hadžihasanović Case', *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, pág. 635.

<sup>125</sup> Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 394.

<sup>126</sup> Nybondas, 2010, pág. 180, *supra* nota 116.

<sup>127</sup> A fin de analizar la complicidad por un delito internacional, los criterios mínimos exigidos son el conocimiento del cómplice de que está haciendo una contribución que facilitó la comisión del crimen y el efecto significativo y directo de la contribución en la comisión del crimen. Véase TPIY, *Furundžija, TC, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T*, 10 de diciembre de 1998, parág. 229; véase también Artículo 2 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Comisión de Derecho Internacional, 1996. Para un análisis más amplio, véase Enrico Amati, "Concorso di persone nel diritto penale internazionale", en *Digesto Discipline Penalistiche, Appendice di approfondimento* (Torino, 2004), pág. 128 y siguientes.

estricta y necesariamente de la comisión de un crimen por parte del subordinado. Esto se refleja con claridad en el proceso de imposición de la pena: sin perjuicio de la afirmación de que la omisión de prevenir o castigar 'es en sí misma el único crimen por el cual él/ella será condenado/a', se afirma que la pena será proporcional a la gravedad de los crímenes cometidos por los subordinados<sup>128</sup>. La gravedad del delito del superior, que suele ser considerada como el criterio más importante a la hora de determinar la medida de la pena a ser impuesta<sup>129</sup> depende de hecho de varios factores, de los cuales la gravedad del crimen de los subordinados es el primero de los más importantes<sup>130</sup><sup>131</sup>.

Con relación a la imposición de la pena, Cryer y otros afirman:

"[...] La Sala de Apelaciones [de los tribunales *ad hoc*] recientemente ha intentado la cuadratura del círculo, al resolver que, si bien en la responsabilidad del superior la conducta reprochable consiste en la omisión de prevenir o castigar<sup>132</sup>, 'la gravedad de la conducta del superior en esa omisión debe ser mensurada en cierta medida a la luz de la naturaleza de los crímenes en cuestión, esto es, la gravedad de los crímenes cometidos por los autores directos'<sup>133</sup><sup>134</sup>.

Cassese está de acuerdo con que la naturaleza de la responsabilidad del superior afecta la medida de la pena pero considera que:

"[...] Si una omisión de prevenir la actividad criminal de un subordinado es concebida como una forma de participación en el delito base, entonces el punto de partida de la mensuración de la pena debería ser los crímenes de los subordinados. Dependiendo de las circunstancias, el hecho de que un superior tenga el deber de prevenir crímenes puede conducir a que se le imponga una pena incluso más alta que la del autor principal. En cambio, en cuanto a la omisión de castigar, el punto de partida debería ser la gravedad de la infracción al deber por parte del superior. Mientras que la gravedad del delito base puede jugar un papel en la mensuración de la pena, se trata de un factor más remoto en la imposición de una sentencia por la omisión de castigar"<sup>135</sup>.

<sup>128</sup> TPIY, Orić, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 727.

<sup>129</sup> *Ibid.*, parág. 726 y sus notas relacionadas.

<sup>130</sup> *Ibid.*, parágs. 728-729. La Sala de Primera Instancia consideró que, a la hora de determinar la gravedad de los crímenes de los subordinados en relación con la responsabilidad del superior, debían tomarse en consideración los siguientes factores: la naturaleza jurídica de los delitos, su escala y brutalidad, su impacto en las víctimas y sus familias y el alcance del sufrimiento físico, psicológico y emocional de largo plazo de los sobrevivientes.

<sup>131</sup> Meloni, 2007, pág. 632, *supra* nota 112.

<sup>132</sup> TPIR, Ntabakuze, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-98-41A-A, 8 de mayo de 2012, parág. 282.

<sup>133</sup> *Ibid.*, parág. 302. Los dos pasos se remontan a TPIY, Hadžihasanović and Kubura, AC, Appeal Judgement, IT-01-48-A, 22 de abril de 2008, parág. 318, el cual, a su vez, se remontaba a TPIY, Mucić et al. ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 313.

<sup>134</sup> Cryer y otros, 2014, pág. 395, *supra* nota 125.

<sup>135</sup> Cassese y otros, 2013, pág. 192, *supra* nota 115.

Como señala Nerlich, para que surja la responsabilidad del superior, el jefe debe tener un deber de actuar:

"[...] La omisión de ejercer control adecuadamente sólo puede dar lugar a responsabilidad penal si el superior tiene el deber de actuar<sup>136</sup>. El deber de los jefes militares de controlar a sus tropas es fundamental en el derecho internacional humanitario<sup>137</sup> y ha sido codificado expresamente como un deber individual del jefe militar en el Artículo 87 del Protocolo Adicional I (PAI). En relación con los jefes no militares, del derecho internacional consuetudinario surge un deber similar de ejercer control adecuadamente. Este deber se refleja en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR<sup>138</sup> y su existencia se presume del apartado b) del Artículo 28 del Estatuto de la CPI"<sup>139</sup>.

Meloni advierte sobre el riesgo de considerar la responsabilidad del superior como una forma de responsabilidad por el hecho ajeno:

"[...] De una interpretación literal [del Artículo 28 del Estatuto de Roma] se deriva que el superior es responsable (y, por lo tanto, debería ser castigado) por el delito principal cometido por sus subordinados. Sin embargo, es necesario evitar el riesgo de responsabilizar a alguien por un delito cometido por otras personas, ya que eso implicaría violar los principios de responsabilidad penal individual y de culpabilidad"<sup>140</sup>.

Finalmente, Schabas define la naturaleza de la responsabilidad del superior tal como está contemplada en el Estatuto de Roma de la siguiente manera:

"La responsabilidad del superior ha sido descrita como una 'forma *sui generis* de responsabilidad', distinta de los modos de participación establecidos en el Artículo 25 del Estatuto de Roma<sup>141</sup>. Si bien en el Estatuto de Roma está concebida como una forma a través de la cual se cometen los delitos que están dentro de la competencia de la Corte –Artículos 6, 7 y 8–,

<sup>136</sup> Véase Kai Ambos, "Superior Responsibility", en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 853; Ilias Bantekas, "The Contemporary Law of Superior Responsibility", en *American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, pág. 575 y siguientes.

<sup>137</sup> Véase Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 29 de julio de 1989, párrafo 1) del artículo 1; y Convención de Ginebra III, Ginebra, 12 de agosto de 1949, párrafo 2) a) del Artículo 4 .

<sup>138</sup> TPIY, Brđanin, TC II, Judgement, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 281; TPIY, Stakić, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 462; TPIR, Baqilishema, TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 42; TPIY, Kordić and Čerkez, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 416; TPIR, Musema, TC I, Judgement, Case No. ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000, parág. 135; TPIR, Kayishema and Ruzindana, TC, Judgement, Case No. Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 213; TPIY, Mucić et al., TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998; TPIR, Akayesu, TC I, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, parág. 491.

<sup>139</sup> Volker Nerlich, "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly Is the Superior Held Responsible?", en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 671.

<sup>140</sup> Meloni, 2007, pág. 633, *supra* nota 112 (notas al pie omitidas).

<sup>141</sup> TPIY, Halilović, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 78.

de cierta forma se trata de un crimen diferente, cuyo desvalor radica en la omisión de supervisar o castigar”<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> William Schabas. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, pág. 457.

## 4. El delito base o crimen principal

### Las fuerzas cometieron un crimen de la competencia de la Corte o se proponían cometerlo

Palabras clave: La responsabilidad del subordinado por complicidad – Omisión – Principio general de responsabilidad penal individual - Identidad de los autores directos

#### Jurisprudencia internacional

Respecto de subordinados que ayudaron a otros a cometer crímenes, la Sala de Primera Instancia del TPIY que intervino en el caso **Orić** sostuvo que:

“[...] corresponde otorgarle una importancia decisiva a la finalidad de la responsabilidad penal del superior: su objetivo es obligar a los jefes a asegurarse que sus subordinados no violen el derecho internacional humanitario, ya sea mediante actos lesivos o mediante omisiones de un deber de protección. Si el superior sólo estuviera obligado a prevenir que sus subordinados den muerte o maltraten a una persona, pero pudiese mirar para otro lado cuando sus subordinados estén ‘meramente’ ayudando a otros a procurar ese mismo mal, la aplicación del derecho internacional humanitario se vería impedida en un grado inconcebible”<sup>143</sup>

En relación con la omisión, la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso **Orić** sostuvo además que:

“[...] la responsabilidad penal del superior por los crímenes de sus subordinados no se limita solamente a la autoría o participación activa de aquellos, sino que también comprende la comisión por omisión”<sup>144</sup>

En **Nahimana y otros**, la Sala de Apelaciones del TPIR sostuvo que:

“[...] un acusado puede ser responsabilizado en calidad de superior según el párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto cuando uno de sus subordinados ‘haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los Artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya

---

<sup>143</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 300.

<sup>144</sup> *Ibid.*, parág. 302.

ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo’, siempre y cuando, por supuesto, todos los demás elementos de ese tipo de responsabilidad hayan sido acreditados”<sup>145</sup>

Asimismo, en *Nahimana y otros*, la Sala de Apelaciones sostuvo que:

“[n]o es necesario que los subordinados del apelante hayan dado muerte a personas civiles tutsi: el único requisito es que los subordinados del apelante hayan cometido algún crimen tipificado en el Estatuto, como la instigación directa y pública a cometer genocidio”<sup>146</sup>

En relación con los principios generales que subyacen a la responsabilidad penal individual de los superiores, la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso *Dorđević* aseveró que:

“[E]l principio de la responsabilidad penal individual de los superiores por no haber prevenido o castigado crímenes de sus subordinados es un principio establecido en el derecho consuetudinario internacional, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales. Este fundamento de responsabilidad penal suele ser referido como 'responsabilidad del superior o por el mando'. Abarca todas las formas de conducta criminal de los subordinados, no sólo la 'comisión' de crímenes en sentido estricto del término, sino también cualquier otra de las formas de participación en los crímenes previstas en el párrafo 1) del Artículo 7 del Estatuto. La responsabilidad penal del superior por los crímenes o delitos base de sus subordinados también incluye la comisión por omisión”<sup>147</sup>.

En *Nyiramasuhuko y otros*, la Sala de Primera Instancia del TPIR afirmó que:

“La responsabilidad del superior abarca las conductas criminales de los subordinados cometidas bajo cualquiera de los modos de participación previstos por el párrafo 1) del Artículo 6 del Estatuto. En consecuencia, el superior puede ser hallado penalmente responsable ya sea porque sus subordinados planificaron, o instigaron, u ordenaron o ayudaron en cualquier otra forma a cometer, un crimen. Sin embargo, el acusado no puede ser responsabilizado por la conducta criminal que un subordinado hubiera cometido con anterioridad a que el primero asumiera el mando sobre el segundo”<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> TPIR, *Nahimana et al.*, Appeal Judgement, 28 de noviembre de 2007, parág. 486, referring to ICTY, *Blagojević and Jokić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007, parágs. 280-282.

<sup>146</sup> *Ibid.*, parág. 865.

<sup>147</sup> TPIY, *Dorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1878.

<sup>148</sup> TPIR, *Nyiramasuhuko et al.*, TC II, Judgement, Case No. ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011, parág. 5646.

En la sentencia recaía en el caso **Perišić**, la Sala de Primera Instancia del TPIY afirmó que:

“El párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto es aplicable a todos los actos a los que aluden los Artículos 2 y 5, y se aplica tanto a los conflictos internacionales como no internacionales”<sup>149</sup>.

En la Decisión relativa a la confirmación de cargos de **Ntaganda**, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI consideró que incluso la tentativa de un crimen por parte de un subordinado, es suficiente:

"[I]as consideraciones en relación con esta forma de responsabilidad [responsabilidad del superior] también conciernen a las tentativas de homicidio [...]. Asimismo, la Sala considera que los casos de tentativa de homicidio ocurrieron como resultado de los actos de los subordinados del Sr. Ntaganda y que no se concretaron por circunstancias ajenas a la voluntad de los autores, tal como lo estipula el apartado f) del párrafo 3) del Artículo 25 del Estatuto”<sup>150</sup>.

En la Sentencia en **Bemba**, la Sala de Primera Instancia estableció que los crímenes subyacentes habían sido cometidos por las fuerzas de Bemba (el Movimiento de Liberación del Congo o MLC, según sus siglas en francés) a pesar de las pruebas de que otras fuerzas también habían cometido crímenes:

“La Sala enfatiza que sus conclusiones en relación con la identidad de los autores se basan en una evaluación acumulativa de criterios de identificación relevantes, entre ellos, pruebas consistentes y corroboradas tomadas en conjunto acerca de los uniformes, el lenguaje, el *modus operandi*, los motivos del MLC y, a menudo, su presencia exclusiva en una zona determinada durante un período de tiempo en particular. Muchos de los testigos y las víctimas que identificaron a los soldados del MLC como autores tuvieron interacciones reiteradas y duraderas con el MLC y otras fuerzas armadas, y por consiguiente eran capaces de distinguir entre ellas. A la luz de lo anterior, el hecho de que otras fuerzas puedan haber cometido crímenes durante el período de tiempo en cuestión, o tuviesen características comunes con los soldados del MLC no puede, sin mayor especificación, socavar las constataciones de la Sala adoptadas más allá de toda duda razonable en cuanto a que los autores de los crímenes imputados eran soldados del MLC”<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> TPIY, *Perišić*, TC I, Judgment, Case No. IT-04-81-T, 6 de septiembre de 2011, parág. 138 (nota al pie omitida).

<sup>150</sup> CPI, *Ntaganda*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 175.

<sup>151</sup> CPI, *Bemba*, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 695.

## Publicistas

En relación con la necesidad de acreditar que el subordinado cometió un crimen internacional, Meloni observa:

"Fue sólo recientemente que una Sala de Primera Instancia del TPIY afirmó explícitamente la necesidad de probar la comisión actual del 'crimen principal', es decir, que 'un acto u omisión que acarrea responsabilidad penal en los términos de los Artículo 2 a 5 y del párrafo 1) del Artículo 7 del Estatuto ha sido cometido por otro(s) distinto(s) del acusado'<sup>152</sup>. Los jueces observaron además, 'hasta hace poco, tanto el requisito de un crimen principal (cometido por otros distintos del acusado) y su realización bajo alguno de los modos de responsabilidad establecidos en el párrafo 1) del Artículo 7, parecían tan obvios que ni siquiera se consideraba necesario mencionarlos explícitamente'<sup>153</sup><sup>154</sup>.

Van Sliedregt especifica que todos los modos de participación pueden constituir un crimen:

"[...] 'Comisión' en el párrafo 3) del Artículo 7 ha sido interpretada en el sentido de que abarca todos los modos de participación enumerados en el párrafo 1) de ese artículo: planear, ordenar, instigar o ayudar en cualquier otra forma<sup>155</sup>. La Sala de Apelaciones sostuvo que '[e]l significado de "cometer" tal como aparece en el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto, necesariamente remite al sentido más amplio y ordinario del término, tal como se lo utiliza en el Protocolo I'<sup>156</sup>. En *Orić* los jueces de apelación sostuvieron que 'un superior puede ser responsabilizado penalmente por la planificación, instigación, orden, comisión o ayuda de cualquier manera a un crimen que hagan sus subordinados'<sup>157</sup>. La postura de que la responsabilidad del superior cubre toda la conducta penal de los subordinados que se subsuma en el párrafo 1) del Artículo 7 también ha sido adoptada por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR)<sup>158</sup><sup>159</sup>.

<sup>152</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 294.

<sup>153</sup> *Ibid.*, parág. 295.

<sup>154</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*. T.M.C. Asser, 2010, pág. 85.

<sup>155</sup> TPIY, *Blagojević and Jokić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007, parágs. 277-85; véase TPIY, *Orić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 20; TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, TC II, Judgement, Case No. IT-04-82-T, 10 de julio de 2008, parág. 404.

<sup>156</sup> Véase Barrie Sander, "Unravelling the Confusion Concerning Successor Responsibility in the ICTY Jurisprudence" *Leiden Journal of International Law*, 2010, vol. 23, págs. 121-2.

<sup>157</sup> TPIY, *Orić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 21.

<sup>158</sup> TPIR, *Nahimana et al.*, TCI, Judgement, Case No. ICTR-99-51-T, 3 de diciembre de 2003, parág. 485.

<sup>159</sup> Elies van Sliedregt, "Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity", en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (comps.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 383.

Arnold agrega:

"[...] Debe haber un 'crimen de la competencia de la Corte que hubiere sido cometido por subordinados' lo cual significa, para fundar una responsabilidad del superior, al menos una tentativa de delito. De acuerdo con el Artículo 28, entonces, la responsabilidad es con respecto a 'crímenes de la competencia de la Corte'. Esto significa que el jefe tiene que ser condenado, por ejemplo, por haber cometido un crimen específico o por genocidio 'por responsabilidad del superior'. La comisión de un crimen por parte de los subordinados, entonces, tiene que ser establecida más allá de cualquier duda"<sup>160</sup>.

Para Meloni, el acto del subordinado debe ser objetivamente ilegal

"[...] A los fines de determinar la responsabilidad del superior de acuerdo con el Artículo 28 del Estatuto de la CPI, el subordinado tiene que haber cometido una conducta incorrecta que satisfaga los elementos objetivos de un tipo penal específico, sin que sea necesario que el subordinado también sea culpable y punible. Por el contrario, si el acto del subordinado estaba *justificado*, y por lo tanto objetivamente no era antijurídico, el superior no puede ser responsabilizado por no haberlo prevenido ni castigado"<sup>161</sup>.

Finalmente, Nerlich sostiene que el crimen del subordinado puede configurar cualquier forma de responsabilidad, incluyendo la tentativa e incluso la responsabilidad del superior:

"Si bien el Artículo 28 del Estatuto de la CPI requiere que los crímenes base sean 'cometidos', es suficiente que se incurra en responsabilidad por el crimen base a la luz de *cualquiera* de las formas de autoría o participación reconocidas en el párrafo 3) del Artículo 25 del Estatuto de la CPI<sup>162</sup>. [...] Dado que la responsabilidad penal del párrafo 3) del Artículo 25 del Estatuto de la CPI tiene un alcance mayor que el de la autoría directa de un crimen, el superior también puede ser responsabilizado penalmente cuando el subordinado es un 'mero' asistente o instigador del crimen de otra persona y no el autor principal. Incluso un delito tentado puede ser un crimen base: de acuerdo con los párrafos 1) a) i) y 2) a) i) del Artículo 28 del Estatuto de la CPI, alcanza con que los subordinados 'se hubieran propuesto cometer' el crimen base. Sin embargo, el crimen base debe haber alcanzado el umbral del párrafo f) 3) del Artículo 25 del Estatuto, el cual reconoce la responsabilidad penal por la tentativa. Si la conducta del subordinado ni siquiera satisface los requisitos de la responsabilidad por tentativa de

<sup>160</sup> Roberta Arnold, "Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors", en Otto Triffterer (comp.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 823.

<sup>161</sup> Meloni, 2010, pág. 154, *supra* nota 154.

<sup>162</sup> Véase, con respecto al párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto del TPIY, TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, TC II, *Decision on the Prosecution's Motion to Amend the Indictment and Submission of Proposed Second Amended Indictment and Submission of Amended Pre-Trial Brief*, Case No. IT-04-82-PT, 26 de mayo de 2006, parág. 18 y siguientes; mantenido en TPIY, *Orić*, TC II, *Judgement*, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 297 et seq.

delitos a la luz del párrafo f) 3) del Artículo 25, no puede haber responsabilidad del superior; en esos casos, el subordinado no ha cometido ‘un crimen de la competencia de la Corte’. Finalmente, incluso la responsabilidad penal por un crimen a la luz del Artículo 28 del Estatuto puede servir como crimen base”<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Volker Nerlich, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly Is the Superior Held Responsible?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, págs. 668-669.

## 5. Estatus del superior – subordinado

### Que el autor haya sido un jefe militar o una persona que actuaba efectivamente como jefe militar

#### *Que el autor haya sido un jefe militar; O*

Palabras clave: Relación superior-subordinado – Posición formal de autoridad– Designación oficial

#### Jurisprudencia internacional

En *Mucić y otros ("Čelebići")*, la Sala de Primera Instancia del TPIY afirmó que:

"La doctrina de la responsabilidad del superior está claramente articulada y anclada en la relación entre el superior y el subordinado, y en la responsabilidad del jefe por las acciones de los miembros de sus tropas"<sup>164</sup>.

La sentencia de la Sala de Primera Instancia en el caso *Kunarac y otros* afirmó:

"Dependiendo de las circunstancias, un jefe susceptible de incurrir en responsabilidad del superior según el párrafo 3) del Artículo 7 puede ser un coronel al mando de una brigada, un cabo al mando de un pelotón o incluso un individuo sin rango al mando de un pequeño grupo de personas"<sup>165</sup>.

En *Kordić y Čerkez*, la Sala de Primera Instancia afirmó:

"La posición formal de autoridad puede fundarse en una designación oficial o en una concesión formal. Los cargos militares generalmente están estrictamente definidos. Por lo tanto, la existencia de una cadena de mando, basada en una estricta jerarquía, es más fácil de demostrar. En general, una cadena de mando comprende diferentes niveles jerárquicos, empezando por la definición de las políticas en el nivel más alto y, en la medida en que se va bajando en la cadena, se llega a su implementación en el campo de batalla. En la parte superior de la cadena, los líderes políticos definen los objetivos de las políticas. Luego, el mando estratégico, junto con funcionarios de alto rango del gobierno, traducirá

<sup>164</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 647.

<sup>165</sup> TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 398.

estos objetivos en planes militares específicos. En el siguiente nivel, el plan pasará a manos de oficiales militares de alto rango a cargo de las zonas operativas. El último nivel en la cadena de mando es el de los jefes tácticos, los cuales ejercen un mando directo sobre las tropas"<sup>166</sup>.

En *Ntaganda*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI concluyó que el acusado era un jefe militar:

"A principios de septiembre de 2002 el Sr. Ntaganda fue designado Jefe Adjunto de Estado Mayor y en diciembre de 2003 se convirtió oficialmente en Jefe de Estado Mayor. Era considerado como el experto militar en UPC/FPLC y, en consecuencia, tenía responsabilidades militares significativas, tales como la elaboración e implementación de las estrategias militares y la obtención de armas de Rwanda y de otros lugares. Además, el Sr. Ntaganda rutinariamente emitía instrucciones a sus subordinados e insistía específicamente en el cumplimiento de sus órdenes. También se aseguraba el respeto por la disciplina, mandaba a arrestar y encarcelar a los subordinados desobedientes y llegó incluso a disparar personalmente u ordenar la ejecución de miembros insubordinados de UPC/FPLC"<sup>167</sup>.

Asimismo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI estableció que:

"El mando y control del Sr. Ntaganda también abarcaba a los civiles que integraban UPC/FPLC, respecto de quienes se consideraba capacitado para ordenarles participar en las hostilidades. El Sr. Ntaganda se refería a algunos de estos civiles como 'nuestros combatientes' y, además, los armó y les ordenó asesinar y expulsar a los Lendu"<sup>168</sup>.

*Que el autor haya sido una persona que actuaba efectivamente como jefe militar de las fuerzas que cometieron el delito*

Palabras clave: Jefe/superior *de facto* – Ausencia de autoridad legal formal – Conflictos contemporáneos – Tareas efectivamente realizadas – Jefes equiparables a los militares

## Jurisprudencia internacional

En la sentencia dictada en el caso *Mucić y otros ("Čelebići")*, la Sala de Primera Instancia afirmó que:

<sup>166</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 419.

<sup>167</sup> CPI, *Ntaganda*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 120 (notas al pie omitidas).

<sup>168</sup> *Ibid.*, parág. 166

“ [e]n determinadas circunstancias, las personas efectivamente al mando de aquellas estructuras más informales, con poder para prevenir y castigar los crímenes cometidos por personas que estén de hecho bajo su control, pueden ser responsabilizadas por no haber prevenido ni castigado. Por lo tanto, la Sala de Primera Instancia acepta la [...] proposición según la cual los individuos que ocupan posiciones de autoridad, sean civiles o militares, pueden incurrir en responsabilidad penal según la doctrina de la responsabilidad por el mando en calidad de superiores, tanto *de facto* como *de iure*. En consecuencia, la mera ausencia de autoridad legal formal para controlar las acciones de los subordinados no debe ser interpretada como un obstáculo para imponer ese tipo de responsabilidad”<sup>169</sup>.

En la sentencia del caso **Aleksovski**, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

“La Sala considera que cualquier persona, incluso civil, puede ser responsabilizada de conformidad con el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto si se prueba que esa persona ejercía autoridad efectiva sobre los autores de los crímenes. Esta autoridad puede ser inferida a partir de la capacidad del acusado de impartir órdenes y de castigar a los autores en caso de incumplimiento”<sup>170</sup>.

La Sala de Primera Instancia además sostuvo:

“Así, la responsabilidad del superior no está reservada para las autoridades oficiales. Cualquier persona que actúe como superior *de facto* puede ser responsabilizada a la luz del párrafo 3) del Artículo 7”<sup>171</sup>.

En **Čelebići**, la Sala de Apelaciones sostuvo:

“El poder o autoridad para prevenir o para castigar no surge solamente de la autoridad *de iure* conferida a través de una designación oficial. En muchos conflictos contemporáneos es posible que sólo haya gobiernos *de facto*, autoproclamados y, por lo tanto, ejércitos *de facto* y grupos paramilitares subordinados a ellos. La estructura de mando, organizada de forma apresurada, bien puede ser desordenada y primitiva. En estas circunstancias, para aplicar el derecho es necesario determinar la responsabilidad no sólo de los autores individuales sino también la de sus jefes u otros superiores que, según la evidencia, estaban en control de ellos sin un mandato o designación formal. Sería imposible para un tribunal aplicar el derecho internacional humanitario en contra de los superiores *de facto* si sólo aceptara como prueba de la autoridad de mando una designación formal de autoridad, más allá del hecho de que, en la época en cuestión, los superiores actuaron con todos los poderes con los de que gozaría cualquier superior o jefe oficialmente designado”<sup>172</sup>.

En la sentencia de **Kordić y Čerkez**, la Sala de Primera Instancia sostuvo que:

<sup>169</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 354.

<sup>170</sup> TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 103.

<sup>171</sup> *Ibid.*, parág. 67.

<sup>172</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 193.

“[...] No sólo pueden ser responsabilizadas a la luz de la autoridad del superior las personas que ocupan posiciones formales de mando sino también aquellas efectivamente al mando de las estructuras más informales, con poder para prevenir y castigar los crímenes cometidos por personas que estén de hecho bajo su control. En ausencia de una designación formal, lo que es fundamental a los fines de incurrir en responsabilidad penal es el efectivo ejercicio de autoridad, y sobre todo la prueba del control efectivo”<sup>173</sup>.

“La capacidad de suscribir órdenes indica cierta autoridad. Sin embargo, la autoridad para emitir órdenes puede ser asumida *de facto*. Por lo tanto, a fin de determinar adecuadamente la condición y los poderes reales de control de un superior, será necesario examinar el contenido de los documentos suscriptos y analizar si existe evidencia de que se haya actuado en consecuencia. Por ejemplo, en el caso de los Ministros, el tribunal consideró que la mera presencia del nombre de un oficial en una lista de distribución adjunta a un documento oficial podría evidenciar simplemente que se pretendía proporcionarle información relevante, y no que ‘aquellos cuyos nombres aparecen en esas listas de distribución son responsables de, o tienen poder y derecho de decidir sobre, el tema abordado en el documento. En un sentido similar, la suscripción directa de órdenes de liberación demostraría que existe autoridad para ordenar liberaciones. Sin embargo, la firma de un acusado en un documento de esa naturaleza no necesariamente indica una autoridad real para liberar, ya que podría tratarse de un acto puramente formal o destinado meramente a implementar una decisión tomada por otras personas”<sup>174</sup>.

Asimismo, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

“La condición de superior, cuando no está claramente definida en una designación formal, puede deducirse a partir del análisis de las tareas que el acusado en cuestión efectivamente realizaba. Ésta fue la postura de la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso Nikolic. Aun así, la evidencia que demuestra que el acusado era percibido como una persona con un alto perfil público que se manifestaba en apariciones y declaraciones públicas, y que por tanto ejercía cierta autoridad, si bien puede ser relevante a los fines de la evaluación general de su autoridad real, es en sí misma insuficiente para establecerla allí donde no hubiere pruebas sobre la conducta general del acusado hacia sus subordinados y sus deberes. En un sentido similar, la participación del acusado en negociaciones internacionales de alto perfil no necesariamente demuestra una autoridad superior. Mientras que en el caso de los jefes militares es posible basarse en la prueba obtenida a través de observadores externos, como el monitoreo internacional o el personal humanitario, en el caso de los líderes civiles la evidencia sobre la autoridad percibida puede ser insuficiente, ya que

<sup>173</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 406, haciendo referencia a TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 198, 194-95.

<sup>174</sup> *Ibid.*, parág. 421 (notas al pie omitidas), confirmando TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 672. También TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 67.

ésta podría indicar que el acusado ejercía meros poderes de influencia en ausencia de una estructura de subordinación”<sup>175</sup>.

En *Kajelijeli*, la Sala de Apelaciones del TPIR sostuvo:

"[...] superior es quien tiene poder o autoridad sobre subordinados, ya sea *de iure* o *de facto*; no es necesario que ese poder o autoridad tengan origen en una designación oficial”<sup>176</sup>.

En la sentencia de juicio del caso *Muvunyi*, el TPIR consideró:

“Tal como lo sostuvo la Sala de Apelaciones en su sentencia en el caso *Celebici*, la ausencia de una designación formal no impide, en ciertas circunstancias, atribuir responsabilidad penal, siempre y cuando pueda probarse que el superior ejerció control efectivo sobre las acciones de sus subordinados”<sup>177</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares que intervino en *Bemba*, en la Decisión relativa a la confirmación de cargos, distinguió entre jefes equiparables a los militares y civiles que ejercen posiciones de autoridad *de jure* y *de facto*:

“De la redacción del Artículo 28 del Estatuto se distinguen dos categorías principales de superiores y sus relaciones –a saber, jefes militares o quienes actúen efectivamente como jefes militares (párrafo a), y aquellos que no alcanzan esa categoría, tales como las personas civiles que ocupan posiciones de autoridad tanto *de iure* como *de facto* (párrafo b)”<sup>178</sup>.

“La Sala considera que el término 'el que actúe efectivamente como jefe militar' pretende cubrir una categoría distinta y más amplia de jefes. Esta categoría se refiere a aquellas personas que si bien no han sido legalmente designadas para desempeñar un rol de jefe militar, desempeñan ese rol *de facto* ejerciendo control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando”<sup>179</sup>.

“[...] esta categoría de jefes equiparables a los militares, generalmente abarca a los superiores que tienen autoridad y control sobre fuerzas gubernamentales regulares (tales como unidades policiales armadas), o sobre fuerzas irregulares (no gubernamentales), como serían los grupos paramilitares incluyendo, entre otros, a los movimientos de resistencia armada y milicias que tienen una estructura de jerarquía militar o una cadena de mando”<sup>180</sup>.

<sup>175</sup> *Ibid.*, parág. 424. También TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58.

<sup>176</sup> TPIR, *Kajelijeli*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-98-44A-A, 23 de mayo de 2005, parág. 85.

<sup>177</sup> TPIR, *Muvunyi*, TC II, Judgement, Case No. ICTR-2000-55A-T, 12 de septiembre de 2006, parág. 51.

<sup>178</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 406.

<sup>179</sup> *Ibid.*, parág. 409.

<sup>180</sup> *Ibid.*, parág. 410 (nota al pie omitida).

En su Sentencia en **Bemba**, la Sala de Primera Instancia añadió:

“Estos individuos no han sido designados formal o legalmente como jefes militares, pero actuarán efectivamente como jefes de las fuerzas que cometieron los crímenes. Además, la expresión 'jefe militar o persona que actuaba efectivamente como jefe militar' incluye a los individuos que no cumplen exclusivamente funciones militares”<sup>181</sup>.

### Publicistas

Con respecto a los jefes militares o personas que actúan efectivamente como jefes, Jia observa:

“Los poderes de un jefe pueden derivar o bien de su posición en la cadena de mando –siendo el jefe un eslabón en esa cadena- o bien de la situación real en el terreno. Los primeros bien pueden denominarse poderes *de jure*, y los segundos, poderes *de facto*, los cuales abarcan todos los otros escenarios posibles. El primer tipo de poder se confiere generalmente a través de las designaciones normales, y el jefe posee los poderes legítimos propios del cargo al que es asignado. En ausencia de una designación formal, un individuo puede acumular el segundo tipo de poderes, los cuales también son legítimos en el sentido de que recibirá el tratamiento de jefe por parte de quienes están en la misma unidad”<sup>182</sup>.

En relación con la estructura de una cadena de mando y su relevancia para la responsabilidad del superior, Arnold especifica:

"[...] En general, en una cadena de mando suele haber más de un jefe. Ésta puede incluir, por ejemplo, un jefe de sección, un comandante de brigada, un jefe de compañía, un jefe de batallón, un jefe de división y otros de mayor rango. A los fines de la responsabilidad del superior, el elemento significativo es el ejercicio efectivo del mando, y no el hecho de que él o ella tengan un determinado rango”<sup>183</sup>.

De manera similar, Cryer y otros señalan que los criterios jurisprudenciales de los tribunales *ad hoc* para establecer responsabilidad del superior fueron desarrollados de manera tal de abarcar las cadenas de mando formales e informales:

---

<sup>181</sup> CPI, *Bemba, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343*, 21 de marzo de 2016, parág. 177.

<sup>182</sup> Bing Bing Jia, “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law* 2000, vol. 3, pág. 148 (nota al pie omitida).

<sup>183</sup> Roberta Arnold, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors”, en Otto Triffterer (comp.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 830.

"Allí donde existen las claras cadenas de mando formales que caracterizan a los ejércitos modernos y disciplinados, este criterio parece de simple aplicación. Sin embargo, los conflictos modernos no siempre ocurren sobre esta base ni siempre participan en ellos ese tipo de fuerzas<sup>184</sup>. Por lo tanto, es entendible que la Sala de Apelaciones en *Čelebići* se haya basado en el test del 'control efectivo', definido como 'una capacidad material de prevenir o castigar la conducta delictiva'<sup>185</sup>. La influencia significativa no es suficiente<sup>186</sup>; la CPI está de acuerdo con esto<sup>187</sup>. Se requiere que 'el acusado sea, en virtud de su posición, el superior del autor, ya sea en una jerarquía formal o informal'<sup>188</sup>. La posición *de jure* del superior no es determinante, sino que en buena medida lo que cuenta es su capacidad material de prevenir y castigar<sup>189</sup><sup>190</sup>.

