

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL**

LICENCIADA

MARÍA ESTHER GUZMÁN GIRÓN

GUATEMALA, ABRIL DE 2022

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL**



Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHO PENAL
(*Magister Scientiae*)

Guatemala, abril de 2022

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA:	Dra. Sonia Doradea Guerra
VOCAL:	M. Sc. Edgar Manfredo Roca Canet
SECRETARIO:	Dr. Alejandro Marroquín Ariza

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

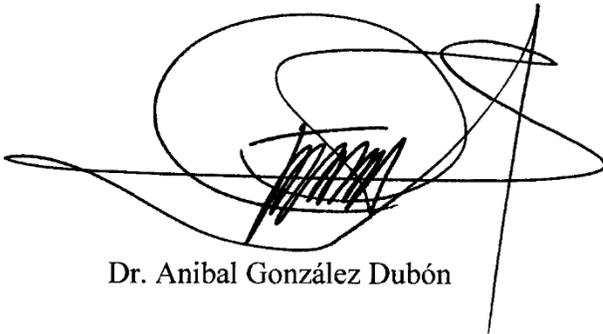
Guatemala, 21 de septiembre del año 2021

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Maestría en Derecho Penal de la Licenciada **MARÍA ESTHER GUZMÁN GIRÓN**, con número de carné 200541792 titulada “**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**”, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a vertical line extending downwards from the right side.

Dr. Anibal González Dubón

Guatemala, 1 de marzo de 2022

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL
INTERNACIONAL**

Esta tesis fue presentada por la Lcda. María Esther Guzmán Girón, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456



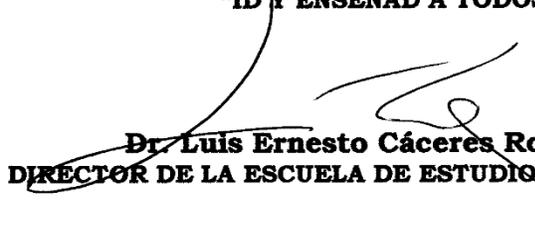
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 21 de marzo del dos mil veintidós.-----

En vista de que la Licenciada María Esther Guzmán Girón aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 25-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

ÍNDICE



Introducción.....	1
Índice de abreviaturas	1
Índice de conceptos	3

Capítulo I:

1. La irrelevancia del cargo oficial en el proceso ante la Corte Penal Internacional.....	7
1.1. La irrelevancia del cargo oficial	7
1.1.1. El principio de irrelevancia del cargo oficial en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	7
1.1.2. El principio de irrelevancia del cargo oficial en las jurisdicciones nacionales	15

Capítulo II:

2. La teoría del dominio del hecho en el derecho penal internacional.....	23
2.1. Génesis y evolución del principio de la responsabilidad del superior.....	23
2.2. Análisis del contenido del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional	27
2.3. Los elementos de tipicidad de la responsabilidad del superior	29
2.3.1. El jefe militar y el superior civil como sujetos activos.....	30
2.3.2. La delimitación del concepto de “mando o autoridad y control efectivo” del superior sobre los subordinados ejecutores de los crímenes.....	34



2.3.3. Los crímenes cometidos por los subordinados deben ser consecuencia de que el superior no ejerza un control adecuado sobre ellos.....	43
2.3.4. La falta de adopción de medidas para evitar o reprimir la comisión de los crímenes o denunciar los hechos ante las autoridades competentes.....	45
2.3.5. El elemento subjetivo en el artículo 28 del Estatuto de Roma	50

Capítulo III:

3. Las formas de intervención punibles en la responsabilidad del superior: Autoría y participación.....	59
3.1. Las formas de intervención punibles	59
3.2. Origen y evolución	62
3.2.1. Las formas de intervención en el Tribunal Militar Internacional	62
3.2.2. Las formas de intervención en los tribunales <i>ad hoc</i>	63
3.3. El artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional	73
3.3.1. Las formas de autoría y la teoría del dominio del hecho.....	76
3.3.2. Las formas de participación	90
3.3.3. La responsabilidad por el crimen de agresión	101

Capítulo IV:

4. La teoría de la empresa criminal conjunta (<i>joint criminal enterprise</i>) y la responsabilidad del superior	103
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----



4.1. <i>Joint criminal enterprise</i> y la responsabilidad del superior en la jurisprudencia	104
4.2. La aplicación simultánea de la <i>joint criminal enterprise</i> y la responsabilidad del superior	109
4.3. Diferencias esenciales entre la <i>joint criminal enterprise</i> , y la responsabilidad del superior. El dominio de la organización	118
4.4. La responsabilidad del superior y el caso de Guatemala.....	126
4.4.1. Concepto y contenido de la justicia transicional	126
4.4.2. La relación entre la justicia transicional y el derecho penal internacional.....	130
4.4.3. Las medidas relativas al derecho a saber: Las comisiones de la verdad	136
4.4.4. Las medidas en materia de justicia penal: Leyes de amnistía e indultos.....	152
4.4.5. Las medidas de reparación: Los programas o políticas reparatorias.....	152
4.4.6. El caso de Guatemala y la responsabilidad del superior	155
Conclusión.....	161
Bibliografía	165

INTRODUCCIÓN



El punto de partida esencial del derecho penal internacional es la afirmación de la responsabilidad penal individual en la esfera internacional. Este principio, que genera una verdadera revolución en la esfera jurídica internacional, implica que no solamente los Estados, sino también las personas naturales pueden ser declaradas responsables por la violación de ciertas normas de derecho internacional.

La afirmación de esta forma de responsabilidad conlleva la garantía de que un hecho delictivo puede atribuirse a un sujeto solamente dentro de los límites de su responsabilidad específica respecto del mismo. Como afirma la sentencia de apelaciones del Tribunal Penal Internacional de Yemen: *“El presupuesto básico tiene que ser que en el derecho internacional, al igual que en los sistemas nacionales, el fundamento de la responsabilidad penal es el principio de responsabilidad personal: nadie puede ser considerado responsable por hechos o conductas que no ha realizado personalmente o en los que no ha participado de alguna u otra manera (nulla poena sine culpa)”*.

Además, el derecho penal internacional no conoce formas de responsabilidad de personas jurídicas u asociaciones o grupos. Lo confirma el texto del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque la posibilidad de incluir esta forma de responsabilidad se haya debatido en la Conferencia de Roma de 1998:



“1. De conformidad con el presente estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto”.

El derecho penal internacional ha ido desarrollando soluciones para responder a estas especificidades, en parte elaborando teorías y figuras propias, en parte importando reglas y doctrinas de las tradiciones penales estatales, pero procurando adaptarlas a su marco específico.

El Estatuto de Roma marca un hito importante en la configuración de los modelos de responsabilidad en derecho penal internacional. Por primera vez se clasifican las formas de intervención en autoría y participación, expresando esta distinción a nivel estatutario y ofreciendo una enumeración más detallada de las distintas figuras y de sus elementos constitutivos. El artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional identifica cuatro categorías: la autoría (25.3 a), la participación en la forma de orden inducción (25.3 b), otras formas de asistencia (25.3 c) y la responsabilidad por contribuir a un crimen perpetrado por un grupo (25.3 d).

A estas categorías hay que añadir, además, la forma específica de responsabilidad por omisión regulada por el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya aplicación está reservada a los jefes militares y superiores civiles: *“No constituye, en cambio, una forma de intervención punible, sino un delito*



autónomo, en concreto un acto preparatorio punible, la incitación directa y pública a cometer genocidio, prevista en la letra (e) de la misma posición. Tampoco es una forma de intervención delictiva la tentativa, pese a su colocación sistemática en la letra (f) del mismo artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino de nuevo una fase del iter criminis anterior a la consumación del delito, pero también punible. Ambos describen, por tanto, formas de inchoate offence, es decir, delitos que prevén la punibilidad por así decirlo adelantada de conductas que no llevan a completar el actus reus del delito correspondiente”.

El Estatuto se adhiere por ende al llamado *modelo diferenciado*, aplicado por la mayoría de los ordenamientos nacionales, y cuya característica es la previsión, ya a nivel legislativo, de distintas figuras de imputación de los crímenes, identificadas con base en el tipo de contribución brindada a la realización del crimen. Esta categorización no se traduce automáticamente en la imposición de una mayor o menor pena, según se trate de autores o partícipes, respectivamente.

El artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de hecho, no establece una gradación en el nivel de responsabilidad, y con ello en la sanción, entre las formas de autoría y las formas de participación. Aunque esta cuestión siga siendo objeto de debate jurisprudencial y doctrinal, se puede afirmar que el único elemento que realmente permite separar los autores de los cómplices es la naturaleza autónoma (autor) o accesoria (partícipe) de su contribución.



Según este criterio, la responsabilidad del autor es autónoma, en el sentido de que la misma no depende de la existencia de otro sujeto responsable, mientras que la responsabilidad de los partícipes requiere que alguien más (el autor) cometa el delito, al menos en el estadio de tentativa. O, dicho de otra manera, si un autor no ha realizado al menos una tentativa de delito sus partícipes no responden penalmente.

Además, la Corte Penal Internacional se distancia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y especialmente de la teoría de la *empresa criminal conjunta*, cuyo encaje en su Estatuto rechaza expresamente, optando por el diferente criterio del dominio del hecho para fundamentar la atribución de responsabilidad como autores. Puede decirse, entonces, que, a la hora de determinar los elementos sobre los cuales se arraiga la responsabilidad a título de autor, y que a la vez permiten distinguirla de la responsabilidad como partícipe, la Corte Penal Internacional ha optado claramente por el criterio del *dominio del hecho*. Esta teoría fue elaborada por la doctrina penalista de los sistemas de tradición continental y muy especialmente por autores alemanes, originariamente por Welsel (1969) y en un sentido diferente, que es el tomado por la Corte Penal Internacional, por Roxin (2000).

El problema a resolver en la investigación realizada se planteó de la forma siguiente: En la teoría del *dominio del hecho* en el derecho penal internacional, **¿a quién se considera autor de un crimen internacional cuyo juzgamiento sea competencia de la Corte Penal Internacional?**



La hipótesis se formuló de la siguiente manera: En la teoría del *dominio del hecho* en el derecho penal internacional se considera autor de un crimen internacional cuyo juzgamiento sea competencia de la Corte Penal Internacional, no solamente al que materialmente comete el delito, sino a todo el que, según modalidades diferentes, tenga un dominio, un control, sobre la realización del mismo. Este dominio puede darse cuando un sujeto materialmente comete el delito (autoría directa), cuando lo comete junto con otros (coautoría) o por conducto de otra persona (autoría mediata).

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos. En el primero se desarrolla el tema de la irrelevancia del cargo oficial en el proceso ante la Corte Penal Internacional; en el segundo capítulo, se trata el tópico de la teoría del dominio del hecho en el derecho penal internacional; en el tercer capítulo se analiza el tema de las formas de intervención punibles en la responsabilidad del superior, la autoría y la participación. En el cuarto capítulo se analiza, además, el tema de la teoría de la empresa criminal conjunta (*joint criminal Enterprise*) y la responsabilidad del superior; para, por último, tratar de arribar a una conclusión que verifique la verosimilitud epistemológica de la hipótesis formulada en el plan de investigación.



ÍNDICE DE ABREVIATURAS



ABIs	Acuerdos Bilaterales de Inmunidad
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CESL	Corte Especial para Sierra Leona
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ETMI	Estatuto del Tribunal Militar Internacional
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
IBIDEM	En el mismo lugar
JCE	<i>Joint Criminal Enterprise</i> (Empresa Criminal Conjunta)
OP CIT	Obra Citada
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RPPCPI	Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional
SOFAs	Acuerdos sobre el Estatus de las fuerzas (<i>Status of Force Agreements</i>)
SOMAs	Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación (<i>Status of Mission Agreements</i>)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia



ÍNDICE DE CONCEPTOS



- a) **Autoría:** También llamada *inmediata o directa*. Esta se da cuando el sujeto materialmente realiza todos los elementos típicos del delito y tiene la *mens rea* correspondiente.
- b) **Coautoría:** Significa cometer el crimen junto con otra u otras personas, este concepto refleja mejor el carácter colectivo típico de los crímenes internacionales. La coautoría exige tres elementos: a) un acuerdo o plan común; b) una contribución esencial a la comisión del crimen y; c) el elemento subjetivo requerido por cada crimen.
- c) **Comportamiento omisivo:** Esta figura incorpora una suerte de comisión por omisión expresamente regulada, que se tipifica el jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, no hubiere ejercido un control efectivo o apropiado sobre las fuerzas bajo su mando, que hubieren cometido crímenes internacionales.
- d) **Dominio de la organización:** Existe el dominio de la organización cuando el *cerebro de la organización* o el *hombre de atrás*, es capaz de ejercer un control efectivo sobre los autores directos en virtud del aparato organizado creado y dominado por él.
- e) **Dominio del hecho:** De acuerdo con esta teoría, se considera autor no solamente al que materialmente comete el delito, sino a todo el que, según modalidades diferentes, tenga un dominio, un control, sobre la organización del mismo. Este dominio puede darse cuando un sujeto materialmente



comete el delito (autoría directa), cuando lo comete junto con otros (coautoría) o por conducto de otra persona (autoría mediata).

- f) **Empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*):** Esta teoría se explicita por primera vez en la sentencia del caso *Tadic* de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia. La teoría explica que, en el contexto colectivo, generalizado y sistemático, los crímenes internacionales constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva y son cometidos con frecuencia, por grupos o individuos que actúan en cumplimiento de un *designio común criminal*. Esta modalidad de criminalidad colectiva manifiesta esencialmente tres formas de comisión: la básica, la sistemática y la extendida.
- g) **Impunidad:** La impunidad se entiende como la circunstancia de no recibir castigo por la comisión de uno o varios delitos.
- h) **Inmunidad:** La inmunidad significa la cualidad jurídica de encontrarse exento de la imposición de penas, cargos o gravámenes.
- i) **Participación:** Forma de conducta de *naturaleza accesoria* en la comisión de un crimen internacional, esto es, que las aportaciones del partícipe solamente cobran relevancia penal si otra persona (el autor) lleva a cabo los elementos materiales del delito, al menos en forma de tentativa.
- j) **Responsabilidad del superior por omisión:** La figura de la responsabilidad del superior por omisión no es exclusiva del derecho penal internacional, a pesar de que ha sido en este ámbito donde ha tenido mayor desarrollo. Este es, en esencia, un delito autónomo de *omisión pura* que posee varios elementos constitutivos: ser el autor jefe militar o actuar efectivamente como



tal; tener mando y control efectivo sobre las fuerzas o subordinados, tener los crímenes como causa, la falta de control; tener el autor el conocimiento o el deber de tenerlo, que las fuerzas o subordinados planeaban o estaban cometiendo el crimen; no haber tomado el autor las medidas necesarias y razonables para impedir o reprimir la comisión de tales crímenes y no haberlos denunciado para su investigación.

- k) Responsabilidad personal:** Responsabilidad en la comisión de un crimen internacional que puede darse de las siguientes formas: autoría directa, coautoría, autoría mediata, coautoría mediata, participación en las siguientes modalidades: inducción y orden, complicidad, encubrimiento, colaboración.





Capítulo I

1. La irrelevancia del cargo oficial en el proceso ante la Corte Penal Internacional

1.1. La irrelevancia del cargo oficial

1.1.1. El principio de irrelevancia del cargo oficial en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

El artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, denominado *improcedencia del cargo oficial*, en el párrafo primero, señala que: “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”.

Este párrafo, en su primer inciso, proclama, como principio informador del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el de absoluta igualdad ante la Corte Penal Internacional de todas las personas que cometan un crimen competencia de la Corte *sin distinción alguna basada en el cargo oficial*. “De esta forma, el Estatuto de Roma, consciente de que en la inmensa mayoría de estos crímenes intervienen los Estados de forma directa o indirecta, a través de cargos oficiales, determina imperativamente la responsabilidad penal individual para todos y cada uno de los intervinientes en un

crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o de agresión, sin importar que, en el momento de los hechos detentaran *cargo oficial* alguno”¹.



El segundo inciso de este primer párrafo, *eo nomine*, a modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, declara, de forma particular, la irrelevancia, a efectos de exención de responsabilidad penal individual, del cargo de jefe de Estado de Gobierno, miembros de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno. Y expresamente establece que la condición de cargo oficial *per se*, sea cual sea el mismo, ni exime, ni atenúa la pena. El abuso de poder o cargo oficial es una agravante recogida en la Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (artículo 145.2.b ii, capítulo XI). Los Tribunales *ad hoc*, por ejemplo, en los casos *Aleksovski*, *Blaskic* y *Stakic* consideraron el cargo oficial de los perpetradores de los hechos como agravante.

El artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, al regular la improcedencia del cargo oficial, confirma con mayor precisión lo que ya estaba previsto en el universo del derecho penal internacional y en el derecho internacional consuetudinario y, en concreto, en el artículo 7 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (artículo 6), en la Ley del Control Aliado número 10 (artículo II.4.a); en la Convención sobre el genocidio (artículo IV), en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yemen (artículo 7.2); en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional

¹ Eiroa, P. POLÍTICAS DEL CASTIGO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2009. Pp. 134.



de Ruanda (artículo 6.2) y en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (artículo 6). Se puede citar también el tercero de los Principios de Núremberg, donde “ya se proclamaba que la comisión de delitos internacionales por parte del jefe de Estado o de autoridades del Estado no les exime de responsabilidad penal de acuerdo con el derecho internacional”².