En relación con los poderes *de jure*, Mettraux especifica:

"Las formas y el procedimiento a través de los cuales se realiza una designación para una posición de mando o posición de autoridad *de iure*, varían mucho entre los diferentes ejércitos y estructuras civiles nacionales<sup>191</sup>. El derecho internacional no establece ninguna condición sobre la forma o el procedimiento en relación con este asunto. En particular, los poderes *de jure* podrían ser conferidos tanto por escrito como verbalmente<sup>192</sup>. En el contexto de un juicio penal donde al acusado se le

<sup>184</sup> Para una excelente discusión de los aspectos de la responsabilidad del superior en dichos contextos, véase Sandesh Sivakumaran, "Command Responsibility in Irregular Groups", en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, parág. 1129.

<sup>185</sup> TPIY, Mucić et al. ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 256 [...].

<sup>186</sup> *Ibid.*, parág. 266.

<sup>187</sup> CPI, Bemba, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parágs. 414-16.

<sup>188</sup> TPIY, Halilović, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 59. De lo contrario, tal como dijo la Sala, los oficiales de la policía podrían ser considerados superiores con respecto a todo lo que sucede en sus jurisdicciones debido a su capacidad de prevenir y activar los procedimientos de castigo; véase también, parág. 210. Podría haber una excepción para los jefes de ocupación, quienes no tienen que tener este tipo de relación [...].

<sup>189</sup> TPIY, Mucić et al. ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 186-98; TPIY, Halilović, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 59; TPIR, Prosecutor v. Kajelijeli, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-98-44A-A, 23 de mayo de 2005, parág. 85. Véase también por ejemplo United States v. List et al. (el 'Juicio de los Rehenes'), VIII LRTWC 89; Tokyo IMT, reimpresso en Neil Bolster y Robert Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, Oxford University Press, 2008, págs. 48, 820.

<sup>190</sup> Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 386.

<sup>191</sup> Esa determinación solo puede ser hecha a la luz de y de acuerdo con, el derecho interno. [...] El Derecho Internacional no prevé el procedimiento o los requisitos en relación con la forma o el procedimiento a través de los cuales un individuo es designado en una posición de mando *de iure*. De acuerdo con la Sala de Apelaciones del TPIR, la fuente o base de la autoridad *de iure* podría hallarse en el derecho interno relevante o incluso en un contrato. (TPIR, Nahimana et al., AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, parág. 787).

<sup>192</sup> *Ibid.*, parág. 787.

atribuye una infracción a sus deberes de jefe, la prueba del mando *de iure* no exige que la Fiscalía aporte la orden a través de la cual el acusado fue designado o elegido en su posición. De hecho, el mando *de jure* puede establecerse de forma circunstancial<sup>193</sup>. Sin embargo, la designación del acusado en una función en particular no puede ser inferida a la ligera, y la omisión de la Fiscalía de aportar una orden de designación puede perjudicar la hipótesis del mando *de iure*. Esto es particularmente cierto en ambientes más formalizados, como la jerarquía militar<sup>194</sup>.

Analizando la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI relativa a la confirmación de cargos de **Bemba**, Meloni explica:

"La CPI especificó que la noción de jefe militar puede ser incorporada sin perjuicio de si el jefe desempeña una función exclusivamente militar; la noción también abarca situaciones tales como aquellas donde un Jefe de Estado es el Comandante en Jefe de las fuerzas armadas. Si bien en este caso el superior no desempeña exclusivamente un deber militar, 'podría ser responsable por los crímenes cometidos por sus fuerzas (es decir, miembros de las fuerzas armadas)'<sup>195</sup>"<sup>196</sup>.

Sin embargo, para Ambos el estatus formal de un jefe podría ser insuficiente:

"[...] Una posición de mando no puede ser determinada 'únicamente con referencia al estatus formal' sino 'por la posesión efectiva o ausencia de, poderes de control [efectivo] sobre las acciones de sus subordinados'<sup>197</sup>. En este sentido, la responsabilidad del superior se extiende a civiles, es decir, superiores no militares, pero 'solamente en la medida que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los jefes militares'<sup>198</sup>"<sup>199</sup>.

<sup>193</sup> Véase, por ejemplo, TPIY, Kordić and Čerkez, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 424; TPIY, Nikolić, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 de octubre de 1995, parág. 24. Los tribunales *ad hoc* han sostenido que dicha inferencia debe ser la única inferencia razonable posible a partir de la evidencia [...].

<sup>194</sup> Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, pág. 140.

<sup>195</sup> CPI, Bemba, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 408 [...].

<sup>196</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 156.

<sup>197</sup> TPIY, Mucić et al. ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 198; También TPIY, Aleksovski, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 76; TPIY, Blaškić, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parágs. 301, 335; TPIY, Krstić, TC, Judgement, Case No. IT-98-33-T, 2 de agosto de 2001, parág. 648.

<sup>198</sup> TPIY, Mucić et al. ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parágs. 355 *et seq.*, 363, 378; TPIY, Aleksovski, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parágs. 75, 78.

<sup>199</sup> Kai Ambos, "Superior Responsibility", en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 833.

En la misma línea, Arnold afirma:

"[...] la doctrina se aplica a *todos* los individuos<sup>200</sup>, en la medida que hayan ejercido *control efectivo* sobre los autores y que hayan tenido 'la capacidad material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos'<sup>201</sup>. La Sala de Apelaciones [del TPIY] [en *Čelebići*] coincidió con esta postura, al sostener que este estándar había sido también recogido por el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>202</sup>"<sup>203</sup>.

Gordy observa que los requisitos legales desarrollados por los tribunales *ad hoc* para que surja la responsabilidad del superior abarcan tanto el mando *de jure* como el *de facto*:

"En el caso del campo *Čelebići*, la Sala de Primera Instancia del TPIY determinó que podía valorarse evidencia sobre la existencia de un mando 'tanto *de jure* como *de facto*' [§ 127], con la salvedad de que, para establecer la responsabilidad del jefe, era necesario demostrar que 'el jefe tenía conocimiento real' y que 'la omisión de actuar del jefe fue la causa del crimen de guerra' [§ 128]. Al hacer eso, la sala de primera instancia reconoció que 'los deberes jurídicos de un superior (y por lo tanto la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del superior) no dependen solamente de la autoridad *de iure* (formal), sino que también puede surgir como consecuencia de un mando y control *de facto* (informal), o una combinación de ambos' [§ 129]. Esto condujo a los jueces a la innovadora conclusión de que 'la mera ausencia de autoridad legal formal para controlar las acciones de los subordinados no debe ser interpretada como un obstáculo para imponer ese tipo de responsabilidad' [§ 131] y que por lo tanto, el tribunal tenía que estar 'preparado para atravesar esos velos de formalismo que pueden escudar a aquellos individuos que tienen las mayores responsabilidades por actos atroces' [§ 140]"<sup>204</sup>.

Por lo tanto, Gordy concluye que:

"[...] el veredicto [en la sentencia de *Čelebići*] estableció un precedente en el sentido de que no es posible determinar la existencia de cadenas de mando por medios puramente formales, y que había que tener en cuenta que es tan posible que alguien que ocupe una posición de mando no la ejerza, como que alguien fuera de la cadena de mando ejerza autoridad formal. En todos los casos es necesario no apoyarse simplemente en la prueba con respecto a cómo las cadenas de mando habrían funcionado si las organizaciones

<sup>200</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parágs. 354 et seq., y 735; TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 416.

<sup>201</sup> *Ibid.*, parág. 178.

<sup>202</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 196-197.

<sup>203</sup> Arnold, 2007, pág. 831, *supra* nota 183.

<sup>204</sup> Eric Gordy, "The Blaškić Trial: Politics, the Control of Information and Command Responsibility", en *Southeastern Europe*, 2012, vol. 36, no. 1, pág. 64.

militares hubieran seguido sus propios procedimientos, sino más bien determinar cómo las cadenas de mando operaron de hecho en el terreno”<sup>205</sup>.

Meloni observa que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre el jefe *de facto* ha sido convalidada por la CPI:

"En línea con la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, en su primera decisión sobre el tema [*Bemba*] la CPI confirmó que la categoría de jefes equiparables a los militares puede abarcar superiores que tienen autoridad y control sobre fuerzas irregulares, tales como grupos rebeldes, unidades paramilitares, incluyendo movimientos de resistencia armadas y milicias estructuradas en una jerarquía militar y con una cadena de mando”<sup>206</sup><sup>207</sup>.

Con relación a los jefes *de facto* en fuerzas irregulares, Sivakumaran advierte:

"[...] Es importante tener en cuenta que el jefe responsable en grupos irregulares puede ser diferente que el de las fuerzas armadas regulares. La misma noción de jefe *de facto* y el hecho de que se juzgue las relaciones superior-subordinado en referencia al control efectivo, dan cuenta de esto”<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> *Ibid.*, pág. 65.

<sup>206</sup> Véase CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, parág. 410.

<sup>207</sup> Meloni, 2010, pág. 156, *supra* nota 196.

<sup>208</sup> Sandesh Sivakumaran, "Command Responsibility in Irregular Groups", en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, no. 5, pág. 1137.

## 6. Control

### Que el autor haya tenido control y mando efectivo, o autoridad efectiva y control sobre las fuerzas que cometieron el crimen

*Que el autor haya tenido control y mando efectivo; O*

Palabras clave: Control efectivo – Capacidad real – Jerarquía – Cadena de mando – Estructura temporaria de la unidad militar – Identificación del autor directo – Requisito temporal – Responsabilidad múltiple del superior – Indicios sobre la existencia de control efectivo

#### Jurisprudencia internacional

En la sentencia de primera instancia dictada por la Sala que intervino en *Mucić y otros (“Čelebići”)* se decidió:

“En consecuencia, es opinión de la Sala que, para que sea aplicable el principio de responsabilidad del superior, es necesario que el superior tenga control efectivo sobre las personas que cometen las violaciones base al derecho internacional humanitario, en el sentido de que tenga la capacidad material de prevenir y castigar la comisión de estos delitos. Con la salvedad de que esa autoridad puede tener un carácter tanto *de facto* como *de iure*, la Sala comparte en consecuencia el punto de vista expresado por la Comisión de Derecho Internacional en cuanto a que la doctrina de la responsabilidad del superior se extiende a los superiores civiles solamente en la medida en la que estos ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los jefes militares”<sup>209</sup>.

La Sala de Primera Instancia además afirmó:

“para que sea aplicable el principio de responsabilidad del superior, es necesario que el superior tenga control efectivo sobre las personas que cometen las

---

<sup>209</sup> TPIY, *Mucić et al. (“Čelebići”)*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 378. También TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 66; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459.

violaciones base al derecho internacional humanitario, en el sentido de que tenga la capacidad material de prevenir y castigar la comisión de estos delitos”<sup>210</sup>.

En *Aleksovski*, la Sala de Primera Instancia afirmó:

“El criterio decisivo para determinar la calidad de superior de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional no es solamente el estatus formal y legal del acusado, sino también su capacidad de ejercer control, demostrada a través de sus deberes y competencia”<sup>211</sup>.

De acuerdo con la Sala de Primera Instancia:

“Existe control cuando: ‘el jefe está en una posición real y formal de autoridad sobre las personas subordinadas’ y si ‘la autoridad es el resultado de su función en la jerarquía militar, civil o política’”<sup>212</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TPIY sostuvo en el asunto *Blaškić*:

“Si bien la Sala de Primera Instancia concuerda con la defensa en cuanto a que la ‘capacidad real’ de un jefe es un criterio relevante, no es necesario que el jefe tenga alguna autoridad legal para prevenir o castigar los actos de sus subordinados. Lo relevante aquí es su capacidad real que, en lugar de emisión de órdenes o adopción de medidas disciplinarias, podría implicar, por ejemplo, hacer denuncias ante las autoridades competentes para que tomen las medidas que correspondan”<sup>213</sup>.

La Sala de Apelaciones agregó:

"La Sala de Apelaciones considera correcta la postura de la Sala de Primera Instancia en el sentido de que la responsabilidad del superior ‘puede acarrear’ la presentación de denuncias ante las autoridades. La Sala de Primera Instancia sólo hizo referencia a la acción de presentar denuncias como un ejemplo del ejercicio de la capacidad real de un superior.

La Sala de Apelaciones también advierte que el deber de los jefes de denunciar ante las autoridades competentes está específicamente establecido en el párrafo 1) del Artículo 87 del Protocolo I, y que ese mismo deber también puede ser inferido de las provisiones del párrafo 2) del Artículo 86 del Protocolo Adicional I. La Sala de Apelaciones también advierte el argumento del apelante de que, para establecer que al momento de la comisión de los crímenes de los subordinados existía dicho control efectivo, es necesario acreditar que el acusado no sólo podía emitir órdenes sino también que las órdenes eran efectivamente cumplidas. La Sala de Apelaciones considera que esto provee otro ejemplo de control efectivo ejercido por el jefe. Los indicadores del control efectivo son más

<sup>210</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 378.

<sup>211</sup> TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 76.

<sup>212</sup> *Ibid.*, parág. 74.

<sup>213</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 302; véase también TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 78.

una cuestión de prueba que de derecho sustantivo, y están limitados a demostrar que el acusado tenía el poder de prevenir, castigar o iniciar medidas que dieran lugar a procedimientos en contra de los presuntos autores allí donde correspondiera”<sup>214</sup>.

En *Čelebići*, la Sala de Apelaciones especificó:

“‘Mando’”, término que no parece ser controvertido en cuanto a su interpretación, normalmente alude a los poderes que posee un superior militar, mientras que el término ‘control’, que tiene un significado más amplio, puede abarcar poderes ejercidos por jefes civiles”<sup>215</sup>.

Además, la Sala de Apelaciones sostuvo:

“El concepto del control efectivo sobre un subordinado –en el sentido de la capacidad material de prevenir o castigar una conducta criminal, más allá de cómo se ejerza ese control- es el umbral que debe alcanzarse para establecer una relación superior-subordinado a los fines del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto”<sup>216</sup>.

Asimismo, afirmó:

“Para la Sala de Apelaciones, es necesario demostrar que el autor fue ‘subordinado’ del acusado, no por importar un requisito de subordinación directa o formal, sino en el sentido de que el acusado en cuestión es, en virtud de su posición, superior del autor, ya sea en una jerarquía formal o informal. La capacidad de ejercer control efectivo (en el sentido de un poder material para prevenir o sancionar, que la Sala considera como un requisito mínimo para el reconocimiento de la relación superior-subordinado) no se verá satisfecha a menos que exista esa relación de subordinación. Sin embargo, es posible imaginar situaciones en las que una de las dos personas de igual categoría o rango –como lo serían dos soldados o dos guardiacárceles civiles- pueda ejercer de hecho ‘control efectivo’ sobre la otra, al menos en el sentido de una capacidad puramente práctica para prevenir la conducta del otro utilizando, por ejemplo, la fuerza moral o la fuerza física. Para la Sala, la doctrina de la responsabilidad del superior –que fue desarrollada haciendo hincapié en las personas que, en virtud de la posición que ocupan, tienen autoridad sobre otras- no fue pensada para responsabilizar penalmente a una persona por actos cometidos por otras que tengan un estatus exactamente igual”<sup>217</sup>.

<sup>214</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parágs. 68-69 (nota al pie omitida)

<sup>215</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 196.

<sup>216</sup> *Ibid.*, parág. 256. Véase también TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parágs. 405-406; TPIY, *Kvočka et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 315; TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 67; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459; TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58.

<sup>217</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 303. Esto ha sido confirmado en TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459.

Sin embargo, en *Čelebići*, la Sala de Apelaciones afirmó:

“Para la Sala de Apelaciones, por lo tanto, el derecho consuetudinario ha establecido un estándar de control efectivo, aunque no defina con precisión los medios a través de los cuales debe ejercerse ese control. Es claro sin embargo que la influencia significativa como medio de control (en algún sentido que no implique tener control efectivo sobre los subordinados, el cual requiere capacidades materiales de prevenir o castigar delitos de los subordinados), carece de apoyo suficiente en las prácticas estatales y en las decisiones judiciales. Ninguno de los elementos alegados por la Fiscalía constituye evidencia suficiente como para afirmar que exista una práctica de los Estados o de las autoridades judiciales que apoye la teoría según la cual la influencia significativa, como medio de ejercer responsabilidad por el mando, tiene el alcance de norma del derecho consuetudinario, especialmente como norma que habilite la imposición de responsabilidad penal”<sup>218</sup>.

La Sala de Apelaciones en el caso *Halilović* sostuvo:

“[...] el acusado debe ser, en virtud de su posición, superior del autor, ya sea en una jerarquía formal o informal. A menos que esa relación de subordinación exista, el elemento de capacidad de ejercer control efectivo (en el sentido de un poder material para prevenir o castigar), que para la Sala es el requisito mínimo para reconocer la relación superior-subordinado a los fines de la responsabilidad del superior, no se verá satisfecho. La Sala de Apelaciones considera que la capacidad material de prevenir y sancionar podría existir también por fuera de una relación superior-subordinado relevante en los términos del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto”<sup>219</sup>.

La Sala de Apelaciones luego agregó:

“[I]a capacidad real de castigar y su correspondiente deber de castigar sólo pueden constituir un ‘control efectivo’ sobre los autores en tanto se funden en una relación superior-subordinado preexistente entre el acusado y los autores. Al respecto, para tener la capacidad de ejercer control efectivo (en el sentido de tener un poder real de prevenir o castigar), se necesita una relación preexistente de subordinación, jerarquía o cadena de mando. Por supuesto, no es necesario establecer los conceptos de subordinación, jerarquía y cadena de mando en el sentido de estructuras organizativas formales, siempre y cuando esté satisfecho el requisito fundamental del control efectivo sobre el subordinado, en el sentido de capacidad material de prevenir o castigar la conducta delictiva”<sup>220</sup>.

En la sentencia de primera instancia recaída en el caso *Naletilić y Martinović (“Tuta y Štela”)*, la Sala consideró que:

<sup>218</sup> *Ibid.*, parág. 266; Véase también TPIY, *Kmojelac*, TC II, *Judgement, Case No. IT-97-25-T*, 15 de marzo de 2002, parág. 93; TPIY, *Stakić*, TC II, *Judgement, Case No. IT-97-24-T*, 31 de julio de 2003, parág. 459.

<sup>219</sup> TPIY, *Halilović, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A*, 16 de octubre de 2007, parág. 59.

<sup>220</sup> *Ibid.*, parág. 210 (nota al pie omitida).

“Incluso un individuo sin rango al mando de un pequeño grupo de personas puede incurrir en responsabilidad del superior. Cuando el autor subordinado haya estado bajo el mando de dos superiores, ambos pueden ser responsabilizados por el mismo crimen”<sup>221</sup>.

La Sala de Primera Instancia en el caso *Karera y otros* sostuvo:

“Con relación al primer elemento, para establecer una relación entre superior y subordinado, alcanza con probar una relación jerárquica, ya sea formal o informal. El superior debe haber tenido el poder o la autoridad, *de iure* o *de facto*, para prevenir o castigar un delito cometido por sus subordinados. El superior debe haber tenido control efectivo sobre sus subordinados al momento en que el delito fue cometido. ‘Control efectivo’ significa capacidad material de prevenir la comisión del delito o de castigar a sus autores. Este requisito no se satisface simplemente con probar la influencia en general del acusado”<sup>222</sup>.

En la Sentencia en *Bemba*, la Sala de Primera Instancia de la CPI indicó que la responsabilidad del superior se aplica a todos los niveles de la cadena de mando:

“El párrafo a) del artículo 28 no solamente comprende a los jefes inmediatos de las fuerzas que cometieron los crímenes, sino que se aplica a los superiores en todos los niveles, con independencia de su rango, desde los jefes al nivel más alto hasta los líderes que tienen solamente un puñado de hombres bajo su mando”<sup>223</sup>.

La Sala de Primera Instancia también especificó que en Derecho penal internacional se aceptaba la responsabilidad del superior múltiple y que la participación de múltiples fuerzas en una operación no eximía a un jefe militar de su responsabilidad:

“[...] el artículo 28 no contiene ningún requisito de que un jefe militar sea la única autoridad, o posea autoridad y control exclusivos sobre las fuerzas que cometieron los crímenes. Además, el control efectivo de un jefe militar no necesariamente excluye que otro jefe militar pueda haber ejercido un control efectivo. Se necesita un análisis basado en los hechos particulares de cada caso para determinar si el jefe militar acusado tuvo o no, en los hechos, control efectivo al momento relevante. Del mismo modo, la jurisprudencia penal internacional brinda apoyo a la posibilidad de que múltiples superiores puedan ser considerados responsables en forma concurrente por las acciones de sus subordinados. [...] Además, la 'mera participación' de determinadas fuerzas en operaciones de combate conjuntas no basta por sí misma para establecer que un

<sup>221</sup> TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 69.

<sup>222</sup> TPIR, *Karera*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-01-74-T, 7 de diciembre de 2007, parág. 564, en referencia a TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 febrero de 2001, parág. 266, 303; TPIR, *Ntagerura et al.*, Appeal Judgement, Case No. ICTR-99-46-A, 7 de julio de 2006, parág. 341 (citando de manera aprobatoria); TPIR, *Ntagerura et al.*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004, parág. 628).

<sup>223</sup> CPI, *Bemba*, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 179.

jefe militar tenía control efectivo sobre todas las distintas unidades que participaron en la operación”<sup>224</sup>.

La Sala de Primera Instancia especificó que en el contexto de la re-subordinación de tropas que estaban bajo el mando de otro jefe militar, el test de control efectivo sigue siendo relevante:

“es importante distinguir el principio militar de 'unidad de mando' de la evaluación de la existencia de control efectivo. El principio de 'unidad de mando' o de 'mando único' sugiere que, '[p]ara el funcionamiento adecuado de un ejército, sólo podrá haber un individuo al mando de cualquier unidad específica, en un momento determinado'. Sin embargo, la determinación de si una persona tiene autoridad y control efectivo se basa en el poder material de esa persona para prevenir o reprimir la comisión de crímenes, o poner el asunto en conocimiento de la autoridad competente. Este poder no necesita ser exclusivo y múltiples superiores podrían ser considerados responsables en forma concurrente por las acciones de sus subordinados”<sup>225</sup>.

De la sentencia de primera instancia dictada en el caso **Kunarac**, surge:

“Puede considerarse que están bajo el control efectivo de una persona en particular tanto quienes se encuentran bajo su mando de manera permanente, como quienes lo estén de manera temporal o con carácter *ad hoc*. La naturaleza temporal de una unidad militar no es, en sí misma, suficiente para excluir una relación de subordinación entre los miembros de una unidad y su jefe. Para responsabilizar a una persona por los actos cometidos por quienes operaban bajo su mando con carácter *ad hoc* o de manera temporal, debe demostrarse que, al momento de comisión de los hechos descritos en la acusación, esas personas estaban bajo el control efectivo de esa persona particular”<sup>226</sup>.

En relación con la identificación de la(s) persona(s) que cometió/eron el delito, la Sala de Primera Instancia en el caso **Orić** sostuvo:

“En relación con el pedido de ‘identificación de la(s) persona(s) que cometió/eron los delitos’ formulado por la defensa, la Sala considera que si al menos se prueba que las personas que cometieron los crímenes formaban parte de una unidad o grupo bajo el control del superior, este requisito está cumplido”<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> *Ibíd.*, parág. 185.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, parág. 698.

<sup>226</sup> TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 399. Nótese que la Sala de Primera Instancia consideró que en este caso la Fiscalía no había probado que *Kunarac* ejercía control efectivo sobre los soldados (que estaban bajo su mando temporariamente y *ad hoc*) al momento que cometieron los delitos (parág. 628).

<sup>227</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 31

De manera similar, en **Perišić**, la Sala de Primera Instancia del TPIY sostuvo que la responsabilidad del superior:

"también incluye, por ejemplo, la responsabilidad respecto de las tropas militares asignadas de forma temporaria a un jefe militar, si las tropas estaban bajo el control efectivo de ese jefe militar al momento que ocurrieron los actos imputados en la acusación [...] el superior no necesita conocer la identidad exacta de los subordinados que cometieron los crímenes"<sup>228</sup>.

En relación con el requisito temporal, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos de **Bemba** hizo referencia a la redacción del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto de Roma y sostuvo que:

"[...] de acuerdo con el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto, el sospechoso debe haber tenido control efectivo al menos al momento en que los crímenes estaban a punto de ser cometidos"<sup>229</sup>.

En relación con el control efectivo, la Sala de Primera Instancia del TPIY en **Blaškić** afirmó que:

"[...] un jefe puede incurrir en responsabilidad criminal por los delitos cometidos por quienes no sean formalmente sus subordinados (directos), en la medida que ejerza un control efectivo sobre ellos"<sup>230</sup>.

Asimismo, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

"[...] [q]ue el *test* del control efectivo ejercido por el jefe militar implica que más de una persona puede ser responsabilizada respecto de un mismo crimen cometido por un subordinado"<sup>231</sup>.

La Sala de Apelaciones en el caso **Čelebići** afirmó:

"En la medida que el superior tenga control efectivo sobre sus subordinados, a punto tal de que pueda prevenir que éstos cometan crímenes o castigarlos luego de su comisión, si no ejerce esas capacidades de control deberá responder por la comisión de esos crímenes"<sup>232</sup>.

<sup>228</sup> TPIY, *Perišić*, TC I, Judgement, Case No. IT-04-81-T, 6 de septiembre de 2011, parág. 138.

<sup>229</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parágs. 418, 419.

<sup>230</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 301.

<sup>231</sup> *Ibid.*, parág. 303 con referencia a TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 106. Véase también TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 93.

<sup>232</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 198. Véase también TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 396. TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parágs. 405-406; TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 93; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI manifestó en la Decisión relativa a la confirmación de cargos de **Bemba** que:

"[...] generalmente el 'control efectivo' es la manifestación de una relación superior-subordinado entre el sospechoso y las fuerzas o subordinados en una relación jerárquica (cadena de mando) sea ésta *de iure* o *de facto*. Tal como la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo en el caso *Celebici*: '[l]a capacidad de ejercer control efectivo [...] no se verá satisfecha a menos que exista esa relación de subordinación'"<sup>233</sup>.

"El concepto de 'control efectivo' es principalmente percibido como 'la capacidad material [o poder] de prevenir y castigar' la comisión de delitos [...]. En el marco del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto, 'control efectivo' también alude a la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. A tal fin, pareciera que esta noción no abarca niveles menores de control, como la simple capacidad de ejercer influencia sobre las fuerzas o sobre los subordinados, incluso si esa influencia resultara ser fundamental"<sup>234</sup>.

"Dicho ello, los indicios de la existencia de un control efectivo son 'más bien una cuestión probatoria que de derecho sustantivo' dependiendo de las circunstancias de cada caso, y aquellos indicios están destinados a demostrar que el acusado tenía poder para prevenir, castigar y/o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación"<sup>235</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares que intervino en el caso **Bemba** tomó diversos factores adoptados por los tribunales *ad hoc*, que permiten inferir la existencia de autoridad y control efectivo:

"(i) la posición oficial del sospechoso; (ii) su poder para emitir o impartir órdenes; (iii) su capacidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas (por ejemplo, asegurarse que sean ejecutadas); (iv) su posición dentro de una estructura militar y las tareas que realmente desempeñaba; (v) la capacidad de ordenar a sus fuerzas o a las unidades bajo su mando, ya sea inmediato o en niveles inferiores, que participen en hostilidades; (vi) la capacidad de re-subordinar a las unidades o de modificar la estructura de mando; (vii) su poder para promover, reemplazar, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; (viii) su autoridad para enviar fuerzas hacia los lugares donde las hostilidades se lleven a cabo y retirarlas en cualquier momento"<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 414 (notas al pie omitidas).

<sup>234</sup> *Ibid.*, parág. 415 (notas al pie omitidas).

<sup>235</sup> *Ibid.*, parág. 416 (notas al pie omitidas).

<sup>236</sup> *Ibid.*, parág. 417 (notas al pie omitidas).

La Sala de Primera Instancia en el asunto *Perišić* evocó los factores defendidos por la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en *Bemba*:

“Los factores indicativos de la posición de autoridad y control efectivo que una persona goza, pueden incluir: el procedimiento utilizado para la designación del acusado; su posición oficial; su poder para emitir órdenes y que éstas sean, de hecho, cumplidas; su poder para dar una orden de combate o de re-subordinar a las unidades; la disponibilidad de recursos materiales y humanos; su autoridad para aplicar medidas disciplinarias; su autoridad para promover, degradar o remover soldados en particular; y su capacidad de intimidar a los subordinados para que obedezcan”<sup>237</sup>.

La Sala de Primera Instancia de la CPI, en su Sentencia en *Bemba*, añadió algunos factores al listado adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares:

“vii) que haya tenido acceso independiente a, y control sobre, los medios para combatir, como equipos de comunicaciones y armas; viii) el control sobre las finanzas; ix) la capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones o interactuar con órganos o individuos externos en representación del grupo; y x) que represente la ideología del movimiento, a la cual los subordinados adhieren, y posea un perfil de un cierto nivel, que se manifiesta a través de apariciones y declaraciones públicas”<sup>238</sup>.

## Que el autor haya tenido autoridad y control efectivo

Palabras clave: Posesión efectiva de capacidad de control – Ausencia de autoridad legal formal – Grado de control – Influencia general – Relación jerárquica informal – Autoridad efectiva

### Jurisprudencia internacional

En el caso *Mucić y otros ("Čelebići")*, la Sala de Primera Instancia afirmó que:

"[...] sobre la base de su calidad de superiores, tanto *de facto* como *de iure*. Por lo tanto, la mera ausencia de autoridad legal formal para controlar las acciones de los subordinados no debe ser interpretada como un obstáculo para imponer ese tipo de responsabilidad”<sup>239</sup>.

<sup>237</sup> TPIY, *Perišić*, TC I, Judgement, Case No. IT-04-81-T, 6 de septiembre de 2011, parág. 148.

<sup>238</sup> CPI, *Bemba*, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 188.

<sup>239</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 354; esto fue confirmado en TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 396; TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parágs. 405-406; TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 67; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459.

Más aun, la Sala de Primera Instancia afirmó:

“En cambio, el factor determinante de la responsabilidad por este tipo de crímenes es la posesión real, o la no posesión, de control efectivo sobre las acciones de los subordinados. De acuerdo con esto, una designación formal como jefe no debería ser considerada como un prerequisite necesario para atribuir responsabilidad por el mando, toda vez que es posible incurrir en ese tipo de responsabilidad tanto en virtud de la posición de jefe, *de facto* como *de iure*”<sup>240</sup>.

En la sentencia recaída en el caso *Kayishema y Runzindana*, la Sala de Primera Instancia del TPIR afirmó:

“Así, será posible atribuir responsabilidad por el mando incluso cuando no exista una jerarquía clara basada en autoridad *de iure*. Del mismo modo, tal como examinaremos luego, la mera existencia de un poder *de iure* no siempre acarrea responsabilidad por el mando. La culpabilidad a la que esta doctrina da lugar debe basarse en última instancia en el poder que el superior ejerce sobre sus subordinados en una situación dada”<sup>241</sup>.

Asimismo, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

“La Sala de Primera Instancia considera que los actos u omisiones de un superior *de facto* pueden dar lugar a la responsabilidad criminal en virtud del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto. Por lo tanto, no es necesario que exista posición de autoridad alguna, legal o formal, entre el acusado y los autores de los crímenes. Más bien, la influencia que una persona ejerce sobre los autores del crimen puede ser motivo suficiente para imponer responsabilidad por el mando si se puede demostrar que esa influencia fue utilizada para ordenar la comisión del crimen o que, a pesar de su influencia *de facto*, el acusado no previno la comisión del crimen”<sup>242</sup>.

La Sala de Primera Instancia en el caso *Musema* sostuvo:

“También es importante señalar que un superior civil solamente puede ser acusado a la luz de la responsabilidad del superior si ha ejercido control efectivo, sea *de iure* o simplemente *de facto*, sobre las personas que cometieron las violaciones al derecho internacional humanitario”<sup>243</sup>.

<sup>240</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 370. Véase también TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 396; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459; TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58.

<sup>241</sup> TPIR, *Kayishema and Ruzindana*, TC, Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 491.

<sup>242</sup> *Ibid.*, parág. 492.

<sup>243</sup> TPIR, *Musema*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000, parág. 141.

En **Čelebići**, la Sala de Apelaciones del TPIY afirmó:

“Según el párrafo 3) del Artículo 7, un jefe o superior es, pues, aquél que posee el poder o la autoridad ya sea *de iure* o *de facto* para prevenir un crimen de un subordinado, o para castigar a sus autores después de su comisión”<sup>244</sup>.

Además, la Sala de Apelaciones afirmó:

“Para la Sala de Apelaciones, la capacidad de ejercer control efectivo es una condición necesaria para establecer una responsabilidad por el mando o del superior *de facto*. Por ende, concuerda con la Sala de Primera Instancia en cuanto a que la ausencia de una designación formal no impide, bajo ciertas condiciones, atribuir responsabilidad penal. El argumento de Mucić de que el estatus *de facto* debe ser equivalente al estatus *de iure* a los fines de la responsabilidad del superior es equivocado. Aunque el grado de control ejercido por un superior *de facto* o *de iure* pueda tomar diferentes formas, un superior *de facto* debe ejercer un poder de control significativamente similar sobre sus subordinados para ser considerado penalmente responsable por sus actos. La Sala de Apelaciones, entonces, concuerda con la conclusión de la Sala de Primera Instancia”<sup>245</sup>.

Asimismo, la Sala de Apelaciones sostuvo:

“Es claro sin embargo que la influencia significativa como medio de control (en un sentido que no implique tener control efectivo sobre los subordinados, el cual requiere capacidades materiales para prevenir o castigar delitos de los subordinados), carece de apoyo suficiente en las prácticas estatales y en las decisiones judiciales. Ninguno de los elementos alegados por la Fiscalía constituye evidencia suficiente como para afirmar que exista una práctica de los Estados o de las autoridades judiciales que apoye la teoría según la cual la influencia significativa, como medio de ejercer responsabilidad por el mando, tiene el alcance de norma del derecho consuetudinario, especialmente como norma que habilite la imposición de responsabilidad penal”<sup>246</sup>.

<sup>244</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 192; confirmado en TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 396; TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 405-406; TPIY, *Kvočka et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 315; TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 93.

<sup>245</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 197. Véase también TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 396; TPIY, *Kvočka et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 315; TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 93; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459.

<sup>246</sup> *Ibid.*, parág. 266; véase también: TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parágs. 412-413.