El párrafo segundo del repetido artículo 27 advierte que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Por tanto, la Corte Penal Internacional no reconocerá ninguna inmunidad o condición de procedibilidad vigente en el derecho doméstico de los Estados o en el derecho internacional, del que se pudieran beneficiar los cargos oficiales para no ser perseguidos en la Corte por los cuatro crímenes de su competencia.

Este artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido uno de los preceptos que ha obligado a muchos Estados, en su labor de implementación del Estatuto de Roma en su legislación interna, a modificar sus normas para adaptarlas a los principios y postulados del Estatuto de Roma y, especialmente, en lo referente a la inviolabilidad de los cargos oficiales, como los jefes de Estado o de Gobierno.

² Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Arazandi. España. 2016. Pp. 79.



El artículo 27 del Estatuto de Roma ya ha sido aplicado por la Corte Penal Internacional al emitir dos órdenes de detención contra el presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, por crímenes de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra. Órdenes que fueron inefectivas tanto por la negativa absoluta de Sudán a colaborar con la Corte Penal Internacional, como por la protección que la Unión Africana brindó a Al Bashir. “Esta negativa, más allá de infringir el derecho penal internacional convencional, también vulnera el principio de derecho internacional consuetudinario de la irrelevancia del cargo oficial ante la comisión de crímenes internacionales”³.

“Esta postura adoptada por la Unión Africana, contraria al derecho internacional consuetudinario y al artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, lamentablemente, ha sido seguida por parte de la propia Unión Africana en su 23.º cumbre de 2014, al aprobar la propuesta de reforma del artículo 46.a bis) del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, por la que en el futuro, el tribunal internacional regional africano garantizará la inmunidad a los jefes de Estado y de Gobierno y otros altos cargos públicos acusados de graves delitos como genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad”⁴.

³ *IBÍDEM*. Pp. 85.

⁴ Werle, G. *TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Pp. 138.



El artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que se inserta en la Parte IX del Estatuto de Roma (de la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial Internacional y la Asistencia Judicial) impide a la Corte cursar una solicitud de entrega de una persona a un Estado, cuando “el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona (...) salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad”. Y añade, en el párrafo segundo del mismo precepto, que tampoco la Corte Penal Internacional dará curso de una solicitud de entrega cuando “el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, salvo que el Estado que envíe, otorgue a la Corte *su consentimiento a la entrega*.”

Este primer párrafo del artículo 98 establece, como premisa principal, que, si el Estado requerido por la Corte Penal Internacional tiene una obligación, derivada del derecho internacional (por ejemplo, un tratado), por el que se compromete a garantizar la inmunidad estatal o diplomática de una persona, la Corte no cursará la orden de detención. No obstante, si la Corte, antes de la emisión de la solicitud de entrega, hubiera obtenido del Estado requerido la renuncia a la inmunidad, sí emitirá la solicitud. En el párrafo segundo, concreta la imposibilidad de cursar por parte de la Corte Penal Internacional solicitudes de entrega cuando específicamente una

obligación contractual internacional se lo impida al Estado requerido, salvo que este consienta la entrega.



El último párrafo del artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de mayor dificultad en su interpretación, al referirse a *obligaciones que le imponga un acuerdo internacional*, está pensando en obligaciones contractuales internacionales, por ejemplo, en determinados acuerdos internacionales como los que se tuvieron presentes, como modelo, en las discusiones del texto a este artículo: los *Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación (Status of Mission Agreements, SOMAs)* y los *Acuerdos sobre el Estatus de las fuerzas (Status of Force Agreements, SOFAs)* donde se regula el régimen de las Fuerzas Armadas de un Estado que está presente (huésped) en el territorio de otro Estado. Estos acuerdos se negociaron con la Organización de las Naciones Unidas en el marco de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 1994, y en el mismo se prevén, en los artículos 2 a 4, los supuestos concretos para que se deniegue la entrega.

Asimismo, como ejemplos de acuerdos bilaterales internacionales, se puede señalar los celebrados por los Estados Unidos con más de 80 países, conocidos como *acuerdos del artículo 98, acuerdos bilaterales de inmunidad (ABIs), acuerdos de impunidad o acuerdos bilaterales de no entregar*. Estos acuerdos internacionales “(cuyo origen reside en el *American Service-Members Protection Act*, que nació con la finalidad de proteger al personal militar y oficial de Estados Unidos contra el enjuiciamiento por un tribunal penal internacional del que Estados Unidos no fuese



parte)⁵ pretenden asegurar la inmunidad internacional de funcionarios civiles (pasados y presentes) y militares, ciudadanos estadounidenses y de otras nacionalidades que trabajen o hayan trabajado para el Gobierno de los Estados Unidos, como, por ejemplo, contratistas, e incluso ciudadanos del Estado firmante del acuerdo bilateral, siempre que haya pactado reciprocidad con Estados Unidos, con la finalidad de garantizar que, si cualquiera de estos sujetos protegidos se encuentra en cualquiera de los Estados (partes o no partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional) con los que han firmado esos acuerdos bilaterales, este Estado no los entregará a la Corte Penal Internacional ni a otro tercer Estado o institución que pudiera entregarlos, a su vez, a la Corte Penal Internacional.

El artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional nació con el propósito de respetar los acuerdos internacionales firmados entre los diferentes Estados respecto de las inmunidades y así facilitar la ratificación del Estatuto, de tal forma que, con independencia de la operatividad teórica del artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, “los Estados requeridos pueden (amparados en el correspondiente instrumento internacional que le reconozca inmunidad a la persona objeto de la orden de entrega) denegar esa colaboración vertical de entrega a la Corte Penal Internacional”⁶.

⁵ Ambos Kai. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2005. Pp. 176.

⁶ Chinchón Álvarez, J. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2009. Pp. 551.



“A pesar de todo lo expuesto sobre la igualdad respecto de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma, y de que se haya sostenido que este artículo 98 no garantiza ninguna inmunidad sino que trata de respetar otras obligaciones internacionales referentes a la inmunidad, este (que fue objeto de arduas discusiones en los comités de redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en los que pesó especialmente la posición de los Estados Unidos de América) se convierte, *de facto*, en una limitación de este principio de igualdad”⁷. El artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 27 y evitar, de acuerdo a la finalidad del Estatuto de Roma, la impunidad de los responsables de los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional. Y, en último caso, para evitar esa impunidad, debería operar el principio de complementariedad, para que, al menos, se trate de juzgar a los autores de estos crímenes en las correspondientes jurisdicciones internas.

Por lo que se refiere a los denominados acuerdos *ABIs*, estos no son respetuosos con el objeto y finalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, especialmente con los artículos 12, 13, 17 y 27 y entran en contradicción con el principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Esta situación llevará a que los sujetos protegidos por esos acuerdos no serán juzgados en la Corte Penal Internacional y se garantizará además su impunidad, igualmente, en las jurisdicciones domésticas, al ser una entelequia pensar que van a ser juzgados en el Estado donde se encontraren o del que son nacionales, que previamente han

⁷ Cassese, Antonio. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Unión Editorial. Madrid. 2003. Pp. 261.



denegado su entrega a la Corte Penal Internacional. Hay que añadir que también son especialmente cuestionables los acuerdos *AB/s* firmados por Estados Unidos y otros Estados con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional para esos Estados. Ningún Estado parte puede suscribir compromiso internacional alguno con posterioridad a la entrada en vigor para ese Estado del Estatuto de Roma, cuando ese instrumento contradiga el espíritu, fines y principios del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

1.1.2. El principio de irrelevancia del cargo oficial en las jurisdicciones nacionales

La situación que se acaba de exponer respecto del principio de igualdad de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de la Corte Penal Internacional cambia excepcionalmente en las jurisdicciones nacionales.

“A pesar de que no existe en el derecho internacional una regulación específica respecto de la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno, así como la de los ministros de Asuntos Exteriores, está asentado en el derecho internacional consuetudinario que todos ellos gozan, al igual que los agentes diplomáticos y consulares y miembros de misiones especiales (para estos sí plasmadas en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) de inmunidades de jurisdicción penal



ratione personae en los tribunales extranjeros mientras ostentan el cargo y ejercen funciones públicas”⁸.

“La inmunidad *ratione personae* se fundamenta en la capacidad funcional de la que deben gozar determinados agentes estatales y en su necesaria libertad de movimiento fuera de sus Estados. El efecto de la *inmunidad personae*, como condición objetiva de procedibilidad, es la imposibilidad de perseguir a estos agentes estatales en las jurisdicciones penales de otros países, al menos, mientras ejerzan el cargo”⁹.

Esta postura del derecho internacional ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Yerodia*, al afirmar que las inmunidades de jurisdicción reconocidas a los Ministros de Asuntos Exteriores (a los que asimila en cuanto a sus funciones con los jefes de Estado y los de Gobierno) forman parte del derecho internacional consuetudinario, cuya razón de ser reside en que puedan cumplir, de forma efectiva, las funciones que les corresponden como representantes de sus Estados. Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia ha confirmado, en el ámbito penal, la inmunidad de estos altos cargos en los casos *Djibouti v. France y Belgium v. Senegal*.

⁸ Ambos, Kai. IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. Editorial Kas. Montevideo. 2003. Pp. 54.

⁹ Beltrán Montoliu, Ana. EL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En: Gil Gil Alicia & Maculan, Elena (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016. Pp. 228.



En el caso *Yerodia*, la Corte Internacional de Justicia dictaminó sobre la inmunidad del ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdulaye Yerodia Ndobasi, acusado, ante los tribunales belgas, de crímenes de guerra y de lesa humanidad. La Corte Internacional de Justicia concluyó que Yerodia gozaba de inmunidad absoluta de jurisdicción penal y de inviolabilidad mientras estuviera en el ejercicio de su cargo y funciones cuando se encontrara en el extranjero. Se observa cómo en la evolución del derecho internacional las funciones de los ministros de Asuntos Exteriores se han asimilado a las de los jefes de Estado.

No obstante, la Corte Internacional de Justicia relativizó la inmunidad absoluta y, por tanto, la inoperatividad de las inmunidades respecto del ministro cuando:

- i) El Estado al que representa o representó le levante la inmunidad;
- ii) Una vez cesado en su cargo, lo juzgue un Estado que, de acuerdo con el derecho internacional, ostente jurisdicción, pero solo por actos cometidos antes o después de su mandato, o los cometidos de forma privada (no los oficiales) durante el ejercicio de su cargo;
o
- iii) Cuando sea investigado o enjuiciado por un tribunal penal internacional. Excepciones en el reconocimiento de las inmunidades que también serán aplicables a los jefes de Estado,

los jefes de Gobierno, a los agentes diplomáticos y consulares y a los miembros de misiones especiales.



En consecuencia, “estos agentes siempre gozarán, en principio, de inmunidad residual, esto es, por los actos cometidos en el ejercicio de su cargo y funciones, salvo que concurra alguna de las excepciones señaladas”¹⁰.

La Corte Internacional de Justicia fundamentó su postura en el caso *Yerodia*, en síntesis: i) en evitar conflictos entre los Estados soberanos, es decir, la Corte Internacional de Justicia viene a reafirmar la vigencia del principio *par in parem non habet iurisdictionem* (solo aplicable en relaciones horizontales entre los Estados, pero inoperante ante los tribunales internacionales) por el que se proclama la igualdad soberana de los Estados, de tal forma que un Estado no puede ejercer su jurisdicción respecto de otro; ii) porque no existe ninguna excepción al reconocimiento de estas inmunidades en el derecho internacional consuetudinario en relación con los tribunales nacionales; y iii) porque, aunque diferentes convenciones internacionales sobre prevención y castigo de crímenes internacionales obliguen a los Estados a su persecución, esas obligaciones no afectan a las inmunidades del derecho internacional consuetudinario.

La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas incorporó a su programa de trabajo desde el 59.º período de sesiones del

¹⁰ Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Op. cit.* Pp. 171.



año 2007 el tema *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, presentando diferentes informes al respecto a lo largo de los sucesivos períodos de sesiones en los que también ha tenido presente la doctrina de la Corte Internacional de Justicia.

En conclusión, se puede señalar que: “Los agentes estatales gozan de inmunidad *ratione personae* ante una jurisdicción penal extranjera únicamente durante su mandato. Esta inmunidad personal se basa en la igualdad soberana de los Estados, en la que las personas protegidas desempeñan libremente sus funciones de representación, y abarca tanto a los actos oficiales como a los privados realizados antes del mandato y durante el mismo. Una vez cesado en el cargo, la inmunidad *ratione personae* se extingue, pero se mantiene la inmunidad *ratione materiae* para los *antiguos* cargos estatales, pero solo respecto de los actos oficiales, es decir, carecerán de inmunidad alguna por los privados”¹¹.

En definitiva, el derecho internacional reconoce la vigencia de las inmunidades jurisdiccionales penales de los referidos agentes y en las circunstancias señaladas ante los tribunales nacionales, aun cuando se cometan por estos graves crímenes internacionales. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Yerodia*, sostiene que la inmunidad no es equivalente a impunidad porque

¹¹ Carrillo Salcedo, J. A. LA DISTINCIÓN ENTRE CRÍMENES Y DELITOS INTERNACIONALES. UNA POSIBLE APORTACIÓN IBEROAMERICANA A LA CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS. XII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid. 1979. Pp. 62.



solo impedirá su persecución durante un período y el beneficiario de la inmunidad podrá ser juzgado en el momento en el que concurra alguno de los supuestos señalados como excepción al principio general que la propia Corte Internacional de Justicia determina.

Esta postura del estado actual del derecho internacional respecto de las inmunidades es altamente criticable cuando se trata de los crímenes internacionales. La Corte Internacional de Justicia no duda en señalar que el reconocimiento de la inmunidad, como principio de derecho internacional consuetudinario, no equivale a la impunidad. No es necesario realizar ningún esfuerzo para inferir de las palabras de la Corte Internacional de Justicia un nuevo voluntarismo teórico, ya que en la práctica es más que evidente que *de facto*, ante la concurrencia adicional de diferentes factores, en estos casos, en su inmensa mayoría, por no decir en todos, inmunidad será igual a impunidad.

“La inmunidad para los responsables de estos crímenes internacionales no se debería observar ni en las jurisdicciones del lugar donde se cometieron los hechos por sus cargos oficiales ni en otras jurisdicciones extranjeras. La naturaleza de los mismos y la obligación internacional de su persecución y de combatir la impunidad deberían primar respecto del régimen de inmunidades. Este razonamiento cobra mayor fuerza cuando las jurisdicciones nacionales juzgan estos crímenes en aplicación del principio de justicia universal, porque este principio está



asentado en el derecho internacional, permitiendo que un Estado asuma esa competencia judicial nacional e internacional derivada del derecho internacional¹².

Es precisamente esta dimensión internacional, la que le aleja, en la labor jurisdiccional, del repetido principio de igualdad soberana de los Estados, al ser el título jurisdiccional universal de atribución internacional y no nacional, por lo que, en los casos juzgados bajo el principio de justicia universal, el régimen de inmunidades debe ser inviable.

La práctica judicial ofrece diferentes ejemplos de lo que se acaba de exponer. Por lo que se refiere al enjuiciamiento en tribunales extranjeros, a Pinochet, por ejemplo, no se le reconoció inmunidad en el Reino Unido al haber cesado como jefe de Estado. La Corte de Casación Belga en su decisión de 13 de febrero de 2003, en el caso *Ariel Sharon y otros*, acusados de crímenes de genocidio, excluyó la jurisdicción de los tribunales belgas en atención al cargo oficial de Ariel Sharon. El Tribunal de Casación de Francia, en cambio, amparado en la costumbre internacional, reconoció la inmunidad de Gadafi en su condición de jefe de Estado de Libia, acusado de terrorismo por el atentado contra un avión en Níger y en el que murieron 70 personas.

¹² Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR. Editorial Dykinson. Madrid. 2013. Pp. 59.



Sin embargo, este mismo tribunal francés ha estimado que Teodoro Nguema Obiang Mangue, ministro y vicepresidente Segundo de la República de Guinea Ecuatorial, carece de inmunidad, porque los hechos por los que es objeto de persecución judicial en Francia (calificados de bienes mal adquiridos, blanqueo de capitales y malversación) los habría cometido en su esfera privada al margen del ejercicio de las funciones estatales protegidas por las leyes internacionales. Los tribunales del Reino Unido observaron la inmunidad del jefe de Estado de Zimbabue, Mugabe, acusado de tortura.

En la esfera de los tribunales internacionales, donde, no se reconocen las inmunidades de los cargos oficiales en activo, Slobodan Milosevic, por ejemplo, fue inculcado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia cuando era presidente de la República Federal de Yugoslavia. Asimismo, la Sala de Apelaciones de la Corte Especial para Sierra Leona, después de reconocer que el principio de inmunidad tiene su base en el principio de igualdad soberana de los Estados, se consideró competente para enjuiciar a Charles Taylor por hechos cometidos cuando este era presidente de Liberia, al “ser un tribunal penal internacional y estimar que los mandatos del tribunal, al no ser estatal, proceden de la comunidad internacional”¹³.

¹³ Werle, G. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pp. 156.

Capítulo II



2. La teoría del dominio del hecho en el derecho penal internacional

2.1. Génesis y evolución del principio de la responsabilidad del superior

La figura de la responsabilidad del superior por omisión no es exclusiva del derecho penal internacional, a pesar de que ha sido en este ámbito donde ha tenido mayor desarrollo. “El origen de esta forma de responsabilidad en el derecho penal internacional debe situarse en algunos precedentes jurisprudenciales tras la Primera Guerra Mundial. No obstante, fue durante los juicios de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial donde alcanzó un lugar prominente entre las formas de imputación de los crímenes a ciertos jefes militares (casos *Yamashita*, *High Command*, *Hostages*) y superiores civiles (casos *Hirota*, *Shigemitsu*, *Rochling*)”¹⁴.

En los juicios de las potencias aliadas contra los principales responsables alemanes y japoneses (1945-1948) numerosas condenas fueron emitidas tomando como fundamento la responsabilidad de ciertos jefes militares y autoridades civiles por omisión. Ellas se fundamentaron en la infracción de deberes de actuar para proteger, principalmente, a prisioneros de guerra en su poder y a la población civil que habitaba en los territorios ocupados por sus fuerzas, deducidos de normas de derecho internacional humanitario. “En cualquier caso, debe advertirse que la

¹⁴ Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR. *Op. cit.* Pp. 90.



aplicación de la responsabilidad del superior por omisión obedeció a la creación jurisprudencial más que a la aplicación de normas que expresamente recogiesen esta forma de responsabilidad omisiva”¹⁵.

La positivización en normas internacionales convencionales de la responsabilidad del superior con respecto a violaciones del derecho internacional humanitario se alcanzó por primera vez con los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (Protocolo Adicional I), relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Así, el art. 86 del Protocolo Adicional I impone la obligación a todos los Estados parte de reprimir o castigar las violaciones de los Convenios de Ginebra, así como dispone genéricamente que los superiores no quedan exentos de responsabilidad penal o disciplinaria, cuando los subordinados infrinjan los Convenios de Ginebra o el Protocolo Adicional I, siempre que ellos supiesen o tuviesen información que les permitiera concluir que sus subordinados iban a cometer dichas infracciones, y los superiores no tomasen las medidas a su alcance para impedir o reprimir dichas infracciones. Con esta disposición recogió en buena medida la jurisprudencia de la segunda posguerra mundial que aplicó la responsabilidad del superior. Por su parte, el artículo 87 del Protocolo Adicional I establece que los Estados parte exigirán a los *jefes militares* que impidan, repriman y denuncien ante las autoridades competentes todas las infracciones de los Convenios de Ginebra y del Protocolo

¹⁵ Kress, C. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Paidós. Barcelona. 2014. Pp. 187.

Adicional I cometidas por miembros de las fuerzas armadas que estén sometidas a su autoridad.



“La responsabilidad del superior recobró un nuevo impulso en la década de los 90, tras la Guerra Fría, cuando fue aplicada por los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Los estatutos fundacionales de estos tribunales contenían una norma expresa (artículos 7.3 y 6.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda respectivamente) que regula la responsabilidad de los superiores por omisión por los crímenes cometidos por los subordinados”¹⁶.

“La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (que ha desarrollado en mayor medida la figura de la responsabilidad del superior) ha sostenido una posición dispar en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior por omisión. Así, pues, mientras que las primeras resoluciones emitidas establecen que los superiores responden por los crímenes de sus inferiores no evitados, otras resoluciones posteriores parecen haberse inclinado por entender que la responsabilidad del superior por omisión no es una forma de imputación de los crímenes, sino una forma de responsabilidad *sui generis* de carácter omisivo”¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*. Pp. 98.

¹⁷ Cid Muñoz, M. I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN LARGO CAMINO. Editorial Dykinson. Madrid. 2008. Pp. 63.



Esta disparidad en el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del superior agudiza la necesidad de que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional se pronuncie de forma expresa sobre este extremo, a fin de clarificar si la responsabilidad del superior es una forma de comisión omisiva de los crímenes, como parecen mostrar los precedentes de la segunda posguerra mundial, o su naturaleza es más acorde con los delitos de omisión pura.

Con todo, parece que el tenor literal del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que regula la responsabilidad por omisión de los superiores, permite sostener que esta figura incorpora una suerte de comisión por omisión expresamente regulada, ya que en los dos encabezamientos del precepto se determina que el jefe militar o el superior no militar *será penalmente responsable por los crímenes (...) que hubieren sido cometidos por sus fuerzas o sus subordinados.*

A continuación, se analizará con mayor detenimiento el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que es la norma del Estatuto de Roma que regula la responsabilidad por omisión de los mandos y las autoridades, y que en la actualidad debe considerarse la norma de derecho penal internacional general que regula esta forma de responsabilidad.

2.2. Análisis del contenido del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional



El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que:

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

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



razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- i. Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii. Los crímenes 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”.

Como puede observarse, se trata de un precepto extenso, ubicado sistemáticamente entre las disposiciones que regulan la denominada *parte general* del Estatuto de Roma, situándose entre el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que contiene las formas de intervención general en los crímenes (formas de autoría y participación), y el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que establece una cláusula general sobre el elemento subjetivo con el que opera el Estatuto.

“La ubicación sistemática del artículo 28 del Estatuto puede ser una de las razones que pueden aducirse, entre otras, para considerar que, en ningún caso, el artículo 28 del Estatuto ha pretendido incorporar un delito autónomo de omisión pura, puesto que ello habría requerido la incardinación de esa responsabilidad por



omisión de los jefes y superiores en los artículos 6 a 8bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que regulan los distintos crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional”¹⁸.

2.3. Los elementos de tipicidad de la responsabilidad del superior

Los distintos elementos que componen la responsabilidad del superior conforme al artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional han sido enunciados por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo, de 15 de junio de 2009. En esta decisión de confirmación de cargos, la Sala identificó específicamente cinco elementos esenciales de la responsabilidad del superior:

- a) El acusado debe ser jefe militar o una persona que actúe efectivamente como tal, o tratarse de un superior no militar;
- b) El acusado debe tener mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre las fuerzas (o subordinados) que cometen uno o varios crímenes tipificados en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional;
- c) Los crímenes cometidos por las fuerzas (o subordinados) traen causa de la falta de control adecuado sobre ellos;

¹⁸ Heller, K. J. DISTINGUIENDO ENTRE SUPERIORES MILITARES Y NO MILITARES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Marcial Pos. España. 2012. Pp. 229.



- d) El acusado no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance para impedir o reprimir la comisión de tales crímenes o no denunció los hechos a las autoridades competentes para que los investigaran o los enjuiciaran;
- e) El acusado sabía o debía saber conforme a las circunstancias del momento, que las fuerzas (o subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o varios de los crímenes tipificados en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A continuación, se analizará cada uno de ellos.

2.3.1. El jefe militar y el superior civil como sujetos activos

Una de las particularidades que presenta el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional con respecto a los artículos 7.3 y 6.3 de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda respectivamente, es la distinción que el precepto efectúa entre los jefes militares, y quienes actúan efectivamente como jefes militares (jefes militares *de iure* y *de facto*) y los superiores no militares o civiles. Dicha distinción proviene de la propuesta de la delegación estadounidense y que fue finalmente aprobada durante las negociaciones del Estatuto de Roma en 1998.

“El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se divide en dos partes y contempla un elemento subjetivo distinto en función del estatus militar o



civil del sujeto activo. La aplicación, por tanto, del artículo 28 Estatuto de la Corte Penal Internacional exige un primer esfuerzo de interpretación, que determine que sujetos deben ser considerados *jefes militares de iure*, *jefes militares de facto* y quienes son *jefes civiles*, pues de ello dependerá la aplicación de uno u otro elemento subjetivo, mucho más exigente en el caso del personal militar, para quien el artículo 28.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé una responsabilidad por imprudencia, aplicable para los superiores civiles”¹⁹.

En la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo, la Sala señaló que bajo el término *jefe militar* están comprendidas personas que *formal o legalmente llevan a cabo funciones militares de mando (es decir, son mandos de iure*. La definición propuesta por la Sala comprende *a todas las personas que ostenten responsabilidad por el mando dentro de las fuerzas armadas, con independencia de su rango o nivel siempre que hayan sido designados formal o legalmente para llevar a cabo funciones militares de mando*. “La definición ofrecida no plantea excesivos problemas: el jefe militar es aquella persona designada *de iure* o legalmente para ejercer el mando sobre las tropas que conforman las fuerzas armadas. Para determinar dicho extremo será necesario acudir a la legislación militar nacional de los Estados que determina el procedimiento de designación de los diversos cargos militares”²⁰.

¹⁹ Cáceres Ruiz, L. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL ESTATUTO DE ROMA. Editorial Libros Visión. España. 2006. Pp. 110.

²⁰ Keller, K. J. *Op. cit.* Pp. 248.



Junto a los jefes militares *de iure*, el artículo 28.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional hace alusión a las personas que *actúan efectivamente como jefes militares*. Es decir, a quienes, no siendo legal o formalmente designados como jefes militares, actúan como si así lo fuesen. Es decir, se trata de civiles que asumen, de hecho, un rol como jefe militar.

En ese sentido, la Sala ha afirmado que estas personas conforman una categoría más amplia y distinta de los jefes militares, referida a *quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas regulares gubernativas, tales como unidades de policía armadas y fuerzas irregulares como grupos rebeldes, unidades paramilitares y movimientos de resistencia armados y milicias, que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de mandos*.

Bajo esta categoría de jefes militares de hecho pueden incluirse a civiles que actúan como militares, y que, sin estar designados legalmente para llevar a cabo funciones de mando, actúan como tales, ejerciendo fácticamente el control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando. Este concepto de jefes militares de hecho concuerda (como recuerda la Sala de Cuestiones Preliminares II) con lo establecido por la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* puesto que bajo el concepto de *superior* se incluía a los jefes militares (*de iure* y *de facto*) y también a los civiles (ahora diferenciados de los militares en sentido estricto conforme al artículo 28.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional).



“Sin embargo, es necesario clarificar en mejor medida qué personas deben ser consideradas como jefes militares de facto, para restringir lo máximo posible esta categoría y evitar interpretaciones excesivamente amplias”²¹.

Para ello, Nora Karsten entiende que “la determinación de quien ejerce efectivamente como jefe militar depende de un criterio funcional, atendiendo al tipo de organización que el superior se encuentre dirigiendo en el momento de la comisión de los crímenes. Si los inferiores toman parte en un conflicto armado el jefe es militar y si aquellos no participan en un conflicto armado los superiores serán superiores civiles”²².

No obstante, debe precisarse en mejor medida que significa participar en un conflicto armado. Se trata, pues, de una unidad, organización o institución militar si su propósito es participar de forma continuada en el conflicto armado, de modo que el jefe militar será la persona que se encuentre al mando de dicha organización. En sentido contrario, la organización o grupo que no tenga como objeto participar de forma continua en un conflicto armado será una organización civil, y sus jefes o superiores serán consecuentemente superiores civiles que responderán eventualmente conforme a lo dispuesto en el artículo 28.b) del Estatuto de la Corte

²¹ Martínez Alcañiz, A. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid. 2015. Pp. 221.

²² Karsten, Nora. Citada por: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Coordinadoras). INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 2013. Pp. 63.

Penal Internacional, incluso cuando los inferiores puedan, puntualmente, participar en las hostilidades.



Los superiores no militares o civiles son aquellos que dirigen a un grupo de personas que pueden estar armadas pero que no toman parte de forma continuada en un conflicto armado. Los jefes de ciertas organizaciones terroristas, paramilitares, o escuadrones de la muerte deberán ser considerados como jefes militares a efectos de la aplicación del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, si puede probarse que los inferiores (bajo su autoridad y control efectivo) forman parte de la organización que actúa de forma continuada en el seno de un conflicto armado (internacional o interno), pues de lo contrario, deberán reputarse jefes civiles

2.3.2. La delimitación del concepto de “mando o autoridad y control efectivo” del superior sobre los subordinados ejecutores de los crímenes

“La responsabilidad del superior presupone la existencia de una vinculación o relación de jerarquía entre el superior-omitente y el subordinado, autor del crimen. En ese sentido, cuando el autor de los delitos no sea un subordinado del superior sino una persona ajena a su cadena de mandos, la responsabilidad del superior

solo podrá construirse si se constata, a su vez, que los subordinados han cometido el crimen por omisión”²³.



Para ello, debe entenderse que la comisión por omisión en general se encuentra incluida en las formas de comisión reguladas en el art 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; puesto que el artículo 28 del Estatuto construye la responsabilidad de los jefes y superiores a partir de la responsabilidad penal de los subordinados. Por tanto, la aplicación del artículo 28 del Estatuto requiere la comprobación de una actividad delictiva (activa u omisiva) de los subordinados conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, para después poder construir la responsabilidad de los superiores por omisión.

En cualquier caso, el segundo elemento de la responsabilidad del superior exige que este ostente el mando o la autoridad y el control efectivo sobre sus subordinados, sin que sea suficiente la prueba de la mera designación formal en el puesto como superior. “Lejos de articularse una mera responsabilidad formal o una responsabilidad por el estatus, el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional incorpora una fundamentación material de la responsabilidad omisiva de los superiores, que viene especialmente destacada con la exigencia de que el superior esté ejerciendo el *mando y el control efectivo* sobre sus fuerzas o la *autoridad y el control efectivo* sobre sus subordinados”²⁴.

²³ Garrocho Salcedo, O. M. *Op. cit.* Pp. 127.

²⁴ Sancinetti, M. A. & Ferrante, M. IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Pp. 256.



Sin la prueba del control y el mando o la autoridad efectiva del superior sobre los inferiores, no cabe atribuir responsabilidad por omisión al superior por los delitos cometidos por aquellos. “Ello ahonda, en definitiva, en la constatación de que el superior está ejerciendo efectivamente su posición de mando, para después comprobar que, en el caso concreto, el superior tuvo capacidad *ex ante* y *ex post* de evitar el suceso lesivo desencadenado por sus inferiores”²⁵.

La referencia al *control efectivo* ha sido entendida por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo como: *la posibilidad material de prevenir, reprimir denunciar ante las autoridades competentes la comisión de los crímenes, de modo que la falta de ejercicio de esas habilidades de control, dan lugar a responsabilidad penal, siempre que se cumpla otros requisitos*. Los indicios manejados por la Sala de Cuestiones Preliminares II para la comprobación del control efectivo del superior hacia sus subordinados son los que, en su momento, manejaba la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, y que se describen a continuación:

- 1) La posición oficial del imputado;
- 2) Su poder de impartir órdenes;
- 3) Su capacidad para garantizar el cumplimiento de dichas órdenes;
- 4) Su posición dentro de la estructura militar y el tipo de tareas asignadas;

²⁵ Ambos, Kai. PRINCIPIOS E IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Atelier. Barcelona. 2008. Pp. 45.



- 5) Su capacidad de impartir órdenes a fuerzas o unidades bajo su mando para involucrarse en las hostilidades;
- 6) Capacidad de modificar la subordinación de las unidades o modificar la estructura de mando;
- 7) Su potestad de promocionar, reemplazar, eliminar o sancionar a sus fuerzas; y
- 8) Su autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y replegar las fuerzas en cualquier momento.

En todo caso, la comprobación de que el superior está ejerciendo el mando/autoridad y control efectivo sobre sus inferiores subraya la concurrencia de una posición de garantía, o, si se prefiere, de un ámbito de organización determinado que administra el superior. “A partir de ahí, se puede construir la responsabilidad por omisión del superior por los crímenes cometidos por sus subordinados, siempre que, por lo demás, se cumplan los demás criterios de imputación objetiva y subjetiva en los supuestos de comisión por omisión”²⁶.

A. La naturaleza jurídica de la responsabilidad superior

Con ello, se llega a uno de los extremos más oscuros y menos abordados de la responsabilidad del superior, que es precisamente la determinación de su naturaleza jurídica. Atendiendo al derecho internacional consuetudinario, y a la

²⁶ *Ibidem*. Pp. 48.



redacción del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el superior responde *por los crímenes cometidos por los subordinados*, y no por la falta de realización de una conducta determinada indicada en dicha norma, a modo de una omisión pura o propia. Los dos encabezamientos del artículo 28 especifican que lo que se imputa al superior son los crímenes de sus inferiores y no cualquier otro tipo de conducta de signo diverso y gravedad. Además, el artículo 28 establece que los crímenes deben haber sido cometidos *en razón de que el superior no hubiere ejercido un control apropiado sobre esos subordinados*, por lo que efectivamente se conecta el omiso del control del superior con la comisión de los crímenes de los inferiores.

La Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo ha mencionado que el control efectivo debe probarse, al menos, en el momento que los crímenes iban a ser cometidos; es decir antes de su consumación. Se exige, por tanto, que coincidan en el tiempo el ejercicio del control efectivo y el momento de la comisión del crimen. “Esta exigencia de coincidencia temporal entre el ejercicio del control efectivo del momento de comisión del crimen constituye un argumento esencial para determinar la clase de responsabilidad que incorpora el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”²⁷.

²⁷ Escudero Espinoza, J. F. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL CONSEJO DE SEGURIDAD: HACIA LA PAZ POR LA JUSTICIA. Editorial Dilex. España. 2004. Pp. 103.