Enfatizando que el control efectivo requiere la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, la Sala de Primera Instancia de la CPI en la Sentencia en **Bemba** especificó:

“Cualquier nivel de control inferior, como la capacidad de ejercer influencia - incluso una influencia sustancial- sobre las fuerzas que cometieron los crímenes resultaría insuficiente para establecer la responsabilidad del superior”<sup>247</sup>.

La Sala de Primera Instancia también destacó la necesidad establecer algún tipo de jerarquía entre el superior y el subordinado, ya sea formal o informal:

“En virtud de su posición, el jefe militar debe ser superior en algún tipo de jerarquía formal o informal en relación con los que cometen los crímenes. Es irrelevante si hay o no subordinados intermedios entre el jefe militar y las fuerzas que cometieron los crímenes; la cuestión es simplemente si el jefe militar tenía control efectivo o no sobre las fuerzas relevantes”<sup>248</sup>.

En la sentencia dictada en el caso **Naletilić y Martinović**, la Sala de Primera Instancia afirmó:

“La capacidad de suscribir órdenes indica cierta autoridad. Sin embargo, a fin de determinar adecuadamente los poderes reales de control de un superior, será necesario examinar el contenido de los documentos suscritos y analizar si existe evidencia de que se haya actuado en consecuencia”<sup>249</sup>.

En **Kordić y Čerkez**, la Sala de Primera Instancia consideró:

“Un punto de partida será la posición oficial ejercida por el acusado. Sin embargo, la autoridad real no se determina únicamente tomando en consideración las posiciones formales. La existencia de una posición de autoridad, ya sea *de iure* o *de facto*, militar o civil, tendrá que fundarse en una evaluación de la realidad de la autoridad ejercida por el acusado”<sup>250</sup>.

Además, la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso **Kordić y Čerkez** sostuvo:

“[...] Con frecuencia, los superiores civiles asumen más poder que aquel con el que fueron oficialmente investidos. En tales circunstancias, los poderes *de facto* pueden coexistir con, y ser más importantes que, los poderes *de iure*”<sup>251</sup>.

<sup>247</sup> CPI, *Bemba*, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 183.

<sup>248</sup> *Ibid.*, parág. 184.

<sup>249</sup> TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgment, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 67; en referencia a TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgment, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 421.

<sup>250</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgment, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 418; véase también TPIY, *Halilović*, TC I, Judgment, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58.

<sup>251</sup> *Ibid.*, parág. 422. Véase también TPIY, *Halilović*, TC I, Judgment, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58.

De manera similar, la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso *Bagilishema* sostuvo:

“El *test* del *control efectivo* se aplica a todos los superiores, ya sean *de iure* o *de facto*, civiles o militares”<sup>252</sup>.

En *Semanza*, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

“El superior debe poseer el poder o la autoridad, ya sea *de iure* o *de facto*, para prevenir un crimen de un subordinado, o para castigar a sus autores después de su comisión. La Sala de Primera Instancia debe estar persuadida de que el superior tuvo control efectivo sobre sus subordinados al momento en que el delito fue cometido. ‘Control efectivo’ significa capacidad material de prevenir la comisión del delito o de castigar a sus autores. Este requisito no se satisface simplemente con probar la influencia en general del acusado”<sup>253</sup>.

La Sala de Primera Instancia en el caso *Mrkšić y otros* afirmó:

“Asimismo, no es necesario que exista una relación permanente de mando y subordinación. La naturaleza temporal de una unidad militar ha sido considerada insuficiente, en sí misma, para excluir una relación de subordinación entre los miembros de una unidad y su jefe”<sup>254</sup>.

En la sentencia de primera instancia recaída en el caso *Perišić*, el tribunal consideró que, incluso cuando el acusado hubiera tenido autoridad sobre sus subordinados, no tenía suficiente control sobre ellos como para ser responsabilizado penalmente:

“Perišić pudo *influir* la conducta de los miembros del 30° PC, ejerciendo cierta discreción ya sea en la rescisión de sus contratos profesionales, en la suspensión de sus salarios o en la verificación de sus ascensos con el fin de obtener ciertos beneficios. Sin embargo, es dudoso que haya tenido capacidad para *controlar* de manera efectiva los actos de los miembros del 30° PC, ya que carecía de facultades para impartirles órdenes que fueran vinculantes. Su capacidad *material* para prevenir los crímenes o castigarlos también ha sido en parte cuestionada en virtud del rol secundario que tenía en el proceso de imposición de sanciones disciplinarias por sus conductas mientras estuvo sirviendo en el Ejército de la República Srpska (VRS)”<sup>255</sup>.

<sup>252</sup>TPIR, *Bagilishema*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002, parág. 50. En referencia a TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 192, 193, 198; TPIY, *Aleksovski*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, parág. 76.

<sup>253</sup>TPIR, *Semanza*, TC, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, parág. 402. En referencia a TPIR, *Kayishema and Ruzindana*, Appeal Judgement, Case No. ICTR-99-46-A, 1 de junio de 2001, parág. 294; TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 192, 266, 303.

<sup>254</sup>TPIY, *Mrkšić et al.*, TC II, Judgement, Case No. IT-95-13/1-T, 27 de septiembre de 2007, parág. 560 (nota al pie omitida); véase también TPIY, *Kunarac et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 399; TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 362.

<sup>255</sup>TPIY, *Perišić*, TC I, Judgement, Case No. IT-04-81-T, 6 de septiembre de 2011, parág. 1777.

La Sala de Primera Instancia del TPIR en *Karera y otros* resolvió:

“Con respecto al primer elemento, la relación superior-subordinado se establece probando una relación jerárquica formal o informal. El superior debe poseer el poder o la autoridad, ya sea *de iure* o *de facto* para prevenir un crimen de un subordinado, o para castigar a sus autores después de su comisión. El superior tuvo que haber tenido control efectivo sobre sus subordinados al momento en que el delito fue cometido. ‘Control efectivo’ significa capacidad material para prevenir la comisión del delito o de castigar a sus autores. Este requisito no se satisface simplemente con probar la influencia en general del acusado”<sup>256</sup>.

El Artículo 28 del Estatuto de Roma hace referencia al ‘mando y control efectivo’ y ‘autoridad y control efectivo’ como alternativas. En la Decisión relativa a la confirmación de cargos de *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares aclaró cómo interpretar estos dos términos en relación con el test del “control efectivo” desarrollado por los tribunales *ad hoc*:

“La Sala observa que el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto se refiere a los términos ‘mando y control efectivo’ o ‘autoridad y control efectivo’ como si fueran alternativas aplicables a jefes militares *stricto sensu* y a quienes actúen como jefes militares. En este sentido, la Sala considera que las palabras adicionales ‘mando’ y ‘autoridad’ en ambas expresiones no tienen un efecto significativo en cuanto al nivel o estándar de control requerido. Esto es evidente a partir del lenguaje expreso de ambos términos, que utiliza a las palabras ‘control’ y ‘efectivo’ como denominador común de ambas alternativas. Esta conclusión también se respalda en los *travaux préparatoires* del Estatuto, donde algunas delegaciones reconocieron que el agregado del término ‘autoridad y control efectivo’, como alternativa al texto ya existente, era ‘innecesario y posiblemente confuso’. Esto sugiere que algunos de los redactores creían que la inserción de esa expresión no agregaba nada ni resignificaba el texto”<sup>257</sup>.

“En este contexto, la Sala destaca que el término ‘mando efectivo’ ciertamente revela o refleja una ‘autoridad efectiva’. De hecho, en idioma inglés la palabra ‘mando’ se define como ‘autoridad, especialmente sobre las fuerzas armadas’, y la expresión ‘autoridad’ se refiere al ‘poder o derecho de dar órdenes y lograr obediencia’. Sin embargo, la utilización de la conjunción disyuntiva ‘o’ entre las expresiones ‘mando efectivo’ y ‘autoridad efectiva’ exige que la Sala les asigne un sentido similar pero distinto, a fin de remediar la aparente redundancia del texto. Por lo tanto, es opinión de la Sala que aunque el grado de ‘control’ requerido en ambas expresiones sea el mismo que el señalado en el párrafo 412, el término ‘autoridad efectiva’ puede referirse a la modalidad, manera o naturaleza de

<sup>256</sup> TPIR, *Karera*, TC I, Judgment, Case No. ICTR-01-74-T, 7 de diciembre de 2007, parág. 564. En referencia a TPIR, *Ntagerura et al.*, Appeal Judgment, 7 de julio de 2006, parág. 341 (citando de forma aprobatoria); TPIR, *Ntagerura et al.*, TC III, Judgment, Case No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004, parág. 628; TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgment, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 266, 303.

<sup>257</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 junio de 2009, parág. 412 (notas al pie omitidas).

acuerdo con la cual un jefe militar o quien actúe como jefe militar ejerce ‘control’ sobre sus tropas o sus subordinados”<sup>258</sup>.

En la Sentencia en *Bemba*, la Sala de Primera Instancia añadió:

“Sin perjuicio de si un acusado es un jefe militar o una persona que actúa como tal, e independientemente de si ejerce un ‘mando efectivo’ o una ‘autoridad efectiva’, el nivel de control exigido sigue siendo el mismo”<sup>259</sup>.

## Publicistas

Ambos distingue los términos control y autoridad de la siguiente manera:

“Dado que los dos conceptos contienen el término ‘control’, es claro que el control está ligado a, o depende del, mando o la autoridad. En cierto sentido, el control es una suerte de término amplio que abarca mando y autoridad. Mientras que ‘mando’ se refiere en un sentido casi material a una ‘orden, una directiva’, probablemente respaldada en amenazas, ‘autoridad’ parece tener un significado más bien formal, en el sentido de ‘derecho o permiso para actuar legalmente’. Ambos términos implican control: ‘mando’ explícitamente como poder para controlar; ‘autoridad’, implícitamente como un derecho de mandar. En consecuencia, un superior con mando y autoridad normalmente controla sus ‘fuerzas’ o subordinados y tiene la capacidad para emitir órdenes”<sup>260</sup>.

Como indica Meloni, para la CPI el mando efectivo y el control efectivo son sustancialmente similares:

"[...] en relación con el apartado a) del Artículo 28, los jueces [en *Bemba*] consideraron que las expresiones ‘mando y control efectivo’ y ‘autoridad y control efectivo’ son alternativas aplicables en situaciones de jefes militares *stricto sensu* y de jefes que se equiparan a los militares. Las palabras ‘mando’ y ‘autoridad’ no tendrían ningún efecto sustantivo en el estándar de control exigido por parte del superior ni le darían al texto un significado diferente”<sup>261</sup><sup>262</sup>.

<sup>258</sup> *Ibid.*, parág. 413 (notas al pie omitidas).

<sup>259</sup> CPI, *Bemba, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343*, 21 de marzo de 2016, parág. 177.

<sup>260</sup> Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 834 (notas al pie omitidas).

<sup>261</sup> Véase CPI, *Bemba, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424*, 15 de junio de 2009, parágs. 415-417.

<sup>262</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 161.

Por su parte, de acuerdo con Ambos:

"[...] varias personas -como superiores- pueden ser responsables de delitos cometidos por un subordinado<sup>263</sup>. Sin embargo, la responsabilidad se excluye si tal control estaba 'ausente o era demasiado remoto'<sup>264</sup>, o si el superior carecía de 'la *capacidad* material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos<sup>265</sup>'<sup>266</sup>.

Van Sliedregt resume la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la responsabilidad múltiple del superior de la siguiente manera:

"La responsabilidad múltiple del superior implica un vínculo remoto con los autores. Desde el punto de vista de la Sala de Apelaciones en *Orić*, esto en sí mismo es irrelevante, en la medida que haya 'control efectivo' sobre el subordinado, es decir, capacidad material para prevenir o castigar el delito. Los jueces de apelación sostuvieron que no importaba 'si el control efectivo descende del superior al subordinado culpable del crimen a través de subordinados intermedios'<sup>267</sup>. La determinación de si el superior tenía o no control efectivo fue considerada como una cuestión de prueba y no de derecho sustantivo<sup>268</sup>. En la acusación de *Karadžić*, la Fiscalía ante el TPIY le atribuyó ciertos crímenes sobre la base de la responsabilidad múltiple del superior<sup>269</sup>. La Fiscalía ha tomado las palabras de la Sala de Apelaciones en *Orić* al pie de la letra y explícitamente acusó a *Karadžić* sobre la base del párrafo 3) del Artículo 7 por crímenes cometidos por subordinados, quienes a su vez eran responsables a la luz de ese mismo artículo"<sup>270</sup>.

En relación con la necesidad de una organización jerárquica, Meloni afirma:

"[...] La cuestión [en *Halilović* y *Semanza*] radica, por un lado, en asegurarse que el poder de control haya sido ejercido dentro de una organización jerárquica y, por el otro, establecer que dicho poder no fue ejercido de forma ocasional, no se limitó al contexto específico en que el

<sup>263</sup> TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 106; TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 303.

<sup>264</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 377.

<sup>265</sup> *Ibid.*, parág. 378 (énfasis añadido); TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 81; TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parágs. 302, 335: 'capacité matérielle'.

<sup>266</sup> Ambos, 2002, pág. 834, *supra* nota 260.

<sup>267</sup> TPIY, *Orić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 3920 y siguientes. Desde el punto de vista de la Sala de Apelaciones el vínculo entre el acusado y el crimen era demasiado remoto. Sostuvo que la Sala de Primera Instancia no logró establecer el nivel de control –si acaso– que el acusado ejercía sobre los autores principales.

<sup>268</sup> *Ibid.*

<sup>269</sup> TPIY, *Karadžić*, Third Amended Indictment, Case No. IT-95-5/18-PT, 27 de febrero de 2009, parág. 35.

<sup>270</sup> Elies van Sliedregt, "Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity", en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (comps.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, págs. 383, 384.

crimen fue cometido ni estuvo exclusivamente fundado en alguna relación personal entre el acusado y los autores del delito"<sup>271</sup>.

Sin embargo, Arnold observa que es posible considerar que personas del mismo estatus puedan tener autoridad *de facto*:

"[...] también es posible que una persona que posea un rango militar *no* oficial ejerza autoridad *de facto* sobre terceras personas. Esto significa que una relación superior-subordinado no exige la existencia de una cadena de mando militar o de un combate militar. Así lo afirmó la Sala de Apelaciones en el caso [*Čelebići*], la cual concluyó que incluso ciertas personas pueden ejercer mando sobre otras que tengan el mismo status"<sup>272</sup><sup>273</sup>.

Cassese sugiere que el concepto puede ser aplicado de forma diferente para grupos armados no estatales:

"La Sala de Primera Instancia del SCSL en *Brima y otros* advirtió que si bien la capacidad de emitir órdenes e impartir disciplina es siempre importante a la hora de establecer el control efectivo, algunos de los 'criterios tradicionales' del control efectivo pueden no ser apropiados o útiles en un contexto que involucra un ejército irregular o un grupo rebelde (*Brima y otros*, TC, § 787-9). La Sala ofreció una serie de indicios adicionales que podrían ser adecuados para jerarquías militares menos formales"<sup>274</sup><sup>275</sup>.

Mettraux describe lo que puede inferirse de la existencia de una cadena de mando de la siguiente manera:

"La cadena de mando entre el acusado y los autores permitirá que la corte, entre otras cosas, 'distinga [por ejemplo] a los superiores civiles de los meros agitadores u otras personas de influencia'<sup>276</sup>. También le permitirá excluir del ámbito de la responsabilidad del superior aquellas relaciones de poder o autoridad que nunca estuvieron estructuradas jerárquicamente y que son demasiado indefinidas o informales como para permitir que una parte ejerza 'control efectivo' sobre la otra"<sup>277</sup>. Este requisito también

<sup>271</sup> Meloni, 2010, pág. 106 (nota al pie omitida), *supra* nota 262.

<sup>272</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 303 [...].

<sup>273</sup> Roberta Arnold, "Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors", en Otto Triffterer (comp.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 826.

<sup>274</sup> SCSL, *Brima et al.*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, parág. 788 [...].

<sup>275</sup> Antonio Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, págs. 188-189.

<sup>276</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 87, citado en TPIR, *Bagilishema*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002, parág. 53. Véase también, TPIR, *Bikindi*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-01-72-A, 18 de marzo de 2010, parág. 413, donde la Sala de Apelaciones del TPIR rechazó la sugerencia de la Fiscalía en el sentido de que el acusado podría ser penalmente responsabilizado como superior en relación con los crímenes cometidos por la "población hutu" en general, utilizando su influencia y autoridad.

<sup>277</sup> Véase, por ejemplo, TPIR, *Bikindi*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-01-72-A, 18 de marzo de 2010, parág. 413.

significa que el hecho de que un superior (y sus hombres) puedan haberse visto beneficiados –militarmente o como fuera- de la asistencia de otro grupo de hombres que no estaban subordinados al acusado, no creará entre el primero y los miembros de ese otro grupo una relación de subordinación del tipo que sería necesaria para provocar la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del superior por cualquiera de los crímenes que hubieran sido cometidos por estos<sup>278</sup>. Finalmente, dicha cadena de mando provee una vía para establecer si el acusado ejerció su autoridad a través y a lo largo de la cadena de mando [...]. La existencia de una cadena de mando entre el superior y sus subordinados también servirá para limitar el alcance de los actos por los cuales un superior puede ser responsabilizado penalmente [...] En *Toyoda*, por ejemplo, el tribunal dejó en claro que el acusado sólo podía ser responsabilizado por crímenes ‘cometidos por sus subordinados, inmediatos o no’<sup>279</sup><sup>280</sup>.

Meloni observa que en *Čelebići*, se consideró que la influencia significativa no era suficiente para establecer control efectivo:

"[...] La Sala de Apelaciones en el caso *Čelebići* [...] rechazó la teoría de la Fiscalía según la cual la influencia significativa constituía un grado de control suficiente como para establecer responsabilidad del superior. [...] Desde el punto de vista de la Sala no había suficientes precedentes en la práctica estatal ni en la jurisprudencia internacional como para afirmar la existencia de un principio de derecho consuetudinario de acuerdo con el cual un mero estándar de ‘influencia’ es suficiente para establecer la responsabilidad del superior<sup>281</sup><sup>282</sup>.

Sin perjuicio de ello, Bantekas alega que ciertos poderes significativos de influencia en algunos casos podrían resultar en control efectivo:

"[...] Uno no debería descartar la posibilidad de que la posesión de poderes significativos de influencia en ciertas circunstancias podrían establecer una relación superior-subordinado, aunque el TPIY claramente sostuvo lo contrario en el caso *Čelebići*<sup>283</sup>. Un individuo influyente que genera total respeto y reverencia, ya sea por miedo o por el motivo que fuera, puede en consecuencia ejercer control efectivo sobre sus súbditos, habiéndose él

<sup>278</sup> Véase TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-47-A, 22 de abril de 2008, parág. 213; TPIY, *Delić*, TC I, Judgement, Case No. IT-04-83-T, 15 de septiembre de 2008, parág. 61.

<sup>279</sup> *U.S.A. v. Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, pág. 5006 [...].

<sup>280</sup> Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, págs. 147-148.

<sup>281</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parágs. 257-268. La Fiscalía se había basado en diversos precedentes para demostrar que la influencia significativa era suficiente para establecer la responsabilidad del superior y, en particular, sobre las condenas contra miembros del gobierno japonés, como Hirota y Shigemitsu, y jefes militares como Muto, Jefe de Estado Mayor del General Yamashita [...].

<sup>282</sup> Meloni, 2010, págs. 100-101, *supra* nota 262.

<sup>283</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parágs. 658, 669; TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 266; pero véase SCSL, *Brima et al.*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, parág. 787.

mismo colocado intencionalmente en una posición de autoridad. Existe un precedente suficiente de esto en el caso de los *Ministerios*<sup>284</sup>, pero también se trata de una conclusión basada en la razón, que el razonamiento jurídico no puede ignorar”<sup>285</sup>.

Jia comenta el significado de las órdenes vinculantes de la siguiente manera:

"[...] La sentencia recaída en el caso *Kayishima y Ruzindana* concluyó que la capacidad de prevenir y castigar un crimen es una cuestión inherentemente vinculada con la situación fáctica en cuestión”<sup>286</sup>. Este elemento de responsabilidad del superior está intrínsecamente integrado al concepto de control efectivo, el cual es la clave de esa forma de responsabilidad<sup>287</sup>. El control efectivo suele manifestarse a través de la emisión de órdenes vinculantes por parte de un superior. Las órdenes producirán prevención o castigo. Si sus órdenes de prevenir o castigar fueron descartadas por los subordinados, podrá considerarse que ese superior no estaba en una posición de control efectivo al momento en que los crímenes de los subordinados tuvieron lugar, a los fines del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto del TPIY, párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto del TPIR o del Artículo 28 del Estatuto de Roma. En ese caso se podría dictar una absolución respecto de su responsabilidad en calidad de superior”<sup>288</sup>.

Según Mettraux:

"[...] es el efecto acumulativo del sometimiento a órdenes y respeto por la autoridad del acusado en general lo que podría convencer a un tribunal de la existencia de una relación superior-subordinado que configure ‘control efectivo’ por parte del acusado sobre los autores”<sup>289</sup><sup>290</sup>.

Analizando la jurisprudencia del TESL, Mettraux especifica que:

"[...] No sería suficiente, por lo tanto, establecer que el acusado estaba a cargo de un grupo particular de hombres o que de alguna manera comandaba funciones en ese contexto en tanto no se establezca que su rol o función le otorgaban ‘control efectivo’ sobre los miembros del grupo que habían cometido los crímenes. Por lo tanto, en el caso *Fofana*, una Sala de Primera Instancia del TESL hizo hincapié en que, el hecho de que el acusado Fofana tuviera control sobre ciertos grupos de combatientes kamajos en un área en particular donde se habían cometido crímenes no era suficiente para

<sup>284</sup> *USA v. Ernest von Weizsaecker* (the ‘Ministries case’),<sup>2</sup> reimpreso en *The Ministries Case*, 14 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals [Trials], Volumen XIV, pág. 308.

<sup>285</sup> Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 86.

<sup>286</sup> TPIR, *Kayishema and Ruzindana*, TC, Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 231.

<sup>287</sup> Cf., TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 443.

<sup>288</sup> Bing Bing Jia, “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pág. 160.

<sup>289</sup> Véase, por ejemplo, TPIY, *Nikolić*, TC, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Case No. IT-94-2-R61, 20 de octubre de 1995, parág. 24; Véase TPIY, *Strugar, AC*, Appeal Judgement, Case No. IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, parág. 54 [...].

<sup>290</sup> Mettraux, 2009, pág. 180, *supra* nota 280.

concluir que tenía control sobre todos los combatientes y jefes kamajos en esa región<sup>291</sup>. De manera similar, en la sentencia del caso *Brima*, la Sala de Primera Instancia se negó a adoptar la sugerencia de la Fiscalía en el sentido de que las diferentes partes en un conflicto que por momentos habían cooperado en operaciones militares podían ser consideradas como un único grupo a los fines de la doctrina de la responsabilidad del superior y que podía considerarse que el acusado había ejercido control sobre ese grupo [...] <sup>292</sup><sup>293</sup>.

Con respecto a la identidad del subordinado sobre el cual el superior ejerció control efectivo, van Sliedregt afirma:

"[...] En al menos dos casos ante el TPIY surgió la cuestión de si un superior puede ser responsabilizado por actos cometidos por subordinados no identificados. En *Hadžihasanović* los jueces sostuvieron que, a la hora de establecer la existencia de una relación superior-subordinado, es importante poder identificar a los presuntos autores. Esto no significa que el autor tenga que ser identificado exactamente. Es suficiente con que se especifique a qué grupo pertenecía el autor y probar que el acusado ejercía control efectivo sobre ese grupo<sup>294</sup><sup>295</sup>.

Finalmente, en relación con la necesidad de establecer que el superior tenía control efectivo al momento del delito, van Sliedregt observa:

"[...] Se sigue de la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en *Hadžihasanović* <sup>296</sup> que el escenario posterior al crimen sólo genera responsabilidad del superior cuando puede establecerse que había una relación superior-subordinado regida por el control efectivo *al momento del delito*<sup>297</sup>. Para la Sala de Apelaciones, dado que no había control efectivo al momento del delito, no se había configurado responsabilidad penal por estos crímenes a la luz del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto del TPIY. Se sostuvo que el derecho consuetudinario internacional, el texto del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto y la norma de la que se deriva párrafo 2) del Artículo 86 del Primer Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 (API), dificultaban la extensión de la responsabilidad al escenario posterior al crimen sin coincidencia temporal"<sup>298</sup>.

<sup>291</sup> Véase, por ejemplo, TESL, *Fofana and Kondewa*, TC I, Judgement, Case No.SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, parág. 819.

<sup>292</sup> SCSL, *Brima et al.*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, parág. 1655, [...]; véase también, *Ibid*, parágs. 1872–1875.

<sup>293</sup> Mettraux, 2009, pág. 160, *supra* nota 280.

<sup>294</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 90.

<sup>295</sup> van Sliedregt, 2011, pág. 384, *supra* nota 295.

<sup>296</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Case No. IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003, parág. 51.

<sup>297</sup> *Ibid*.

<sup>298</sup> van Sliedregt, 2011, pág. 381, *supra* nota 295.

## 7. Causalidad

### Los crímenes cometidos por las fuerzas resultaron del hecho que el autor no ejerció el debido control sobre las fuerzas

Palabras clave: Cuestión de hecho – Forma de responsabilidad *sui generis* – Nexo causal con el deber de prevenir – Examen “de no haber sido por” (“*but for*”)

#### Jurisprudencia internacional

Al rechazar el requisito de causalidad en el concepto de responsabilidad del superior, la Sala de Primera Instancia del TPIY en *Mucić y otros* (“*Čelebići*”) sostuvo:

“Más allá de que el principio de causalidad ocupa un lugar central en el derecho penal, lo cierto es que tradicionalmente no se ha postulado a dicho principio como una *conditio sine qua non* para responsabilizar penalmente a los superiores por no haber prevenido o castigado los crímenes cometidos por sus subordinados. En este sentido, la Sala no ha hallado ni en la jurisprudencia, ni en la formulación del principio según el derecho de los tratados vigente ni, salvo una excepción, en la abundante literatura sobre esta materia, elemento alguno que respalde la idea de que la causalidad es un elemento adicional de la responsabilidad del superior. Esto no significa, conceptualmente, que el principio de causalidad no sea aplicable a la doctrina de la responsabilidad por el mando, en la medida que ésta se refiere a la responsabilidad de los superiores por no haber prevenido los crímenes de sus subordinados. De hecho, el reconocimiento de un nexo causal necesario puede ser considerado como inherente al requisito de que los crímenes hubieren sido cometidos por subordinados y que el superior no hubiese adoptado las medidas necesarias a su alcance para prevenirlos. En esta situación, puede considerarse que el superior está ligado causalmente a los delitos, en el sentido de que, de no haber sido por el incumplimiento de su deber de actuar, los actos de sus subordinados no se habrían cometido”<sup>299</sup>.

La Sala de Primera Instancia concluyó que:

---

<sup>299</sup> TPIY, *Mucić et al.* (“*Čelebići*”), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 398-399 (se omite la nota a pie de página).

"Ningún nexo causal es posible entre un crimen cometido por un subordinado y el subsiguiente incumplimiento del superior de su deber de castigar al autor de ese crimen. La propia existencia del principio de responsabilidad del superior por no haber castigado, reconocida en el párrafo 3) del Artículo 7 y en el derecho consuetudinario, demuestra la inexistencia de un requisito de causalidad como elemento independiente en la doctrina de la responsabilidad del superior"<sup>300</sup>.

En la sentencia del caso ***Blaškić***, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

"[q]ue el requisito de control efectivo ejercido por el jefe militar implica que más de una persona puede ser responsabilizada respecto de un mismo crimen cometido por un subordinado"<sup>301</sup>.

La Sala de Apelaciones en el caso ***Blaškić*** sostuvo que no estaba

"persuadida [por el argumento] según el cual la existencia de una relación causal entre el incumplimiento por parte del jefe militar de su deber de prevenir los crímenes de sus subordinados y la ocurrencia de éstos es un elemento de la responsabilidad del superior que debe ser acreditado por la Fiscalía en todos los elementos del caso. [...] Es más una cuestión de hecho a establecerse caso a caso, que una cuestión de derecho en general"<sup>302</sup>.

A su vez, la Sala de Primera Instancia en el caso ***Halilović*** señaló que:

"en sí misma, la propia naturaleza de la responsabilidad del superior, como forma *sui generis* de responsabilidad (distinta de los tipos de responsabilidad individual previstos en el párrafo 1 del Artículo 7), no requiere la existencia de un nexo causal. La responsabilidad del superior es responsabilidad por omisión, que es punible en razón de los deberes que el derecho internacional pone en cabeza de un jefe militar. Si se exigiese un nexo causal, el fundamento de la responsabilidad del superior por no haber prevenido o castigado se vería modificado a punto tal que prácticamente sería necesario que el jefe hubiese estado involucrado en el crimen cometido por sus subordinados. De ser así, se alteraría la propia naturaleza de la responsabilidad prevista en el párrafo 3) del Artículo 7"<sup>303</sup>.

Sin embargo, la Sala de Primera Instancia en el caso ***Hadžihasanović y Kubura*** formuló las siguientes afirmaciones respecto del incumplimiento del jefe de su deber de prevenir los crímenes de los subordinados:

"En primer lugar, un jefe que ejerce control efectivo sobre sus subordinados y tiene razones para saber que se aprestaban a cometer crímenes, y sin embargo no adopta todas las medidas necesarias y razonables para prevenir esos

<sup>300</sup> *Ibid.*, parág. 400. Esta posición fue refrendada en TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 445, y TPIY, *Brđanin*, TC II, Judgement, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 2 79.

<sup>301</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 303.

<sup>302</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 77.

<sup>303</sup> TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 78.

crímenes, incurre en responsabilidad, tanto debido a que su omisión creó o elevó un riesgo real y razonablemente previsible que esos crímenes se cometerían (un riesgo que aceptó voluntariamente), como debido a que el riesgo se materializó en la comisión de esos crímenes. En ese sentido, el superior ha desempeñado sustancialmente un rol en la comisión de esos crímenes. En segundo lugar, se presume que existe un nexo entre la omisión por parte del superior y esos crímenes”<sup>304</sup>.

La Sala de Apelaciones revocó la decisión de la Sala de Primera Instancia y manifestó que:

"Dado que la responsabilidad del superior no exige el establecimiento de un nexo causal entre el incumplimiento del deber del jefe de prevenir los crímenes de los subordinados y la comisión de esos crímenes, el acusado no tiene el deber de probar la inexistencia de ese nexo causal"<sup>305</sup>.

Además, la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso *Orić*, también consideró que el nexo causal no era necesario<sup>306</sup>. Del mismo modo, según la jurisprudencia del TPIR el nexo causal no es un requisito de la responsabilidad del superior<sup>307</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TESL del caso *Fofana y Kondewa* sostuvo que:

"Para la Sala, la existencia de una relación causal entre el incumplimiento por parte del jefe de su deber de prevenir los crímenes de sus subordinados y la ocurrencia de estos, no es un elemento de la responsabilidad del superior; es más una cuestión de hecho que de derecho"<sup>308</sup>.

Basándose en la expresión "en razón de" del párrafo a) del Artículo 28 y del Artículo 22, la Corte confirmó que debe existir una relación causal entre el incumplimiento del deber por parte del superior y el crimen alegado:

"La Sala también observa que el encabezado (*chapeau*) del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto establece un nexo entre la comisión de los crímenes base y el incumplimiento del deber de ejercer 'un control apropiado' por parte del superior. Esto se ve reflejado en las palabras 'en razón de', que son indicativas de esa relación. La Sala considera por lo tanto que el encabezado (*chapeau*) del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto incluye un elemento de causalidad entre el abandono de sus deberes por parte del superior y la comisión de los crímenes base. Esto es coherente con el principio de interpretación estricta reflejado en el párrafo 2) del Artículo 22 del Estatuto que, como parte del principio *nullum*

<sup>304</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 193.

<sup>305</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 22 de abril de 2008, parág. 41.

<sup>306</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 338.

<sup>307</sup> En relación con los elementos de la responsabilidad del superior, cf., por ejemplo, TPIR, *Baqilishema*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 38, en el que no se hace referencia a un nexo causal.

<sup>308</sup> TESL, *Fofana and Kondewa*, TC I, Judgement, Case No.SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, parág. 251.

*crimen sine lege*, obliga a la Sala a interpretar esa disposición de manera estricta"<sup>309</sup>.

Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en **Bemba** solamente exigió ese nexo causal con respecto al deber de prevenir crímenes futuros:

"Si bien la Sala considera que del Artículo 28 del Estatuto se deriva un requisito de causalidad, corresponde aclarar con mayor profundidad cuál es el alcance real de dicho requisito. Tal como ya ha sido señalado, el párrafo a) ii) del Artículo 28 del Estatuto alude a tres deberes diferentes: el deber de prevenir los crímenes, el de reprimir los crímenes y el de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. La Sala considera que el incumplimiento de los deberes de reprimir los crímenes o de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes se origina durante, o luego de la comisión de los crímenes. Por lo tanto, sería ilógico concluir que el incumplimiento de alguno de esos deberes podría causar retroactivamente la comisión de los crímenes. En consecuencia, la Sala considera que el requisito de un nexo de causalidad sólo se relaciona con el deber del jefe de prevenir crímenes futuros. No obstante, la Sala advierte que el incumplimiento del superior de estos deberes durante y después de los crímenes puede tener un impacto en la comisión de crímenes futuros. Dado que el castigo es una parte inherente a la prevención de futuros crímenes, el incumplimiento previo por parte del jefe del deber de castigar posiblemente aumente el riesgo que se comentan más crímenes en el futuro"<sup>310</sup>.

En cuanto al estudio de la causalidad, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptó el examen "de no haber sido por" ("*but for*") en relación con el acto positivo:

"Dado que el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto no explicita el nivel de causalidad exigido, la Sala también considera que una forma posible de determinar ese nivel es aplicando el examen 'de no haber sido por' ("*but for*"), en el sentido de que, de no haber sido por el incumplimiento del superior de su deber de adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de los crímenes, sus fuerzas no los habrían cometido. Sin embargo, contrariamente a lo que sucede con el efecto visible y material de un acto positivo, el efecto de una omisión no puede ser empíricamente determinado con certeza. En otras palabras, no es factible predecir exactamente qué habría sucedido si un jefe militar hubiera cumplido su obligación de prevenir crímenes. No existe un nexo causal directo que deba ser establecido entre la omisión del superior y el crimen cometido por sus subordinados. Por lo tanto, la Sala considera que, a fin de responsabilizar penalmente a un jefe militar con arreglo

<sup>309</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 423 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>310</sup> *Ibíd.*, parág. 424 (se omiten las notas a pie de página).

al párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto, alcanza con probar que su omisión aumentó el riesgo que se cometieran los crímenes imputados"<sup>311</sup>.