De ese modo, todos los deberes de actuar del superior previstos en el artículo 28 se restringen a la evitación de los crímenes y no a otro tipo de deberes sin sentido impeditivo, como por ejemplo la mera denuncia o represión no impeditiva *ex post facto*. Si no se tratase de deberes de evitación de los crímenes, no se entendería por qué se debe exigir que los superiores tengan el control efectivo sobre los subordinados, puesto que la imposición de ciertos deberes sin sentido impeditivo no requerirá el ejercicio del control sobre los inferiores antes de la consumación de los crímenes. Por tanto, si la Sala exige que el superior tenga control sobre los subordinados, al menos, antes de la consumación es porque los deberes que se exigen tienen, en última instancia, un sentido impeditivo, descartándose así una responsabilidad del superior a modo de un delito de omisión pura o propia.

Razones sistemáticas y de política criminal abonan igualmente la tesis de que la responsabilidad del superior por omisión, recogida en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, contempla un supuesto de comisión por omisión especialmente regulado, y no un delito de omisión pura. Así pues, si el artículo 28 del Estatuto contuviese algún delito de omisión pura debería haberse situado entre las disposiciones del Estatuto de Roma que regulan los tipos de delitos entre los artículos 6 a 8bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y no en el artículo 28 del Estatuto junto a las formas de intervención punible en los crímenes, que se contemplan en la parte general del Estatuto de Roma.

Por otro lado, parece poco adecuado que la Corte Penal Internacional tenga que ocuparse de enjuiciar delitos de menor gravedad, como los delitos de omisión



pura, puesto que su principal función radica en investigar y juzgar a los **máximos** responsables de la comisión de los delitos más graves contra los bienes **jurídicos** más importantes, cuando los Estados no puedan o no quieran efectivamente hacerlo.

“En este sentido, no debe sorprender que algunos Estados parte en el Estatuto de Roma hayan incorporado delitos de omisión pura cuando regulan la responsabilidad del superior junto a la responsabilidad de este en comisión por omisión por los crímenes de los inferiores, pues ciertamente los Estados pueden y tienen la capacidad de juzgar conductas de muy diverso alcance y gravedad”²⁸.

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla, por tanto, un supuesto de comisión por omisión legalmente regulada, que permite imputar al superior los crímenes no evitados de sus subordinados, cumplidos con los demás requisitos de imputación objetiva y subjetiva. Para ello se parte, pues, de que el superior es garante del control de las actividades de sus subordinados, atendiendo a la concurrencia de mando o autoridad y control efectivo sobre los mismos. A partir de ahí, se constata la existencia de un ámbito de organización o esfera de competencias que el superior organiza, administra o gestiona en libertad, y cuyo reverso es su responsabilidad por la organización o gestión defectuosa o lesiva de su propia esfera para terceros.

²⁸ Pastor, Daniel R. EL PODER PENAL INTERNACIONAL. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL ESTATUTO DE ROMA. Editorial Atelier. Barcelona. 2013. Pp. 239.



Así, “cuando el superior conozca que sus subordinados pretenden cometer un crimen, debe reconducir la actuación de sus subordinados e intentar evitar la comisión de los crímenes. En caso de no impedirlos, y probada la capacidad del superior para hacerlo, el superior responderá por la comisión de los crímenes a título doloso o imprudente según sea el caso”²⁹.

El concreto título de imputación por el que responde el superior es, por regla general, a título de autor, puesto que la responsabilidad del subordinado no elimina en absoluto la posibilidad de considerarlo autor. La imbricación del ámbito de responsabilidad del superior con el del subordinado posibilita mantener el título de autoría del mando respecto al delito no evitado del inferior. Al igual que ocurre en la autoría mediata, que concretamente es regulada legalmente en el artículo 25.3.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el superior omitente, que no evita el crimen del subordinado, es autor del mismo, habida cuenta, precisamente, de su poder de mando o autoridad y control efectivo sobre el inferior.

En realidad, “autoría mediata y responsabilidad del superior son dos reversos de la misma moneda, y el superior que no evita el delito del inferior no participa en su hecho facilitando o colaborando en él, sino que el crimen es obra suya, puesto que desde su esfera de competencias se ha producido un hecho lesivo que puede y debe serle imputado, salvo algunas excepciones, al superior como autor”³⁰.

²⁹ *Ibidem*. Pp. 115.

³⁰ Cassese, Antonio. *Op. cit.* Pp. 270.



El fundamento material de la responsabilidad por omisión de los jefes militares y superiores civiles proviene de la defectuosa organización de su ámbito de competencias. En caso de que los subordinados se propongan cometer los crímenes o los estén cometiendo, el superior tiene un deber de reconducir las actividades de sus subordinados a un estado inocuo (o mejor dicho, dentro del riesgo permitido); en caso de no hacerlo, el superior es responsable de los actos lesivos causados por sus inferiores al no haber instado las medidas de evitación que dicho aseguramiento requiere.

El fundamento de la responsabilidad penal superior proviene, por tanto, de no haber organizado su esfera de competencias dentro del riesgo permitido, garantizando que terceras personas no resulten dañadas.

“La existencia de mando o autoridad y control efectivo sobre los subordinados conforma un dato estable para, a partir de ahí, poder delimitar el ámbito de organización concreto que el superior administra o gestiona, y del que se deriva eventualmente su responsabilidad penal por omisión”³¹.

³¹ Ráquez Vallés, Ramón. LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Atelier. Barcelona. 2016. Pp. 223.



2.3.3. Los crímenes cometidos por los subordinados deben ser consecuencia de que el superior no ejerza un control adecuado sobre ellos

Una vez establecido que el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional configura una regla de imputación de los crímenes a la omisión del superior, conviene analizar el tercer requisito al que alude la Corte Penal Internacional en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo, referente a que los crímenes cometidos lo hayan sido *en razón de que (el superior) no haya ejercido un control apropiado* sobre sus subordinados.

Este elemento, en palabras de la Sala de Cuestiones Preliminares II, alude necesariamente a una relación o elemento de causalidad entre la falta de control y la comisión de los crímenes. En sentido contrario, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideraba que la responsabilidad del superior no requería un elemento de causalidad.

Dicho elemento se inserta en el problema de la imputación del resultado (los crímenes) al comportamiento omisivo del superior, que no evitó los crímenes, a pesar que ello no ha sido explícitamente reconocido por la Sala.

El criterio utilizado por la Sala para establecer dicho vínculo causal entre la falta de control y la comisión de los crímenes, es el de la *teoría del incremento del riesgo*. En estos casos, la Sala entiende que bastará con que la fiscalía pruebe que



la omisión del superior ha incrementado el riesgo de comisión de los crímenes que se le imputan conforme al artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (o, si se prefiere, que la acción de evitación del superior habría disminuido el riesgo de realización de los crímenes).

“Esta teoría ha sido también propuesta por el *Amicus Curiae* de Amnistía Internacional, si bien debe destacarse que, a juicio de Amnistía Internacional, no debía requerirse elemento de causalidad alguno, pero en caso de que se exija, este debe obtenerse bajo la fórmula del *incremento del riesgo*”³². Asimismo, autores como Nerlich o Ambos la han preconizado. Otros autores como Arnold consideran más apropiado acudir a la *doctrina tradicional dominante de la probabilidad*, de acuerdo con la cual solo cabe imputar el resultado a la omisión, si se prueba que la acción indicada y omitida habría evitado el resultado con una probabilidad cercana a la certeza.

Con independencia de la corrección o incorrección de dicho criterio, lo que es evidente es que “la imputación de los crímenes a la omisión del superior requiere, por un lado, la constatación de que la conducta de evitación, valorada *ex ante*, era objetivamente idónea para impedir el resultado, y por otro lado, que dicha conducta

³² Meernik, J. SENTENCIAS RACIONALES Y DECISIONES JUDICIALES EN LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. Revista de Ciencias Penales y Criminología, Volumen 14, Número 5. Universidad de Granada. España. 2012. Pp. 237.

habría resultado idónea, también *ex post*, para evitar el resultado lesivo producido por sus subordinados”³³.



La mayor o menor certeza acerca de la idoneidad de la conducta de evitación debida por el superior, valorada desde el punto de vista *ex post*, es una cuestión de prueba, cuyo valor debe verificarse más allá de toda duda razonable (artículo 66.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

2.3.4. La falta de adopción de medidas para evitar o reprimir la comisión de los crímenes o denunciar los hechos ante las autoridades competentes

El cuarto elemento de la responsabilidad del superior se refiere a la conducta o a las medidas omitidas por el superior. El artículo 28 del Estatuto menciona tres deberes (prevenir, reprimir, o poner el asunto en conocimiento de las autoridades) que el superior debe haber incumplido para poder construir su responsabilidad. La interpretación que se ofrezca en torno a estos tres deberes está conectada con la cuestión esbozada anteriormente sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior.

³³ Werle, G. & Burghardt B. COAUTORÍA MEDIATA. DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL ALEMANA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Revista Penal Número 28. Universidad de Castilla La Mancha. España. 2012. Pp. 321.



“La Corte Penal Internacional, en su incipiente jurisprudencia, ha determinado que el contenido de los deberes mencionados en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional difiere en función del momento del *iter criminis* en el que se encuentre la realización del crimen. Ello es correcto, pues no se puede reprimir o denunciar la comisión de un crimen que aún no ha alcanzado, al menos, la fase de tentativa en los delitos dolosos. Es acertado, por tanto, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares II señala que los deberes contenidos en el artículo 28 surgen en tres momentos diferenciados de la comisión de los crímenes, antes, durante y después de su consumación”³⁴.

Sin embargo, los deberes de represión y los deberes de denuncia pueden tener un sentido de evitación de crímenes en determinados casos, cuando estos se proyectan en el futuro al formar parte de una línea o patrón de conducta delictiva determinada. De hecho, es indiscutible que los crímenes de derecho penal internacional no se cometen en un solo momento, de forma puntual y con un agotamiento relativamente acotado en el tiempo. Más bien al contrario, estos crímenes no se agotan en una sola secuencia temporal, sino que su comisión suele tener cierta perdurabilidad en el tiempo y se insertan en líneas de conducta determinadas, dilatadas espacio-temporalmente.

³⁴ Moreno, M. (Editor). EL ESTATUTO DE ROMA. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO NACIONAL DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. Editorial ius Poenale-Cepolcrim. México. 2004. Pp. 129.



Por este motivo, cuando un superior no reprime, castiga o denuncia la comisión de los crímenes *ex post facto*, puede estar generando un clima de tolerancia y aquiescencia con respecto a delitos futuros de una misma naturaleza que, en caso de volver a producirse, serán imputables al superior toda vez que se pruebe que pudo evitarlo adoptando las medidas requeridas para ello. Las medidas de represión o denuncia pueden ser formas idóneas de evitación de crímenes futuros en determinados casos, y como tales son recogidas en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

De ese modo, si bien es cierto que los distintos deberes del superior deben activarse en función del *iter criminis*, nada impide considerar que el contenido de estos deberes adquiere siempre un sentido de evitación que permite imputar los crímenes a la omisión del superior. Entendido en estos términos el artículo 28 del Estatuto, los distintos deberes enunciados adquieren relevancia típica siempre que se les dote de un sentido impeditivo, y precisamente por ello es posible proceder a la imputación de los crímenes ante la falta de evitación posible y debida por parte del superior.

Si un superior no castiga o no denuncia los crímenes a manos de sus tropas, pero dichos crímenes no vuelven a producirse, “el superior no puede ser responsable de ellos, puesto que, cuando tuvo conocimiento de su comisión, estos ya se habían consumado”³⁵. En este caso, el superior no sería responsable

³⁵ Ambos, Kai. HACIA UN CONCEPTO DE DELITO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Ediciones Paidós. España. 2013. Pp. 178.



conforme al artículo 28 del Estatuto. *Sensu contrario*, y atendiendo a la dinámica comisiva de los crímenes objeto de imputación, si un superior conoce la comisión de los crímenes de sus subordinados y este no toma medidas para sancionarlos o denunciarlos, como medidas tendentes a la prevención o evitación de los crímenes, podrá procederse a la imputación de los crímenes al superior en caso de que estos vuelvan a producirse en un futuro inmediato.

“No obstante, una gran parte de la doctrina sugiere que el artículo 28 del Estatuto incorpora dos tipos de delitos omisivos. Boxster, Meloni y Weigend consideran que la infracción del deber de evitar da lugar a una especie de comisión por omisión, mientras que la infracción de deberes *ex post facto*, constituye un injusto omisivo diverso, que consiste en no realizar la conducta indicada, pero sin referencia alguna al resultado”³⁶.

Esta no es la única forma para interpretar el artículo 28 del Estatuto, atendiendo a razones de estricta legalidad (el artículo 28 alude en todo caso a una responsabilidad del superior *por los crímenes de los subordinados*), y resulta poco plausible desde un punto de vista político criminal, puesto que las omisiones puras no adquieren la lesividad propia de los crímenes de derecho penal internacional. Perseguir por parte de la Corte Penal Internacional delitos omisivos puros o de gravedad intermedia, tiene poco sentido.

³⁶ Ambos, Kai. PRINCIPIOS E IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Op. cit.* Pp. 66.



“Con todo para poder imputar los crímenes no evitados al superior es imprescindible comprobar que la adopción de dichas medidas de evitación, represión o denuncia eran de posible realización por el superior (capacidad personal de actuar) y que estas, a su vez, se muestren como objetivamente idóneas *ex ante* para evitar la comisión de los crímenes”³⁷.

De forma constante la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha reconocido que el superior solo puede ser responsable si se prueba que tenía la capacidad material de controlar a los subordinados.

En caso de que estas medidas se mostrasen ya desde la perspectiva *ex ante* como idóneas para dicho fin, o que el superior no tuviera la capacidad individual de adoptar dichas medidas no podrá desaprobarse jurídicamente el comportamiento omisivo del superior en ningún caso. La norma penal solo exige que los sujetos adopten comportamientos posibles e idóneos, desde la perspectiva *ex ante*, para tratar de evitar resultados indeseables para bienes jurídicos. Por esta razón, no podrá exigirse lo imposible al superior, ni tiene sentido reprocharle que no adoptase medidas que, ya desde la perspectiva *ex ante*, se mostraban inútiles para evitar la comisión de los crímenes.

Por otro lado, la imputación de los crímenes (el resultado) al superior solo es posible si se comprueba *ex post* que la acción de evitación omitida por el superior

³⁷ *Ibidem*. Pp. 138.



habría evitado el resultado desde un punto de vista retrospectivo. En ese caso, debe comprobarse que no se vislumbra la concurrencia de otros riesgos que nada tienen que ver con el riesgo inicial competencia del superior, quien debió y pudo evitar los crímenes provenientes de su esfera de competencias o ámbito de organización.

“Si el riesgo no permitido que el superior no conjuró no es, *precisamente*, aquel que se ha realizado en el resultado, sino otro distinto, solo se le podrá sancionar por tentativa en supuestos dolosos, en la medida en que ello se estimase incluido dentro del artículo 25.3.f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, regulador de la tentativa en el Estatuto”³⁸.

2.3.5. El elemento subjetivo en el artículo 28 del Estatuto de Roma

El último elemento de la responsabilidad del superior afecta al elemento subjetivo que el art. 28 del Estatuto ha incorporado, que difiere del elemento subjetivo general previsto en el artículo 30 del mismo. El artículo 28 del Estatuto es, pues, *lex specialis* en relación con el artículo 30, que regula la *mens rea* general con la que se construye la responsabilidad subjetiva en el Estatuto de Roma.

El artículo 28 incorpora un elemento subjetivo distinto en función de si el superior es un jefe militar (*de iure* o *de facto*) o de si, por el contrario, se trata de un

³⁸ Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Coordinadoras). INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 2013. Pp. 211.

superior no militar o civil, mostrándose mucho más exigente para los superiores militares que para los no militares.



Así, los jefes militares serán responsables cuando conozcan la comisión de los crímenes, o cuando la *hubieran debido conocer*, mientras que los superiores no militares solo son responsables si conocen los crímenes o si actuaron mediando *ignorancia deliberada* acerca de la realización de los crímenes, cuando dispusieron de información que claramente les indicaba la concurrencia del peligro típico, que decidieron deliberadamente ignorar.

Seguidamente se analizará cada elemento por separado.

A. El conocimiento de la comisión de los crímenes

El grado de responsabilidad subjetiva más intensa en la responsabilidad superior viene representada por aquellas situaciones en las que el superior, civil o militar, conoce la existencia de un peligro de comisión de los crímenes a manos de sus inferiores, y no realiza ninguna conducta tendente a evitarlo. “Esta vendría a contemplar una responsabilidad subjetiva muy próxima a la responsabilidad dolosa, donde, como es sabido, en el ámbito de la comisión por omisión del *civil law*, el elemento referido a la intención no suele formar parte del dolo en las omisiones comisivas”³⁹.

³⁹ Melendo Pardos. M. IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Atelier. Barcelona. 2008. Pp. 178.



A modo de ejemplo, la jurisprudencia española estima la presencia de dolo en las omisiones comisivas cuando el sujeto conoce:

- 1) la situación típica de peligro que le obliga a actuar,
- 2) su capacidad de actuar para tratar de evitar el resultado desvalorado y
- 3) las circunstancias que fundamentan su posición de garante.

“El objeto de referencia del conocimiento del superior viene conformado por los crímenes base cometidos por los subordinados y todos sus elementos materiales, objetivos y subjetivos. Cuando el superior conoce el riesgo de comisión o la efectiva comisión de los crímenes, este adquiere conocimiento sobre la situación típica que le obliga a actuar para tratar de evitarlos. No obstante, el objeto del conocimiento del superior no se agota en los crímenes base que intencionalmente cometen los subordinados, sino que además este conocimiento debe existir en relación con las circunstancias que delimitan su posición de garantía, así como el conocimiento de su capacidad de actuar, para poder efectuar el máximo reproche al superior en estas circunstancias”⁴⁰.

De ese modo, para poder efectuar el máximo juicio de reproche subjetivo, el superior debe conocer:

⁴⁰ García Arán, M. & López Garrido, D. CRIMEN INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pp. 93.



- i. Que concurre una situación típica de peligro para los bienes jurídicos, representado por el riesgo de comisión de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional;
- ii. Que el peligro proviene de *focos de peligro* sometidos a su poder de mando/autoridad y control efectivo, siendo así consciente de la existencia de su posición de garantía, o, lo que es lo mismo, su vinculación con el hecho lesivo, o, en su caso, que ostenta una posición de garantía respecto a la protección de los bienes amenazados que le obliga a asegurar que sus tropas actúen para evitar el riesgo potencial que los amenaza; y
- iii. Que tiene capacidad personal para actuar para poder evitar o neutralizar dichos riesgos para que estos no se conviertan en una lesión al bien jurídico.

En todo caso, la prueba del conocimiento puede efectuarse a través de indicios, pero nunca debe ser presumida por el tribunal.

B. Cuando hubiese debido saber la comisión de los crímenes

El artículo 28.a) establece una responsabilidad por omisión derivada de una imprudencia de los jefes militares, que configura el estándar subjetivo mínimo por el que pueden responder los jefes militares por omisión. Este estándar subjetivo fue empleado por cierta jurisprudencia tras la Segunda Guerra Mundial, destacando especialmente el caso *Hostages* y el caso *Roehling*. En ambas resoluciones el



Tribunal consideró que los superiores (civiles y militares) no solo responden si conocen las actividades delictivas de sus inferiores, sino también si los desconocían de forma contraria a su deber. De ese modo, el artículo 28.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional retoma una forma de entender el elemento subjetivo de la responsabilidad del superior que no fue, sin embargo, reconocida por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ni por los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I.

“A partir de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 1 de julio de 2002, la responsabilidad por omisión del jefe militar o asimilado admite un injusto imprudente, asimilable a la culpa inconsciente, por el que se castiga al jefe militar que ni siquiera advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado, tal y como, por otro lado, ha reconocido la Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de cargos contra Bemba Gombo. Dicha infracción del deber de cuidado que redundaba en la falta de control y supervisión de las fuerzas (desvalor de conducta), tiene como resultado la comisión de los crímenes a manos de su desvalor de resultado, por lo que debe comprobarse un nexo de imputación entre la comisión de los crímenes y la infracción de la norma de cuidado (ausencia de control adecuado del superior)”⁴¹.

Lo que se reprocha a los jefes militares y asimilados es no haber conocido aquello que debían conocer al haber incumplido ciertos deberes de cuidado en

⁴¹ Blanc Altemir, A. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO CRIMEN INTERNACIONAL. Editorial Bosh. Barcelona. 1990. Pp. 112.



relación con las actividades y operaciones de sus tropas. Dichos deberes de cuidado se imponen a estos jefes ante el potencial lesivo que sus tropas pueden representar cuando interactúan con terceros en el desarrollo de un conflicto armado, o en ciertas actividades de índole humanitaria de las Fuerzas Armadas. Indudablemente, el desarrollo de ciertas operaciones militares en el contexto de un conflicto armado, o las operaciones especiales de carácter humanitario, suelen acarrear serios riesgos para la vida e integridad física de las personas, por lo que se exige que los jefes y mandos militares ultimen las medidas precautorias en relación con las conductas de la tropa.

El artículo 28.a) impone la responsabilidad por imprudencia de los superiores que omiten de forma contraria a su deber asegurar su esfera de organización, resultado de dicha infracción la comisión dolosa de los crímenes a manos de sus fuerzas.

De ese modo, se imputan los crímenes al superior a título de imprudencia, lo que exige que la Corte Penal Internacional, a la hora de imponer la pena, tenga en cuenta el estándar subjetivo menos lesivo y proceda, consecuentemente, a rebajar la pena. Debe recordarse que, conforme a la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, el grado de intencionalidad del autor es uno de los parámetros a tener en cuenta para la imposición de la pena.

Con todo, la imputación de los crímenes al comportamiento del superior exige, en primer lugar, y desde la perspectiva *ex ante*, la infracción de una norma



de cuidado, cuya observancia habría permitido al jefe militar representarse el peligro concreto que amenazaba al bien jurídico, y, desde la perspectiva *ex post*, una comprobación de que los crímenes han sido realizados efectivamente por sus fuerzas, y que aquellos podrían haberse evitado más allá de toda duda razonable, si se hubiesen adoptado las medidas de cuidado exigidas.

“El juicio de imputación requiere asimismo comprobar que la finalidad de la norma de cuidado vulnerada por el jefe militar tenía por objeto, entre otras cosas, la cognoscibilidad del estado de las tropas y la posterior evitación en su caso (si ello fuese posible) de las conductas lesivas que estas pudieran llevar a cabo”⁴².

C. La ignorancia deliberada acerca de la comisión de los crímenes

El elemento subjetivo mínimo previsto para los superiores civiles es establecido en el artículo 28.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y consiste en que el superior *deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicara claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*. Sobre este elemento la Corte Penal Internacional no se ha pronunciado aún, a pesar de que dicha previsión se asemeja al elemento mental previsto en el derecho consuetudinario y a la interpretación defendida por los tribunales *ad hoc* sobre los artículos 7.3 y 6.3 del Estatuto del

⁴² Ambos, Kai. SOBRE LA “ORGANIZACIÓN” EN EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN. Editorial Paidós. España. 2010. Pp. 287.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y para Ruanda respectivamente.



Esta previsión exceptúa el elemento subjetivo general presente en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y puede ser reconducido a un supuesto de ceguera intencional o, asimilable en la dogmática continental al dolo eventual.

En cualquier caso, dicho elemento es mucho más exigente que el elemento subjetivo mínimo previsto para los jefes militares. “En los casos de ceguera intencional el superior conoce o advierte un riesgo genérico, en el que no quiere profundizar, pudiendo hacerlo, colocándose así en situación de ceguera ante los hechos, pretendiendo beneficiarse del menor reproche penal que conlleva la falta de conocimiento”⁴³.

En estos supuestos, tal y como lo dispone el propio artículo 28.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el superior desprecia intencionalmente una información que, de forma concreta, y más o menos detallada, le alertaba de la lesión o peligro de lesión contra terceros.

En estos casos, el superior es consciente o percibe un riesgo genérico de comisión de los crímenes, pero lo ignora de forma intencional, a diferencia del

⁴³ Bassiouni, Ch. & Manikas, P. EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL PARA LA EXYUGOSLAVIA. Editorial Transnacional. Madrid. 1996. Pp. 78.

supuesto en que actúa por imprudencia donde el sujeto desconoce la existencia de un riesgo que, sin embargo, debe conocer, por descuido o por error.



“Los supuestos de ceguera intencional, que deben aplicarse también a los jefes militares, deben equipararse con los supuestos de auténtico conocimiento. El juicio de desvalor subjetivo radica en que el superior, disponiendo de una información que de forma manifiesta le indicaba un riesgo de producción del delito por parte de los subordinados, decide de forma intencional no conocer más de lo que ya sabe para, ulteriormente, favorecer su prueba de descargo”⁴⁴.

Cuando el grado de desconocimiento del superior se deba, pues, a una intención de no saber más, a pesar de disponer de información que revela de forma clara dicho riesgo cognoscible, el sujeto actúa de una forma más lesiva para el bien jurídico que cuando no conoce más de lo que sabe debido a un descuido, o a una valoración errónea de la realidad.

⁴⁴ Gil Gil, Alicia. IMPUTACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES ¿EXPANSIÓN O UNIVERSALIZACIÓN?, PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN. En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Coordinadoras). INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 2013. Pp. 516.



Capítulo III

3. Las formas de intervención punibles en la responsabilidad del superior:

Autoría y participación

3.1. Las formas de intervención punibles

El punto de partida esencial del derecho penal internacional es *la afirmación de la responsabilidad penal individual en la esfera internacional*. Este principio, que genera una verdadera revolución en la esfera jurídica internacional, implica que no solamente los Estados, sino también las personas naturales pueden ser declaradas responsables por la violación de ciertas normas del derecho internacional.

“La afirmación de esta forma de responsabilidad conlleva la garantía de que un hecho delictivo puede atribuirse a un sujeto solamente dentro de los límites de su responsabilidad específica respecto del mismo”⁴⁵.

Como afirma la sentencia de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Tadic*: *El presupuesto básico tiene que ser que, en el derecho internacional, al igual que en los sistemas nacionales, el fundamento de la responsabilidad penal es el principio de responsabilidad personal: nadie puede ser considerado responsable por hechos o conductas que no ha*

⁴⁵ Amati E. & Costi, M. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Arazandi. Madrid. 2016. Pp. 371.

realizado personalmente o en los que no ha participado de alguna otra manera (nulla poena sine culpa).



Además, el derecho penal internacional no conoce formas de responsabilidad de personas jurídicas u asociaciones o grupos. Lo confirma la letra del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque la posibilidad de incluir esta forma de responsabilidad se debatiera en la Conferencia de Roma:

1. “De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

Por otra parte, “los crímenes internacionales plantean retos de especial complejidad a la hora de determinar las responsabilidades correspondientes debido a dos razones. En primer lugar, por lo general involucran a un gran número de personas, lo que conlleva el riesgo de que las responsabilidades individuales se diluyan, por así decirlo, en una responsabilidad colectiva más amplia e indeterminada, que es incompatible con el principio de responsabilidad penal personal. En segundo lugar, estos crímenes suelen cometerse en el marco de aparatos que cuentan con un cierto grado de organización, y en los que resulta difícil

separar y medir la responsabilidad de todos y cada uno de los intervinientes en el delito⁴⁶.



Por ejemplo, los líderes de estos aparatos planean y organizan la actividad criminal desde arriba, pero dejan que sean los eslabones inferiores de la estructura los que *se manchen las manos* con la comisión material de los delitos. Esta situación supone una disociación entre la proximidad al hecho y el grado de responsabilidad, en el sentido de que este no disminuye necesariamente al aumentar la distancia entre el sujeto y la comisión material del delito, sino que, al revés, suele ser aún mayor.

El derecho penal internacional ha desarrollado soluciones para responder a estas especificidades, en parte elaborando teorías y figuras propias, en parte importando reglas y doctrinas de las tradiciones penales estatales, pero procurando adaptarlas a su marco específico.

⁴⁶ Gil Gil, Alicia. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL GENOCIDIO EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En: Moreno, M. (Editor). EL ESTATUTO DE ROMA. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO NACIONAL DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. Editorial ius Poenale-Cepolcrim. México. 2004. Pp. 281.

3.2. Origen y evolución



3.2.1. Las formas de intervención en el Tribunal Militar Internacional

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional se limitaba a establecer que podían declararse responsables los *líderes, organizadores, instigadores y cómplices* (artículo 6.c) que hubiesen participado en la elaboración o ejecución de un plan común o conspiración para cometer uno de los crímenes enumerados en el Estatuto. “Este modelo, que fue confirmado por la sentencia del juicio principal, no diferenciaba entre autoría y participación, y consideraba que cualquier tipo de contribución a los actos delictivos daba lugar a responsabilidad penal”⁴⁷. El mismo *modelo unitario o indiferenciado* fue también aplicado por el Tribunal de Tokio y por los tribunales militares que actuaban aplicando la Ley del Consejo de Control Aliado No. 10.

Además, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional otorgaba al Tribunal la posibilidad de declarar un grupo o una organización como criminal; como efecto de esta declaración, los tribunales nacionales tenían el derecho a emprender juicios contra individuos por el delito de simple pertenencia a estas organizaciones. Esta previsión, sin embargo, desapareció en las experiencias posteriores de persecución penal internacional.

⁴⁷ Bantekas, Ingmar. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Oxford. México. 2011. Pp. 176.



3.2.2. Las formas de intervención en los tribunales *ad hoc*

A. Las disposiciones estatutarias

Los Estatutos de los dos Tribunales *ad hoc* afirmaban que podía declararse responsable por uno de los crímenes bajo su jurisdicción a todo el que hubiera *planeado, instigado, ordenado, cometido o de otra forma prestado su asistencia en la planificación, preparación o ejecución* de los crímenes (artículo 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y artículo 9.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda). Las disposiciones estatutarias seguían, según algunos autores, el *modelo unitario* inaugurado por el Tribunal de Núremberg.

Pero la interpretación judicial fue paulatinamente definiendo las figuras así enumeradas, y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia rechazó que su Estatuto contemplara un concepto unitario de autor, defendiendo, por el contrario, que el mismo distinguía autoría y participación.

B. La interpretación judicial

“Los tribunales *ad hoc* fueron identificando los elementos constitutivos de cada forma de intervención enumerada en los Estatutos y las diferencias entre ellas.



Así, la comisión *directa* de un delito se entendió como su realización material llevada a cabo personal o conjuntamente con otras personas”⁴⁸.

Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en la sentencia *Gacumbitsi* inauguró una nueva y más amplia lectura de la *comisión*, describiéndola como toda acción que fuese una *parte integral* del delito, más allá de la mera realización directa y material del mismo.

Por otra parte, las demás conductas se castigaban como formas de participación accesoria, siempre y cuando hubieran ofrecido una contribución *directa* y sustancial a la comisión del crimen. Este doble requisito ha sido interpretado, tanto por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia como por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de manera amplia, al considerar virtualmente suficiente toda conducta de *asistencia con palabras o actos que implicaran fomentar o apoyar* el delito.

“El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia también ha tenido oportunidad de aclarar que la simple presencia en el lugar del delito no es de por sí suficiente para la atribución de responsabilidad. Sin embargo, puede dar lugar a responsabilidad toda vez que de las circunstancias concretas pueda inferirse que el sujeto tenía conocimiento de que se estaba cometiendo un crimen, y que, además, su presencia tuvo un efecto directo y sustancial en la comisión del hecho”⁴⁹.

⁴⁸ Duttwiller, M. LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Temis. Bogotá. 2017. Pp. 167.

⁴⁹ *Ibidem*. Pp. 172.



En sentencias posteriores, este criterio fue limitado a los casos en los que el acusado, cuya conducta consistía en la simple presencia en el lugar del delito, tuviera una autoridad incontestada que fomentare al autor directo a llevar a cabo el delito o legitimara su actuación. El Tribunal Penal Internacional de Ruanda ha aclarado que de la presencia en el lugar de alguien que posea cierto grado de autoridad implica una *clara señal de tolerancia oficial*.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo de este modelo de responsabilidad, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia también lo interpretó de forma amplia, identificándolo con el conocimiento de que la conducta llevada a cabo tendría un efecto directo y sustancial en la comisión de un crimen, sin que fuera necesario el conocimiento del delito específico que el autor realizaría. En otras palabras, “es suficiente con que el cómplice sepa que uno de entre varios crímenes sería probablemente cometido”⁵⁰.

Posiblemente para contrarrestar la potencialidad expansiva de estas interpretaciones, la reciente sentencia de apelaciones en el caso *Perisic* introdujo el requisito de la *dirección específica* de la conducta como elemento constitutivo del *actus reus* de la complicidad.

⁵⁰ Cabana, Faraldo. FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Unión. Madrid. 2005. Pp. 78.



En esa sentencia, la mayoría de la Sala afirmó que, toda vez que la asistencia prestada por el imputado puede calificarse de neutral (como el aprovisionamiento de dinero o armas), se exige la prueba de que esa asistencia estaba específicamente dirigida a la realización de actividades ilegales. Esta prueba puede inferirse de una serie de elementos circunstanciales, como la importancia y el tipo de asistencia brindada, o el conocimiento de que los autores realizaban actividades ilegales. Los jueces Meron y Agius, en su voto particular conjunto, declararon que la dirección específica debería referirse más bien a la *mens rea* del sujeto imputado como cómplice, pero concluyeron a la vez que no veían razón suficiente para apartarse de los precedentes del propio Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que lo consideraban como un elemento del *actus reus*.

Este criterio, además de apartarse de precedentes decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideradas *ambiguas* por la Sala de Apelaciones, reduce el alcance de la figura de complicidad (*Perisic* de hecho fue finalmente absuelto) y ha dado lugar a un amplio debate tanto a nivel doctrinal como en la propia jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Efectivamente, la posterior sentencia en el caso *Sainović*, dictada por una sala de apelaciones con una composición diferente, subvirtió esa interpretación y concluyó, a raíz de un extenso análisis comparativo de la jurisprudencia internacional y nacional, que “la dirección específica de la conducta no es un

ingrediente necesario de la complicidad de acuerdo con del derecho internacional consuetudinario”⁵¹.