En la decisión relativa a la confirmación de cargos de **Ntaganda**, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI sostuvo que:

“[L]as omisiones del Sr. Ntaganda aumentaron el riesgo de comisión de crímenes por parte de los miembros de la UPC/FPLC durante el lapso de tiempo relevante para la acusación. En tanto jefe militar con poder, omitió actuar en respuesta a los crímenes graves contra los civiles Hema, lo que tornó tanto el sistema disciplinario de la UPC/FPLC así como toda otra medida, ineficaces en relación con dicha conducta”<sup>312</sup>.

En relación con el "control efectivo" y el "ejercicio de un control apropiado", en la Decisión relativa a la confirmación de cargos del caso **Bemba** se expresó:

"[...] la Sala considera que no puede afirmarse que el superior 'no haya ejercido un control apropiado' sin antes demostrar que tenía 'control efectivo' sobre sus fuerzas. Dado que el control efectivo es la 'capacidad material' de prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, entonces 'no haber ejercido un control apropiado' es, de hecho, un escenario de incumplimiento de tales deberes. Esto sugiere que la referencia a la frase 'no haber ejercido un control apropiado' debe ser leída y entendida a la luz del párrafo a) ii) del Artículo 28 del Estatuto"<sup>313</sup>.

La Sala de Primera Instancia en la Sentencia en **Bemba** coincidió con la Sala de Cuestiones Preliminares en que el párrafo a) del artículo 28 no exigía el establecimiento de una causalidad del tipo "de no haber sido por" (*but for*) entre la omisión del jefe militar y los crímenes cometidos por sus subordinados. Consideró que:

“El requisito de un nexo se vería claramente satisfecho cuando se demuestra que los crímenes no se habrían cometido, en las circunstancias en las que se cometieron, si el jefe militar hubiese ejercido un control adecuado, o cuando el que hubiese ejercido ese control adecuado habría prevenido los crímenes. [...] [L]a Sala subraya que dicho estándar es, no obstante, más elevado que el exigido por el derecho [...]”<sup>314</sup>.

La Sala de Primera Instancia indicó las medidas que el acusado podría haber tomado:

<sup>311</sup> *Ibid.*, parág. 425 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>312</sup> CPI, *Ntaganda*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 174 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>313</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 422.

<sup>314</sup> CPI, *Bemba*, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 213.

“La Sala destaca que, tal como lo demuestran las medidas que el Sr. Bemba sí adoptó en respuesta a las alegaciones de crímenes, incluso en el territorio de la República Centroafricana en el medio de la campaña en la República Centroafricana de 2002-2003, y sin perjuicio de su ubicación remota, el Sr. Bemba tenía la autoridad y la capacidad de adoptar medidas para prevenir y reprimir la comisión de los crímenes. Por ejemplo, [...] el Sr. Bemba podría, entre otras cosas, haber adoptado medidas para asegurar el entrenamiento adecuado y consistente de las tropas del MLC, incluyendo la promulgación de un Código de Conducta claro y completo que reflejase los requisitos del derecho internacional; haber asegurado una supervisión adecuada; haber dictado órdenes claras y consistentes a sus tropas de no cometer los crímenes; haber investigado genuina y plenamente las alegaciones de crímenes; haberse asegurado que los jefes militares y soldados del MLC, implicados en cometer o condonar tales crímenes hubiesen sido, según correspondiera, juzgados, desplazados, reemplazados, dados de baja o castigados; y/o haber compartido la información relevante con las autoridades de la República Centroafricana (u otras), y haberlas apoyado en cualquier esfuerzo que se hubiese realizado por investigar alegaciones de crímenes. Tales medidas podrían haber disuadido la comisión de crímenes y, en general, mitigado, o incluso eliminado, el clima de aquiescencia que rodeó y facilitó los crímenes cometidos durante la Operación 2002-2003 en la República Centroafricana -clima que es inherente allí donde las tropas no tienen un entrenamiento adecuado, reciben órdenes poco claras, y/o observan a sus jefes militares cometer o colaborar en la comisión de crímenes. Las omisiones del Sr. Bemba en este sentido contribuyeron directamente, entre otras cosas, a que se siguieran cometiendo y se cometiesen más crímenes”<sup>315</sup>.

La Sala de Primera Instancia prosiguió:

“Además, los entrenamientos, órdenes y ejemplos jerárquicos claros que indiquen que los soldados deberán respetar y no maltratar a la población civil habrían reducido, e incluso eliminado, los crímenes motivados por una desconfianza en la población civil, ya sea en calidad de enemigos o simpatizantes enemigos. Recordando la posición de autoridad de Bemba como Presidente del MLC y Comandante en Jefe de la Armada de Liberación del Congo (o ALC, según sus siglas en francés), así como también su autoridad y control efectivo, la Sala considera que la posición del Sr. Bemba lo obligaba a adoptar tales medidas, tanto personalmente como a través de la cadena de mando jerárquica. Del mismo modo, si los soldados hubiesen recibido una paga y raciones adecuados, el riesgo de que hubiesen saqueado o violado como mecanismo de autocompensación, y asesinado a quienes se resistían, se habría reducido, o incluso eliminado. La Sala recuerda en este sentido su constatación en relación con el control del Sr. Bemba sobre los recursos financieros del MLC”<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> *Ibíd.*, parág. 738.

<sup>316</sup> *Ibíd.*, parág. 739.

La Sala de Primera Instancia también constató que si Bemba no hubiese enviado sus tropas a zonas pobladas principalmente por civiles, las oportunidades para la comisión de los crímenes podrían haberse minimizado:

“[...] de manera consistente con las pruebas de un *modus operandi*, la mayoría de los crímenes se cometieron cuando el MLC era el único grupo armado en la zona. En particular, el ataque sobre Mongoumba, que el Sr. Bemba conoció pero respecto del cual no tomó ninguna medida preventiva o remedial, tuvo lugar cuando solamente los civiles estaban presentes. El rediseño de tales operaciones militares -por ejemplo, evitando principalmente las zonas civiles, o no ordenando operaciones militares contra zonas en las que solo había civiles, y de otra manera limitando el contacto con civiles- habría minimizado la oportunidad para la comisión de los crímenes. Por último, la Sala señala que el Sr. Bemba puso fin a la comisión de crímenes por parte de los soldados del MLC a través de haberlos retirado de la República Centroafricana en marzo de 2003. Si los hubiese retirado antes -una posibilidad que él reconoció al menos desde noviembre de 2002- se habrían prevenido los crímenes”<sup>317</sup>.

## Publicistas

Bantekas aboga en favor del requisito de causalidad:

“[...] El TPIY en una decisión dramática en el caso *Čelebići* descartó cualquier requisito de causalidad en el funcionamiento de la doctrina de la responsabilidad del superior<sup>318</sup> y este razonamiento ha sido seguido por las demás salas del TPIY sin ninguna consideración jurisprudencial<sup>319</sup>. El no exigir un nexo de causalidad como proclamara el TPIY parece difícilmente compatible con la práctica de los tribunales posteriores a la Segunda Guerra Mundial<sup>320</sup>, así como también con el lenguaje expreso de instrumentos más recientes. El Artículo 6 de la versión de 1996 del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI prevé la responsabilidad penal del superior en los casos en que ‘contribuye directamente’ a la comisión de los crímenes por sus subordinados. Del mismo modo, el Artículo 28 del Estatuto de la CPI postula la responsabilidad del superior solamente respecto de los crímenes de los subordinados cometidos ‘en razón’ del incumplimiento del jefe militar. No debe sorprender, por consiguiente, que en su primera jurisprudencia la CPI aceptase que se exigía algún tipo de relación de

<sup>317</sup> *Ibíd.*, parág. 740.

<sup>318</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parágs. 398-400.

<sup>319</sup> Véase TPIY, *Blaškić, AC*, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, parág. 77; TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, Appeal Judgement, Case No. IT-01-47-A, 23 de abril de 2008, parágs. 38-43.

<sup>320</sup> Véase Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, págs. 82-87.

causalidad entre la comisión de los crímenes base y el no haber ejercido un control apropiado por parte del jefe militar<sup>321</sup><sup>322</sup>.

Si bien reconocen que el TPIY descartó el nexo de causalidad, Cryer y otros sostienen que debería mantenerse del siguiente modo:

"En el caso *Orić*, la Sala de Primera Instancia estaba segura que no había un requisito de relación causal para ninguno de los tipos de responsabilidad del superior, puesto que, 'aun respecto de no haber prevenido, exigir la existencia de una relación causal iría en contra del fundamento mismo de este tipo de responsabilidad del superior en tanto responsabilidad penal por omisión'<sup>323</sup>. Ya sea que esto refleje o no el derecho vigente, parecería malinterpretar la idea de causalidad negativa, según la cual una omisión permite que algo ocurra. Dejar una ventana abierta permite que la lluvia entre, aun si no causa un cambio en las condiciones climáticas. No obstante, la Sala de Apelaciones en el caso *Hadžihasanović y otros* confirmó este punto de vista según el cual no existe un requisito de causalidad<sup>324</sup><sup>325</sup>.

Meloni especifica que la CPI ha sostenido que el requisito de causalidad solamente se aplica a la omisión de prevenir:

"La Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares [en el caso *Bemba*] consideró que el requisito de causalidad 'solamente se refiere al deber del jefe militar de prevenir la comisión de crímenes futuros'<sup>326</sup>. En opinión de la Sala, sería ilógico concluir que el no haber reprimido (lo que significa también no haber castigado) crímenes o no haber puesto el asunto en conocimiento de las autoridades competentes puede causar retroactivamente los crímenes cometidos por los subordinados<sup>327</sup><sup>328</sup>.

Según Mettraux, el requisito de causalidad debería aplicarse tanto a la omisión de prevenir como a la de castigar:

"[...] Cuando el acusado es imputado por no haber prevenido los crímenes de sus subordinados, deberá establecerse que su incumplimiento fue un factor que contribuyó significativamente –a pesar de no haber sido necesariamente el

<sup>321</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 423.

<sup>322</sup> Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 81.

<sup>323</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio 2006, parág. 338.

<sup>324</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-47-A, 22 de abril de 2008, parág. 39.

<sup>325</sup> Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 393.

<sup>326</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 424.

<sup>327</sup> *Ibid.* No obstante, la Sala consideró, en consonancia con la jurisprudencia del TPIY sobre el punto, que el que un superior no adopte las medidas requeridas durante y después de los crímenes puede tener un impacto causal en la comisión de nuevos crímenes, en el sentido de que es probable que aumente el riesgo de que se cometan nuevos crímenes en el futuro. Se hace referencia a constataciones similares del TPIY, en particular en el caso *Hadžihasanović*.

<sup>328</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 176.

único— a la comisión del crimen. En los casos en los que un superior ha sido imputado por no haber castigado crímenes, deberá establecerse que éste fue un factor que contribuyó significativamente a que las autoridades competentes no hubiesen investigado los crímenes, e identificado y castigado a su autor”<sup>329</sup>.

Ambos describe el examen que debe realizarse del siguiente modo:

"[...] En concreto, la acusación —de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida de la *conditio* o el test ‘de no haber sido por’— debe demostrar que los crímenes no se habrían cometido si el superior hubiese ejercido un control apropiado de sus subordinados. Por consiguiente, la fórmula de la *conditio* debe invertirse. Si bien normalmente un acto positivo causa una consecuencia determinada, esto es, la consecuencia no habría ocurrido sin ese acto, en el caso de la omisión el argumento funciona de manera inversa: la omisión ‘causa’ la consecuencia puesto que el acto omitido habría impedido que ésta tuviese lugar. [...] En consecuencia, basta que la falta de supervisión del superior aumentase el riesgo de que los subordinados cometieran determinados crímenes. Todo umbral más exigente estiraría excesivamente el requisito de causalidad, puesto que estamos lidiando con una causación hipotética de hechos ‘en el mundo imaginario’: es empíricamente imposible decir qué es lo que habría ocurrido si el superior hubiese cumplido su deber de supervisión. En otras palabras, la existencia de una relación causal precisa entre la no supervisión y la comisión de los crímenes difícilmente pueda probarse *ex post*”<sup>330</sup>.

Sin embargo, Ambos advierte:

"[...] hay casos en los que la fórmula pura de la *conditio* (invertida) podría llevar a resultados insatisfactorios. En esos casos, la teorías normativas de la imputación (objetiva) o de la causa próxima podrían resultar útiles”<sup>331</sup>.

<sup>329</sup> Mettraux, 2009, p. 263 (se omite la nota a pie de página), nota 320 *supra*.

<sup>330</sup> Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (Comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 860 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>331</sup> *Ibíd.*, pág. 861 (se omiten las notas a pie de página).

## 8. Actos de omisión

**El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ese crimen, o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.**

Palabras clave: Materialmente posible – Exigido en virtud del grado de control efectivo y capacidad material – La capacidad material debe evaluarse caso por caso – Medidas necesarias y razonables – Factores a tomarse en consideración – Momento a partir del cual – Carga de la prueba

### Jurisprudencia Internacional

Tras la Segunda Guerra Mundial, los tribunales sostuvieron como principio fundamental que un superior no puede estar obligado a realizar lo imposible<sup>332</sup>. El Tribunal Militar de los Estados Unidos, en el caso de *Wilhelm von Leeb y otros trece*, afirmó que, cuando los subordinados actúan de conformidad con órdenes criminales impartidas desde lo alto de la cadena de mando -pasando por encima del jefe-, el jefe aún conserva la obligación de adoptar todas las medidas posibles en esas circunstancias:

"Las opciones que tiene para oponerse en este caso son pocas: (1) puede contramandar la orden; (2) puede renunciar; (3) puede sabotear el cumplimiento de la orden dentro de un ámbito algo limitado [...]. Según los principios básicos de la responsabilidad y autoridad del superior, un oficial que se mantiene al margen mientras sus subordinados ejecutan una orden criminal de sus superiores que él sabe que es criminal, viola una obligación moral impuesta por el derecho internacional. No puede evitar la responsabilidad internacional simplemente omitiendo actuar"<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> In *re Yamashita*, 327 U.S. 1, 15 (1945) (en referencia al "deber de adoptar las medidas que estén a su alcance para controlar a las tropas bajo su mando"); The Medical Case, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. II, pág. 212 ("las leyes de la guerra imponen al oficial militar que esté en una posición de jefe la obligación positiva de adoptar todas las medidas que estén dentro del ámbito de su potestad").

<sup>333</sup> *Juicio de Wilhelm von Leeb y Otros Trece (The German High Command Trial)*, Tribunal Militar de los Estados Unidos (1948), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Volumen XII, págs. 74-75.

Para evaluar la omisión del jefe, en primer lugar es necesario que la acción del superior hubiese sido materialmente posible, tal como sostuvo la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Mucić y otros ("Čelebići")*:

"Sin embargo, debe reconocerse que el derecho internacional no puede obligar a un superior a realizar lo imposible. Por lo tanto, un superior sólo puede ser responsabilizado penalmente por no haber adoptado las medidas que estaban a su alcance. Surge entonces la pregunta acerca de cuáles son las acciones al alcance del superior en este sentido. Como corolario del estándar adoptado por la Sala de Primera Instancia con respecto al concepto de superior, concluimos que un superior debería ser responsabilizado por no haber adoptado las medidas que estaban dentro de sus *posibilidades materiales*. En este punto, la Sala se aparta de la postura de la CDI [*Comisión de Derecho Internacional*], y considera que la ausencia de una competencia legal formal para adoptar las medidas necesarias para prevenir o reprimir el crimen en cuestión no excluye necesariamente la responsabilidad penal del superior"<sup>334</sup>.

En cuanto a la conexión entre las potestades del jefe y su omisión de adoptar medidas, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Delalić y otros ("Čelebići")* sostuvo:

"En última instancia, la doctrina de la responsabilidad del superior se basa en el poder del superior de controlar los actos de sus subordinados. A un superior se le impone el deber de ejercer este poder a fin de prevenir y reprimir los crímenes cometidos por sus subordinados, y si no lo cumpliera diligentemente será sancionado mediante la imposición de responsabilidad penal individual de acuerdo con dicha doctrina"<sup>335</sup>.

En un sentido similar, la Sala de Apelaciones del caso *Aleksovski* afirmó:

"El párrafo 3) del Artículo 7 prevé los requisitos legales de la responsabilidad del superior, y así le otorga a la palabra 'jefe' un significado jurídico, en el sentido de que la disposición deviene aplicable solamente cuando un superior, actuando con el elemento subjetivo exigido, no hubiese ejercido sus poderes para prevenir que sus subordinados cometieran delitos o para castigarlos luego de su comisión. Esto necesariamente implica que el superior debe tener esos poderes con anterioridad a la omisión de ejercerlos"<sup>336</sup>.

En línea con la jurisprudencia del TPIY, la Sala de Primera Instancia del TPIR que intervino en el caso *Ntagerura y otros* reconoció el control efectivo del superior determina las medidas que debía adoptar:

<sup>334</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párrs. 394-395 (énfasis añadido); confirmado, por ejemplo, en TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 122; también citado en TPIY, *Limaj et al.*, Appeal Judgement, Case No. T-03-66-A, 27 de septiembre de 2007, parág. 273; véase también TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 95, en el que se sostiene que el superior tiene el deber de adoptar las medidas posibles en las circunstancias dadas; TPIY, *Blažević and Jokić*, TC I, Judgement, Case No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, parág. 793; TPIY, *Brđanin*, TC II, Judgement, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 279.

<sup>335</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići")*, TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 377.

<sup>336</sup> TPIY, *Aleksovski*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, parág. 76.

"es el grado de control efectivo lo que debe guiar a la Sala en su evaluación de si el superior adoptó medidas razonables para impedir, frenar o castigar un crimen por parte de sus subordinados"<sup>337</sup>.

En cuanto a las medidas adoptadas por el superior, en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en **Bemba** la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI sostuvo que:

"[...] las medidas adoptadas por el superior no dependen de su 'naturaleza disciplinaria o penal' siempre y cuando hayan sido necesarias y razonables según las circunstancias del caso. [...] Más bien, la Sala considera que la evaluación de las medidas adoptadas por el Sr. Jean-Pierre Bemba debe basarse, primero y principal, en sus capacidades materiales"<sup>338</sup>.

En **Dorđević**, la Sala de Primera Instancia del TPIY especificó:

"Un superior puede ser responsabilizado por no haber adoptado medidas, incluso si no hubiera tenido capacidad legal explícita para hacerlo, si se demuestra que la adopción de esas medidas estaba dentro de su capacidad material. Tal como fue sostenido por la Sala de Apelaciones, 'las medidas "necesarias" son aquellas medidas apropiadas para que el superior cumpla su obligación (demostrando que genuinamente intentó prevenir o castigar), y las medidas "razonables" son aquellas que razonablemente caen dentro de su órbita de poder material'. Cualquier medida que un superior adopte, sin embargo, debería ser específica y estar fuertemente vinculada con los actos que se intentan prevenir. Además, es el grado de control efectivo lo que debe guiar a la Sala en su evaluación de si las medidas que el acusado adoptó eran las necesarias y razonables en esas circunstancias"<sup>339</sup>.

En el mismo sentido, la Sala de Primera Instancia del TESL en el caso **Taylor** precisó:

"En general, puede decirse que aquellas medidas que se exige que los superiores adopten se limitan a las que, en las circunstancias concretas, están dentro de su capacidad material, incluyendo aquellas que excedan sus poderes formales. El tipo y alcance de las medidas que deben adoptarse dependerá del grado de control efectivo ejercido por el superior en el momento relevante, y de la gravedad e inminencia de los crímenes que se proponían cometer"<sup>340</sup>.

En la Sentencia en **Bemba**, la Sala de Primera Instancia de la CPI aclaró desde el inicio que:

<sup>337</sup> TPIR, *Ntagerura et al.*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004, parág. 630 (se omite la nota a pie de página); con cita a TPIR, *Semanza*, TC, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, parág. 406; véase también TPIR, *Kayishema and Ruzindana*, TC, Judgement, Case No. Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 217; TPIR, *Ntakirutimana*, TC I, Judgement, Cases No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, 21 de febrero de 2003, parág. 438.

<sup>338</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 495 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>339</sup> TPIY, *Dorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1887.

<sup>340</sup> TESL, *Taylor*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, parág. 501.

“[...] si el jefe militar hubiese cumplido su obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance, no podría ser responsabilizado, aun si los crímenes se hubiesen producido de todas maneras, o si en definitiva sus autores no hubiesen sido castigados”<sup>341</sup>.

Varias Salas de los tribunales *ad hoc* sostuvieron que la capacidad material debe ser evaluada individualmente en cada caso, por ejemplo:

"La capacidad material no debe ser considerada de manera abstracta sino que debe ser evaluada caso por caso, dependiendo de las circunstancias"<sup>342</sup>.

Entre los factores a considerar como ejemplos de capacidad material, la Sala de Apelaciones del caso **Strugar ("Dubrovnik")** señaló:

"En relación con la capacidad de emitir órdenes, para determinar si el superior tenía la capacidad material para prevenir o castigar podría ser relevante, por ejemplo, evaluar la naturaleza de las órdenes que el superior tiene la capacidad de emitir, la naturaleza de su capacidad para hacerlo, y si sus órdenes eran acatadas en la práctica"<sup>343</sup>.

En cuanto a la necesidad de evaluar la capacidad material del acusado en cada caso, la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso **Renzaho** consideró que el acusado:

"tenía la capacidad legal de dar órdenes a los gendarmes, aunque éstos permanecieran bajo el mando operativo de sus oficiales. Además, como oficial del Ejército, tenía el derecho y el deber de hacer cumplir a todos los soldados jerárquicamente inferiores las normas generales de disciplina, incluso a aquellos soldados que no estuvieran bajo su autoridad operativa. No obstante, dada su posición dentro de la administración civil y las limitaciones formales de su autoridad sobre los gendarmes, la Sala no está convencida más allá de toda duda razonable que el control efectivo de Renzaho se extendiera a todos los gendarmes o a cada uno de los soldados de rango inferior. Por el contrario, la Sala debe evaluar su autoridad sobre estos individuos caso por caso"<sup>344</sup>.

En relación con los términos “necesarias” y “razonables”, en **Bagilishema** la Sala de Primera Instancia del TPIR los definió:

"'necesarias' son aquellas medidas apropiadas para que el superior cumpla su obligación de prevenir o castigar según las circunstancias imperantes en ese

<sup>341</sup> CPI, *Bemba, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343*, 21 de marzo de 2016, parág. 200.

<sup>342</sup> TPIY, *Aleksovski, TC, Judgment, Case No. IT-95-14/1-T*, 25 de junio de 1999, parág. 81 (énfasis añadido); véase también TPIY, *Aleksovski, AC, Appeal Judgment, Case No. IT-95-14/1-A*, 24 de marzo de 2000, parág. 73-74; TPIY, *Blaškić, AC, Appeal Judgment, Case No. IT-95-14-A*, 29 de julio de 2004, parág. 72; TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići"), AC, Appeal Judgment, Case No. IT-96-21-A*, 20 de febrero de 2001, parág. 206; TPIY, *Hadžihasanović and Kubura, TC, Judgment, Case No. IT-01-47-T*, 15 de marzo de 2006, parág. 123; TPIY, *Halilović, TC I, Judgment, Case No. IT-01-48-T*, 16 de noviembre de 2005, parág. 74 (considerando esto “firmemente establecido”), confirmado en TPIY, *Halilović, AC, Appeal Judgment, Case No. IT-01-48-A*, 16 de octubre de 2007, parág. 175.

<sup>343</sup> TPIY, *Strugar, AC, Appeal Judgment, Case No. IT-01-42-A*, 17 de julio de 2008, parág. 254; del mismo modo en TPIY, *Delić, TC I, Judgment, Case No. IT-04-83-T*, 15 de septiembre de 2008, parág. 76.

<sup>344</sup> TPIR, *Renzaho, TC I, Judgment, Case No. ICTR-97-31-T*, 14 de julio de 2009, parág. 755.

momento; y '*razonables*' son aquellas medidas que el jefe estaba en condiciones de adoptar en esas circunstancias"<sup>345</sup>.

La Sala de Apelaciones del caso ***Blaškić*** reconoció que:

"[cuáles son las 'medidas necesarias y razonables' no] es una cuestión de derecho sustantivo sino de prueba"<sup>346</sup>.

Además, la Sala de Apelaciones que intervino en el caso ***Halilović*** afirmó que:

"Las medidas 'necesarias' son aquellas medidas apropiadas para que el superior cumpla su obligación (demostrando que genuinamente intentó prevenir o castigar), y las medidas 'razonables' son aquellas que razonablemente caen dentro de su órbita de poder material"<sup>347</sup>.

En la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso ***Bemba*** la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI sostuvo:

"La Sala considera que la evaluación de cuáles son esas 'medidas necesarias y razonables' debe hacerse en concreto. Un jefe militar, o quien actúe como jefe militar, solamente será responsable en los términos del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto si no adoptó las medidas que estaban 'dentro de sus posibilidades materiales'. La evaluación que haga la Sala sobre qué era lo materialmente posible dependerá del grado de control efectivo que tenía el superior sobre las fuerzas al momento en que nació su deber. Esto sugiere que la evaluación sobre cuáles eran las medidas necesarias y razonables se basará tanto en su poder *de iure* como en su capacidad *de facto* de adoptar esas medidas"<sup>348</sup>.

En relación con los factores a tener en cuenta a la hora de determinar si se adoptaron todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso ***Strugar ("Dubrovnik")*** afirmó:

"Algunos de los factores relevantes para la evaluación de la Sala son: si se impartieron órdenes específicas prohibiendo o frenando las actividades criminales; qué medidas se adoptaron para asegurar la implementación de estas órdenes; qué otras medidas se adoptaron para asegurar la interrupción de los actos ilícitos y si estas medidas eran razonablemente suficientes en las circunstancias específicas; y, después de la comisión del crimen, qué medidas se

<sup>345</sup> TPIR, *Bagilishema*, TCI, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 47 (énfasis añadido).

<sup>346</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 72; véase también TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 124; TPIY, *Halilović*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 63-64; TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-47-A, 22 de abril de 2008, parág. 33, TPIY, *Orić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 177.

<sup>347</sup> TPIY, *Halilović*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 63; confirmada en TPIY, *Orić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 177.

<sup>348</sup> ICC, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 443 (se omiten las notas a pie de página).

adoptaron para asegurar una investigación adecuada y el enjuiciamiento de los autores"<sup>349</sup>.

La sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović y Kubura* reconoció la relevancia del derecho interno como fuente para identificar cuáles son los deberes vigentes:

"Para determinar qué medidas debe adoptar el superior es relevante realizar un *examen del derecho interno*. [...] [E]l derecho interno del Estado establece las facultades y deberes de los representantes civiles o militares de ese Estado, mientras que el derecho internacional establece las formas en las que esos deberes y facultades pueden ser ejercidos dentro del ámbito que éste regula"<sup>350</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TESL en el caso *Fofana y Kondewa* enumeró posibles incumplimientos a la luz del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto del TESL:

"[...] no haberse asegurado informes sobre si las acciones militares se ajustaban al derecho internacional, no haber emitido órdenes dirigidas a que las prácticas relevantes se ajustaran al derecho internacional, no haber protestado contra, o criticado, las acciones criminales, no haber adoptado medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo su mando, y no haber insistido ante la autoridad superior con la necesidad de actuar de forma inmediata. Para la Sala, la obligación de prevenir que los subordinados obedezcan órdenes ilegales emanadas de otros superiores forma parte del deber de prevenir que los subordinados cometan crímenes"<sup>351</sup>.

La Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Hadžihasanović y Kubura ("Bosnia Central")* se basó en la necesidad de un análisis de cada caso en concreto para determinar si las medidas disciplinarias pueden ser suficientes para satisfacer el deber de castigar:

"No puede rechazarse la posibilidad que, según las circunstancias del caso, la adopción de medidas disciplinarias sea suficiente para dar por cumplido el deber del superior de castigar los crímenes a la luz del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto. En otras palabras, el hecho de que las medidas adoptadas hayan sido exclusivamente de carácter disciplinario, o penal, o una combinación de ambos, no puede en sí mismo ser un factor determinante a la hora de evaluar si un

<sup>349</sup> TPIY, *Štrugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 378; confirmada por TPIY, *Halilović*, TCI, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 74.

<sup>350</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 137 y las citas allí consignadas.

<sup>351</sup> TESL, *Fofana and Kondewa*, TCI, Judgement, Case No. SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, parág. 248 (se omiten las notas a pie de página), con cita a TPIY, *Štrugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 374; la jurisprudencia desarrollada por los tribunales militares luego de la Segunda Guerra Mundial; y además, véase TPIY, *Limaj et al.*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, parág. 528; TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 331; TPIY, *Halilović*, TCI, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 89.

superior ha cumplido su deber de prevenir o castigar en los términos del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto”<sup>352</sup>.

La Sala de Apelaciones también sostuvo que:

"[...] podría haber situaciones en las que un superior debe emplear la fuerza contra sus subordinados en violación del derecho internacional humanitario. Un superior puede no tener alternativa más que utilizar la fuerza para prevenir o castigar la comisión de crímenes de sus subordinados. Este tipo de uso de la fuerza es lícito con arreglo al derecho internacional humanitario en la medida en que cumpla los principios de proporcionalidad y precaución, e incluso podría demostrar que un superior tiene la capacidad material de prevenir y castigar la comisión de crímenes”<sup>353</sup>.

En particular, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en **Bemba** manifestó que:

"La Sala considera que, independientemente de la advertencia que Jean-Pierre Bemba hiciera a sus tropas en el sentido de que todo soldado que se involucrara en conductas indebidas sería arrestado y juzgado según el derecho militar del Movimiento, sólo dos jefes fueron suspendidos de manera preventiva y siete soldados fueron acusados por saqueos ante un tribunal militar de Gbadolite. En este sentido, la Sala recuerda la conclusión a la que arribó la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos *Kubura* y *Halilovic*, donde afirmó que las medidas adoptadas por el superior no dependen de su 'naturaleza disciplinaria o penal', siempre y cuando hayan sido necesarias y razonables según las circunstancias del caso. Por lo tanto, el hecho de que Jean-Pierre Bemba haya adoptado solamente medidas disciplinarias contra los dos jefes o cualquier otra medida de carácter específico, si acaso, no será definitorio en el análisis que esta Sala haga en el presente caso. Más bien, la Sala considera que la evaluación de las medidas adoptadas por Jean-Pierre Bemba debe basarse, antes que nada, en sus capacidades materiales. Asimismo, las medidas necesarias y razonables eran aquellas 'con aptitud para contener la situación' en ese momento, en términos de la prevención y/o represión de los crímenes y que, por lo tanto, estaban dentro de su alcance y capacidades. La Sala considera que este no es el caso, y que Jean-Pierre Bemba hizo caso omiso a la magnitud y gravedad de los crímenes cometidos. Durante su visita en noviembre de 2002, optó por medidas que no eran razonablemente proporcionadas a aquellos crímenes. A esto le sucedió una actitud pasiva en relación con la prevención de los crímenes que se cometerían en lo sucesivo y con su represión. Según la prueba aportada, dichas medidas adoptadas por Jean-Pierre Bemba, que fueron desproporcionadas en relación con los saqueos, fueron las únicas medidas a las que acudió durante el período

<sup>352</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Appeal Judgement, IT-01-47-A, 22 de abril de 2008, parág. 33.

<sup>353</sup> *Ibid.*, parág. 228.

de cinco meses de intervención y, consecuentemente, los crímenes se continuaron cometiendo con posterioridad"<sup>354</sup>.

En la Sentencia en **Bemba**, la Sala de Primera Instancia coincidió con la constatación de la Sala de Cuestiones Preliminares de que el acusado no había adoptado todas las medidas razonables y necesarias. Además, consideró que las medidas adoptadas no habían sido ejecutadas de manera adecuada o sincera:

"[...] las medidas que el Sr. Bemba adoptó eran una respuesta groseramente inadecuada frente a la información consistente de crímenes generalizados cometidos por los soldados del MLC en la República Centroafricana, de los que el Sr. Bemba tenía conocimiento. Lo inadecuado de las medidas mínimas adoptadas por el Sr. Bemba se ve agravado por indicios [...] que indican que no eran genuinas, por la forma en que tales medidas fueron ejecutadas, y por el hecho de que solamente las alegaciones públicas de los crímenes cometidos por los soldados del MLC generaron algún tipo de reacción, y solamente de alcances limitados"<sup>355</sup>.

La Sala de Primera Instancia analizó con mayor profundidad la intención que subyacía a las medidas:

“La Sala también pone de relieve las pruebas que corroboran que las medidas a las que se hiciera referencia más arriba estaban motivadas principalmente por el deseo del Sr. Bemba de responder a alegaciones públicas y rehabilitar la imagen pública del MLC. El hecho de que el Sr. Bemba utilizase tales medidas mínimas e inadecuadas como base para responder a todas las alegaciones de crímenes por parte del MLC, junto con las pruebas que indican los motivos subyacentes a ordenar tales medidas, ilustra que una intención clave detrás de las medidas que el Sr. Bemba adoptó era proteger la imagen del MLC. Su intención principal no era genuinamente adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de crímenes, como era su deber”<sup>356</sup>.

En la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso **Ntaganda**, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que:

"[l]as medidas de carácter limitado adoptadas por el Sr. Ntaganda son insuficientes como medidas necesarias y razonables a su alcance. Las medidas disciplinarias fueron adoptadas para remediar el incumplimiento por parte de los miembros de la UPC/FPLC de órdenes, o porque se sospechaba que algunos de ellos eran enemigos y, por consiguiente, no fueron adoptadas en respuesta a los crímenes imputados. En particular, si bien el Sr. Ntaganda ordenó la detención de varios miembros de la UPC/FPLC sospechados por tentativas de violación, el 21 de diciembre de 2002, subsiguientemente informó a una de esas personas que había sido promovida el 11 de febrero de 2003, lo que indica, como

<sup>354</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 495 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>355</sup> CPI, *Bemba*, TC III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 727.

<sup>356</sup> *Ibíd.*, parág. 728.

mínimo, que esa persona no fue castigada. Además, a pesar de la orden del Sr Ntaganda de detener el pillaje en el Primer ataque, los jefes de alto rango continuaron cometiendo actos de pillaje y ninguno de ellos fue de hecho castigado por esa conducta”<sup>357</sup>.