Esta conclusión ha sido además confirmada en la sentencia de apelación en *Popović* y, muy recientemente, en la sentencia de apelación en *Stanisic and Simatovics*, que también rechazó (por una mayoría de 3 votos contra 2) que el elemento de la *dirección específica* sea necesario para atribuir la responsabilidad por complicidad.

La Sala de Primera Instancia en el mismo caso había en cambio adoptado el criterio *Perisic*, armando la necesidad de que concurriera ese elemento y llegando, por lo tanto, a la absolución de los acusados ante la ausencia de pruebas suficientes.

La Sala de Apelaciones, como consecuencia del rechazo de este criterio, ha reformado la sentencia de absolución y ordenado la celebración de un nuevo juicio. Es interesante notar que la misma conclusión había sido alcanzada por la Corte Especial de Sierra Leona en su sentencia de apelaciones contra Taylor.

⁵¹ *Ibidem*. Pp. 84.



C. La doctrina de la *empresa criminal común*

“Además de esta labor de interpretación de los elementos constitutivos de las figuras de complicidad, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia también elaboró un modelo de responsabilidad indirecta novedoso y especialmente pensado para las situaciones de criminalidad colectiva. La doctrina de la *empresa criminal común*, o *joint criminal enterprise (JCE)*, fue elaborada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, como forma de comisión *indirecta* del crimen implícitamente incluida en el término estatutario *cometer*. De acuerdo con esta teoría, que apareció por primera vez en la sentencia de apelaciones en el conocido caso *Tadic*, una persona que hubiera participado en un plan común dirigido a la comisión de un crimen internacional puede ser declarada responsable por ese crimen”⁵².

Aunque la sentencia *Tadic* no clasificara la *joint criminal enterprise* como forma de autoría ni de participación accesoria, utilizando indistintamente los dos conceptos, decisiones posteriores aclararon expresamente que se trata de una forma de responsabilidad principal, y más precisamente de coautoría.

Los elementos en los que se arraiga esta figura, y cuya concurrencia tiene que ser verificada por el tribunal en cada caso concreto, son esencialmente tres:

⁵² Gil Gil, Alicia & Maculan Elena. (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016. Pp. 305.



1. Una *pluralidad de personas* (mínimo tres), que no tienen que estar identificadas todas y cada una por su nombre;
2. Un *plan o acuerdo común* entre ellas, que esté expresamente dirigido a la comisión de un crimen internacional, o bien que conlleve su comisión aun no estando dirigido a ello. No se requiere que el plan esté formalizado: puede ser implícito y materializarse de repente.

Aunque la sentencia de primera instancia en el caso *Brdanin* hiciera hincapié en el concepto de plan común como requisito de un acuerdo o entendimiento, negando a la vez que fuera suficiente la mera adherencia a un plan estratégico elaborado por los líderes de un aparato jerárquico, la Sala de Apelaciones en el mismo caso consideró que esta interpretación restrictiva no era procedente, y que el ejecutor material del crimen podía no formar parte de la *joint criminal enterprise*.

3. Una contribución *significativa* a la comisión del crimen, que puede consistir tanto en una acción como en una omisión. La palabra *significativa* marca un umbral menos elevado que el requisito de contribución *sustancial*. Es decir, que la contribución del sujeto no tiene que haber sido imprescindible para la realización del delito, y ni siquiera tiene que haber sido llevada a cabo a través de comportamientos criminales en sí, aunque sí tiene que haber tenido cierta importancia para cometer el crimen.



Además, en ocasiones el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia confunde la contribución a la realización del delito con la aportación al más amplio plan común, abriendo paso a una línea interpretativa expansiva que también se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (aunque arraigada en diferentes bases teóricas) a la hora de definir la coautoría.

La escasa relevancia que esta doctrina otorga al elemento de la contribución al delito se debe a que su enfoque es más bien subjetivo: “Lo que realmente constituye la base para la atribución de responsabilidad es la adhesión del sujeto al plan común, con independencia de la importancia de su aportación específica a la comisión del crimen”⁵³.

“La teoría de la *joint criminal enterprise* aplica por lo tanto un criterio subjetivo de identificación de los coautores de un delito, pues se centra en el requisito de que el sujeto comparta el plan criminal, dejando en un segundo plano la eficacia causal de su conducta. La Corte Penal Internacional, en cambio, en sus primeras decisiones ha optado por la aplicación de un criterio de imputación mixto, que requiere tanto la participación en un plan, como una actuación coordinada para la ejecución de ese plan”⁵⁴.

⁵³ *Ibidem*. Pp. 310.

⁵⁴ Quesada Alcalá, C. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. España. 2012. Pp. 1069.



Por lo que se refiere a la *mens rea* exigida para configurar un supuesto de *joint criminal enterprise*, la sentencia *Tadic* distinguía tres hipótesis alternativas:

- a) En la llamada forma básica (*joint criminal enterprise* I) el sujeto contribuye intencionalmente a la realización del plan común, teniendo conocimiento e intención respecto del hecho delictivo;
- b) De acuerdo con la llamada forma sistémica (*joint criminal enterprise* II), se entiende que un sujeto que colabore activamente en el funcionamiento de una estructura criminal comparte el plan común que abarca todos los delitos cometidos en ese centro. Se trata de una variante de la forma básica, elaborada a partir de casos ocurridos en campos de concentración. Su ventaja es que ofrece una simplificación en la prueba, pues permite inferir, de las tareas que un sujeto desempeña en el centro, su *mens rea* con respecto a los delitos allí cometidos;
- c) La tercera forma de *joint criminal enterprise* (*joint criminal enterprise* III) también se conoce como forma extendida, porque conlleva una efectiva ampliación del alcance de responsabilidad. Ella prevé que, si uno de los miembros del plan comete un delito diferente y ulterior con respecto a lo planeado, los demás miembros también son responsables por ese delito, siempre y cuando este constituya una consecuencia natural y previsible del plan acordado y adicionalmente, aquellos hubieran aceptado el riesgo de su verificación. La fórmula aplicada en esta tercera forma de *joint criminal enterprise* admite entonces una forma de dolo eventual respecto de la posible comisión de un delito por parte de un tercero.



“El requisito de la previsibilidad del delito cometido fuera de lo acordado en el plan común ha sido interpretado de distintas maneras por el propio Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que ha apelado al criterio de *previsibilidad razonable*, de *probabilidad sustancial* o de más genérica *posibilidad*. Es evidente que, dependiendo de qué criterio se aplique para definir este concepto sumamente indefinido, el alcance de la figura se expande o se reduce”⁵⁵.

La teoría de la *joint criminal enterprise* ha sido ampliamente utilizada por el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que también han intentado demostrar su naturaleza de norma consuetudinaria. Sin embargo, ha sido duramente criticada por la mayoría de la doctrina especializada, por considerar, entre otras cosas, que vulnera los principios de legalidad, culpabilidad, y responsabilidad por el hecho propio ampliando la esfera de responsabilidad penal de manera prácticamente ilimitada, tanto que un autor redefinió el acrónimo JCE como *just convict everyone* (solo condenen a todos).

La tercera variante de la figura, además, al prescindir del acuerdo de voluntades respecto del delito cometido, elimina el fundamento de la imputación recíproca de las aportaciones de cada codelincuente, a la vez que expande el

⁵⁵ Liñán Lafuente, Alfredo. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL (2). En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016. Pp. 179.



alcance de la responsabilidad penal mucho más allá de lo previsto en la mayoría de los ordenamientos nacionales.

“Estas difundidas críticas han contribuido probablemente, junto con el distinto marco estatutario de referencia, al abandono de la teoría de la *joint criminal enterprise* por parte de la Corte Penal Internacional”⁵⁶.

Sin embargo, cabe recordar que algunos tribunales penales híbridos como por ejemplo la Corte Especial para Sierra Leona, siguen aplicando esta doctrina, aunque con desacuerdos Internos o con matices propios. Las Salas Especiales en las Cortes de Camboya, en particular, han decidido aplicar las primeras dos formas de *joint criminal enterprise*, pero no la *joint criminal enterprise* III, por considerar que no hay indicio suficiente para afirmar que esta formaba parte de la costumbre internacional en la época de comisión de los hechos de los que se ocupa el Tribunal.

3.3. El artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

“El Estatuto de Roma marca un hito importante en la configuración de los modelos de responsabilidad en derecho penal internacional. Por primera vez se clasifican las formas de intervención en autoría y participación, expresando esta distinción a nivel estatutario y ofreciendo una enumeración más detallada de las

⁵⁶ Vallini, A. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN LOS CRÍMENES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Bosch. España. 2005. Pp. 391.



distintas figuras y de sus elementos constitutivos”⁵⁷. El art. 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional identifica cuatro categorías: la autoría (letra a), la participación en la forma de orden o inducción (letra b), otras formas de asistencia (letra c) y la responsabilidad por contribuir a un crimen perpetrado por un grupo (letra d). A estas categorías hay que añadir, además, la forma específica de responsabilidad por omisión regulada por el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya aplicación está reservada a los jefes militares y superiores civiles.

No constituye, en cambio, una forma de intervención punible, sino un delito autónomo, en concreto un acto preparatorio punible, la incitación directa y pública a cometer genocidio, prevista en la letra (e) de la misma disposición. Tampoco es una forma de intervención delictiva la tentativa, pese a su colocación sistemática en la letra (f) del mismo artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino de nuevo una fase del *iter criminis* anterior a la consumación del delito, pero también punible. Ambos describen, por tanto, formas de *inchoate offence*, es decir, delitos que prevén la punibilidad, por así decirlo, adelantada de conductas que no llegan a completar el *actus reus* del delito correspondiente.

“El Estatuto se adhiere por ende al llamado *modelo diferenciado*, aplicado por la mayoría de los ordenamientos nacionales, y cuya característica es la previsión, ya a nivel legislativo, de distintas figuras de imputación de los crímenes,

⁵⁷ Ambos, Kai. & Guerrero, O. J. (Editores). EL ESTATUTO DE ROMA ANÁLISIS POR EXPERTOS INTERNACIONALES. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. Pp. 238.

identificadas con base en el tipo de contribución brindada a la realización del crimen”⁵⁸.



Esta categorización no se traduce automáticamente en la imposición de una mayor o menor pena, según se trate de autores o partícipes, respectivamente. El artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de hecho, no establece una gradación en el nivel de responsabilidad, y con ello en la sanción, entre las formas de autoría y las formas de participación. Aunque esta cuestión siga siendo objeto de debate jurisprudencial y doctrinal, se puede afirmar que el único elemento que realmente permite separar los autores de los cómplices es la naturaleza autónoma (autor) o accesoria (partícipe) de su contribución. Según este criterio, la responsabilidad del autor es autónoma, en el sentido de que la misma no depende de la existencia de otro sujeto responsable, mientras que la responsabilidad de los partícipes requiere que alguien más (el autor) cometa el delito, al menos en el estadio de tentativa. O, dicho de otra manera, si un autor no ha realizado al menos una tentativa de delito sus partícipes no responden penalmente.

Por otra parte, “una rápida comparación entre sentencias de los tribunales penales internacionales demuestra que no siempre la condena como autor supone la imposición de una sanción más elevada que una condena como partícipe: la Corte Penal Internacional ha impuesto a Thomas Lubanga Dyilo una pena de *apenas* 14 años de reclusión, pese a haberle condenado como coautor de los crímenes

⁵⁸ Piragoff, D. & Robinson, D. INTRODUCCIÓN AL CODIGO PENAL MODELO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Grupo Anaya. MADRID. 2007. Pp. 78.



imputados. La Corte Especial para Sierra Leona, por el contrario, ha condenado al antiguo presidente de Liberia Charles Taylor como partícipe (en las modalidades de instigación y asistencia) en crímenes de guerra, pero le ha impuesto 50 años de reclusión”⁵⁹.

Además, la Corte Penal Internacional toma distancia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y especialmente de la teoría de la *joint criminal enterprise*, cuyo encaje en su Estatuto rechaza expresamente, optando por el diferente criterio del dominio del hecho para fundamentar la atribución de responsabilidad como autores.

3.3.1. Las formas de autoría y la teoría del dominio del hecho

El artículo 25.3 letra (a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece tres formas de autoría, o responsabilidad principal, cuyos elementos constitutivos han sido definidos a nivel jurisprudencial.

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

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”.

⁵⁹Ambos, Kai. & Guerrero, O. J. *Op. cit.* Pp. 253.



A la hora de determinar los elementos sobre los cuales se arraiga la responsabilidad a título de autor, y que a la vez permiten distinguirla de la responsabilidad como partícipe, la Corte Penal Internacional ha optado claramente por el criterio del dominio del hecho. “De acuerdo con esta teoría, que fue elaborada por la doctrina penalista de los sistemas de tradición continental, y muy especialmente por autores alemanes (originariamente por Welzel, 1969 y, en un sentido diferente, que es el tomado por la Corte Penal Internacional por Roxin, 2000), se considera autor no solamente al que materialmente comete el delito, sino a todo el que, según modalidades diferentes, tenga un dominio, un control, sobre la realización del mismo. Este dominio puede darse cuando un sujeto materialmente comete el delito (autoría directa), cuando lo comete junto con otros (coautoría) o por conducto de otra persona (autoría mediata)”⁶⁰.

A. Autoría directa

La primera modalidad prevista por el artículo 25.3.a) es la autoría directa o inmediata, que se da cuando el sujeto materialmente realiza todos los elementos del delito y tiene la *mens rea* correspondiente. Esta figura, que es la menos problemática desde el punto de vista conceptual, es también la que se aplica con menos frecuencia por parte de tribunales que, como la Corte Penal Internacional, pretenden centrarse en los *máximos responsables*, es decir, en los líderes o mandos

⁶⁰ Gil Gil, Alicia. BASES PARA LA PERSECUCIÓN PENAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN ESPAÑA. Editorial Comares. Granada. 2006. Pp. 235.

intermedios de las estructuras jerárquicas, ya que, como se ha dicho, rara vez estos se manchan las manos directamente.



B. Coautoría

Una aplicación más frecuente ha tenido la segunda modalidad prevista por el artículo 25.3.a), es decir, la coautoría (cometer el crimen junto con otra persona), que refleja mejor el carácter colectivo típico de los crímenes internacionales. Mientras que, como se ha visto, “los tribunales *ad hoc* fundamentaban esta categoría en la doctrina de la *joint criminal enterprise* la Corte Penal Internacional la interpreta de acuerdo con el criterio del dominio del hecho, y combina el requisito subjetivo del plan común con una contribución esencial a la realización del crimen”⁶¹.

En realidad, la sentencia de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Stakić* decidió aplicar un concepto de coautoría basado en la teoría del dominio funcional del hecho. Sin embargo, la Sala de Apelaciones revertió esta interpretación, al considerar que esta figura no estaba lo suficientemente consolidada en el derecho consuetudinario, y finalmente resolvió aplicar la doctrina de la *joint criminal enterprise* en su primera y segunda forma.

⁶¹ Politi, M. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Lex Nova. Madrid. 2016. Pp. 525.



De acuerdo con la decisión de confirmación de cargos contra Lubanga (confirmada en este punto por la sentencia de primera instancia en el mismo caso y por otras decisiones de la Corte Penal Internacional), la coautoría exige tres elementos:

1. *Un acuerdo o plan común.* Este elemento ha sido en realidad interpretado de manera bastante amplia por las Salas de la Corte Penal Internacional, afirmando que no tiene que ser intrínsecamente criminal, sino que es suficiente con que contenga un *elemento crítico de criminalidad*. Este concepto, que sufre de una evidente indeterminación, ha sido afirmado por la Corte incluso en situaciones en las que el plan no estaba dirigido expresamente a cometer crímenes, pero en las que ejecución del plan conllevaba un *riesgo suficiente* de comisión de esos crímenes *según el curso normal de los acontecimientos*. Esta interpretación amplia del elemento del plan común causa una expansión del alcance de la coautoría, de acuerdo con una tendencia bastante frecuente en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, hasta su parcial modificación en la sentencia contra Katanga.
2. *Una contribución esencial a la comisión del crimen.* Este elemento, que recupera la dimensión objetiva que la teoría de la *joint criminal enterprise* había dejado de lado, se fundamenta, según las Salas de la Corte Penal Internacional, en una aportación cuya ausencia impediría la realización del delito. Esta capacidad de frustrar la comisión del hecho sería por lo



tanto el test que permite determinar si un sujeto tiene realmente un dominio sobre el delito. Por otra parte, este requisito no coincide necesariamente con la presencia física en el lugar de comisión de los hechos.

La jurisprudencia mayoritaria de la Corte Penal Internacional ha interpretado este requisito de manera muy amplia, pues lo ha vinculado no al delito específicamente imputado, sino al plan común en su conjunto, y ha defendido además su aplicación a conductas realizadas en la fase preparatoria del delito, antes de su ejecución propiamente dicha. Ambas interpretaciones generan una expansión del alcance de esta figura de autoría, a la vez que vulneran los principios de legalidad y culpabilidad.

Por otra parte, hay que mencionar que también dentro de la propia Corte han surgido críticas al elemento de la contribución esencial así entendido: los jueces Fulford y Van den Wyngaert, en sus votos particulares adjuntos a las sentencias de primera instancia contra Lubanga y Ngudjolo Chui, respectivamente, proponen adoptar, en su lugar, un test de *nexo causal operacional entre la contribución y el delito*, el primero, y el criterio de una contribución que tenga un *impacto inmediato en la forma en que los elementos materiales del delito son llevados a cabo*, la segunda.

3. El *elemento subjetivo* requerido por cada crimen (así, por ejemplo, para el crimen de genocidio el coautor tiene que tener la intención específica

de destruir a un grupo protegido), junto con la conciencia de que con su conducta está dando una aportación esencial a la comisión del crimen.



El juez Fulford, en su opinión en disidencia adjunta a la sentencia *Lubanga*, critica esta visión de la coautoría en su conjunto, optando en su lugar por una interpretación literal del Estatuto.

En su opinión, el artículo 25.3 no requiere que la contribución de los coautores sea esencial, y ni siquiera establece una jerarquía ni una diferenciación efectiva entre las categorías de autoría y de la participación.

Por último, el juez contesta la utilización de la teoría del dominio del hecho, que, según él, pertenece a la realidad específica de los ordenamientos continentales y no encuentra anclaje ninguno en el texto del Estatuto.

C. Autoría mediata y la teoría de Roxin

La tercera modalidad de autoría recogida por el artículo 25.3.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional “es la autoría mediata, expresada en las palabras *el que cometa un crimen por conducto de otro*. Esta figura supone el reconocimiento de la autoría más allá de situaciones en las que el sujeto realiza material y personalmente los elementos del crimen (actos ejecutivos, elementos del tipo)”⁶², y

⁶² Roxin, C. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2000. Pp. 39.



también ha sido interpretada por la Corte Penal Internacional de acuerdo con la teoría del dominio del hecho.

El control del autor sobre el delito se manifiesta, en este caso, a través de su dominio sobre otra persona, que materialmente realiza el hecho. “Esta forma de responsabilidad, conocida en muchos sistemas penales nacionales, se limita tradicionalmente a supuestos en los que el ejecutor material del delito incurre en responsabilidad penal, bien porque es inimputable (por ser menor de edad o enfermo mental), o porque actúa en un estado de error inducido por el autor mediato o en un estado de necesidad o bajo coerción, etc. Ante estas situaciones, se considera que el hombre *de atrás* tiene el dominio sobre la voluntad del ejecutor material y lo utiliza como un instrumento para cometer el delito”⁶³.

Pero, más allá de este supuesto clásico de autoría mediata, el Estatuto de Roma también admite, por expresa previsión del art. 25.3.a), que pueda haber autoría mediata cuando el ejecutor material sí es penalmente responsable. En este tipo de situación coexisten, con respecto al mismo hecho, un autor directo y un autor mediato, ambos punibles. El autor mediato se define por lo tanto como *autor detrás del autor (perpetrator behind the perpetrator)*.

“En derecho penal internacional, donde suelen actuar aparatos criminales organizados jerárquicamente, este supuesto de autoría mediata se manifiesta con

⁶³ Olle Sesé, M. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. Universidad Internacional de Andalucía. España. 2008. Pp. 129.



gran frecuencia. Para fundamentar su aplicación, la Corte Penal Internacional ha seguido una teoría elaborada por el penalista alemán Claus Roxin (aunque combinándola, en cierta medida, con las interpretaciones propuestas por otros autores) denominada *autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en el marco de aparatos de poder organizados*⁶⁴.

La teoría de Roxin, que había utilizado como banco de prueba el conocido caso Eichmann, tuvo una difusión considerable en los tribunales nacionales que juzgaban por hechos relacionados con la macro-criminalidad estatal.

Fue aplicada, entre otros, en los juicios contra los ministros de la antigua República Democrática Alemana en relación con los asesinatos cometidos por los guardias del muro de Berlín, así como en el juicio de primera instancia contra las Juntas militares argentinas por los delitos cometidos en el marco de la represión (aunque la sentencia de apelaciones modificara posteriormente el título de imputación) y, en época más reciente, en el juicio contra el expresidente peruano Alberto Fujimori.

⁶⁴ *Ibidem*. Pp. 130.



Sus elementos constitutivos, de acuerdo con la propuesta de Roxin son:

1. La existencia de un aparato de poder organizado en una estructura jerárquica, que garantiza la transmisión casi automática de las órdenes de la cúpula;
2. El poder de mando que el sujeto (autor mediato) detenta y que está vinculando a la posición que ocupa en el marco de esta estructura;
3. El apartamiento de esta estructura del ordenamiento jurídico, que puede ser un rasgo constitutivo del aparato desde el principio, o puede sobrevenir en un momento determinado;
4. La fungibilidad de los ejecutores materiales. “Este es el elemento central en la teoría de Roxin, e indica que los subordinados, en el marco de estos aparatos criminales, actúan como *ruedecillas* en la maquinaria criminal. No tiene importancia quién finalmente ejecutará el delito, porque el autor mediato sabe que, aunque un subordinado se niegue a cometer el crimen, siempre habrá alguien más, dentro de la organización, que lo llevará a cabo”⁶⁵.

La jurisprudencia nacional que ha aplicado la teoría de Roxin normalmente ha combinado estos elementos con un ulterior criterio, elaborado por Schroeder en una propuesta diferente de fundamentación de la figura del autor detrás del autor (Schroeder, 1965) y posteriormente admitido por el propio Roxin (2007), no como

⁶⁵ Gil, Gil, Alicia. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Op. cit.* Pp. 234.



presupuesto autónomo, sino como rasgo que puede derivarse de los demás elementos. Se trata de la predisposición de los ejecutores materiales a la comisión de hechos criminales, que dependen, de acuerdo con Schroeder, de su pertenencia al aparato organizado y de la psicología colectiva que se viene a crear en el mismo.

“La teoría de la autoría mediata en aparatos de poder sigue siendo muy debatida a nivel doctrinal y jurisprudencial; además, entre aquellos que sí la aceptan, tampoco hay acuerdo acerca de sus elementos constitutivos, que son interpretados y combinados de manera bastante variada”⁶⁶.

Las Salas de la Corte Penal Internacional, al hacer referencia a esta teoría, no recogen sin embargo todos los elementos sobre los que se arraiga: por ejemplo, no toman en cuenta el requisito del apartamiento del aparato de poder del ordenamiento jurídico. La reciente sentencia contra Germain Katanga, dictada por la Sala de Primera Instancia II, interpreta la autoría mediata de acuerdo con los siguientes elementos:

1. El dominio sobre un delito cuyos elementos materiales son realizados por otra persona. Este dominio puede darse:
 - a) Sobre un ejecutor que no incurre en responsabilidad penal

⁶⁶ *Ibidem*. Pp. 240.



b) Sobre un aparato organizado de poder. En este caso (que se corresponde con los supuestos a los que se aplica la teoría de Roxin), los elementos fundantes de la autoría son:

- b.1) El automatismo funcional del aparato, que garantiza que las órdenes dictadas en su interior aun cuando tengan como objeto la comisión de crímenes, lleguen a ser cumplidas por algún miembro de la organización;
- b.2) El poder de control que el autor mediato ejerce sobre este aparato o sobre parte del mismo.

- 2. El elemento subjetivo requerido para el delito imputado, tal y como lo describe el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- 3. El conocimiento, por parte del autor mediato, de las circunstancias que le permiten ejercer un dominio sobre el delito. Cuando el dominio se manifiesta en un aparato de poder, este conocimiento debe alcanzar la posición que el autor mediato ocupa en esa organización y las características que permiten el funcionamiento automático de la misma.

“Como puede apreciarse, los elementos constitutivos enumerados en sentencia se acercan, pero no coinciden, con aquellos que Roxin identifica a fundamento de su teoría, y que habían sido aplicados por anteriores decisiones de la misma Corte Penal Internacional”⁶⁷.

⁶⁷ *Ibidem*. Pp. 254.



La sentencia Katanga finalmente no condena al acusado como autor mediato, por considerar que no había suficiente prueba de ninguno de los elementos constitutivos de esta figura. De la prueba obtenida, afirma la Sala de Primera Instancia II, no podía concluirse que la milicia de la que Katanga era jefe fuese un aparato organizado de poder, ni que el acusado ejerciera sobre la misma un control tal como para tener un dominio sobre los hechos cometidos. Por esta razón, la sentencia modifica el título de imputación, condenando a Katanga bajo el artículo 25.3.d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por haber prestado asistencia a un crimen cometido por un grupo. Esta sentencia marca un punto de inflexión en la tendencia, hasta ese momento bastante clara en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, a ampliar por vía interpretativa los elementos constitutivos de las figuras de autoría.

D. Coautoría mediata

La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, además de interpretar y definir las formas de autoría enumeradas por el artículo 25.3.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ha ido elaborando una cuarta figura que, pese a no estar expresamente prevista en el Estatuto, se ha derivado del mismo.

Se trata de una forma que combina la coautoría, basada en el dominio con hecho, y la autoría mediata en casos que cuentan con un ejecutor material penalmente responsable. “Esta figura, llamada coautoría mediata, conlleva una



expansión todavía mayor del alcance de la responsabilidad por un delito, al permitir atribuir a líderes que ni siquiera tienen una vinculación jerárquica o de poder directa con los ejecutores materiales”⁶⁸.

Su primera aparición fue en la decisión de confirmación de cargos contra Katanga y Ngudjolo Chui. La Sala de Cuestiones Preliminares la propone como figura alternativa a la autoría mediata, argumentando que los dos imputados elaboraron conjuntamente un plan (cuyo objetivo era el ataque a una aldea poblada por una etnia con la que sus milicias estaban en conflicto) cuya realización produjo la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad. Aunque ninguno de los dos participara personalmente en ese ataque, serían responsables por los crímenes cometidos en el marco del mismo, porque ejercían un control *de iure* y *de facto* sobre las milicias que lo llevaron a cabo y porque tenían conocimiento de la probabilidad que este ataque desembocara en el resultado.

Cada uno de los imputados tenía control sobre su propia milicia, por lo que, para imputarle la responsabilidad por todos los crímenes cometidos en el marco del ataque era necesario aplicar el principio de la atribución mutua en situaciones de coautoría. Este título de imputación fue posteriormente modificado.

La misma figura de autoría ha sido aplicada en el caso Al Bashir (que se encuentra actualmente paralizado por no haber sido entregado aún a la jurisdicción

⁶⁸ Zahar, A. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Gedisa. España. 2015. Pp. 298.



de la Corte Penal Internacional por el gobierno transitorio de Sudán, aunque ya se encuentra detenido). También fue propuesta por la fiscalía como forma de imputación en el caso Bemba, pese a lo cual posteriormente fue sustituida, en la decisión de confirmación de cargos, por el modelo de responsabilidad del superior recogido en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por considerar que no había prueba suficiente del elemento subjetivo requerido por la autoría mediata.

La configuración de esta forma de intervención adquiere rasgos diferentes en los distintos casos, lo que ha llevado a identificar dos modalidades de coautoría mediata:

- a) *Coautoría entre autores mediatos*: unos líderes, cada uno al mando de un aparato de poder, utilizan sus respectivas organizaciones para llevar a cabo, en coordinación con las demás, un plan común. Este modelo sería nada más que una forma especial de coautoría, en la que al menos uno de los coautores brinda su contribución a través de un aparato de poder. Es la situación inicialmente descrita en decisión de confirmación de cargos contra Katanga y Ngudjolo Chui.
- b) *Autoría mediata en coautoría (o autoría mediata conjunta)*: el dominio del hecho es ejercido conjuntamente por varias personas que lideran una misma estructura y tienen sobre la misma un control tal que les garantiza su funcionamiento automático para la comisión de crímenes. En este caso, la responsabilidad como autores por los delitos llevados a cabo por



el aparato se fundamenta en la cooperación entre todos los miembros en la toma de decisiones. Es la situación presuntamente identificada en el caso Al Bashir, donde él, en su calidad de presidente y sus ministros utilizaron el aparato estatal para la comisión de crímenes internacionales. También se ha detectado este modelo en los casos contra *Laurent y Simone Gbagbo* y *Blé Goudé* en Costa de Marfil.

Por otra parte, cabe mencionar que la jueza Van den Wyngaert, en su opinión concurrente adjunta a la sentencia absolutoria de Ngudjolo Chui, critica la figura de la coautoría mediata como una construcción que va mucho más allá del tenor literal del Estatuto y vulnera de esta forma el principio de legalidad afirmado en el artículo 22 del mismo.

3.3.2. Las formas de participación

Los apartados (b), (c) y (d) del artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevén las formas de participación en un crimen internacional. El rasgo común, que a la vez permite separarlas de las figuras de autoría reguladas en la letra (a) de la misma disposición, es la naturaleza accesoria de las contribuciones brindadas por los partícipes a la realización del delito. Ello es, que sus aportaciones solamente cobran relevancia penal si otra persona (el autor) lleva a cabo los elementos materiales del delito, al menos en la forma de tentativa.



“Las figuras de cómplice son organizadas en tres categorías diferentes, entre las que hay una relación de subsidiariedad. Lo sugieren la letra (d) y, en parte, la letra (c), al hacer referencia al que contribuya *de algún otro modo y de algún modo*, respectivamente, a la comisión del delito. La estructura de la disposición estatutaria también parece sugerir una jerarquía de gravedad entre estas formas de participación; no obstante, como se ha dicho, el Estatuto no establece marcos sancionatorios diferenciados dependiendo del modelo de imputación aplicado, sino que deja la decisión a la discrecionalidad de los jueces”⁶⁹.

A. Inducción y orden

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

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

El artículo 25.3.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé, como formas de participación punibles, las conductas de quien *ordena, proponga o induzca* la comisión de uno de los crímenes sobre los que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción.

⁶⁹ Ambos, Kai. IMPUNIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 1999. Pp. 176.



Se trata de distintas modalidades de participación moral (en el sentido de no-material) en el delito, que tiene que haber sido consumado o realizado en grado de tentativa para que el inductor responda. Este requisito marca una diferencia con respecto al delito tipificado en el artículo 25.3.e), es decir, la instigación directa y pública al genocidio, que no requiere en cambio la realización del delito (se define, por lo tanto, como acto preparatorio punible o *inchoate offence*).

“Ordenar la comisión de un crimen significa que el sujeto aprovecha su autoridad, en el marco de una relación jerárquica para obligar a un subordinado a llevar a cabo un hecho delictivo. La orden no puede consistir en una simple omisión, sino que tiene que incluir algún tipo de instrucción, y debe contar con cierto grado de especificidad”⁷⁰.

Debido a la relevancia que este tipo de conducta suele tener para la realización de un crimen, algunos autores afirman que no se trata, en realidad, de una forma de participación, sino de una modalidad de autoría mediata, que pertenecería, estructuralmente, a la letra (a) del artículo 25.3, toda vez que se den los elementos requeridos para configurar esa forma de responsabilidad.

Los que defienden mantener una separación entre estas dos figuras, en cambio, hacen hincapié en que el partícipe de acuerdo con la letra (b) solamente ordena cometer un crimen en términos generales, mientras que el autor mediato

⁷⁰ Liñan Lafuente, Alfredo. LOS CRÍMENES DE GUERRA. Gil Gil, Alicia & Maculan Elena. (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016. Pp. 289.



también tiene el control sobre el cómo y el cuándo el delito será llevado a cabo. Está claro que en la mayoría de los casos es muy difícil apreciar estos matices en las pruebas recabadas. Asimismo, la autoría mediata por aparatos de poder exige en realidad muchos otros elementos, además de dar la orden, que pueden no concurrir en el caso concreto, por ejemplo, el que recibe la orden puede no ser fungible dentro de la estructura criminal.

Por otra parte, esta figura complementa, en cierta manera, la responsabilidad del superior regulada por el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, con la que comparte el elemento de la relación jerárquica entre el ejecutor material y el superior.

Mientras que esa disposición atribuye al superior una responsabilidad por omisión, la figura regulada en el artículo 25.3.b) castiga una conducta activa que consiste, precisamente, en dar la orden de cometer un crimen internacional.

*“Proponer e inducir, en cambio, son esencialmente sinónimos (y lo mismo puede decirse de los términos utilizados en los demás idiomas oficiales del Estatuto de la Corte Penal Internacional: *soliciting or inducing; sollicite ou encourage*), pues ambos describen la conducta de quien lleva a otro hacia la comisión de un crimen (técnicamente: quien hace nacer en el autor la resolución delictiva)”⁷¹.*

⁷¹ *Ibidem*. Pp. 301.



La presión puede ejercerse por medio de acciones u omisiones, con métodos de persuasión psicológica o física, siempre y cuando aporte una contribución sustancial al delito. Para atribuir al inductor la responsabilidad por un crimen en el que el materialmente no interviene, es necesario demostrar la existencia de un nexo de causalidad entre su conducta de inducción y la ejecución del crimen. A este efecto, hay que probar:

- a) Que el inductor ha hecho surgir la intención del autor del delito, y
- b) Que el delito realizado o tentado se corresponde con aquel que se pretendió inducir.

Al mismo tiempo, a diferencia de la responsabilidad por haber ordenado el delito, no se requiere aquí una relación jerárquica entre el inductor y el ejecutor material.

En su aspecto subjetivo, ambas formas de responsabilidad requieren la intención con respecto a la propuesta, inducción u orden o, como alternativa, la conciencia de la *sustancial probabilidad* que de su conducta derive en la comisión del crimen.