En la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso **Gbagbo**, la Sala de Cuestiones Preliminares constató un incumplimiento del deber de cooperar con las investigaciones internacionales:

“Las pruebas indican que los intentos de investigación de la ONU fueron obstruidos activamente por las fuerzas que apoyaban a Gbagbo.

A finales de diciembre de 2010, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU envió cartas a Laurent Gbagbo y otros jefes militares de alto rango de las FDS, recordándoles sus obligaciones e informándoles sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por miembros de unidades de las FDS. Si bien parecería que se hicieron algunas investigaciones en respuesta a la carta, las pruebas también sugieren que las acusaciones contra las fuerzas que apoyaban a Gbagbo fueron en general rechazadas por los partidarios de Gbagbo”<sup>358</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso **Kvočka y otros** consideró que el superior debe actuar a partir del momento que "sabía o tenía razones para saber" sobre los crímenes cometidos, o que iban a ser cometidos por sus subordinados<sup>359</sup>.

En cuanto a cuál es el momento a partir del cual el superior debe actuar, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en su Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso **Bemba** sostuvo:

"En su memorial escrito, la defensa alegó que Jean-Pierre Bemba había convocado al Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para que iniciara una investigación internacional sobre los crímenes cometidos en la República Centroafricana durante la intervención de 2002-2003"<sup>360</sup>.

"En relación con esta alegación, la Sala observa que la misiva recién fue enviada el 4 de enero de 2003, esto es, más de dos meses después del inicio de la intervención de 2002-2003 en la República Centroafricana. En opinión de la Sala, Jean-Pierre Bemba tenía capacidad material para activar investigaciones internas sobre las denuncias que se estaban haciendo en ese momento, tal como ya lo había hecho con anterioridad durante la primera semana de la intervención de 2002-2003 en la República Centroafricana (aunque dicha medida no fue proporcional). Sin embargo, entre principios de noviembre de 2002 y durante el resto del período de la intervención, omitió hacerlo. Por lo tanto, el envío de una

<sup>357</sup> CPI, *Ntaganda*, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 173 (se omite la nota a pie de página).

<sup>358</sup> CPI, *Gbagbo*, PTC I, *Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014, parág. 173 (se omite la nota a pie de página).

<sup>359</sup> TPIY, *Kvočka et al.*, TC, *Judgement*, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 317.

<sup>360</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 497 (se omiten las notas a pie de página).

misiva a las Naciones Unidas requiriendo una investigación internacional, y encima dos meses después del comienzo de la intervención, no es en opinión de la Sala ni una medida necesaria ni una medida razonable"<sup>361</sup>.

Para afirmar que hubo un incumplimiento del deber de adoptar medidas, es preciso verificar cuáles eran todas las medidas necesarias y razonables posibles, por una parte, y cuáles las medidas adoptadas, por la otra. Con respecto a los casos donde el acusado no hubiera adoptado ninguna medida, la Sala de Apelaciones del TPIR sostuvo en *Nahimana y otros* que:

"Habiendo determinado que el apelante [Nahimana] tenía el poder para prevenir o castigar la difusión del discurso criminal por parte de la RTL [Radio Télévision Libre des Mille Collines], la especificación hecha por la Sala de Primera Instancia con respecto a cuáles eran las medidas necesarias y razonables que podía haber adoptado, se torna innecesaria. Es suficiente con que se determine que no adoptó ninguna medida en absoluto"<sup>362</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TPIR en *Bagosora y otros* consideró que el acusado:

"incumplió su deber de prevenir los crímenes porque, de hecho, participó en ellos. No existe absolutamente ninguna evidencia de que los autores hubiesen sido castigados con posterioridad"<sup>363</sup>.

Como destacó la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Ntagerura y otros*, la Fiscalía tiene la carga de la prueba del incumplimiento por parte del acusado:

"La Sala considera que la Fiscalía no logró demostrar más allá de toda duda razonable que Bagambiki omitió adoptar las medidas necesarias y razonables para castigar a Kamana por su rol en la masacre. La Sala observa que Bagambiki suspendió a Kamana. La suspensión era la medida disciplinaria más grave que un prefecto podía adoptar según la legislación de la comuna. La suspensión de un *bourgmestre* conlleva un procedimiento disciplinario que permite que el *bourgmestre* dé explicaciones sobre sus acciones y apele a las autoridades superiores. Como tal, la suspensión es uno de los componentes de un proceso más amplio, que involucra a otras autoridades además de, y más allá del, prefecto. La Sala no cuenta con evidencia sobre lo que sucedió luego de la suspensión, ni con relación a si Bagambiki adoptó además otras medidas. La Fiscalía no ha aportado pruebas adicionales que indiquen qué otras formas posibles de sanción Bagambiki tenía a disposición en su calidad de prefecto, ni que indiquen que Bagambiki hubiese omitido adoptarlas"<sup>364</sup>.

<sup>361</sup> *Ibid.*, parág. 498.

<sup>362</sup> TPIR, *Nahimana et al.*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, parág. 792.

<sup>363</sup> TPIR, *Bagosora et al.*, TC I, Trial Judgement, Case No. ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, parág. 2040 (Bagosora), parág. 2067 (Ntabakuze) y parág. 2083 (Nsengiyumva).

<sup>364</sup> TPIR, *Ntagerura et al.*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004, parág. 650 (se omiten las notas a pie de página).

## *Deberes independientes: los deberes de prevenir, de reprimir y de castigar*

Palabras clave: No son deberes alternativos – Prevenir es para crímenes futuros y castigar es para crímenes pasados – Facetas distintas pero relacionadas – Tres deberes con arreglo al Estatuto de Roma

### Jurisprudencia Internacional

Con arreglo a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la responsabilidad del superior abarca dos deberes independientes: un deber de prevenir y un deber de castigar. La Sala de Primera Instancia del TPIY en **Blaškić** hizo hincapié en que la obligación de 'prevenir o castigar' no otorga al acusado dos opciones alternativas y equivalentemente satisfactorias:

"Obviamente, si el acusado sabía o tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer crímenes y no lo impidió, no puede subsanar esa omisión con el posterior castigo de sus subordinados"<sup>365</sup>.

En lo que atañe al marco temporal relevante para cada uno de los deberes, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso **Blaškić** afirmó:

"Sólo es posible iniciar acciones disciplinarias o penales después que la infracción haya sido descubierta, y un infractor es quien incumple un precepto legal. Además, es ilógico argüir simultáneamente que 'la responsabilidad de un superior por no haber castigado constituye una subcategoría de su responsabilidad por no haber prevenido la comisión de actos ilícitos', y que 'no haber castigado acarreará responsabilidad penal solamente en la medida que haya traído como consecuencia la no prevención de futuros crímenes'. El no castigar y el no prevenir involucran crímenes diferentes cometidos en momentos diferentes: no castigar tiene que ver con los crímenes cometidos en el pasado por los subordinados, mientras que no prevenir concierne a los delitos que en el futuro sean cometidos por los subordinados"<sup>366</sup>.

En cuanto a la relación entre 'prevenir' y 'castigar', la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso **Semanza** señaló:

"La obligación de prevenir y de castigar no forma un conjunto de opciones alternativas. Si un superior es consciente que un crimen está por cometerse, o está siendo cometido, debe adoptar las medidas necesarias y razonables para frenarlo o prevenirlo. Un superior con conocimiento y capacidad material para

<sup>365</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 336; cf. también TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 461.

<sup>366</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 83 (se omiten las notas a pie de página).

prevenir la comisión del crimen no cumple su responsabilidad simplemente porque decida castigar a sus subordinados luego de la comisión del crimen"<sup>367</sup>.

La distinción entre los dos deberes fue afirmada por la Sala de Primera Instancia del TPIY que intervino en el caso *Hadžihasanović y Kubura*:

"La jurisprudencia del tribunal ha establecido claramente que el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto distingue entre dos deberes diferentes del superior. Recientemente la Sala de Primera Instancia reafirmó sin ambigüedades esta distinción, al sostener que el párrafo 3) del Artículo 7 *no le otorga al superior dos opciones alternativas, sino que contiene dos obligaciones jurídicas distintas: (1) impedir la comisión del crimen y (2) castigar a quienes lo perpetraron*. Para el superior, el deber de prevenir surge a partir del momento en que adquiere conocimiento o razones suficientes para sospechar que un crimen está siendo cometido, o está por cometerse, mientras que el deber de castigar surge luego de la comisión del crimen"<sup>368</sup>.

En *Orić*, la Sala de Primera Instancia describió la relación entre el deber de prevenir y el deber de castigar como 'consecutiva', 'distinta' y 'relacionada':

"Las obligaciones del superior son más bien consecutivas: su deber principal es el de intervenir tan pronto como tome conocimiento de los crímenes que están por cometerse, mientras que la adopción de medidas sancionatorias sólo puede ser suficiente, subsidiariamente, si el superior tomó conocimiento de los crímenes luego de su comisión. En consecuencia, el superior no puede remediar su omisión de prevenir los crímenes de un subordinado castigando luego al subordinado por su crimen. Así, no haber prevenido o castigado son dos aspectos distintos pero relacionados de la responsabilidad del superior, que son correlativos con la etapa de comisión del crimen por parte del subordinado. Así, el deber de prevenir concierne a los crímenes futuros, mientras que el deber de castigar tiene que ver con los crímenes cometidos por los subordinados en el pasado"<sup>369</sup>.

En un sentido similar, la Sala de Primera Instancia del caso *Dorđević* enfatizó el hecho de que el deber de prevenir y el de castigar no son "obligaciones alternativas"<sup>370</sup>.

Sobre la relación entre los deberes de prevenir y castigar, la Sala de Primera Instancia del TESL en el caso *Sesay y otros* sostuvo:

"A la luz del párrafo 3) del Artículo 6, el superior tiene tanto la obligación de prevenir la comisión del delito como la de castigar a los perpetradores. Éstas no son obligaciones alternativas, ya que involucran crímenes diferentes cometidos en momentos diferentes: 'no castigar tiene que ver con los crímenes cometidos

<sup>367</sup> TPIR, *Semanza*, TC, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, parág. 407; confirmada en TPIR, *Baqilishema*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 49.

<sup>368</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 125, con referencia a TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 373.

<sup>369</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio 2006, parág. 326.

<sup>370</sup> TPIY, *Dorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1888.

por los subordinados en el pasado, mientras que no prevenir concierne a los delitos serán cometidos por los subordinados en el futuro'. El deber de prevenir surge para el superior a partir del momento en que adquiere conocimiento, o razones suficientes para sospechar, que un crimen está siendo cometido, o está por cometerse, mientras que el deber de castigar surge luego de la comisión del crimen. 'Un superior debe actuar a partir del momento en el que adquiere ese conocimiento. Sus obligaciones de prevención no se verán satisfechas si lo que hace es simplemente esperar para luego castigar'<sup>371</sup>.

Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso **Bemba** distinguió los tres deberes que un sospechoso podría incumplir: el de prevenir, el de reprimir y/o el de castigar:

"A fin de considerar a un sospechoso responsable a la luz de la responsabilidad por el mando, una vez que se compruebe la concurrencia del elemento subjetivo, es necesario probar que él o ella incumplió al menos uno de los tres deberes enumerados en el párrafo a) ii) del Artículo 28 del Estatuto: el deber de prevenir los crímenes, el deber de reprimir los crímenes o el deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento"<sup>372</sup>.

En cuanto a la relación entre estos deberes, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI sostuvo:

"En primer lugar, la Sala desea poner de relieve que los tres deberes que se derivan del párrafo a) ii) del Artículo 28 del Estatuto surgen en tres etapas distintas de la comisión de los crímenes: antes, durante y después. Por lo tanto, a la luz del párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto, el incumplimiento de uno de estos deberes es, en sí mismo, un crimen independiente. Un jefe militar o quien actúe como jefe militar podría entonces ser considerado penalmente responsable de conformidad con el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto por una o más infracciones a sus deberes respecto de los mismos crímenes base. En consecuencia, el no haber prevenido los crímenes respecto de los cuales el jefe sabía o hubiere debido saber, luego no puede ser subsanado cumpliendo el deber de reprimir o el de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes"<sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> TESL, *Sesay et al.*, TC I, Judgement, Case No. SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, parág. 314 (se omiten las notas a pie de página), con citas a la jurisprudencia del TPIY: TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 83; TPIY, *Limaj et al.*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, parág. 527; TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 445 - 446; TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 373.

<sup>372</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 435.

<sup>373</sup> *Ibid.*, parág. 436, con cita a TPIY, *Delić*, TC I, Judgement, Case No. IT-04-83-T, 15 de septiembre de 2008, parág. 69, y otras referencias.

## *El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de ese crimen; O*

Palabras clave: Cualquier momento antes de la comisión de un crimen – Lapso de tiempo limitado para cumplir la obligación – Planificación y preparación– Surge cuando el jefe sabía o debía haber sabido – Marco temporal – Deber de suprimir – Reiteración de crímenes previsible – Obligación general de prevenir – Obligación específica de prevenir – Factores relevantes

### Jurisprudencia Internacional

En cuanto al momento en el que surge el deber de prevenir, la Sala de Primera Instancia del TPIY en *Kordiz y Čerkez* sostuvo que:

"Debe interpretarse que el deber de prevenir está en cabeza del superior en cualquier etapa previa a la comisión de un crimen por parte de un subordinado, en la medida que el superior adquiriera conocimiento de que el crimen está siendo preparado o planificado, o que tenga motivos razonables para sospechar de las actividades de sus subordinados"<sup>374</sup>.

En el caso *Hadžihasanović y Kubura*, la Sala de Primera Instancia afirmó:

"En relación con el deber de prevenir, el superior claramente dispone de un tiempo limitado para llevarlo a cabo. Una vez que los subordinados cometieron el crimen, ya es demasiado tarde y el superior ha incumplido su deber. [...] En ningún caso el superior podría subsanar esa omisión con el posterior castigo de sus subordinados. De acuerdo con esto, si se determina que el superior no hizo nada para prevenir que sus subordinados cometieran el crimen, no tiene sentido examinar las medidas adoptadas para castigarlos. El superior ha incumplido su deber de prevenir y eso trae aparejada responsabilidad"<sup>375</sup>.

En *Orić*, la Sala de Primera Instancia:

"[...] exigió mayor precisión sobre aquello que el superior debe prevenir y sobre el momento en que debe hacerlo. [...] Aquello que debe prevenirse no puede ser solamente la consumación de un crimen, sino también su planificación y preparación, al menos por una cuestión de eficiencia. Además, un superior tiene el deber de adoptar medidas preventivas en cuanto él o ella sepa, o hubiere debido saber, que sus subordinados 'se proponían cometer' esos crímenes y, tal

<sup>374</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 445; confirmada en TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 373; TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, para 79.

<sup>375</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, Case No. Case No. TC, Judgement, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 126 (se omiten las notas a pie de página), con referencia a TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 336; y TPIR, *Kayishema and Ruzindana*, TC, Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 515.

como ya se dijo, eso abarca desde la planificación y preparación de los crímenes hasta su consumación. Por lo tanto, el superior, consciente de lo que podría ocurrir si no lo evita, debe intervenir ante una inminente planificación o preparación de tales crímenes. Esto significa, en primer lugar, que aquello que el superior debe prevenir no es sólo la ejecución y consumación de un crimen de un subordinado, sino su planificación o preparación previa. En segundo lugar, el superior debe intervenir tan pronto como sepa sobre la planificación o preparación de los crímenes que sus subordinados se proponen cometer, en la medida que tenga la capacidad efectiva de prevenir el comienzo, o la continuación, de la ejecución"<sup>376</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso **Bemba**, sostuvo:

"[...] que la obligación de prevenir nace cuando el jefe o quien actúe como jefe militar tomó conocimiento, o debió haber tomado conocimiento, de que las fuerzas bajo su control y mando/autoridad efectivos 'estaban cometiendo o se proponían cometer' los crímenes. Por lo tanto, esa obligación se activa en cualquier etapa previa a la comisión de los crímenes, y antes de que estos efectivamente hayan sido cometidos por las fuerzas del superior"<sup>377</sup>.

En la apelación en el caso **Sesay y otros**, la Sala de Apelaciones corrigió una condena dictada por la Sala de Primera Instancia por incumplimiento del deber de prevenir delitos cometidos después de que el acusado, Kallon, hubiese tenido control efectivo. Consideró que:

"Kallon es responsable por no haber prevenido el crimen de esclavitud hasta (e incluyendo) el último día en que, según se determinara, ejerció control efectivo sobre Rocky y las tropas del FRU que detuvieron a personas civiles en los campos del distrito de Kono. A partir de ese momento, el consiguiente daño causado por la continuación del crimen de esclavitud, cuya prevención incumplió en el momento en el cual tenía la capacidad de hacerlo, continúa siendo relevante a la hora de determinar la pena y reflejar adecuadamente la gravedad del delito. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia no ha fundado, ni mediante hechos concretos ni mediante la interpretación del derecho aplicable, su conclusión de que Kallon deba responder penalmente en los términos del párrafo 3) del Artículo 6 por los crímenes de esclavitud cometidos en el distrito de Kono con posterioridad a agosto de 1998"<sup>378</sup>.

En el caso **Strugar**, la Sala de Primera Instancia del TPIY especificó:

<sup>376</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 328.

<sup>377</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 437, con referencia a TPIY, *Delić*, TC I, Judgement, Case No. IT-04-83-T, 15 de septiembre de 2008, parág. 72.

<sup>378</sup> TESL, *Sesay et al.*, AC, Appeal Judgement, Case No. SCSL-04-15-A, 26 de octubre de 2009, parág. 875 (véase el tratamiento en los parágs. 872-876).

"El contenido del deber de prevenir dependerá de la capacidad material del superior para intervenir en una situación específica"<sup>379</sup>.

De manera similar, la Sala de Primera Instancia del caso *Dorđević* afirmó que:

"Si la capacidad material del acusado para intervenir solamente lo habilita a denunciar ante las autoridades competentes los crímenes inminentes o en curso, o crímenes base que conocía o debía conocer, entonces haber hecho esa denuncia puede ser suficiente para satisfacer el deber de prevenir"<sup>380</sup>.

En *Hadžihasanović y Kubura*, la Sala de Primera Instancia sostuvo:

"[a]l decidir no utilizar la fuerza contra sus tropas subordinadas y decidir, por el contrario, adoptar una actitud pasiva frente a la posibilidad de resolver la crisis en curso, el acusado Hadžihasanović no adoptó las medidas necesarias y razonables, a la luz de las circunstancias del caso, para prevenir la comisión de crímenes de homicidio y maltrato que tenía razones para creer que se aprestaban a cometer"<sup>381</sup>.

Sin embargo, la Sala de Primera Instancia también aclaró:

"Sin embargo, antes de considerar al acusado Hadžihasanović penalmente responsable, debemos preguntarnos tanto si el acusado Hadžihasanović pudo haber prevenido los crímenes de homicidio y maltrato a través del uso de la fuerza, y si el acusado Hadžihasanović tenía la capacidad material de utilizar la fuerza contra el destacamento conocido como El Mujahedin"<sup>382</sup>.

Sobre el "deber de suprimir", la Sala de Primera Instancia aclaró:

"La jurisprudencia traza una clara distinción entre el deber de prevenir y el deber de castigar: el primero surge antes de la comisión del crimen por parte del subordinado y el segundo, después. No obstante, la jurisprudencia también reconoce el deber de "suprimir", el cual estaría incluido dentro del deber de prevenir, aunque surja mientras el acto ilícito está siendo cometido. El deber que tiene el superior de suprimir debería ser considerado como un componente del deber de prevenir, ya que tiene como fin la prevención de nuevos actos ilícitos"<sup>383</sup>.

La Sala de Primera Instancia lidió con posibles situaciones en las que tanto el deber de prevenir como el deber de sancionar tuvieran un nexo causal (típicamente, situaciones

<sup>379</sup> TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 374 (con referencias a factores tomado en consideración por los tribunales militares en la posguerra de la Segunda guerra mundial).

<sup>380</sup> TPIY, *Dorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1888.

<sup>381</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 1461.

<sup>382</sup> *Ibid.*, parág. 1462.

<sup>383</sup> *Ibid.*, parág. 127 (y sus citas).

donde la impunidad causó una repetición de los actos ilícitos)<sup>384</sup>. La sentencia en el caso *Hadžihasanović y Kubura* sostuvo:

"Por consiguiente, el deber de prevenir la repetición de actos similares debe limitarse a aquellos actos cometidos por subordinados que formen parte de un 'grupo identificable' cuyos miembros ya hubieren cometido actos similares. Esta limitación se relaciona con la naturaleza misma del deber de prevenir, que se basa en el riesgo de repetición de actos similares. De hecho, este tipo de responsabilidad solo puede establecerse cuando la repetición sea previsible, ya que está fundada en el hecho de que la impunidad alienta a los soldados -que ya han cometido actos ilícitos- a cometer nuevamente actos de esa naturaleza. No intervenir previsiblemente derivará en la repetición de esa conducta"<sup>385</sup>.

En relación con los componentes del deber de prevenir, la Sala de Primera Instancia sostuvo que:

"[...] el rol del jefe es decisivo para la aplicación adecuada de los Convenios y del Protocolo Adicional I, como también para evitar una brecha fatal entre las actividades de las partes en el conflicto y la conducta de las personas bajo sus órdenes. Por lo tanto, el superior debe proveer a sus subordinados de una estructura tal que asegure que éstos cumplan el derecho de los conflictos armados y que prevenga la violación de esas normas"<sup>386</sup>.

Además, la Sala de Primera Instancia de *Hadžihasanović y Kubura* distinguió entre las medidas preventivas generales y las específicas:

"[...] es necesario trazar una distinción entre las medidas generales que adopta el jefe con el propósito de proveer a sus subordinados de una estructura y aquellas dirigidas a prevenir crímenes específicos de cuya comisión hubiesen tomado conocimiento. Si no adopta el primer tipo de medidas, el jefe aumentará el riesgo de que sus subordinados se involucren en actos ilegales, aunque esto no necesariamente acarree responsabilidad penal. Pero si no adopta el segundo tipo de medidas, esa omisión derivará en sanciones penales"<sup>387</sup>.

"Aunque el derecho internacional pretenda eliminar no sólo las violaciones actuales sino también las potenciales, el hecho de que el jefe no adopte medidas preventivas de carácter general no acarrea las mismas consecuencias en términos de responsabilidad penal que su inacción ante una circunstancia específica en la que él o ella supiese que un crimen está por cometerse"<sup>388</sup>.

En la Sentencia de primera instancia recaída en el caso *Halilović* se hizo una distinción similar:

<sup>384</sup> Cf. TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 128 et seq. y las demás citas allí consignadas.

<sup>385</sup> *Ibid.*, parág. 164.

<sup>386</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 143 (con referencia al Comentario del CICR acerca del Protocolo Adicional I).

<sup>387</sup> *Ibid.*, parág. 144 et seq.

<sup>388</sup> *Ibid.*, parág. 147.

"Es posible interpretar que el deber de prevenir incluye tanto una 'obligación general' como una 'obligación específica' de prevenir los crímenes que están bajo la jurisdicción del Tribunal. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia considera que solo la 'obligación específica' de prevenir da lugar a la responsabilidad penal estipulada por el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto"<sup>389</sup>.

La Sentencia de primera instancia recaída en el caso **Halilović** profundizó el análisis sobre la obligación general de prevenir la comisión de crímenes:

"La existencia de una obligación general de prevención se deriva del deber de los jefes, que a su vez se origina en su posición de control efectivo, que los coloca en la mejor posición para prevenir infracciones graves al derecho internacional humanitario. [...] Esta obligación puede ser vista como una derivación de la importancia que el derecho internacional humanitario le asigna a la prevención de dichas infracciones"<sup>390</sup>.

"También parecería exigirse al jefe el deber de asegurar el orden y ejercer el control sobre las tropas, lo cual incluye, por ejemplo, la necesidad de estar informado sobre las condiciones de las tropas, y de imponer disciplina"<sup>391</sup>.

"[E]l derecho internacional humanitario asigna a los jefes un rol de garante de la vigencia de las normas vinculadas con la protección humanitaria y los crímenes de guerra, y por esa razón es que los jefes están en una posición de control sobre los actos de sus subordinados. Es esa misma posición la que dará lugar a la responsabilidad en caso de inacción. Un elemento natural del componente preventivo de la responsabilidad del superior es que el jefe debe hacer esfuerzos para asegurar que sus tropas estén debidamente informadas de sus responsabilidades en el marco del derecho internacional, y que actúen de manera ordenada"<sup>392</sup>.

"Sin embargo, el respeto de esta obligación general no es suficiente en sí mismo para evitar la responsabilidad penal de los jefes en caso de que éstos no adoptasen las medidas necesarias y adecuadas que su obligación específica les exige adoptar"<sup>393</sup>.

En cuanto a las obligaciones generales, la Sala de Primera Instancia de **Hadžihasanović y Kubura** sostuvo que:

"[...] las fuerzas armadas deben estar sometidas a un régimen de disciplina interna que imponga el cumplimiento de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados; los jefes son los responsables de ejecutar esta tarea. Al respecto, los jefes tienen el deber de difundir estas normas e incluirlas en los programas de estudio de la instrucción militar. Los jefes deben

<sup>389</sup> TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 80 (confirmado en TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 330).

<sup>390</sup> *Ibid.*, parág. 81 y sus referencias (a.o., en la jurisprudencia de la Segunda Guerra Mundial y el Comentario del CICR acerca del Artículo 87 de Protocolo Adicional I).

<sup>391</sup> *Ibid.*, parág. 84.

<sup>392</sup> *Ibid.*, parág. 87.

<sup>393</sup> *Ibid.*, parág. 88.

tener a su disposición asesores legales para que los asistan en relación con la formación que deben recibir las fuerzas armadas en materia de aplicación de los Convenios y del Protocolo Adicional I. El propósito de esa formación debe ser asegurar que los miembros de las fuerzas armadas que estén bajo su mando conozcan las obligaciones que emanan de los Convenios y del Protocolo Adicional I"<sup>394</sup>.

Sobre la obligación específica, la Sala de Primera Instancia que intervino en el caso *Halilović* afirmó que:

"[...] lo que el deber de prevenir exige en un caso particular dependerá de la capacidad material del superior de intervenir en una situación específica"<sup>395</sup>.

Además, la Sala de Primera Instancia consideró que:

"[...] el elemento preventivo del deber de prevenir se activa cuando el subordinado 'se proponía cometer esos crímenes', pero antes de que el delito concreto haya sido cometido"<sup>396</sup>.

En *Strugar*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que:

"[...] un acusado no puede evitar quedar abarcado por el alcance buscado de la disposición no haciendo nada con la excusa de que no sabía a ciencia cierta que sus fuerzas estuvieran por cometer crímenes, si la información en poder del acusado indicaba claramente la posibilidad de que sus fuerzas se aprestaban a cometerlos. En tales circunstancias, el acusado debe por lo menos investigar, esto es, entre otras, adoptar medidas dirigidas a verificar si en verdad las fuerzas se proponían cometer crímenes, o si a esa altura, en efecto, éstos ya han sido, o están siendo, cometidos"<sup>397</sup>.

Sobre los factores relevantes para evaluar las medidas requeridas para cumplir el deber de prevenir, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en el caso *Bemba* constató que:

"El Artículo 28 del Estatuto no define cuáles son las medidas específicas requeridas por el deber de prevenir los crímenes. En este contexto, la Sala considera apropiado guiarse por ciertos factores relevantes, como la adopción de medidas dirigidas (i) a garantizar que las fuerzas de los superiores estén adecuadamente capacitadas en derecho internacional humanitario; (ii) a asegurarse informes sobre si las acciones militares se ajustaban al derecho internacional; (iii) a emitir órdenes dirigidas a que las prácticas relevantes se ajusten al derecho internacional; (iv) y a la adopción de medidas disciplinarias

<sup>394</sup> *Ibid.*, parág. 145 (se omiten las notas a pie de página), con referencia al comentario del CICR acerca del Protocolo Adicional I, Artículo 87, parágs. 3550 y 3557.

<sup>395</sup> TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 89.

<sup>396</sup> *Ibid.*, parág. 90; confirmado por TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parágs. 330 - 331.

<sup>397</sup> TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 415; confirmado por TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 90.

para prevenir la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo el mando del superior"<sup>398</sup>.

En la Sentencia en **Bemba**, la Sala de Primera Instancia añadió:

“Las medidas adicionales que deberían haberse adoptado con arreglo al párrafo a)ii) del artículo 28 podrían incluir: i) dictar órdenes dirigidas específicamente a prevenir los crímenes, por oposición a simplemente dictar órdenes de rutina; ii) protestar contra, o criticar las conductas criminales; iii) insistir ante una autoridad superior que se adopte una acción inmediata; iv) posponer operaciones militares; v) suspender, excluir o desafectar a los subordinados violentos; y vi) llevar adelante las operaciones militares de manera tal de disminuir el riesgo de crímenes específicos, o de eliminar las oportunidades para su comisión”<sup>399</sup>.

Por otra parte, la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso **Karemera y otros** llegó a la conclusión de que uno de los acusados, Ngirumpatse, incumplió su deber de prevenir los crímenes porque no había adoptado las medidas correctas para prevenir su comisión:

"A la luz de estas circunstancias, la Sala considera que la única medida necesaria y razonable para prevenir las matanzas perpetradas por la *Interahamwe* de Kigali hubiera sido una que enviase un claro mensaje en el sentido de que la *Interahamwe* debía frenar inmediatamente la masacre de tutsis civiles e inocentes.

En cambio, Ngirumpatse optó por utilizar un vocabulario irrazonablemente vago, que ignoraba por completo el genocidio que estaban cometiendo sus subordinados, o por realizar peticiones irrazonablemente abstractas de que cesaran las matanzas. En lugar de ordenar a la *Interahamwe* de Kigali que detuviera de inmediato la masacre de tutsis civiles e inocentes, Ngirumpatse, la persona con autoridad definitiva sobre este grupo, desaprovechó su primera oportunidad para prevenir las matanzas restringiendo deliberadamente sus mensajes a comentarios como: 'optar por el camino de la seguridad'; 'velar por la seguridad de las otras personas'; 'abandonar las carreteras'; 'los ladrones deben dejar de robar'; 'en lugar de hacer el mal... provean seguridad a otras personas, fundamentalmente a las más débiles'; 'Hemos enviado gente ... para que despeje las carreteras de forma tal de brindar seguridad a otras personas en lugar de robarles y atacarlos'; 'deberíamos combatir a aquellos que nos atacan, no a aquellos que estén desarmados'; y 'los miembros deben saber que aquellos que los atacan son *Inkotanyi*... y no ciudadanos comunes'"<sup>400</sup>.

<sup>398</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, parág. 438; con cita de, a.o., TPIY, *Sruqar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 January 2005, parág. 374; y TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, IT-01-47-T, 15 March 2006, parág. 153.

<sup>399</sup> CPI, *Bemba*, TC III, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 204.

<sup>400</sup> TPIR, *Karemera and Ngirumpatse*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-98-44-T, 2 February 2012, parág. 1564-1565.

Según la Sala de Apelaciones que intervino en el caso *Bagosora y Nsenyumva*:

"Sin embargo, ateniéndonos a los párrafos de la acusación en los cuales se basó la Sala de Primera Instancia para condenar a Nsenyumva en virtud del párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto, los crímenes fueron cometidos bajo las órdenes de Nsenyumva<sup>401</sup>, o con su autorización<sup>402</sup>. En opinión de la Sala de Apelaciones, esto opera como aviso suficiente para el acusado respecto de cuál es la conducta reprochada en virtud de la cual se le atribuye no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir o castigar los crímenes"<sup>403</sup>.

### *El autor no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para reprimir la comisión de ese crimen; O*

Palabras clave: Forma de responsabilidad separada – Deber de reprimir frente al deber de castigar – Marco temporal – Detonante temporal – Estándar mínimo – Remitir el asunto a las autoridades competentes – Medidas disciplinarias – Obligación de investigar

#### **Jurisprudencia Internacional**

Según la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Bagilishema*, el incumplimiento del deber de castigar puede surgir de la inexistencia de un ambiente de disciplina y respeto a la ley:

"Para esta Sala, en lo que respecta al incumplimiento del deber de castigar, la responsabilidad del superior puede surgir de no haber creado o mantenido un ambiente de disciplina y respeto a la ley. Por ejemplo, en el caso *Čelebići*, la Sala aludió a la evidencia que indicaba que Mucić, el jefe de la prisión acusado, nunca había castigado a los guardias, por las noches solía ausentarse del campo, y no había hecho cumplir ninguna de las órdenes que impartió. En el caso *Blaškić*, el acusado había dado a entender a sus subordinados que ciertos tipos de conductas ilícitas eran aceptables y permanecerían impunes. Tanto Mucić como Blaškić toleraron la indisciplina entre sus subordinados, y les hicieron creer que las violaciones al derecho internacional humanitario no serían castigadas. De esto se desprende que la responsabilidad del superior, fundada en el incumplimiento del deber de castigar, puede aplicarse ante un patrón de conductas amplias por parte del superior que alienten a sus subordinados a cometer atrocidades"<sup>404</sup>.

<sup>401</sup> Véase *Nsenyumva*, Indictment, Case No. ICTR-01-69, 10 de agosto de 2001, párrs. 6.16, 6.20, 6.22, y 6.36.

<sup>402</sup> Véase *Particulares*, parág. 6.20.

<sup>403</sup> TPIR, *Bagosora and Nsenyumva*, Appeal Judgement, Case No. ICTR-98-41, 14 de diciembre de 2011, parág. 207.

<sup>404</sup> TPIR, *Bagilishema*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 50.

En relación con el deber de castigar, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Halilović* afirmó:

"El deber de castigar es una forma de responsabilidad aparte, distinta de la que se deriva del incumplimiento del deber de prevenir, que de hecho ha sido desarrollada a partir de la importancia que se le asigna al deber de un jefe de adoptar medidas preventivas"<sup>405</sup>.

"El argumento según el cual no castigar un crimen implica su aceptación tácita, tiene su razón de ser. La Sala de Primera Instancia reconoce que el derecho internacional humanitario pone en cabeza del jefe, en su calidad de persona que ejerce control efectivo sobre sus subordinados, la obligación de asegurar que se cumplan sus disposiciones. La posición del jefe que ejerce autoridad sobre sus subordinados le impone adoptar todas las medidas necesarias y razonables para castigar las violaciones graves al derecho internacional humanitario. En el derecho internacional, si el jefe omite actuar en este sentido, incurrirá en responsabilidad, ya que se considera una falta muy grave. En palabras del Comentario del Protocolo adicional del CICR, el jefe ha 'tolerado infracciones al derecho de los conflictos armados'"<sup>406</sup>.

"Finalmente, la Sala de Primera Instancia considera que el castigo es un aspecto inherente a la prevención de crímenes futuros. No alcanza con que un jefe emita órdenes de prevención o asegure el funcionamiento de los mecanismos dirigidos a que se dispense un trato adecuado a las personas civiles o a los prisioneros de guerra, si no se castigan las subsecuentes violaciones. De ser así, las tropas a las cuales estaban dirigidas las órdenes de prevención necesariamente percibirán la ausencia de castigo por parte del jefe como un reconocimiento tácito del carácter no vinculante de dichas órdenes"<sup>407</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos del caso *Bemba* sostuvo en relación con el deber de castigar y el deber de reprimir que:

"El deber de 'reprimir' comprende dos deberes separados, que surgen en distintas etapas de la comisión de los crímenes. En primer lugar, el deber de reprimir incluye el deber de frenar los crímenes en curso para que no se sigan cometiendo. Se trata de una obligación de 'interrumpir un posible efecto en cadena que puede dar lugar a eventos similares'. En segundo lugar, el deber de reprimir comprende una obligación de castigar a las fuerzas luego de la comisión de los crímenes"<sup>408</sup>.

En *Hadžihasanović y Kubura*, la Sala de Primera Instancia del TPIY sostuvo que el deber de castigar surge naturalmente luego de que se ha cometido un crimen:

<sup>405</sup> TPIY, *Halilović*, TCI, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 94.

<sup>406</sup> *Ibid.*, parág. 95.

<sup>407</sup> *Ibid.*, parág. 96.

<sup>408</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 439 (se omiten las notas a pie de página).

"El deber de castigar a los subordinados surge luego de que los crímenes hayan sido cometidos"<sup>409</sup>.

Según la Sala de Primera Instancia en *Orić*:

"[...] el superior debe haber tenido control sobre los autores de un crimen tanto al momento de su comisión como al momento en que correspondía adoptar las medidas sancionatorias"<sup>410</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TESL en el caso *Sesay y otros* desarrolló un elemento a partir del cual surge la responsabilidad del superior, centrándose en el deber de castigar los crímenes cometidos antes que el acusado tuviese autoridad sobre los subordinados:

"Teniendo en cuenta los fundamentos de la responsabilidad del superior, la Sala considera que corresponde enfocarse en el momento en que el superior incumplió sus deberes de prevenir o de castigar. Para la Sala, por lo tanto, a fin de responsabilizar penalmente a una persona en su calidad de superior, este debió haber tenido control efectivo sobre el autor al momento que presuntamente incumplió sus deberes de prevenir o de castigar [nota al pie]. Si bien en la práctica es común que el superior también haya tenido control efectivo sobre el subordinado al momento en que éste cometió o estuvo por cometer el acto criminal, esto en sí mismo no es necesario. Por lo tanto, si un superior asume el mando luego de que los subordinados hubiesen cometido un crimen y sabe o tiene razones para saber que ese crimen ha sido cometido, la Sala opina que por asumir su responsabilidad como oficial superior, tendrá el deber de castigar a los autores a partir del momento en el que asume el control efectivo"<sup>411</sup>.

Además, la Sala de Primera Instancia del TESL en el caso *Sesay y otros* sostuvo también que:

"[...] para esta Sala, el principio de responsabilidad del superior tal como existe en el derecho internacional consuetudinario prevé que un jefe responda por no haber castigado a sus subordinados respecto de un crimen ocurrido antes de que el jefe asumiera el control efectivo. Si bien se debe verificar claramente que el superior ejerció control efectivo sobre el subordinado que cometió el crimen al momento del presunto incumplimiento del deber de castigar, no es necesario que el control efectivo haya existido también al momento del accionar criminal"<sup>412</sup>.

En el caso *Taylor*, la Sala de Primera Instancia del TESL modificó la posición adoptada en la Sentencia en *Sesay y otros* y en cambio siguió la jurisprudencia del TPIY relativa al carácter temporal del deber de castigar:

<sup>409</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 126.

<sup>410</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 335.

<sup>411</sup> TESL, *Sesay et al.*, TC I, Judgement, Case No. SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, parág. 299 haciendo referencia a TPIY, *Orić, AC, Appeal Judgement*, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, *Dissenting Opinion of Judge Liu*, parág. 2.

<sup>412</sup> *Ibid.*, parág. 306.

"El deber de castigar recién surgirá cuando se cometa uno de los crímenes tipificados en el Estatuto. El superior está obligado a realizar una investigación seria con miras a determinar los hechos, ordenar o ejecutar las sanciones apropiadas, o hacer una denuncia ante las autoridades competentes en el caso de no poseer facultades sancionatorias. Según la Sala de Apelaciones del TPIY, el derecho internacional consuetudinario no respalda la afirmación de que un jefe debe responder por los crímenes cometidos por un subordinado con anterioridad a que el jefe hubiera asumido el mando sobre ese subordinado"<sup>413</sup>.

En cuanto al estándar mínimo del deber de castigar, la Sala que intervino en el caso *Kordic y Čerkez* sostuvo:

"El deber de castigar incluye por lo menos la obligación de investigar los posibles crímenes o de someterlos a investigación, de establecer los hechos y, si el superior carece de poderes para castigar, de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes"<sup>414</sup>.

La Sala de Primera Instancia en *Kvočka y otros* enfatizó este último punto, y agregó que la persona que aplique el castigo no necesariamente tiene que ser el superior:

"El superior no tiene que ser quien aplique el castigo, pero debe hacer algún avance importante en el proceso disciplinario. [...] La capacidad material de castigar, que es clave a la hora de establecer la responsabilidad de un jefe por los crímenes cometidos por sus subordinados, puede simplemente implicar por ejemplo 'hacer denuncias ante las autoridades competentes para que tomen las medidas que correspondan'"<sup>415</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso *Bemba* definió los dos deberes indicando dos formas de cumplirlos:

"La Sala desea señalar que el superior puede cumplir el deber de castigar, que le exige adoptar las medidas necesarias para sancionar la comisión de los crímenes, de dos maneras diferentes: o bien adoptando por sí mismo las medidas necesarias y razonables para castigar a sus fuerzas, o, si no tiene la capacidad de hacerlo, poniendo el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Por lo tanto, el deber de castigar (como parte del deber de reprimir) constituye una alternativa al tercero de los deberes mencionados en el párrafo a) ii) del Artículo 28, esto es, el deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, cuando el superior no esté en una posición que le

<sup>413</sup> TESL, *Taylor*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, parág. 502.

<sup>414</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 446; en el mismo sentido, entre otros, TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 302; confirmado por TPIY, *Halilović*, TC I, Judgement, Case No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 97; TPIY, *Blažević and Jokić*, TC I, Judgement, Case No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, parág. 793; TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 376; TPIY, *Limaj et al.*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, parág. 529.

<sup>415</sup> TPIY, *Kvočka et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 316, con referencia a TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 302.

permita adoptar por sí mismo las medidas necesarias y razonables para castigar"<sup>416</sup>.

"Además, tal como se explica más adelante, el poder de un superior, y por tanto las medidas punitivas a su disposición, variarán de acuerdo con las circunstancias del caso y, en particular, con su posición en la cadena de mando. De acuerdo con esto, la cuestión de si el deber de castigar exige que el superior ejerza su poder adoptando las medidas por sí mismo, o poniendo el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, dependerá de los hechos del caso"<sup>417</sup>.

En la Sentencia en **Bemba**, la Sala de Primera Instancia constató que el propio Bemba era la autoridad competente para reprimir los crímenes, y no había empoderado a otros lo suficiente como para que pudiera considerarse que remitió el asunto a las autoridades competentes:

“como él tenía la última autoridad disciplinaria sobre el contingente del MLC en la República Centrafricana, el Sr. Bemba era la autoridad competente para investigar y enjuiciar los crímenes. En tales circunstancias, en las que omitió empoderar a otros miembros del MLC para que investigasen y enjuiciasen de manera plena y adecuada las alegaciones de crímenes, no puede decirse que hubiese remitido el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento”<sup>418</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TESL que intervino en el caso **Fofana y Kondewa** afirmó:

"Es opinión de la Sala que el deber del superior de castigar a sus subordinados infractores incluye la obligación de investigar el crimen o de someter el asunto para su investigación con miras a que se establezcan los hechos y se determine en consecuencia cuál es el curso de acción que corresponde adoptar. El superior tiene la obligación de adoptar activamente medidas para asegurar que el infractor sea castigado. La Sala considera además que, a fin de cumplir su obligación, el superior puede ejercer sus poderes sancionatorios o, si careciera de esos poderes, denunciar al infractor ante las autoridades competentes"<sup>419</sup>.

Según la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso **Hadžihasanović y Kubura**, las medidas disciplinarias pueden ser suficientes para satisfacer el deber de castigar:

"No puede rechazarse la posibilidad de que, según las circunstancias del caso, la adopción de medidas disciplinarias sea suficiente para dar por cumplido el deber del superior de castigar los crímenes a la luz del párrafo 3) del Artículo 7 del

<sup>416</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 440 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>417</sup> *Ibid.*, parág. 441 (se omite la nota a pie de página).

<sup>418</sup> CPI, *Bemba*, TC III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 733 (se omite la nota a pie de página).

<sup>419</sup> TESL, *Fofana and Kondewa*, TC I, *Judgement*, Case No. SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, parág. 249 (con referencia a la jurisprudencia del TPIY).

Estatuto. En otras palabras, el hecho de que las medidas adoptadas hayan sido exclusivamente de carácter disciplinario, o penal, o una combinación de ambos, no puede en sí mismo ser un factor determinante a la hora de evaluar si un superior ha cumplido su deber de prevenir o castigar en los términos del párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto"<sup>420</sup>.

La Sala de Primera Instancia de **Orić** afirmó que el deber de castigar comienza sólo si, y cuando, puede razonablemente sospecharse que un subordinado ha cometido un crimen. Además, resumió también los estándares apropiados que deben aplicarse para evaluar los esfuerzos por castigar:

"El superior debe ordenar o ejecutar las sanciones adecuadas o, si no tiene la competencia para hacerlo, debe al menos investigar y establecer los hechos para asegurar que los infractores bajo su control efectivo sean enjuiciados. No es necesario que sea el superior en persona quien realice la investigación o imponga el castigo, pero al menos debe asegurarse que el asunto sea investigado, y debe realizar una denuncia ante las autoridades competentes para profundizar la investigación o sanción"<sup>421</sup>.

La Sala de Primera Instancia negó que existiera el requisito de un nexo causal entre la omisión de los superiores y la comisión de crímenes por parte de los subordinados, pero sostuvo en este contexto que:

"[...] si las medidas adoptadas por el superior fueron de hecho efectivas en la prevención o represión de los crímenes relevantes por parte de los subordinados, esto puede servir *prima facie* como evidencia de que no incumplió sus deberes"<sup>422</sup>.

En relación con el deber de castigar, la Sala de Apelaciones del TPIR que intervino en el caso **Bagosora y Nsengiyumva** afirmó:

"La conclusión de la Sala de Primera Instancia de que los autores no fueron castigados con posterioridad es en sí misma insuficiente para concluir que Nsengiyumva incumplió su deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para castigar a los autores de los crímenes"<sup>423</sup>.

<sup>420</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-47-A, 22 de abril de 2008, parág. 33.*

<sup>421</sup> TPIY, *Orić, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 336 (énfasis añadido; se omiten las notas a pie de página).*

<sup>422</sup> *Ibid.*, parág. 338.

<sup>423</sup> TPIR, *Bagosora and Nsengiyumva, Judgement, 14 de diciembre de 2011, parág. 234.*

*El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

Palabras clave: Adoptar medidas proactivas – Investigación fraudulenta

### Jurisprudencia Internacional

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso **Bemba** analizó al deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento y sostuvo:

"El deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, al igual que el deber de castigar, surge luego de la comisión de los crímenes. Ese deber requiere que el jefe adopte activamente medidas a fin de asegurar que los autores sean sometidos a la justicia. Esto remedia la situación en la cual los jefes no tienen la capacidad de sancionar a sus fuerzas. Esto incluye aquellas circunstancias en las cuales el superior tiene la capacidad para adoptar medidas, pero esas medidas no parecen ser las más adecuadas"<sup>424</sup>.

Con arreglo a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, para cumplir la obligación de castigar podría bastar con denunciar los crímenes ante las autoridades competentes, si bien esto dependerá de las circunstancias de cada caso. La Sala de Apelaciones del TPIY en el caso **Boškoski y Tarčulovski** dio un ejemplo en el que dicha denuncia podría no ser suficiente:

"Si, por ejemplo, el superior sabe que las autoridades competentes no están en funciones, o si sabe que probablemente la denuncia dé lugar a una investigación fraudulenta, esa denuncia no será suficiente para satisfacer la obligación de castigar a los subordinados que cometieron los crímenes"<sup>425</sup>.

Si un acusado denuncia los crímenes a las autoridades competentes, pero esas autoridades no manejan el o los casos adecuadamente, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso **Popović y otros** sostuvo:

"Aun cuando la investigación realizada no haya tenido un resultado satisfactorio, el superior no puede ser responsabilizado a la luz del párrafo 3) del Artículo 7 si el fracaso de las autoridades que llevaron a cabo la investigación no le es atribuible y si él o ella no sabía, o no podía anticipar en ese momento, que la

---

<sup>424</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 442 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>425</sup> TPIY, *Boškoski and Tarčulovski*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-04-82-A, 19 de mayo de 2010, parág. 234.

investigación sería un fracaso. En tal caso, no se le exigen al superior denuncias o acciones adicionales"<sup>426</sup>.

En un sentido similar, la Sala de Primera Instancia sostuvo que un superior no estaba obligado a denunciar los crímenes,

"[...] cuando todo lo que el superior podría haber hecho era denunciar la conducta ilegal de sus subordinados ante las propias personas que habían ordenado esa conducta"<sup>427</sup>.

## Publicistas

Schabas describe cómo identificar las medidas necesarias y razonables del siguiente modo:

"La identificación de lo que constituyen medidas necesarias y razonables debe hacerse a la luz de lo que está dentro de las 'posibilidades materiales' del jefe<sup>428</sup>, tomando en consideración 'el grado de control efectivo del superior sobre sus fuerzas en el momento que surge el deber. Esto sugiere que lo que constituye una medida razonable y necesaria deberá analizarse tanto sobre la base del poder *de jure* del jefe como de su capacidad *de facto* para adoptar tales medidas"<sup>429</sup><sup>430</sup>.

Nybondas resume la jurisprudencia del TPIY relativa a las medidas necesarias y razonables del siguiente modo:

"[...] la Sala de Primera Instancia en el caso *Čelebići* puso de relieve que el incumplimiento por parte del superior no puede significar una responsabilidad objetiva, esto es, responsabilidad en cualquier caso con independencia de si el superior tuvo en los hechos la posibilidad de prevenir o castigar los crímenes<sup>431</sup>. La definición reconoce que puede esperarse que un superior adopte las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar crímenes de sus subordinados. Por consiguiente, en opinión de la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaškić*, 'es el grado de control efectivo de un jefe, su capacidad material, lo que guiará a la Sala de Primera Instancia cuando deba determinar si adoptó razonablemente las medidas

<sup>426</sup> TPIY, *Popović et al.*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-88-T, 10 de junio de 2010, parág. 1046; con referencia a TPIY, *Bošković and Tarčulovski*, TC II, Judgement, Case No. IT-04-82-T, 10 de julio de 2008, parág. 536.

<sup>427</sup> *Ibid.*, parág. 1046; con referencia a TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 127, que no ha sido cuestionada en apelación.

<sup>428</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 395.

<sup>429</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 443.

<sup>430</sup> William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, pág. 464.

<sup>431</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 383

exigidas ya sea para prevenir el crimen o para castigar a su autor'<sup>432</sup>. También se ha reconocido que una determinación en abstracto del sentido de las expresiones 'necesarias' y 'razonables' no es deseable y que esa tarea deberá hacerse independientemente para cada caso<sup>433</sup><sup>434</sup>.

Sivakumaran enfatiza que las medidas dependen de otros criterios necesarios para establecer la responsabilidad del superior:

"[...] exactamente qué medidas deberán adoptarse dependerá de las capacidades materiales del superior. La obligación sólo surge en la medida que se ha determinado que el superior en cuestión tiene control efectivo sobre el subordinado relevante. Los indicios que apuntan a este control efectivo tendrán, por consiguiente, un impacto en las medidas que estuvieron en poder del superior"<sup>435</sup>.

Del mismo modo, Mettraux resalta que las medidas son contingentes respecto de las responsabilidades y el mandato del superior:

"Del hecho de que el superior tuviese algunas responsabilidades y sus facultades correspondientes no puede asumirse que tenía una responsabilidad plena. De hecho, un superior solo podría ser considerado penalmente responsable por no adoptar una medida que estaba dentro del ámbito de sus responsabilidades y su mandato. En el caso del acusado Von Leeb, por ejemplo, el Tribunal señaló que la autoridad ejecutiva que le había sido otorgada limitaba su capacidad a dar órdenes en el campo de los asuntos 'operativos'—y, por consiguiente, su capacidad para ejercer control y autoridad—. En cambio, las cuestiones administrativas no estaban bajo su autoridad, un hecho relevante tanto respecto de su estado mental como de las medidas que podría decirse que estaban abarcadas en el ámbito de su competencia a los efectos de establecer si incumplió sus deberes. Por consiguiente, el tribunal concluyó que no podía ser considerado responsable en relación con asuntos que estaban fuera del alcance de sus responsabilidades"<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> TPIY, Blaškić, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 335.

<sup>433</sup> TPIY, Mucić et al. ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 394.

<sup>434</sup> Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 34.

<sup>435</sup> Sandesh Sivakumaran, "Command Responsibility in Irregular Groups", en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, no. 5, pág. 1141.

<sup>436</sup> Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009. pág. 238 (se omiten las notas a pie de página).

En relación con los distintos tipos de medidas exigidas, Ambos advierte:

"[...] imponer a los superiores el deber de descubrir o predecir las conductas de sus tropas sería ir demasiado lejos, a menos que la comisión de crímenes fuese probable"<sup>437</sup>.

Según Jia:

"[...] Los intentos de prevenir o suprimir que no cumplan el grado de diligencia exigido por las circunstancias del caso en el momento crítico podrían no constituir una eximente de responsabilidad penal"<sup>438</sup>.

Meloni sostiene que el jefe puede alegar la “defensa de lo objetivamente imposible”:

"[...] si careció de los poderes necesarios para adoptar las medidas exigidas en el caso concreto. Para que se le reconozca una defensa válida, y por consiguiente para excluir su responsabilidad como superior, debe haberse probado que era una imposibilidad absoluta y objetiva, por consiguiente no derivada del comportamiento negligente anterior del superior. En efecto, si al ejercer su deber de control el superior no adoptó un nivel de previsión y vigilancia apropiados y, por consiguiente –debido a su propia falta– permitió que se desarrollase una situación riesgosa, que luego pudo escaparse completamente de su control, ese superior podrá ser considerado responsable por los crímenes cometidos. En este caso el acusado no podría alegar con éxito la defensa de la ‘imposibilidad objetiva de actuar’; la imposibilidad no sería objetiva sino ocasionada por su comportamiento negligente, que consistió en no haber descargado su deber primario de control de sus subordinados. En otras palabras, el superior sería culpable"<sup>439</sup>.

Respecto de cuándo surge el deber de prevenir, Bantekas explica:

"[...] El deber de prevenir surge frente a la preparación o planificación de un crimen, lo que sugiere que el deber del superior en este punto es de supervisión y disciplinario. No puede esperarse de un superior que frustré todo plan de sus subordinados de cometer un crimen, sino solamente aquellos respecto de los que hubiese tenido información, o cuando tenía motivos razonables para sospechar que se proponían cometer el crimen<sup>440</sup>. El componente disciplinario del deber de prevenir incluye una obligación de mantener e imponer la disciplina general, entrenar a las tropas en el derecho de los conflictos armados y asegurar la existencia de un sistema de

<sup>437</sup> Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 863 (se omite la nota a pie de página).

<sup>438</sup> Bing Bing Jia, “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pág. 141.

<sup>439</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 172 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>440</sup> Véase TPIY, *Strugar, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-42-A*, 17 de julio de 2008, parág. 83; TPIY, *Strugar, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T*, 31 de enero de 2005, parág. 373.

denuncias efectivo. En los casos en los que existe información de que un crimen ha sido planificado o está en curso, el superior debe dictar y hacer observar órdenes en contrario, protestar en su contra y en contra de los protagonistas, o criticar la conducta criminal y/o insistir ante una autoridad superior que se tomen medidas en forma inmediata<sup>441</sup>. Si todas estas medidas se adoptan diligentemente y los subordinados no obstante cometen violaciones al derecho humanitario, el superior no incurrirá en responsabilidad por tales hechos. Por consiguiente, el deber de prevenir no debería concebirse como un deber general de policía, sino como un deber de supervisión y disciplinario. El otro aspecto del deber de prevenir se refiere a la prevención del crimen una vez que está en proceso de ser intentado. Debería subrayarse que cuando un jefe incumple el deber de prevenir la criminalidad de un subordinado no podrá luego exonerarse castigando a los culpables<sup>442"443</sup>.

Mettraux resume la jurisprudencia del TPIY respecto de la evaluación de las medidas que deben adoptarse a efectos de prevenir, del siguiente modo:

"Según la Sala de Primera Instancia en el caso *Strugar*, algunos de los factores relevantes para la evaluación de la Sala son: si se impartieron órdenes específicas prohibiendo o frenando las actividades criminales; qué medidas se adoptaron para asegurar la implementación de estas órdenes; qué otras medidas se adoptaron para asegurar la interrupción de los actos ilícitos y si estas medidas eran razonablemente suficientes en las circunstancias específicas; y, después de la comisión del crimen, qué medidas se adoptaron para asegurar una investigación adecuada y el enjuiciamiento de los autores<sup>444</sup>.

En todos los casos en que se formularon imputaciones por responsabilidad del superior, las medidas relevantes para analizar la responsabilidad penal del acusado se limitan a aquellas que eran 'posibles en todas las circunstancias y "estaban abarcadas por su autoridad"<sup>445"446</sup>.

Meloni vuelve sobre la interpretación de la CPI del deber de reprimir del siguiente modo:

"La Sala de Primera Instancia [en *Bemba*] reconoció que el deber de reprimir es un concepto doble, en el sentido que abarca dos deberes diferentes que surgen en dos etapas distintas de la comisión de los crímenes<sup>447</sup>. 'Primero, el deber de reprimir abarca el deber de frenar los

<sup>441</sup> TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 374.

<sup>442</sup> TPIY, *Šainović et al.*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-05-87-A, 23 de enero de 2014, parág. 116.

<sup>443</sup> Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, págs. 93-94.

<sup>444</sup> TPIY, *Strugar*, TC II, Judgement, Case No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 378.

<sup>445</sup> TPIY, *Krnjelac*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 95 [...]; TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 226.

<sup>446</sup> Mettraux, 2009, pág. 235, nota 436 *supra*.

<sup>447</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 439 [...].

crímenes en curso y evitar que continúen cometiéndose<sup>448</sup>. En este caso el deber en cuestión sería equivalente al deber “de suprimir” los crímenes, utilizado en el párrafo 1) del Artículo 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra<sup>449</sup>. Dicho de otro modo, es deber del superior ‘interrumpir un posible efecto en cadena, que podría llevar a otros hechos similares’<sup>450</sup>. Por consiguiente, en su primer sentido el deber de reprimir puede asimilarse sustancialmente al deber de prevenir. Segundo, en opinión de los jueces ‘el deber de reprimir comprende la obligación de castigar a las fuerzas luego de la comisión de crímenes’<sup>451</sup>. En cambio, el deber de remitir el asunto a las autoridades competentes entra en juego solamente en aquellos casos en los que el superior no tenía otros poderes para intervenir, y en particular carecía del poder de castigar, típico de la esfera militar<sup>452</sup>. La inclusión de este último deber en el Artículo 28 del Estatuto de la CPI es una innovación, si se la compara con las normas anteriores en materia de responsabilidad del superior [...]”<sup>453</sup>.

En cuanto a las sanciones disciplinarias, Cryer y otros consideran que:

“[...] Hay determinadas circunstancias en las que ‘no puede excluirse’<sup>454</sup> la posibilidad de que el deber de castigar sea satisfecho mediante el recurso a sanciones disciplinarias en lugar de investigaciones penales, pero, en el caso de crímenes internacionales, ellas serán muy inusuales<sup>455</sup>: qué es lo que puede esperarse de los grupos irregulares en relación al castigo es un elemento que complica aún más las cosas, si bien no es un obstáculo insuperable<sup>456</sup>”<sup>457</sup>.

Respecto del deber de denunciar ante las autoridades competentes, Ambos señala:

“[...] la formulación ‘poner ... en conocimiento de las autoridades competentes’ es nueva: sin embargo, se corresponde en lo sustancial con el requisito anterior de ‘informar’. Llena un vacío en la medida en que formula un deber específico para aquellos superiores que no poseen ellos mismos poderes disciplinarios para ‘reprimir’ un crimen”<sup>458</sup>.

---

<sup>448</sup> *Ibíd.*

<sup>449</sup> *Ibíd.*

<sup>450</sup> *Ibíd.*, [...].

<sup>451</sup> *Ibíd.*

<sup>452</sup> Se hace referencia a todos aquellos superiores que no posean los poderes disciplinarios necesarios para tomar una decisión dirigida directamente a castigar a los culpables de las infracciones. El superior podrá, por consiguiente, solamente poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de que se tomen las medidas correspondientes.

<sup>453</sup> Meloni, 2010, pág. 169, nota 439 *supra*.

<sup>454</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-47-A, 22 de abril de 2008, parág. 33.

<sup>455</sup> *Ibíd.*, parágs. 149-55. Sin embargo, como este caso advierte, si el asunto es remitido a otra autoridad, no siempre resultará determinante que esas otras autoridades no hubiesen adoptado medidas suficientes.

<sup>456</sup> Véase Sivakumaran, 2012, págs. 1144-1150 [...], nota 435 *supra*.

<sup>457</sup> Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 392.

<sup>458</sup> Ambos, 2002, pág. 862, nota 437 *supra*.

Por último, en relación con la contemporaneidad entre el control efectivo y el incumplimiento de sus deberes, Schabas describe la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* del siguiente modo:

"[...] Han surgido dos puntos de vista respecto del requisito de la existencia de control efectivo al momento del crimen: la posición mayoritaria exige control efectivo al momento de la comisión del crimen<sup>459</sup>, mientras que una minoría de jueces en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, así como también en la Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona, adoptaron el punto de vista según el cual el 'superior ha de haber tenido control efectivo sobre el autor al momento en el que el superior no habría ejercido su poder para prevenir o castigar'<sup>460</sup>. La Sala de Primera Instancia II consideró que el sospechoso debe haber tenido control efectivo 'al menos cuando se proponían cometer los crímenes'<sup>461</sup>. Sostuvo que la frase 'en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas' en el párrafo 1) del Artículo 28 sugiere que el superior ya tenía control efectivo antes de que los crímenes fuesen cometidos"<sup>462</sup>.

---

<sup>459</sup> TPIY, Halilović, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 octubre 2007, parág. 59; TPIR, Baqosora et al., TCI, Judgement, Case No. ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, parág. 2012.

<sup>460</sup> CPI, Bemba, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 418, con cita a TPIY, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008; Declaration of Judge Shahabuddeen; Partially Dissenting Opinion and Declaration of Judge Liu, 3 de julio de 2008; TESL, Sesay et al., TCI, Judgement, Case No. SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, parág. 299.

<sup>461</sup> *Ibíd.*, parág. 419.

<sup>462</sup> Schabas, 2010, pág. 461, nota 430 *supra*.

## 9. Elemento subjetivo

**El autor hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo uno o más de los crímenes o se proponían cometerlos**

*El autor hubiere sabido que las fuerzas estaban cometiendo el crimen o se proponían cometerlo*

Palabras clave: Prueba indirecta – Ubicación geográfica de los actos – Posición del superior – Deliberadamente omitió obtener información – Prueba requerida para demostrar tipos informales de autoridad con el grado de convicción necesario

### Jurisprudencia Internacional

En algunos casos, es posible que no haya pruebas directas de que el jefe tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados. Respecto del tipo de pruebas que pueden presentarse para probar el conocimiento del jefe, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso **Mucić y otros ("Čelebići")** afirmó que:

"[...] en ausencia de pruebas directas del conocimiento del superior de los crímenes cometidos por sus subordinados, dicho conocimiento no puede presumirse, sino que debe establecerse por medio de pruebas indirectas. Al determinar si un superior, a pesar de alegaciones en contrario, de hecho tuvo que tener el conocimiento exigido, la Sala de Primera Instancia puede tomar en consideración, entre otros, los indicios siguientes [...]:

- (a) La cantidad de actos ilícitos;
- (b) El tipo de actos ilícitos;
- (c) Los alcances de los actos ilícitos;
- (d) El lapso durante el cual los actos ilícitos tuvieron lugar;
- (e) La cantidad y el tipo de tropas involucradas;
- (f) La logística involucrada, de ser el caso;
- (g) La ubicación geográfica de los actos;

- (h) La naturaleza generalizada de los actos;
- (i) El ritmo táctico de las operaciones;
- (j) El *modus operandi* de actos ilícitos similares;
- (k) Los oficiales y personal involucrados;
- (l) La ubicación del jefe en ese momento"<sup>463</sup>.

En **Aleksovski**, la Sala de Primera Instancia desarrolló el nexo entre la ubicación geográfica de los actos y el conocimiento del superior de que sus subordinados estaban cometiendo crímenes:

"Sin embargo, la Sala de Primera Instancia considera que la posición del superior es *per se* un indicio significativo de que tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados. La importancia que debe darse a este indicio depende no obstante, entre otras cosas, de las circunstancias geográficas y temporales. Esto significa que cuanto más distante físicamente sea la comisión de los actos, más difícil será, en ausencia de otros indicios, establecer que el superior tenía conocimiento de ellos. En cambio, la comisión de un crimen en las proximidades inmediatas al lugar en el que el superior habitualmente llevaba adelante sus tareas podría bastar para establecer un indicio significativo de que tenía conocimiento del crimen, especialmente si los crímenes se cometieron en forma reiterada"<sup>464</sup>.

Esto fue confirmado por la Sala de Primera Instancia del TPIR, que en el caso **Bagilishema** especificó que:

"Por supuesto, no es necesario que un indicio importante sea un indicio suficiente. La cláusula final del extracto anterior [*Aleksovski*] indica que otros indicios (como el número de actos ilícitos cometidos en un determinado lugar) podrían ser necesarios para dar por probado el elemento subjetivo con el grado de certeza suficiente"<sup>465</sup>.

En cuanto a la posición del jefe respecto de sus subordinados, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso **Blaškić** sostuvo:

"[I]a posición de jefe de un individuo es en sí misma un indicio importante de que éste tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados"<sup>466</sup>.

<sup>463</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 386.

<sup>464</sup> TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 80; véase también TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 72; TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 460; ambas Salas de Primera Instancia citaron el caso TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 80.

<sup>465</sup> TPIR, *Bagilishema*, TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 968; confirmado en TPIR, *Ntagerura et al.*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004, parág. 648.

<sup>466</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 308; confirmado en TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parágs. 54-57.

En **Orić**, la Sala de Primera Instancia aclaró que:

"[...] ese estatus no debe ser entendido como un criterio determinante sino que deberá estar apoyado por factores adicionales"<sup>467</sup>.

La Sala de Primera Instancia de **Stakić** sostuvo que:

"el conocimiento podría presumirse cuando, teniendo los medios para obtener la información, la persona deliberadamente hubiese omitido hacerlo"<sup>468</sup>.

En **Naletilić y Martinović**, la Sala de Primera Instancia coincidió que:

"El hecho de que el jefe militar muy probablemente forme parte de una estructura organizada con sistemas de monitoreo y denuncia podría facilitar la prueba de su conocimiento efectivo. Para los jefes *de facto* en estructuras militares informales y para los superiores civiles el umbral probatorio es más elevado"<sup>469</sup>.

Esto fue confirmado por la Sala de Primera Instancia en la sentencia en el caso **Orić**:

"En particular, esto podría implicar que el umbral requerido para demostrar el conocimiento por parte del superior que ejerce un tipo de autoridad más informal es más elevado que para aquellos que operan en el marco de una cadena de mando altamente disciplinada y formalizada con sistemas establecidos de monitoreo y denuncia"<sup>470</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares en la Decisión relativa a la confirmación de Cargos en el caso **Bemba** adoptó los factores enumerados por los Tribunales *ad hoc*:

"En este sentido, la Sala considera que el párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto comprende dos estándares de elementos subjetivos. El primero, encapsulado en el término 'sabía', requiere la existencia de conocimiento efectivo [...]"<sup>471</sup>.

"Respecto del conocimiento efectivo del sospechoso en cuanto a que las fuerzas o sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer un crimen, la Sala considera que dicho conocimiento no puede 'presumirse'"<sup>472</sup>.

"Estos factores incluyen la cantidad de actos ilícitos, sus alcances, si fueron de carácter generalizado, el lapso de tiempo durante el cual los actos prohibidos tuvieron lugar, el tipo y cantidad de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el *modus operandi* de actos similares, el alcance y la naturaleza de la posición del superior y su responsabilidad en la estructura

<sup>467</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 319.

<sup>468</sup> TPIY, *Stakić*, TC II, Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 460; con cita a TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 226. Confirmado en TPIY, *Brđanin*, TC II, Judgement, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 278.

<sup>469</sup> TPIY, *Naletilić and Martinović*, TC, Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 73.

<sup>470</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 320.

<sup>471</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio 2009, parág. 429.

<sup>472</sup> *Ibid.*, parág. 430.

jerárquica, la ubicación del jefe militar en el momento y la ubicación geográfica de los actos. También podrá probarse que sabía si, ‘a priori, [un jefe militar] forma parte de una estructura organizada con sistemas establecidos de monitoreo y denuncia’. Por consiguiente, la Sala considera que estos factores son instructivos a los efectos de realizar una determinación acerca de si el superior sabía en el marco del Artículo 28 del Estatuto"<sup>473</sup>.

En *Karemera y otros*, la Sala de Primera Instancia del TPIR utilizó uno de estos criterios para concluir que el acusado sabía que los crímenes estaban siendo cometidos:

"Como se ha discutido en las consideraciones sobre los hechos, las masacres y los ataques cometidos por la *Interahamwe*, por los miembros del Programa de Defensa Civil, por los oficiales locales que formaban parte de la administración territorial y por el personal administrativo de los ministerios controlados por el MRND, entre otros, fueron tan generalizados y públicos que es imposible que Karamera no supiera que estaban ocurriendo"<sup>474</sup>.

La Sala de Primera Instancia del TESL en el caso *Taylor* resumió lo que se entendía por conocimiento efectivo:

"El conocimiento efectivo puede definirse como el ser consciente de que los crímenes relevantes habían sido cometidos o estaban por ser cometidos"<sup>475</sup>.

En la Sentencia en *Bemba*, la Sala de Primera Instancia de la CPI añadió un factor que no había sido mencionado por la Sala de Cuestiones Preliminares:

“la notoriedad de los actos ilegales, como por ejemplo si fueron informados en los medios de comunicación de los que el acusado estuviese al tanto. Esa consciencia podría demostrarse a través de pruebas que sugieran que, como resultado de esas informaciones, el jefe militar adoptó algún tipo de medidas”<sup>476</sup>.

La Sala de Primera Instancia también especificó que:

“El artículo 28 no exige que el jefe militar conociese las identidades de los individuos específicos que cometieron los crímenes. Además, tampoco es necesario establecer que el acusado conocía cada detalle de cada crimen cometido por las fuerzas, algo que es cada vez más difícil cuando uno sube en la jerarquía militar”<sup>477</sup>.

<sup>473</sup> *Ibíd.*, parág. 431 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>474</sup> TPIR, *Karemera and Nqirumpatse*, TC III, Judgement, Case No. ICTR-98-44-T, 2 de febrero de 2012, parág. 1530.

<sup>475</sup> TESL, *Taylor*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, parág. 497.

<sup>476</sup> CPI, *Bemba*, TC III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 193.

<sup>477</sup> *Ibíd.*, parág. 194.

*Dadas las circunstancias en ese momento, el autor debió haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer el crimen*

Palabras clave: Negligencia – Ejercicio de los medios disponibles para tomar conocimiento – No es una forma de responsabilidad penal objetiva – Información alarmante suficiente – Negligencia criminal – Deber activo de adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse conocimiento – Elemento subjetivo del autor directo

### Jurisprudencia Internacional

El estándar de "hubiere debido saber" fue establecido en los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Al referirse al juicio del General japonés Yamashita ante una Comisión Militar estadounidense en Manila<sup>478</sup>, la Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra sostuvo que:

"[...] los crímenes que se demostró que fueron cometidos por las tropas de Yamashita fueron tan generalizados, tanto en el espacio como en el tiempo, que podría considerarse que constituyen prueba indiciaria de que el acusado sabía de su comisión, o prueba de que debió haber incumplido el deber de comunicar a sus tropas el estándar de conducta exigido"<sup>479</sup>.

El estándar de "hubiere debido saber" también puede rastrearse hasta el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, el que sostuvo que:

"[...] si una persona tenía conocimiento de no ser por negligencia o indolencia, o debió haber tenido ese conocimiento, no estará excusada por su inacción si su cargo le exigía o le permitía tomar medidas para prevenir tales crímenes"<sup>480</sup>.

En el caso *Toyoda*, el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente sostuvo que:

"En los términos más sencillos podría decirse que este Tribunal considera que el principio de la responsabilidad del superior supone que, si el acusado conocía o, en virtud de un actuar diligente, debió haber tomado conocimiento de la comisión de atrocidades por parte de sus subordinados, ya sea en forma inmediata o de otra manera, probadas más allá de toda duda razonable ante este Tribunal, o de la existencia de una rutina que las apoyaba y, debido a que no adoptó ninguna medida para castigar a los autores, permitió que las atrocidades continuasen, ha incumplido su deber como jefe militar y debe ser castigado. Al

<sup>478</sup> *U.S.A. v Yamashita*, United States Military Commission, Manila, 8 de octubre -7 de diciembre de 1945. Véase también *In Re Yamashita*, 327 US 1, 14-16 (1945). Este caso fue traído a conocimiento de la Corte Suprema por la vía del *habeas corpus*, y cuestionó infructuosamente la jurisdicción de la Comisión Militar en Manila.

<sup>479</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Vol. IV, Law Reports, págs. 82-94 (se omite la nota al pie de página y el énfasis).

<sup>480</sup> *Tokyo Trial*, Official Transcript, 4 November 1948, págs. 48, 445.

determinar la culpabilidad o inocencia de un acusado al que se imputa abandonar este deber que le era propio en su carácter de jefe militar, se deberán tomar en consideración demasiados factores. La teoría es sencilla; su aplicación no. [...] Su culpabilidad no puede determinarse en función de si tenía autoridad operativa, administrativa, o ambas. Si sabía, o debió haber sabido en virtud de un actuar razonablemente diligente, de la comisión de atrocidades por sus tropas y no hizo todo lo que estaba en su poder y capacidad en las circunstancias concretas para prevenir que se produjeran y castigar a los autores, abandonó sus deberes. Sólo restará establecer el grado de su culpabilidad"<sup>481</sup>.

En el caso de los *Rehenes* enjuiciado ante un Tribunal militar de los Estados Unidos con arreglo a la Ley No. 10 del Consejo de Control, el Tribunal rechazó la defensa esgrimida por el acusado General List de que no tenía conocimiento de los homicidios ilícitos cometidos por sus subordinados, sosteniendo que:

"Un jefe militar de territorio ocupado tiene el deber de mantener la paz y el orden, de castigar los crímenes y de proteger la vida y la propiedad en la zona bajo su control. Su responsabilidad es coextensiva con la zona bajo su autoridad. Tiene el deber de estar informado acerca de lo que ocurre en ese territorio. Podría exigir informes adecuados de conformidad con los alcances de su autoridad y, si tales informes son incompletos o inadecuados por alguna razón, está obligado a solicitar informes adicionales para que se le informen todos los hechos pertinentes. Si omite exigir y obtener información completa, el abandono de su deber es responsabilidad suya y no estará en posición de alegar su propio abandono como defensa. Su ausencia del cuartel general no podrá relevarlo, y no lo relevará de su responsabilidad por actos cometidos de conformidad con una política que él hubiese instituido o que hubiese consentido"<sup>482</sup>.

El Tribunal Militar estadounidense en el llamado caso del *Comando Superior* sostuvo que:

"La criminalidad no se asigna a todo individuo en esta cadena de mando por este sólo hecho. Debe haber un abandono personal. Eso puede ocurrir solamente cuando el acto puede asociarse directamente a la persona, o cuando la falta de supervisión adecuada a sus subordinados constituye una negligencia penalmente relevante de su parte. En este último caso, deberá ser una negligencia personal que constituya una indiferencia absoluta e inmoral de la acción de sus subordinados que conlleve aquiescencia"<sup>483</sup>.

Refiriéndose a estos casos, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Čelebići* sostuvo que:

"[D]ebe señalarse que la jurisprudencia del período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial afirmó la existencia de un deber de los jefes militares de estar informados acerca de las actividades de sus subordinados. En efecto, del

<sup>481</sup> U.S.A. v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, 6 de septiembre de 1949, pág. 5006.

<sup>482</sup> U.S.A. v. *Wilhelm List et al.*, en *Trials of War Criminals*, vol. XI, pág. 1271.

<sup>483</sup> U.S.A. v. *Wilhelm von Leeb et al.*, en *Trials of War Criminals*, vol. XI, págs. 543-544.

estudio de estas decisiones se puede extraer el principio de que la falta de conocimiento no puede considerarse una defensa si, en palabras de la sentencia del Tribunal de Tokio, el superior estaba ‘en falta por no haber obtenido ese conocimiento’<sup>484</sup>.

Luego de analizar la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaškić* también concluyó que:

"[L]uego de la Segunda Guerra Mundial, se estableció una norma según la cual un comandante puede ser penalmente responsable por crímenes de sus subordinados si ‘omitió emplear los medios a su disposición para tomar conocimiento del crimen y, en las circunstancias, debió haber sabido, y su falta de conocimiento constituye un abandono criminal’<sup>485</sup>.

Se ha puesto en duda hasta qué punto el párrafo 2) del Artículo 86 del Protocolo Adicional I, en tanto parte del derecho internacional consuetudinario, influye en la interpretación del estándar de “hubiere debido conocer”<sup>486</sup>. Las Salas de Primera Instancia del TPIY han expresado puntos de vista contradictorios en los casos *Čelebići* y *Blaškić*. En *Čelebići*, la Sala de Primera Instancia concluyó que:

"Una interpretación de los términos del [párrafo 2) del Artículo 86 del Protocolo Adicional I] [...] lleva a la conclusión [...] de que un superior puede ser considerado penalmente responsable sólo si tenía a disposición algún tipo de información específica que lo hubiese alertado acerca de los crímenes cometidos por sus subordinados. No es necesario que esta información resulte en sí misma suficiente para llevar a la conclusión de que se han cometido tales crímenes. Basta con que el superior haya quedado en posición de tener que averiguar más en virtud de dicha información o, en otras palabras, que ésta haya indicado la necesidad de una mayor investigación a los efectos de determinar si sus subordinados habían cometido crímenes o se proponían cometerlos. Este estándar, que debe considerarse que refleja la posición del derecho consuetudinario al momento de los crímenes imputados en el Escrito de Acusación, es el relevante a los efectos de la construcción del elemento subjetivo exigido con arreglo al párrafo 3) del Artículo 7. Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia no realiza ninguna constatación respecto del contenido actual del derecho consuetudinario sobre este punto. Sin embargo, podría señalarse que la disposición relativa a la responsabilidad de los jefes militares en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que un jefe militar podrá ser considerado penalmente responsable por no haber actuado en situaciones en las que hubiere sabido o hubiere debido saber de los crímenes que las fuerzas bajo

<sup>484</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de septiembre de 1998, parág. 388; haciendo referencia al Tokyo Trial Official Transcript, 4 de noviembre de 1948, pág. 48, 445.

<sup>485</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 322; con cita a W.H. Parks, "Command Responsibility for War Crimes", en *Military Law Review* 1973, vol. 62, no. 1, pág. 90.

<sup>486</sup> El párrafo 2) del Artículo 86 prevé que: "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".

mando y control, o su autoridad y control efectivo estaban cometiendo o se proponían cometer"<sup>487</sup>.

Esta posición fue rechazada por la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaškić*:

"La pregunta pertinente es la siguiente: ¿modificó el Protocolo Adicional I el derecho internacional consuetudinario en el sentido de que un jefe puede ser considerado penalmente responsable por no actuar en respuesta a crímenes cometidos por sus subordinados solamente si, en los hechos, tenía a su disposición algún tipo de información específica que lo hubiese puesto sobre aviso de tales crímenes? Sobre la base del análisis que se expondrá a continuación, la Sala de Primera Instancia considera que este no es el caso"<sup>488</sup>.

La Sala de Primera Instancia concluyó que:

"[...] si un jefe militar ha actuado en forma diligente en la observancia de sus deberes y sin embargo no sabe que se están cometiendo o se aprestaban a cometer crímenes, dicha falta de conocimiento no puede serle endilgada. Sin embargo, tomando en consideración su posición particular de autoridad y las circunstancias imperantes en ese momento, dicha ignorancia no puede ser una defensa cuando la falta de conocimiento sea el resultado de su negligencia en el cumplimiento de sus deberes [...]"<sup>489</sup>.

La Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Čelebići* confirmó la posición adoptada por la Sala de Primera Instancia:

"La cuestión aquí no debería ser que el conocimiento puede presumirse si una persona incumple su deber de obtener la información correspondiente a un crimen, sino si puede presumirse si tenía los medios para obtener ese conocimiento pero deliberadamente se abstuvo de hacerlo"<sup>490</sup>.

La Sala de Apelaciones además confirmó que:

"[...] la evaluación del elemento subjetivo exigido de conformidad con el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto debe realizarse en las circunstancias específicas de cada caso, tomando en consideración la situación concreta del superior en cuestión, al momento de los hechos. Por consiguiente, como sostuvo adecuadamente la Sala de Primera Instancia, puesto que el elemento de conocimiento debe ser demostrado en este tipo de casos, la responsabilidad del superior no es un tipo de responsabilidad penal objetiva. Un superior solo podrá ser considerado penalmente responsable si se demuestra que 'sabía o tenía razones para saber' de ellos. La Sala de Apelaciones no describiría a la responsabilidad del superior como una responsabilidad por el hecho ajeno en la

<sup>487</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 393 (énfasis añadido).

<sup>488</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 324.

<sup>489</sup> *Ibid.*, parág. 332.

<sup>490</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 226.

medida que la responsabilidad por el hecho ajeno podría sugerir un tipo de responsabilidad penal objetiva"<sup>491</sup>.

La Sala de Apelaciones añadió que:

"La Sala de Apelaciones confirma la interpretación de la Sala de Primera Instancia respecto del estándar 'tenía razones para saber', esto es, un superior será penalmente responsable en virtud de los principios de la responsabilidad del superior sólo si tenía a su disposición información que lo hubiese puesto sobre aviso de los crímenes cometidos por sus subordinados. Esto es compatible con el estándar consuetudinario según el cual el elemento subjetivo debe existir al momento de los hechos imputados en el Escrito de Acusación"<sup>492</sup>.

En el caso *Bagilishema*, la Sala de Apelaciones del TPIR sostuvo que:

"El estándar 'tenía razones para saber' no exige que se pruebe conocimiento efectivo, ya sea explícito o circunstancial. Tampoco exige que la Sala tenga por probado que el acusado sabía efectivamente que se habían cometido o se iban a cometer crímenes. Solamente exige que la Sala esté satisfecha de que el acusado tenía 'alguna información general en su poder, que lo habría puesto sobre aviso de posibles actos ilícitos por parte de sus subordinados'"<sup>493</sup>.

Además, constató que:

"[...] de conformidad con el párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto, el acusado 'sabía' o 'tenía razones para saber', ya sea que ese estado de conocimiento se pruebe de manera directa o sobre la base de prueba indiciaria"<sup>494</sup>.

En este supuesto, la Sala de Apelaciones en el caso *Bagilishema* distinguió:

"[...] entre el hecho de que el acusado tuviese información acerca de la situación general que imperaba en Rwanda en ese momento, y el hecho de que tuviese en su poder información general que lo pusiese sobre aviso que sus subordinados podían cometer crímenes"<sup>495</sup>.

En igual sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Krnjelac* sostuvo que:

"[E]sta información [la información en poder del superior] no necesita facilitar información específica acerca de los actos ilícitos que se han cometido o se aprestaban a cometer. [...] En otras palabras, y nuevamente utilizando aquí el ejemplo del crimen de tortura, a fin de determinar si un acusado 'tenía razones para saber' que sus subordinados se aprestaban a cometer o ya habían cometido

<sup>491</sup> *Ibid.*, parág. 239.

<sup>492</sup> *Ibid.*, parág. 241.

<sup>493</sup> TPIR, *Bagilishema*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002, parág. 28. Confirmada en TPIR, *Nahimana et al.*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, parág. 791 y TPIR, *Bagilishema*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 July 2002, parág. 42; con referencia a TPIY, *Mucic et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, parág. 238.

<sup>494</sup> *Ibid.*, parág. 37.

<sup>495</sup> *Ibid.*, parág. 42.

actos de tortura, el tribunal debe determinar si tenía información suficientemente alarmante (tomando en consideración que, como se dijo precedentemente, no es necesario que esa información sea específica) para alertarlo del riesgo de que se estuviesen cometiendo actos de tortura, esto es, que los golpes no se estuviesen infligiendo en forma arbitraria sino con alguno de los fines prohibidos de la tortura. Por consiguiente, no basta con que un acusado tuviese información suficiente acerca de golpes infligidos por sus subordinados; también deberá tener información –si bien general– que lo alerte del riesgo de que se estén infligiendo golpes con uno de los fines previstos en la prohibición contra la tortura"<sup>496</sup>.

Afirmando la interpretación de la Sala de Apelaciones en el caso *Čelebići*, la Sala de Primera Instancia en la Sentencia en el caso *Hadžihasanović y Kubura* sostuvo que:

"[U]n superior puede ser considerado penalmente responsable con arreglo a los principios de la responsabilidad del superior solamente si tenía a su disposición información que lo hubiera puesto sobre aviso de que sus subordinados se aprestaban a cometer crímenes, o lo habían hecho. Surge claramente de la constatación de la Sala de Apelaciones que el elemento subjetivo correspondiente a ‘tenía razones para saber’ está determinado únicamente por referencia a la información que en los hechos estaba a disposición del superior y que hubiese sido suficiente para que la información fuese de naturaleza que, como mínimo, lo hubiese puesto sobre aviso del riesgo de tales crímenes, a través de indicarle la necesidad de llevar a cabo investigaciones adicionales a fin de determinar si tales crímenes estaban por cometerse o ya se habían cometido. Al adoptar esta interpretación, la Sala de Apelaciones rechazó la interpretación más estricta de ‘tenía razones para saber’, y sostuvo que un superior no podrá ser considerado penalmente responsable por no obtener información de los actos de sus subordinados, sino solamente por no adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenirlos o para castigarlos"<sup>497</sup>.

En cuanto a la forma de la información disponible, la Sala de Apelaciones en el caso *Čelebići* sostuvo que:

"En cuanto a la forma de la información disponible, podrá ser escrita u oral, y no es necesario que tenga la forma de un informe específico presentado en el marco de un sistema de monitoreo. No es necesario que esta información brinde información específica acerca de actos ilícitos ya cometidos o prontos a ser cometidos. Por ejemplo, podría considerarse que un jefe militar que ha recibido información de que algunos de los soldados bajo su mando tenían un carácter violento o inestable, o habían estado bebiendo antes de ser enviados a una misión, había adquirido el conocimiento exigido"<sup>498</sup>.

<sup>496</sup> TPIY, *Krnjelac, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003*, parágs. 154-155.

<sup>497</sup> TPIY, *Hadžihasanović and Kubura, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006*, parágs. 95-96.

<sup>498</sup> TPIY, *Mucić et al. ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001*, parág. 238.

La Sala de Primera Instancia en el caso *Kvočka y otros* dio otro ejemplo:

"La información a disposición del superior puede ser escrita u oral. No es necesario que sea explícita o específica, pero deberá ser información –o falta de información– que sugeriría la necesidad de hacer más averiguaciones. La información que haría que un superior sospechara que se podrían estar cometiendo crímenes abarca el comportamiento anterior de sus subordinados, o un historial de malos tratos: [...] Asimismo, si un superior sabe de antemano que es probable que las mujeres detenidas por guardias hombres en centros de detención sean sometidas a violencia sexual, eso lo pondría suficientemente sobre aviso de que son necesarias medidas adicionales para prevenir la comisión de tales crímenes"<sup>499</sup>.

La Sala de Primera Instancia en *Šainović y otros* confirmó:

"Un acusado tiene ‘razones para saber’ si tiene información a disposición que lo pone sobre aviso de la necesidad de realizar mayores investigaciones a fin de determinar si sus subordinados se aprestaban a cometer, estaban cometiendo o habían cometido una conducta constitutiva de un crimen, o un crimen base con arreglo al Estatuto del Tribunal. [...] No es necesario que esté él mismo al tanto de dicha información: basta que esa información estuviera disponible. [...] Por otra parte, si un acusado deliberadamente omitiese obtener más información a pesar de tener los medios para hacerlo, podría considerarse que tuvo ‘razones para saber’. Sin embargo, el deber del acusado de investigar sólo surge a partir del momento en el que la información admonitoria estaba a su disposición, mientras que el no haberla buscado en primer lugar no genera, por sí mismo, responsabilidad penal en los términos del párrafo 3) del Artículo 7"<sup>500</sup>.

En el caso *Čelebići*, la Sala de Apelaciones también sostuvo que:

"Por último, sólo es necesario que la información relevante hubiese sido facilitada, puesta a disposición o, en palabras de la Sala de Primera Instancia, hubiese estado ‘en posesión del’ superior. No se exige que este esté efectivamente al tanto de la información. En opinión de la Sala de Apelaciones, deberá realizarse una evaluación del elemento subjetivo exigido por el párrafo 3) del Artículo 7 en función de las circunstancias específicas de cada caso, tomando en consideración la situación concreta del superior en cuestión, en el momento correspondiente. Por consiguiente, como correctamente sostuvo la Sala de Primera Instancia, puesto que el elemento de conocimiento debe probarse en este tipo de casos, la responsabilidad del superior no es una forma de responsabilidad objetiva. [...] La Sala de Apelaciones no describiría a la responsabilidad del superior como una responsabilidad por el hecho ajeno en la medida que la responsabilidad por el hecho ajeno podría sugerir un tipo de responsabilidad penal objetiva"<sup>501</sup>.

<sup>499</sup> TPIY, *Kvočka et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 317-318.

<sup>500</sup> TPIY, *Šainović et al.*, TC, Judgement, Case No. IT-05-87-T, 26 de febrero de 2009, parág. 120.

<sup>501</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 239.

En la Sentencia de Apelación en el caso *Krnojelac* la Sala de Apelaciones del TPIY estuvo de acuerdo:

"La Sala de Apelaciones considera que la pregunta relevante para la Sala de Primera Instancia no era si lo que le fue informado a Krnojelac era de hecho cierto, sino si la información que recibió de los detenidos era suficiente para constituir una 'información alarmante' que lo obligaba, en tanto superior, a iniciar una investigación o a hacer averiguaciones"<sup>502</sup>.

En *Jokić ("Dubrovnik")*, la Sala de Apelación recordó:

"[...] que con arreglo al estándar jurídico correcto, para considerar al superior penalmente responsable de conformidad con el párrafo 3) del Artículo 7 del Estatuto basta información suficientemente alarmante que ponga al superior sobre aviso del riesgo de que sus subordinados se aprestaban a cometer crímenes y que justifique mayores investigaciones"<sup>503</sup>.

En *Kordić y Čerkez*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que:

"Surge claramente de las constataciones de la Sala de Apelaciones que puede considerarse que un superior tenía 'razones para saber' si está en posesión de información suficiente a los efectos de estar sobre aviso de la probabilidad de los actos ilícitos de sus subordinados, esto es, si la información disponible es suficiente para justificar el deber de averiguar. El nivel de formación, o los rasgos de carácter o hábitos de los subordinados, se mencionan como ejemplos de factores generales que pueden poner a un superior sobre aviso que sus subordinados podrían cometer crímenes. También podrían utilizarse los indicios enumerados en el Informe de la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas, a los que se hace referencia en el contexto del conocimiento efectivo, para determinar si es posible imputar a un acusado el conocimiento de los presuntos crímenes base"<sup>504</sup>.

La Sala de Primera Instancia en *Orić* añadió:

"Sin embargo, lo que se necesita, más allá de la mera ignorancia negligente, es que el superior fuese de hecho consciente de información que, debido a su posición, debería haberle proporcionado una razón para muñirse de mayores conocimientos. Sin un elemento subjetivo de este tipo, el fundamento alternativo de la responsabilidad del superior por haber tenido 'razones para saber' se reduciría a una base puramente objetiva y, por consiguiente, correría el riesgo de traspasar la frontera hacia la 'responsabilidad objetiva'"<sup>505</sup>.

<sup>502</sup> TPIY, *Krnojelac*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, parág. 59.

<sup>503</sup> TPIY, *Jokić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-42/1-A, 30 de agosto de 2005, parág. 304.

<sup>504</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, parág. 437.

<sup>505</sup> TPIY, *Orić*, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 324.

En cuanto a la teoría de la negligencia, la Sala de Apelaciones en el caso *Blaškić* sostuvo que:

"[...] [L]a Sala de Apelaciones recuerda que la Sala de Apelaciones del TPIR rechazó en el pasado que la negligencia criminal fuese una base de responsabilidad penal en el contexto de la responsabilidad del superior, y ha señalado que 'sería tanto innecesario como injusto considerar al acusado responsable con arreglo a un modo de responsabilidad que no estaba claramente definido en el derecho penal internacional'. Expresó que las 'referencias a la 'negligencia' en el contexto de la responsabilidad del superior probablemente lleven a una confusión de pensamiento...'. Esta Sala de Apelaciones adopta expresamente este punto de vista"<sup>506</sup>.

Respecto de la expresión 'negligencia', la Sala de Apelaciones sostuvo en este contexto que:

"Las referencias a la 'negligencia' en el contexto de la responsabilidad del superior probablemente lleven a una confusión de pensamiento, como surge de la Decisión de la Sala de Primera Instancia en el presente caso. El derecho impone a un superior el deber de prevenir crímenes que sabe o tiene razones para saber que se han cometido, y de castigar los crímenes que sabe o tiene razones para saber que han sido cometidos por subordinados sobre los que tiene un control efectivo. Un jefe militar, o un superior civil, podrá por consiguiente ser considerado responsable si no cumple sus deberes como superior, ya sea por haberlos incumplido deliberadamente o por ignorarlos en forma culpable o temeraria"<sup>507</sup>.

Haciendo referencia a los criterios establecidos en el caso *Čelebići*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Dorđević* señaló que:

"El conocimiento por parte de un superior de los crímenes pasados de sus subordinados y la falta de castigo no bastan, por sí mismos, para concluir que el superior sabía que el mismo grupo de subordinados cometerían crímenes similares en el futuro. Sin embargo, esto podría, dependiendo de las circunstancias del caso, constituir información lo suficientemente alarmante para justificar una mayor averiguación con arreglo al estándar de 'tenía razones para saber'. Si el superior deja de obtener información adicional en forma de liberada a pesar de tener los medios para hacerlo, bien podría considerarse que 'tenía razones para saber' de los crímenes"<sup>508</sup>.

Más precisamente, la Sala de Primera Instancia del TESL en el caso *Taylor* definió el requisito de 'debió haber sabido' del siguiente modo:

"Para determinar si un superior 'tenía razones para saber', o conocimiento imputado, que sus subordinados estaban cometiendo un crimen o se proponían

<sup>506</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 63; con referencia a TPIR, *Bağışlıç*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 July 2002, parág. 35.

<sup>507</sup> *Ibid.*, parág. 35.

<sup>508</sup> TPIY, *Dorđević*, TC II, Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1886.

hacerlo, deberá demostrarse que tenía a su disposición información específica que lo habrían puesto sobre aviso de los crímenes cometidos o que se aprestaban a cometer. El superior no podrá ser considerado penalmente responsable simplemente por no obtener dicha información. Sin embargo, sí basta que el superior estuviese en posesión de información suficiente, aun de carácter general, ya sea escrita u oral, acerca de la probabilidad de que sus subordinados cometiesen actos ilícitos. Sólo es necesario que el superior haya sido puesto en conocimiento de un riesgo de que se estuviesen cometiendo crímenes, y no hay un requisito de que este riesgo fuese significativo o de una probabilidad sustancial. Surge claramente de la jurisprudencia citada precedentemente que la negligencia no basta para atribuir conocimiento imputado, y que un superior no puede ser considerado penalmente responsable simplemente por no haber cumplido el deber de obtener información. Lo que se exige es que el/la superior fuese consciente de la información que habría debido motivarlo/a para obtener esa mayor información. Cuando el/la superior permanezca temerariamente ciego/a a la información que tuviese a su disposición se lo/a considerará responsable con arreglo al párrafo 3) del Artículo 6 del Estatuto"<sup>509</sup>.

En la Decisión relativa a la confirmación de cargos en el caso *Bemba*, sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI sostuvo que:

"El estándar 'hubiere debido saber' exige que el superior 'ha[ya] sido meramente negligente en no haber adquirido conocimiento' de la conducta ilícita de sus subordinados. [...] [E]s la opinión de la Sala que el estándar 'hubiere debido saber' exige más que un deber activo por parte del superior de tomar las medidas necesarias para obtener conocimiento de la conducta de sus tropas, y de averiguar, con independencia de la información disponible al momento de la comisión del crimen. Los antecedentes de esta disposición revelan que la intención de los redactores fue adoptar un enfoque más exigente respecto de los jefes militares y los jefes de características similares frente a otros superiores que quedan abarcados por los parámetros del párrafo b) del Artículo 28 del Estatuto. Esto se justifica por la naturaleza y el tipo de responsabilidad asignada a esta categoría de superiores"<sup>510</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares también sostuvo que:

"[E]l criterio de 'tenía razones para saber' previsto en los estatutos del TPIR, TPIY y el TESL establece un estándar distinto al 'hubiere debido saber' con arreglo al párrafo a) del Artículo 28 del Estatuto. Sin embargo, a pesar de esa diferencia, que la Sala no considera necesario abordar en la presente decisión, los criterios o indicios desarrollados por los tribunales *ad hoc* para satisfacer el estándar de 'tenía razones para saber' también podrían ser útiles al aplicar el requisito 'hubiere debido saber'. [...] [S]e podrá considerar que el sospechoso hubiere debido saber si, entre otras cosas, y dependiendo de las circunstancias de cada caso: i) tenía información general que lo ponía sobre aviso de crímenes

<sup>509</sup> TESL, *Taylor*, TC II, Judgement, Case No. SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, parágs. 498-499.

<sup>510</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parágs. 432-433.

cometidos por sus subordinados o sobre la posibilidad de que hubiesen ocurrido actos ilícitos; y ii) dicha información disponible era suficiente para justificar la realización de más averiguaciones o de una investigación. La Sala también considera que el no castigar crímenes pasados cometidos por el mismo grupo de subordinados podría ser una señal de riesgo futuro"<sup>511</sup>.

En el caso *Brđanin*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que:

"Por consiguiente es necesario distinguir entre el elemento subjetivo que se exige para los crímenes cometidos por los subordinados y el que se exige al superior. [...] Si se satisfacen los elementos establecidos en el párrafo 3) del Artículo 7, no hay razón por la que los superiores no deban ser condenados por genocidio, de conformidad con el párrafo 3) del Artículo 7; en última instancia, el genocidio es el crimen con el que los superiores se asociaban, a través de incumplir deliberadamente su obligación de ejercer control"<sup>512</sup>.

## Publicistas

Según Martinez, para el final de los procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial:

"[...] ha surgido un consenso en cuanto a que se podrá imponer responsabilidad penal a un jefe militar por omisión de actuar cuando hubiese tenido conocimiento efectivo de crímenes de sus subordinados; la constatación de conocimiento efectivo podría basarse en pruebas expresas de ese conocimiento, o en pruebas indiciarias de su conocimiento, basadas en el carácter generalizado de los crímenes"<sup>513</sup>.

Ambos señala que se mantuvieron dos estándares del elemento subjetivo:

"[...] el tribunal en el caso del Comando *Superior* claramente rechazó el precedente de Yamashita, aplicando, en cambio, un criterio de conocimiento efectivo, mientras que en el caso *Rehenes* se optó por el criterio deber tener conocimiento, basado en la información concreta recibida por el superior"<sup>514</sup>.

Martinez también señala los dos estándares del elemento subjetivo:

"[...] De modo significativo, casi todos los [juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial] también sugieren que, en ausencia de pruebas de conocimiento efectivo, podría bastar una omisión culpable de obtener

<sup>511</sup> *Ibíd.*, parág. 434 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>512</sup> TPIY, *Brđanin*, TC II, Judgement, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 720.

<sup>513</sup> Jenny S. Martinez, "Understanding Mens Rea in Command Responsibility From Yamashita to Blaškić and Beyond", en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 5, no. 3, pág. 652.

<sup>514</sup> Kai Ambos, "Superior Responsibility", en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (Comps.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 830 (se omite la nota a pie de página).

información acerca de la conducta de los subordinados. El alcance de esta última categoría todavía estaba poco claro en lo que se refiere a los alcances del deber de obtener información acerca de los subordinados, al nivel de consciencia del riesgo exigido para poner en funcionamiento el deber de investigar, y en cuanto a la actitud que debe acompañar a la omisión culpable de averiguar. Algunas decisiones han sugerido que la ‘negligencia o indolencia’ podrían bastar, mientras que otras han exigido una ‘indiferencia absoluta e inmoral’, y aun otras han sugerido que se imputará al jefe militar un conocimiento ‘construido’ en los casos de crímenes extremadamente generalizados con independencia de si tenía o no conocimiento efectivo<sup>515</sup>.

En cuanto a la presunción de conocimiento en virtud de la posición del jefe militar, Nybondas observa:

"[...] si no hay pruebas directas del conocimiento, éste no puede presumirse sino que deberá demostrarse sobre la base de pruebas indiciarias. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia en su decisión en el caso *Aleksovski*, sostuvo que '[e]l rango de superior de un individuo es por sí mismo un indicio significativo de que tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados'<sup>516</sup>. Esto abona el punto de vista según el cual si bien el rango superior por sí sólo no basta para probar que el superior tenía conocimiento efectivo de los crímenes, las pruebas que deberán presentarse a fin de probar la responsabilidad del superior podrán variar dependiendo de la posición de autoridad y el nivel de responsabilidad del superior<sup>517</sup>"<sup>518</sup>.

Jia señala:

"[...] la alegación de falta de conocimiento no será considerada automáticamente una defensa válida si la falta de conocimiento se debió a que el jefe militar se abstuvo deliberadamente de adquirir ese conocimiento"<sup>519</sup>.

Según Arnold, la jurisprudencia del TPIY postula que el jefe militar no tiene un deber de obtener información:

"El caso *Čelebići* aclaró el estatus del derecho consuetudinario, al resolver que el estándar de *sabía o tenía razones para saber* ha sido reemplazado por el *sabían o poseían información que les permitiera concluir* establecido

<sup>515</sup> Martínez, 2007, págs. 652-653 (se omiten las notas a pie de página), nota 513 *supra*.

<sup>516</sup> TPIY, *Aleksovski*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999 parág. 80.

<sup>517</sup> TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 428.

<sup>518</sup> Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 35.

<sup>519</sup> Bing Bing Jia, "The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pág. 141.

en el Artículo 86 del Protocolo Adicional I de 1977<sup>520</sup>. Este estándar ya no comprende la responsabilidad de un jefe militar por abandono de un deber de obtener información al que tenía un acceso razonable<sup>521</sup>. Este punto de vista, debatido en el caso *Blaškić*<sup>522</sup>, fue confirmado más tarde en la Sentencia de Apelación en el caso *Čelebići* y en el caso *Kordić y Čerkez*<sup>523</sup>. Según este criterio, un superior será responsable solamente si:

- 1) tenía conocimiento efectivo (establecido a través de pruebas directas<sup>524</sup> o indiciarias<sup>525</sup>) que sus subordinados se aprestaban a cometer un crimen o ya lo habían hecho, o
- 2) si tenía ‘razones para saber’ que se estaban cometiendo crímenes, sobre la base de la información que tenía a su disposición, y que indicaba la necesidad de hacer mayores averiguaciones.

La novedad es que el jefe militar ya no tiene el deber de *buscar* activamente la información, y que solo será responsable penalmente por no acusar recibo de información que *ya estaba a su disposición*<sup>526</sup><sup>527</sup>.

Sin embargo, Ambos sostiene que:

"[...] la decisión en apelación [en el caso *Čelebići*] consideró un estándar muy bajo en relación con el tipo de información –disponible– que basta para hacer aplicable la responsabilidad del superior. Por ejemplo, según la Sala basta con que el superior hubiera tenido informaciones a disposición indicando que ‘algunos de los soldados bajo su mando tenían un carácter violento o inestable, o habían estado bebiendo antes de ser enviados en una misión’<sup>528</sup>. Por consiguiente, un superior debe analizar minuciosamente la información que tuviere disponible y adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de crímenes<sup>529</sup>. En conclusión, si el superior ha cumplido adecuadamente sus deberes, pero aun así no tiene conocimiento

<sup>520</sup> Esta disposición actualmente forma parte del derecho internacional consuetudinario. TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parágs. 383 y 390, y TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 310.

<sup>521</sup> *Ibid.*, parág. 393, confirmado en TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 224.

<sup>522</sup> TPIY, *Blaškić*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parágs. 314 - 332 (en particular, parág. 324) [...].

<sup>523</sup> Confirmado en TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 241 y TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parágs. 430 and 432 et seq.

<sup>524</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), TC, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 386.

<sup>525</sup> *Ibid.*, y TPIY, *Kordić and Čerkez*, TC, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 427 [...].

<sup>526</sup> *Ibid.*, parág. 383.

<sup>527</sup> Roberta Arnold, "Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors" en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, editado por Otto Triffterer, 795–843. Hart, 2007, págs. 829-830.

<sup>528</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 328.

<sup>529</sup> *Ibid.*, parágs. 325 et seq. (328-329), basándose en el Comentario del CICR a los Protocolos.

acerca de los crímenes cometidos por sus subordinados, dicha ignorancia no le puede ser endilgada<sup>530</sup>"<sup>531</sup>.

Según Gordy, la temeridad ha sido descartada:

"[...] la Sala de Apelaciones [en el caso *Blaškić*] rechazó el estándar de la Sala de Primera Instancia a los efectos de determinar que el acusado fue temerario, y en cambio concluyó que ‘el conocimiento de algún tipo de riesgo, sin importar cuán bajo, no basta para la imposición de responsabilidad penal por violaciones graves al derecho internacional humanitario’ [§ 41]. En cambio, deberá demostrarse que la persona acusada era ‘consciente de la sustancial probabilidad de que se cometería un crimen’ [§ 42], para ‘saber que sus actos forman parte del ataque criminal’ [§ 127], y para tener ‘el poder de prevenir [o] castigar’ [§ 69]"<sup>532</sup>.

Schabas describe la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre el elemento subjetivo del siguiente modo:

"Los jueces de los tribunales *ad hoc* han sido cuidadosos de no extender la doctrina a casos de lo que podríamos llamar negligencia pura<sup>533</sup>. En el caso *Čelebići*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia desechó un argumento de la Fiscalía que procuraba expandir el concepto, señalando que ‘un superior será penalmente responsable en virtud del principio de la responsabilidad del superior solamente si la información estaba disponible para él, cosa que lo hubiera puesto en conocimiento de los crímenes cometidos por subordinados’<sup>534</sup>. Obviamente, tomando en consideración las acusaciones de abuso que podrían resultar de una construcción excesivamente amplia, la Sala de Apelaciones dijo que ‘no describiría a la responsabilidad del superior como una responsabilidad por el hecho ajeno en la medida que la responsabilidad por el hecho ajeno podría sugerir un tipo de responsabilidad penal objetiva’<sup>535</sup>. Varias de las decisiones dan cuenta de esta incomodidad judicial con los límites exteriores de la responsabilidad del superior, y

---

<sup>530</sup> *Ibid.*, parág. 332.

<sup>531</sup> Ambos, 2002, pág. 835, nota 514 *supra*.

<sup>532</sup> Eric Gordy, “The Blaškić Trial: Politics, the Control of Information and Command Responsibility”, en *Southeastern Europe*, 2012, vol. 36, no. 1, pág. 80.

<sup>533</sup> TPIR, *Bagilishema*, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002, parág. 35; TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 63.

<sup>534</sup> TPIY, *Mucić et al.* (“Čelebići”), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 241 (se omiten las citas). Véase también TPIY, *Galić*, AC, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Rule 92bis(c), Case No. IT-98-29-AR73-2, 7 de junio de 2002.

<sup>535</sup> *Ibid.*, parág. 239.

revelan preocupaciones entre los jueces que una interpretación liberal podría ofender el principio de *nullum crimen sine lege*<sup>536</sup><sup>537</sup>.

En cuanto a la negligencia, Bantekas señala:

"La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* estipula asimismo que un jefe militar será penalmente responsable si fue avisado de la criminalidad inminente o actual de sus subordinados, lo que implica que si no ha sido puesto sobre aviso de ningún modo, entonces no tiene el deber de salir y buscar tales indicios de criminalidad <sup>538</sup>. Esto constituiría un deber imposible que el derecho internacional no puede imponer, especialmente bajo amenaza de responsabilidad penal. Por consiguiente, esto da lugar a la búsqueda de un estándar apropiado con arreglo al derecho internacional por no haber hecho todo lo posible con la información disponible. Dado el deber de los jefes militares de estar informados a los efectos de prevenir crímenes, el estándar por no haber hecho todo lo posible en función de la información disponible necesariamente deberá ser bajo; es decir, negligencia grave. No obstante, la negligencia grave se empleará solamente para determinar el manejo de la información o de la denuncia por parte del jefe militar. No podrá ser utilizado para evaluar su conocimiento de la criminalidad de sus subordinados, o como una base para ser responsabilizado penalmente, como expresamente se dijo en la Sentencia de Apelación en el caso *Blaškić*<sup>539</sup>. Este es el significado que debe asignarse a la aplicación del estándar de negligencia respecto de los estándares de 'tenía razones para saber' o 'hubiere debido saber'<sup>540</sup><sup>541</sup>.

Meloni sostiene que el estándar 'hubiere debido saber' en el Artículo 28 del Estatuto de Roma podría equipararse a la negligencia:

"El jefe militar que, de conformidad con el párrafo a) i) del Artículo 28, hubiere debido saber de las acciones de las fuerzas armadas bajo su control, simplemente ignoró una situación de riesgo (no es necesario que haya desechado conscientemente información en ese sentido). No obstante, aun sin ser deliberada esa ignorancia puede ser culpable en la medida en que sea el resultado de la violación del primer deber del superior de ejercer un control apropiado sobre sus subordinados. En este sentido, incluso la

<sup>536</sup> Véase, por ejemplo, las opiniones del Juez Bennouna, en TPIY, *Krajišnik*, Separate Opinion of Judge Bennouna, Case No. IT-00-39, 22 de septiembre de 2000; véase también TPIY, *Stakić*, Decision on Rules 98bis Motion for Judgement of Acquittal, Case No. IT-97-24-T, 31 de octubre de 2002, parág. 116. Sin embargo, para una discusión sobre este punto, véase TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, Case No. IT-01-47-PT, 12 de noviembre de 2002.

<sup>537</sup> William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2011, pág. 234.

<sup>538</sup> TPIY, *Mucić et al.* ("Čelebići"), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 226; TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 62.

<sup>539</sup> TPIY, *Blaškić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 63[...].

<sup>540</sup> CPI, *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, para 429 [...].

<sup>541</sup> Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 90.

ignorancia culposa de los crímenes podría ser una fuente de responsabilidad para el superior (quien deberá responder por no adoptar las medidas necesarias para prevenir o castigar los crímenes que negligentemente ignoró). A fin de demostrar el requisito de 'hubiere debido saber' en el presente caso, es decisivo establecer que el superior habría sido capaz de tener conocimiento sobre los crímenes si hubiese cumplido sus deberes de vigilancia y control. En consecuencia, si se afirma que, aun cuando el superior hubiese cumplido adecuadamente su deber de controlar a su subordinados, igualmente no habría podido tener conocimiento de los crímenes de sus subordinados, su ignorancia de tales crímenes no se consideraría culpable"<sup>542</sup>.

Cassese señala que el Estatuto de la CPI emplea un estándar de 'hubiere debido saber' más bajo que el de los tribunales *ad hoc*:

"[...] En *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares aceptó que esta formulación era un tipo de negligencia (§ 429). Esto impone un 'deber positivo por parte del superior de adoptar las medidas necesarias para obtener conocimiento de la conducta de sus tropas y de averiguar, con independencia de la información que estuviese disponible al momento de la comisión del crimen' (§ 433). Este estándar fue rechazado por las Salas de Apelación del TPIY y del TPIR sobre la base de que se asemejaría a la negligencia o a la responsabilidad objetiva (*Čelebići*, AC, § 226; *Bagilishema*, AC, § 37)"<sup>543</sup>.

Además, según Cassese el jefe militar debe saber si sus subordinados están involucrados en la comisión de un crimen:

"[...] El conocimiento de que tuvo lugar un crimen es insuficiente; el superior debe también conocer que sus subordinados están involucrados (*Orić*, AC, § 50-60; *Bagilishema*, AC, § 42). Sin embargo, no es necesario que el superior sepa la identidad exacta de los subordinados involucrados en la conducta criminal; basta con que conozca la 'categoría' de los subordinados"<sup>544</sup><sup>545</sup>.

Nerlich agrega que no es necesario que el superior comparta la intención del subordinado:

"[...] Cuando el crimen base es genocidio, la jurisprudencia del TPIY exige que el superior tenga conocimiento de la intención genocida del

<sup>542</sup> Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 185 (se omiten las notas a pie de página).

<sup>543</sup> Antonio Cassese y otros, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pág. 190.

<sup>544</sup> TPIY, *Orić*, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 35; TPIY, *Hadžihasanović and Kubura*, TC, Judgement, Case No. IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 490.

<sup>545</sup> Cassese et al., 2013, pág. 190, nota 543 *supra*.

subordinado<sup>546</sup>. La jurisprudencia del TPIY no exige que el superior comparta la intención genocida<sup>547</sup>"<sup>548</sup>.

En forma coincidente, Arnold explica la diferencia entre el elemento subjetivo del superior y el del subordinado:

"A diferencia del autor principal o el cómplice, el superior no tiene que conocer todos los detalles o los crímenes que se planeaban cometer. Basta que él/ella creyese que uno o más de sus subordinados puede cometer uno o más crímenes previstos en el Estatuto de la CPI. El elemento 'hubiere sabido' o 'hubiere debido saber' es específico en cuanto exige solamente uno de los dos componentes del elemento subjetivo, esto es, la intensión (*Wollen/vouloir/volere*) y el conocimiento (*Wissen/savoir/ sapere*) como se conocen en los sistemas civilistas. No es necesario que el superior compartiese la intensión del autor principal. El mero conocimiento, o la omisión de procurar conocimiento cuando éste le hubiese sido exigido por las circunstancias es *per se* suficiente. Este tipo de omisión de procurar conocimiento puede constituir ya sea una negligencia inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit/ négligence inconsciente/negligenza inconsapevole*) o también negligencia consciente, esto es, temeridad (*bewusste Fahrlässigkeit/négligence consciente/negligenza consapevole*)<sup>549</sup>".

<sup>546</sup> TPIY, Blagojević and Jokić, TC I, Judgement, Case No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, parág. 686.

<sup>547</sup> TPIY, Brđanin, TC II, Judgement, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parágs. 717 et seq.

<sup>548</sup> Volker Nerlich, "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute For What Exactly Is the Superior Held Responsible?", en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 672.

<sup>549</sup> Arnold, 2007, pág. 837, nota 527 *supra*.

# 10. Índice de jurisprudencia internacional y publicistas

## 3. Introducción a la Responsabilidad de los Jefes Militares

Elementos de la responsabilidad de los jefes y otros superiores de acuerdo con los tribunales *ad hoc* y la CPI

### Jurisprudencia internacional

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići")*, TC, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 333- 343, 346.

TPIY, *Blaškić*, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 290, 346.

CPI, *Bemba*, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 407 .

TPIR, *Ndindiliyimana y otros*, TC II, Sentencia, Caso No. ICTR-00-56-T, 17 de mayo de 2011, parág. 126, 1916.

TPIR, *Nyiramasuhuko y otros*, TC II, Sentencia, Caso No. ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011, parág. 121.

TPIR, *Bizimungu y otros*, TC II, Sentencia, Caso No. ICTR-99-50-T, 30 de septiembre de 2011, parág. 1872.

CPI, *Bemba*, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parág. 170.

### Publicistas

Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 31.

Kai Ambos, "Superior Responsibility", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, págs. 849-850.

Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 386.

Jenny S. Martinez, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility From Yamashita to Blaškić and Beyond”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 642.

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, págs. 83-84.

Elies van Sliedregt, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity” en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (eds.) *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 378, pág. 392.

### **Otros casos citados por los publicistas**

TPIY, Kordić y Čerkez, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, parág. 839.

TPIY, Orić, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 294.

## **Condenas concurrentes**

### **Jurisprudencia internacional**

TPIY, Mucić y otros ("Čelebići"), Sentencia, TC, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 1221 – 1223, 359

TPIR, Kayishema y Ruzindana, TC, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 210, 223, 224, 344, 350, 352, 504, 506, 552, 553, 555

TPIY, Blaškić, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 337, 359, 362

TPIY, Kordić y Čerkez, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 370-371, 836-837, 842-843

TPIY, Kvočka y otros, TC, Sentencia, Caso No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 570

TPIY, Krnjelac, TC II, Sentencia, Caso No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 173, 316

TPIY, Stakić, TC II, Sentencia, Caso No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 463-468

TPIY, Blaškić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 91-92

TPIY, Kordić y Čerkez, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, parág. 34 y ss.

TPIY, Limaj y otros, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, parág. 741

CPI, Lubanga, PTC I, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, parág. 32.

SCSL, Brima y otros, TC II, Sentencia, Caso No. SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, parág. 800

SCSL, Brima y otros, AC, Sentencia de apelación, Caso No. SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008, parág. 214-215

CPI, Katanga y Ngudjolo Chui, PTC I, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, parág. 471

CPI, Bemba, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 407

TPIY, Đorđević, TC II, Sentencia, Caso No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1891, 2195

TPIR, Gatete, TC III, Sentencia, Caso No. ICTR-2000-61-T, 31 de marzo de 2011, parág. 678

TPIR, Nyiramasuhuko y otros, TC II, Sentencia, Caso No. ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011, parág. 5652

TPIR, Karempera y Ngirumpatse, TC III, Sentencia, Caso No. ICTR-98-44-T, 2 de febrero de 2012, parág. 1502-1503

ECCC, Kaing Guek Eav, Sentencia, 26 de julio de 2012, parág. 539

CPI, Ntaganda, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 100, 165

## **Publicistas**

Roberta Arnold, “Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors” en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 834

Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 156

William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, pág. 458

## **Otros casos citados por los publicistas**

TPIY, Aleksovski, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 183

## Responsabilidad por crímenes cometidos por otras personas

### Jurisprudencia internacional

TPIY, *Blaškić, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000*, parág. 303, 226

TPIR, *Bagilishema, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001*, parág. 897

TPIR, *Bagilishema, AC, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002* parág. 34-35

TPIY, *Blaškić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004*, parág. 53-85

TPIR, *Mpambara, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-01-65-T, 11 de septiembre de 2006*, parág. 25-27

CPI, *Gbagbo, PTC I, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014*, parág. 264-265

CPI, *Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016*, parágs. 173-174.

### Publicistas

Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 853

Antonio Cassese y otros, *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pág. 191-192

Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 394-395

Chantal Meloni, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 623, 632-633

Volker Nerlich, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute For What Exactly Is the Superior Held Responsible?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 671

Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 139, 180

Elies Van Sliedregt, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (eds), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 388

William Schabas. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, pág. 457

#### **Otros casos citados por publicistas**

TPIY, Hadžihasanović y Kubura, AC, Decisión sobre la apelación de la resolución interlocutoria cuestionando la competencia en relación con la responsabilidad de los jefes, Caso: IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003, parág. 39

TPIY, Krnojelac, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, parág. 171

TPIY, Orić, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006 parágs. 292-3, 726-729

TPIY, Brđanin, TC II, Sentencia, Caso No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 281

TPIY, Halilović, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 54, 78

TPIY, Orić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, juez Shahabuddeen, parágs. 18-19

TPIR, Ntabakuze, AC, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-98-41A-A, 8 de mayo de 2012, parág. 282, 302

## **4. El delito base o crimen principal**

**Las fuerzas cometieron un crimen de la competencia de la Corte o se proponían cometerlo**

#### **Jurisprudencia internacional**

TPIY, Orić, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 300-302

TPIR, Nahimana y otros, Sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, parág. 486, 865

TPIY, Blagojević y Jokić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007, parág. 280-282

TPIY, Đorđević, TC II, Sentencia, Caso No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1878.

TPIR, Nyiramasuhuko y otros, TC II, Sentencia, Caso No. ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011, parág. 5646

TPIY, *Perišić, TC I, Sentencia, Caso No. IT-04-81-T, 6 de septiembre de 2011*, parág. 138

CPI, *Ntaganda, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014*, parág. 175

CPI, *Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016*, parág. 695.

## Publicistas

Roberta Arnold, “Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 823

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*. T.M.C. Asser, 2010, pág. 85, 154

Volker Nerlich, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute For What Exactly Is the Superior Held Responsible?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, págs. 668-669

Elies Van Sliedregt, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (eds), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 383

## Otros casos citados por publicistas

TPIY, *Orić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008*, parágs. 21

## 5. Estatus del superior – subordinado

Que el autor haya sido un jefe militar o una persona que actuaba efectivamente como jefe militar

### Jurisprudencia internacional

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići"), TC, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998*, parág. 647, 354, 672

TPIY, *Aleksovski, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999*, parág. 103, 67

TPIY, Kunarac y otros, TC, Sentencia, Caso No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 398

TPIY, Mucić y otros ("Čelebići"), AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 193-195, 198

TPIY, Kordić y Čerkez, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 406, 419, 421, 424

TPIY, Naletilić y Martinović, TC, Sentencia, Caso No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 67

TPIR, Kajelijeli, AC, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-98-44A-A, 23 de mayo de 2005, parág. 85

TPIY, Halilović, TC I, Sentencia, Caso No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58

TPIR, Muvunyi, TC II, Sentencia, Caso No. ICTR-2000-55A-T, 12 de septiembre de 2006, parág. 51

CPI, Bemba, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 406, 410

CPI, Ntaganda, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 120, 166

CPI, Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parágs. 177 y 179.

## Publicistas

Kai Ambos, "Superior Responsibility", en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 833

Roberta Arnold, "Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 830-831

Eric Gordy, "The Blaškić Trial: Politics, the Control of Information and Command Responsibility", en *Southeastern Europe*, 2012, vol. 36, no. 1, pág. 64-65

Bing Bing Jia, "The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems", en *Yearbook of International Humanitarian Law* 2000, vol. 3, pág. 148 (nota al pie omitida).

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 156

Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, pág. 140

Sandesh Sivakumaran, "Command Responsibility in Irregular Groups", en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, no. 5, pág. 1137

## 6. Control

Que el autor haya tenido control y mando efectivo, o autoridad efectiva y control sobre las fuerzas que cometieron el crimen

### Jurisprudencia internacional

TPIY, Mucić y otros ("Čelebići"), TC, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 370, 378

TPIR, Kayishema y Ruzindana, TC, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 491-492

TPIY, Aleksovski, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 74, 76, 78,

TPIR, Musema, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000, parág. 141

TPIY, Blaškić, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 301-303

TPIY, Mucić y otros ("Čelebići"), AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 192, 196, 198, 256, 266, 303

TPIY, Kunarac y otros, TC, Sentencia, Caso No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, parág. 396, 399

TPIY, Kordić y Čerkez, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 405-406, 412-413, 421-422

TPIR, Kayishema y Ruzindana, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-95-1, 1 de junio de 2001, parág. 294

TPIY, Kvočka y otros, TC, Sentencia, IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 315

TPIY, Krnojelac, TC II, Sentencia, Caso No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 93

TPIR, Baqilishema, AC, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002, parág. 50.

TPIY, Naletilić y Martinović, TC, Sentencia, Caso No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, parág. 66-67, 69

TPIR, Semanza, TC, Sentencia, Caso No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, parág. 402

TPIY, Stakić, Sentencia, IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 459

TPIY, Blaškić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, par. 68-69

TPIY, Srugar, TC II, Sentencia, Caso No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 362

TPIY, Halilović, TC I, Sentencia, Caso No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 58-59

TPIY, Orić, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 31

TPIR, Ntagerura y otros, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-99-46, 7 de julio de 2006, parág. 341

TPIY, Mrkšić y otros, TC II, Sentencia, Caso No. IT-95-13/1-T, 27 de septiembre de 2007, parág. 560

TPIY, Halilović, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 59. 210

TPIR, Karera, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-01-74-T, 7 de diciembre de 2007, parág. 564,

CPI, Bemba, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 412-419

TPIY, Perišić, TC I, Sentencia, Caso No. IT-04-81-T, 6 de septiembre de 2011, parág. 138, 148, 1777

CPI, Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parágs. 177, 183-185, 188 y 698.

## Publicistas

Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 834

Roberta Arnold, “Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart, 2007, pág. 826

Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 86

Antonio Cassese y otros, *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, págs. 188-189

Bing Bing Jia, “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pág. 160

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 100-101, 106, 161

Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, págs. 147-148, 180

Elies Van Sliedregt, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, en Bert Swart, Alexander Zahar, y Göran Sluiter (eds), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pág. 381, 383-384

**Otros casos citados por los publicistas**

US Military Tribunal Tokyo, *USA. v. Soemu Toyoda*, 6 de septiembre de 1949, *Official Transcript of Record of Trial*, pág. 5006

US Military Tribunal Nuremberg, *USA v. von Weizsaecker*, *Judgment*, 11 de abril de 1949.

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura, AC, Decisión sobre la apelación de la resolución interlocutoria cuestionando la competencia en relación con la responsabilidad de los jefes, Caso: IT-01-47-AR72*, 16 de julio de 2003, parág. 51

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura, Trial TC, Sentencia, IT-01-47-T*, 15 de marzo de 2006, parág. 90

SCSL, *Brima y otros, TC II, Sentencia, Caso No. SCSL-04-16-T*, 20 de junio de 2007, parág. 1655, 1872–1875

TPIY, *Orić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-03-68-A*, 3 de julio de 2008, parág. 39

TPIY, *Karadžić, Acusación Enmendada*, 27 de febrero de 2009, parág. 35

SCSL, *Brima y otros, TC II, Sentencia, Caso No. SCSL-04-16-T*, 20 de junio de 2007, parág. 788

## 7. Causalidad

Los crímenes cometidos por las fuerzas resultaron del hecho que el autor no ejerció el debido control sobre las fuerzas

### Jurisprudencia internacional

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići"), TC, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T*, 16 de noviembre de 1998, parág. 398-400

TPIY, *Blaškić, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T*, 3 de marzo de 2000, parág. 303

TPIY, *Kordić y Čerkez, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/2-T*, 26 de febrero de 2001, parág. 445

TPIR, *Baqilishema, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1A-T*, 7 de junio de 2001, parág. 38

TPIY, *Blaškić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14-A*, 29 de julio de 2004, parág. 77

TPIY, *Brđanin, TC II, Sentencia, Caso No. IT-99-36-T*, 1 de septiembre de 2004, parág. 279

TPIY, *Halilović, TC I, Sentencia, Caso No. IT-01-48-T*, 16 de noviembre de 2005, parág. 78

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura, TC, Sentencia, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006*, parág. 193

TPIY, *Orić, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006*, parág. 338

SCSL, *Fofana y Kondewa, TC I, Sentencia, Caso No.SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007*, parág. 251

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura, AC, Sentencia de apelación, IT-01-47-A, 22 de abril de 2008*, parág. 41

CPI, *Bemba, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009*, parág. 422 - 425

CPI, *Ntaganda, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014*, parág. 174

CPI, *Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016*, parágs. 213 y 738-740.

## Publicistas

Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 860-861

Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 81

Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 393

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 176

Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, pág. 263

## 8. Actos de omisión

El autor no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ese crimen, o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento

### Jurisprudencia internacional

US Military Commission Manila, *USA v. Yamashita, Sentencia, 8 de octubre -7 de diciembre de 1945*.

US Military Tribunal Nuremberg, *USA. v. Wilhelm von Leeb y otros*, Sentencia, 27 de octubre de 1948, en *Law Reports of Trials of War Criminals, Volume XII*, págs. 74-75.

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići")*, TC, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 377, 94-395

TPIR, *Kayishema y Ruzindana*, TC, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, parág. 217

TPIY, *Aleksovski*, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, parág. 81

TPIY, *Blaškić*, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, parág. 336

TPIY, *Aleksovski*, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, parág. 73-74, 76

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići")*, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, parág. 206

TPIY, *Kordić y Čerkez*, TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, parág. 445 – 446

TPIR, *Bagilishema*, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 47, 49 TPIY, *Kvočka y otros*, TC, Sentencia, IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, parág. 316-317, 497-498

TPIY, *Krnjelac*, TC II, Sentencia, Caso No. IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, parág. 95

TPIR, *Ntakirutimana*, TC I, Sentencia, Casos No. ICTR-96-10 y ICTR-96-17-T, 21 de febrero de 2003, parág. 438

TPIR, *Semanza*, TC, Sentencia, Caso No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, parág. 406-407

TPIY, *Stakić*, TC II, Sentencia, Caso No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, parág. 461

TPIR, *Ntagerura y otros*, TC III, Sentencia, Caso No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004, parág. 630, 650

TPIY, *Blaškić*, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, parág. 72, 83

TPIY, *Brđanin*, TC II, Sentencia, Caso No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, parág. 279.

TPIY, *Blagojević y Jokić*, TC I, Sentencia, Caso No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, parág. 793

TPIY, *Halilović*, TC I, Sentencia, Caso No. IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, parág. 74, 80, 84, 87-90, 94-96, 145

TPIY, *Limaj y otros*, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, parág. 528

TPIY, *Srugar*, TC II, Sentencia, Caso No. IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, parág. 373-378

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura*, TC, Sentencia, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, parág. 122-123, 125-128, 137, 143, 147, 164, 1461-1462

TPIY, *Orić*, TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 326, 328, 331, 335-336, 338

SCSL, Fofana y Kondewa, TC I, Sentencia, Caso No. SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, parág. 248-249

TPIY, Limaj y otros, Sentencia de apelación, 27 de septiembre de 2007, parág. 273

TPIY, Halilović, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 63-64, 177

TPIR, Nahimana y otros, AC, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, parág. 792

TPIY, Hadžihasanović y Kubura, AC, Sentencia de apelación, IT-01-48-A, 22 de abril de 2008, parág. 33, 228

TPIY, Orić, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 177

TPIY, Strugar, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, parág. 254

TPIY, Delić, TC I, Sentencia, Caso No. IT-04-83-T, 15 de septiembre de 2008, parág. 76

TPIR, Bagosora y otros, TC I, Sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, parág. 2040, 2067, 2083

SCSL, Sesay y otros, TC I, Sentencia, Caso No. SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, parág. 299, 306, 314

CPI, Bemba, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parág. 435 -436, 438-441, 443, 495, 497-498

SCSL, Sesay y otros, AC, Sentencia de apelación, Caso No. SCSL-04-15-A, 26 de octubre de 2009, parág. 875

TPIR, Renzaho, TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-97-31-T, 14 de julio de 2009, parág. 755

TPIY, Boškoski y Tarčulovski, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-04-82-A, 19 de mayo de 2010, parág. 234

TPIY, Popović y otros, TC II, Sentencia, Caso No. IT-05-88-T, 10 de junio de 2010, parág. 1046

TPIY, Đorđević, TC II, Sentencia, Caso No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, parág. 1887-1888

TPIR, Bagosora y Nsenyumva, Sentencia de apelación, 14 de diciembre de 2011, parág. 207-234

TPIR, Karemera y Ngirumpatse, TC III, Sentencia, Caso No. ICTR-98-44-T, 2 de febrero de 2012, parág. 1564-1565

SCSL, Taylor, TC II, Sentencia, Caso No. SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, parág. 501-502

CPI, Ntaganda, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, parág. 173

CPI, Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, parágs. 727-728, 200, 204 y 733.

**Publicistas**

Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 862-863

Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 93-94

Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2014, pág. 392

Bing Bing Jia, “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pág. 141

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 169-172

Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, pág. 235-238

Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 34

William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, pág. 461-464

Sandesh Sivakumaran, “Command Responsibility in Irregular Groups”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, no. 5, pág. 1141, 1144-1145

**Otros casos citados por los publicistas**

TPIY, *Šainović y otros, AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-05-87-A, 23 de enero de 2014*, parág. 116

**9. Elemento subjetivo**

El autor hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo uno o más de los crímenes o se proponían cometerlos

**Jurisprudencia internacional**

US Military Commission Manila, *USA v. Yamashita, Sentencia, 8 de octubre -7 de diciembre de 1945*

IMTFE, *Araki y otros*, *Sentencia, Official Transcript, 4 de noviembre de 1948*, pág. 48, 445

US Military Tribunal Tokyo, U.S.A. v. Soemu Toyoda, 6 de septiembre de 1949, *Official Transcript of Record of Trial*, pág. 5006

US Military Tribunal Nuremberg, *USA. v. Wilhelm List y otros*, *Sentencia, 19 de febrero de 1948, en Trials of War Criminals, vol. XI*, pág. 1271

US Military Tribunal Nuremberg, *USA. v. Wilhelm von Leeb y otros*, *Sentencia, 27 de octubre de 1948, en Trials of War Criminals, vol. XI*, pág. 543-544

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići")*, *TC, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998*, parág. 226, 239, 241, 386, 388, 393

TPIY, *Aleksovski*, *TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999*, parág. 80

TPIY, *Blaškić*, *TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000*, parág. 308, 322, 324, 332

TPIY, *Mucić y otros ("Čelebići")*, *AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001*, parág. 226, 238-239

TPIY, *Kordić y Čerkez*, *TC, Sentencia, Caso No. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001*, parág. 437

TPIR, *Bagilishema*, *TC I, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001*, parág. 968

TPIY, *Kvočka y otros*, *TC, Sentencia, IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001*, parág. 317-318

TPIR, *Bagilishema*, *AC, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002*, parág. 28, 37, 42

TPIY, *Naletilić y Martinović*, *TC, Sentencia, Caso No. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003*, parág. 72-73

TPIY, *Stakić*, *TC II, Sentencia, Caso No. IT-97-24-T, 31 de julio de 2003*, parág. 460

TPIY, *Krnojelac*, *AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003*, parág. 154-155, 59

TPIR, *Ntagerura y otros*, *TC III, Sentencia, Caso No. ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004*, parág. 648

TPIY, *Blaškić*, *AC, Sentencia de apelación, Caso No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004*, parág. 35, 54-57, 63

TPIY, *Miodrag Jokić*, *Sentencia de apelación, 30 de agosto de 2005*, parág. 304

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura*, *TC, Sentencia, IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006*, parág. 95-96

TPIY, *Orić*, *TC II, Sentencia, Caso No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006*, parág. 319-320, 324

TPIY, *Brđanin*, *TC II, Sentencia, Caso No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004*, parág. 278, 720

TPIY, *Šainović y otros*, *TC, Sentencia, Caso No. IT-05-87-T, 26 de febrero de 2009*, parág. 120

CPI, *Bemba, PTC II, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, Caso No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009*, parág. 429-434

TPIY, *Đorđević, TC II, Sentencia, Caso No. IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011*, parág. 1886

TPIR, *Karemera y Ngirumpatse, TC III, Sentencia, Caso No. ICTR-98-44-T, 2 de febrero de 2012*, parág. 1530.

SCSL, *Taylor, TC II, Sentencia, Caso No. SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012*, parág. 497-499

CPI, *Bemba, TC III, Sentencia con arreglo al artículo 74 del Estatuto, Caso No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016*, parágs. 193-194.

### Publicistas

Kai Ambos, “Superior Responsibility”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pág. 830, 835

Roberta Arnold, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, editado por Otto Triffterer, 795–843. Hart, 2007, pág. 829-830, 837

Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Hart, 2010, pág. 90

Eric Gordy, “The Blaškić Trial: Politics, the Control of Information and Command Responsibility”, en *Southeastern Europe*, 2012, vol. 36, no. 1, pág. 80

Antonio Cassese y otros, *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 2013. pág. 190

Bing Bing Jia, “The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000, vol. 3, pág. 141

Jenny S. Martinez, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility From Yamashita to Blaškić and Beyond”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 5, no. 3, pág. 652-653

Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010, pág. 185

Volker Nerlich, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute For What Exactly Is the Superior Held Responsible?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, no. 3, pág. 672

Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, 2010, pág. 35

William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2011, pág. 234

***Otros casos citados por los publicistas***

TPIY, *Krajišnik, TC II, Decisión sobre el planteo de falta de jurisdicción, opinión particular del juez Bennouna, Caso No. IT-00-39-PT, 22 de septiembre de 2000*

TPIY, *Stakić, TC, Decisión sobre la moción en los términos de la Regla 98bis, moción de absolución, Caso No. IT-97-24-T, 31 de octubre de 2002*, parág. 116

TPIY, *Hadžihasanović y Kubura, TC, Decisión sobre el planteo por falta de jurisdicción, Caso No. IT-01-47-PT, 12 de noviembre de 2002*

TPIY, *Blagojević y Jokić, TC I, Sentencia, Caso No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005*, parág. 686



**I-DOC**

Investigation  
Documentation  
System



**DOCF**

Database on Open  
Case Files



**CICD**

Core International  
Crimes Database



**CJAD**

Cooperation and  
Judicial Assistance  
Database



**CLICC**

Commentary on the  
Law of the International  
Criminal Court



**CM**

Case Matrix

Case Matrix Network, Centre for International Law Research and Policy (CILRAP-CMN), 100 Avenue des Saisons 1050 Brussels, Belgium / [blog.casematrixnetwork.org/toolkits/](http://blog.casematrixnetwork.org/toolkits/) / E-mail: [ICJToolkits@casematrixnetwork.org](mailto:ICJToolkits@casematrixnetwork.org)

The CMN Knowledge Hub and Thematic Toolkits are developed and customised through the project "Enhancing the Rome Statute System of Justice: Supporting National Ownership of Criminal Justice Procedures through Technology-Driven Services" which is implemented by the Case Matrix Network, the University of Nottingham Human Rights Law Centre and the Initiative for International Criminal Law and Human Rights.

**CMN** ● Case Matrix Network

KNOWLEDGE-TRANSFER, LEGAL EMPOWERMENT, CAPACITY BUILDING

The University of Nottingham

[www.nottingham.ac.uk/hrlc](http://www.nottingham.ac.uk/hrlc)

ICLHR Initiative

[www.iclhr.org](http://www.iclhr.org)



This project is funded by the European Union and the Royal Norwegian Ministry of Foreign Affairs