B. Complicidad, encubrimiento, colaboración

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

La letra (c) del artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional regula una forma de complicidad derivada de temas de *common law*, donde se conoce como *aiding and abetting* (ayudando e instigando). Se trata de una cláusula residual que abarca toda forma de asistencia en la comisión de un crimen, tanto material como moral. Una modalidad típica de manifestación, que el Estatuto menciona expresamente, es el suministrar los medios para la comisión del delito, pero el concepto de *abet* también incluye la mera exhortación. Asimismo, la figura incluye conductas anteriores (facilitar los medios), y promesas de encubrimiento que tengan el efecto causal de reforzar la decisión del autor de cometer el crimen (no, en cambio, el encubrimiento en sí, como conducta posdelictiva).

Por regla general, se utiliza para imputar conductas que implican un menor grado de responsabilidad, pero por otra parte exige determinar un nivel mínimo de relevancia que marque un perímetro entre las conductas punibles y aquellas legítimas. A este efecto, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha elaborado (aunque no de manera uniforme y al revés, con cierto debate interno) el criterio de la contribución directa y sustancial, que según la opinión mayoritaria debería transferirse al sistema de la Corte Penal Internacional también.



Además, para que la aportación de lugar a responsabilidad, se exige que el crimen haya llegado a cometerse, al menos en el estadio de tentativa. Por último, desde el punto de vista subjetivo, se requiere que el sujeto actúe *con la intención de favorecer* la realización del delito. Esta fórmula, inspirada en el *Model Penal Code* norteamericano, introduce un elemento subjetivo que va, según algunos autores, más allá de aquel definido por regla general en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Al mismo tiempo, se aparta de la interpretación seguida por los tribunales ad hoc, según la cual era suficiente que los cómplices conocieran (aun sin tener intención al respecto) que sus actos favorecerían la realización del delito. La introducción de este umbral subjetivo especialmente elevado parece compensar, en cierta manera, el bajo umbral de relevancia establecido para la parte objetiva de estas conductas.

C. La participación en un crimen cometido por un grupo

“... d) Contributiva de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte;
- ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.



La última forma de responsabilidad prevista por el artículo 25.3, en su letra (d), es la contribución a un crimen llevado a cabo por un grupo. Su introducción fue una solución de compromiso entre los que querían tipificar en el Estatuto de Roma una forma de *conspiracy* y sus detractores, y su definición se ha copiado casi literalmente del Convenio de 1997 sobre la eliminación de ataques terroristas cometidos con bombas. A diferencia de la *conspiracy* se requiere aquí la efectiva comisión de un crimen, a la vez que una contribución directa del sujeto.

“Es una forma de responsabilidad subsidiaria, destinada a ser aplicada cuando no se declaren probados los elementos para imputar bajo una de las figuras reguladas en los apartados anteriores. Lo confirma la letra de la disposición, al referirse a quien contribuya *de algún otro modo* a la realización del crimen”⁷².

La reciente sentencia de la Corte Penal Internacional en el caso Katanga ha confirmado esta lectura, ya que, tras haber concluido que no había prueba suficiente para condenar a Katanga como autor mediato de los crímenes que se le imputaban, ha resuelto modificar el título de imputación y aplicar el que estamos comentando. Cabe señalar que la jueza Van den Wyngaert ha rechazado crímenes que le imputa de esta conclusión en su voto en disidencia, argumentando que la prueba recabada tampoco permite concluir que existían los elementos exigidos por esta forma subsidiaria de responsabilidad.

⁷² Martínez Alcañis, A. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid. 2015. Pp. 163.



Aunque la figura descrita por el artículo 25.3.d) comparta con la *joint criminal enterprise* el énfasis en la criminalidad de un grupo y el requisito de que las acciones se ejecuten de acuerdo con un plan común, los dos modelos de imputación difieren, como ha precisado la misma Corte, en que la primera tiene naturaleza accesoria, no necesita que el acusado sea miembro del grupo que actúa con un objetivo común y requiere algo más que el simple conocimiento como elemento subjetivo. Además, la figura de la letra (d) vincula la aportación no al plan común, sino a los crímenes específicos cometidos por el grupo.

Sus elementos constitutivos son los siguientes:

- a) *Una aportación* del sujeto a la comisión de un crimen. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha considerado aplicable a este elemento el criterio de *contribución significativa* tal y como lo ha elaborado la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia con respecto a la *joint criminal enterprise*, aunque reconociendo la diferencia entre las dos figuras. Este criterio, si por una parte impide la imputación por conductas que no tienen relevancia penal, por otra parte, establece un umbral inferior a la *contribución esencial* exigida por la coautoría.

Algunos autores, sin embargo, así como la jueza de Gurmendi en un voto en disidencia, han criticado la necesidad en sí de establecer un umbral mínimo de relevancia de las aportaciones, haciendo hincapié en la letra del Estatuto *de algún*



otro modo y alegando a la vez que en realidad ese criterio confunde las contribuciones mínimas con las acciones neutrales (que de por sí ni siquiera llegan a ser técnicamente contribuciones).

- b) *Que el crimen se cometa, al menos como tentativa. Este requisito deriva de la naturaleza accesoria de esta figura de participación;*

- c) *Que el crimen pueda atribuirse a un grupo que comparte un objetivo común (common purpose). Este elemento es algo distinto y menos exigente que la empresa común requerida por la joint criminal enterprise. No obstante, la sentencia Katanga, al aplicar la figura de la letra (d), ha hecho referencia a la jurisprudencia de los tribunales ad hoc en relación con la joint criminal enterprise para determinar el contenido del objetivo común.*

De la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, que considera como expresión de la costumbre internacional en este tema, la Sala infiere que: no hace falta demostrar que los miembros del plan estuvieron organizados en una estructura; el plan tiene que estar dirigido a la comisión de un crimen o, en vía alternativa, tiene que conllevar su comisión; hay que probar que los autores del crimen eran miembros del grupo; es irrelevante, en cambio, que el acusado sea miembro del grupo o no; los crímenes que son el resultado de la acción oportunista de uno de los miembros del grupo y no entran en el plan común no pueden ser atribuidos a la acción acordada por el grupo.



“Una cuestión interpretativa a la que la Corte Penal Internacional ha tenido que enfrentarse es la posibilidad de aplicar esta disposición también a sujetos que no forman parte de ese grupo (*extranei*). La Corte la ha concluido, a raíz de una interpretación amplia de la norma, afirmando la irrelevancia de la pertenencia o no del sujeto al grupo”⁷³.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, se requiere la intención del cómplice con respecto a su contribución a la actividad criminal del grupo, en el sentido del artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (conocimiento e intención), junto con otro elemento para el que el Estatuto dispone dos alternativas:

- a) El propósito expreso de llevar a cabo la actividad criminal del grupo o su objetivo, o
- b) el conocimiento de la intención del grupo de cometer el crimen.

No queda claro si la disposición exige el conocimiento del crimen específico que va a realizarse, o si es suficiente, en cambio, saber que un crimen será probablemente cometido. Esta segunda alternativa ha sido elegida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia como criterio para determinar el elemento subjetivo de la complicidad, pero habría que ver si podría transponerse a

⁷³ *Ibidem*. Pp. 170.



la letra (d), además de a la letra (c), del artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Ambos elementos subjetivos tendrán un valor agregado solamente cuando el sujeto imputado bajo la letra (d) de la disposición sea un *extraneus*, externo al grupo, pues, de ser miembro del mismo, en todo caso automáticamente tendría el propósito de llevar a cabo el propósito delictivo.

3.3.3. La responsabilidad por el crimen de agresión

Por último, hay que mencionar el nuevo apartado 25.3bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional, introducido en ocasión de la Conferencia de revisión del Estatuto que se celebró en Kampala en 2010. La definición del crimen de agresión alcanzada en esa Conferencia y reflejada en el nuevo artículo 8bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que, sin embargo, no ha entrado en vigor todavía) ha planteado la necesidad de añadir una disposición específica sobre las condiciones para imputar la responsabilidad por este crimen.

“25.3 *bis*. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo solo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”.

“Desde sus orígenes en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de hecho, el crimen de agresión siempre se ha caracterizado por ser un delito especial



propio, que solamente pueden cometer aquellos que detentan la posición y el poder, en el aparato estatal, de determinar la acción del Estado. Esta idea ha sido formulada en el artículo 25.3 *bis* del Estatuto de la Corte Penal Internacional que dispone que la responsabilidad por el crimen de agresión podrá ser atribuida bajo cualquiera de las figuras previstas en el artículo 25.3, pero limitada a las personas en condición de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”⁷⁴.

El término *efectivamente* sugiere, que, para determinar la posible responsabilidad de un sujeto, habrá que tomar en cuenta su poder de facto, más allá de su estatus formal. Esto implica, por una parte, que podrían imputarse también líderes que no pertenezcan formalmente a la jerarquía de mando, pero que detenten este poder efectivo, y, por otra parte, que quedarán excluidos de esta específica responsabilidad mandos militares o burocráticos intermedios que, pese a su estatus formal, no tienen ese poder de influencia.

Esta disposición, que limita por ende el alcance de la responsabilidad por crimen de agresión a los líderes estatales, ha sido criticada por no considerar líderes de agrupaciones no estatales, como grupos guerrilleros y terroristas, que cada vez más protagonizan los conflictos del mundo actual.

⁷⁴ Quezada Alcalá, C. LA AGRESIÓN: UN CRIMEN CIERTO DE FUTURO INCIERTO. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. Pp. 258.

Capítulo IV



4. La teoría de la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) y la responsabilidad del superior

La teoría de la *joint criminal enterprise* (empresa criminal conjunta) -JCE de aquí en adelante- aparece, con mucha frecuencia, como un *instrumento mágico* para perseguir y enjuiciar crímenes internacionales. “Esta doctrina no solo alimenta la confusión conceptual y el conflicto con algunos de los principios fundamentales del derecho penal internacional, sino que también invade el ámbito de la tradicional responsabilidad del mando o del superior. Esto es evidente en aquellos supuestos en los que la jurisprudencia aplica simultáneamente, estas formas de responsabilidad en los casos donde el acusado ostenta la posición de superior”⁷⁵.

La referencia a la *teoría del dominio por organización*, pone de manifiesto que existe otra forma de imputar los crímenes internacionales a los máximos responsables situados en la cúspide de la organización criminal.

⁷⁵ Olasolo, H. & Cuenca, S. (Directores). PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pp. 279.



4.1. *Joint criminal enterprise* y la responsabilidad del superior en la jurisprudencia

A) *Joint criminal enterprise*

La teoría de la *joint criminal enterprise* (empresa criminal conjunta -JCE-) se explicita por primera vez en la sentencia del caso Tadic de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia. “La Sala trató de idear una teoría de la participación en crímenes internacionales a partir de la jurisprudencia anterior y del propio Estatuto que tomase en cuenta, suficientemente, el contexto colectivo, generalizado y sistemático (*collective, widespread and systematic context*) de tales crímenes para, de ese modo, superar las dificultades probatorias de las -a veces raramente visibles- contribuciones al hecho delictivo de los intervinientes en el crimen”⁷⁶.

La Sala reconoció que la mayoría de estos crímenes constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: los crímenes son cometidos, con frecuencia, por grupos o por individuos que actúan en cumplimiento de un designio común criminal (*common criminal designs*). A pesar de que el Tribunal no apreció la existencia de ninguna base legal explícita de participación a través de la JCE en el artículo 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (TPIY), se encontró una base legal implícita en el término *cometido* (*committed*). Para ello tuvo

⁷⁶ Gutiérrez Rodríguez M. JOINT CRIMINAL ENTERPRISE. ¿UNA ESPECIE EN VÍAS DE EXTINCIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL? Editorial Tirant lo Blanch. Barcelona. 2017. Pp. 225.



en cuenta que la comisión de los crímenes también puede acontecer a través de la participación en la realización del propósito o designio común y que el artículo 7(1) no excluye esas formas de participación.

En síntesis, la Sala de Apelaciones, basándose principalmente en la jurisprudencia relativa a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, distinguió tres categorías de criminalidad colectiva a través de una JCE:

- i) La forma *básica*, en la que los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un designio común o una iniciativa común y con una intención común (JCE I);
- ii) La *forma sistemática*, abarca los conocidos casos de los campos de concentración donde los crímenes son cometidos por miembros de cuerpos militares o administrativos, sobre la base de un plan propósito común (*common purpose*) (JCE II);
- iii) La llamada *extended joint criminal enterprise* o forma extensiva, en la que alguno de los autores materiales toma parte en actos que, en realidad, van más allá o que exceden del plan común, pero que siguen constituyendo una *consecuencia natural y previsible* de la realización del plan (JCE III).

“Los elementos objetivos de esta forma de responsabilidad basada en la JCE, son tres: a) pluralidad de personas; b) existencia de un plan y; c) designio o propósito común; y la participación del acusado en la JCE a través de cualquier



forma de asistencia, contribución o ejecución del propósito común (*form of assistance in, or contribution to the execution of the common purpose*).

Recientemente, la Sala de Apelaciones ha concretizado los elementos objetivos de la siguiente manera: respecto a la pluralidad de personas, no es preciso identificar cada involucrado por su nombre; en cuanto al propósito común, el fiscal tiene que precisar el objetivo y su contenido temporal, geográfico, etc., y que el propósito es realmente común para todos los miembros de la JCE; y, finalmente, el fiscal tiene que demostrar una contribución significativa del acusado en la ejecución del propósito de la JCE⁷⁷.

Además, la Sala ha clarificado que los ejecutores materiales no tienen que pertenecer necesariamente a la JCE (I), es decir, que es posible que los superiores (por ejemplo, la cúpula de un régimen totalitario), formen entre ellos una JCE y utilicen para la ejecución de sus propósitos autores materiales que no son parte de esta JCE (aunque eventualmente puedan serlo de otra JCE paralela). Para imputar en este caso los crímenes de los autores materiales externos a los miembros de la JCE, es imprescindible probar la existencia de un vínculo entre los autores materiales y sus actos con al menos un miembro de la JCE, y probar que este actuó con base en el acuerdo común de todos los miembros de la JCE. De esta forma, la Sala construye un tipo de *coautoría mediata de los miembros de la JCE* sobre los autores materiales, quienes, sin embargo, no son meros instrumentos de los superiores.

⁷⁷ Kiss. A. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN CUANTO A LA CONTRIBUCIÓN EN EL CRIMEN COMETIDO POR UN GRUPO. Editorial Dykinson. Madrid. Pp. 473.



“Mientras los elementos objetivos son aplicables en principio, a las tres categorías mencionadas, el elemento subjetivo varía en cada una de ellas. Así, la JCE I requiere la intención (*intent*) compartida por parte de todos los coautores; la JCE II requiere el conocimiento personal de todo el sistema criminal, y la JCE III requiere la intención del autor de (i) participar en el propósito criminal, y además (ii) la de contribuir a la comisión del crimen por el grupo. En este supuesto, la responsabilidad por un crimen que no forme parte del propósito común, puede plantearse si la comisión de este crimen era previsible y el acusado asumió, intencionalmente, ese riesgo”⁷⁸.

La jurisprudencia posterior mantuvo fundamentalmente el razonamiento del caso Tadic. Con respecto a la jurisprudencia de los tribunales mixtos (de Camboya, Kosovo, Timor y Sierra Leona), tan solo el Panel especial para Timor-Leste, que enjuicia los crímenes más graves, ha aplicado la teoría de la JCE.

B) Responsabilidad del superior

Como se explicó en el capítulo anterior, la jurisprudencia moderna establece tres requisitos para apreciar este tipo de responsabilidad dentro de una organización:

⁷⁸ Beltrán Montoliu, Ana. EL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson. Madrid. 2016. Pp. 113.



- i) Existencia de una relación superior-subordinado;
- ii) Omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir los crímenes de sus subordinados, o para castigarlos una vez que los han cometido;
- iii) El conocimiento del superior o que este tuviera razones para saber que los crímenes se iban a cometer o que ya se habían cometido.

“Posiblemente, el requisito (objetivo) más importante está implícito en el primero de los requisitos mencionados, a saber: la capacidad real del superior de ejercitar un control efectivo sobre los subordinados, así como la capacidad del superior de prevenir o impedir su comisión”⁷⁹. En el caso *Kayishema/Ruzindana* esta capacidad fue considerada como la piedra angular (*the touchstone*) de la responsabilidad del superior, la cual *estaba íntimamente relacionada con la situación fáctica* de cada caso en concreto.

El tercer requisito, referido a la *mens rea*, diferencia entre dos umbrales subjetivos: el superior, o bien posee conocimiento real de la comisión de los crímenes, o bien posee información que le indique el riesgo de que estos se produzcan, y la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar si los crímenes ya han sido cometidos o se van a cometer.

⁷⁹ Olasolo H. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN NE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Alianza. Madrid. 2018. Pp. 309.



Por esta razón, “la ignorancia de la comisión de los crímenes de sus subordinados no puede utilizarse en contra del superior, si él ha cumplido, de forma adecuada, con sus deberes u obligaciones de supervisión (en especial, si el superior no ignora la información que le indica la eventual comisión de los crímenes), pero, sin embargo, no pudo descubrir o impedir la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados”⁸⁰.

4.2. La aplicación simultánea de la *joint criminal enterprise* y la responsabilidad del superior

Si se analiza exhaustivamente la jurisprudencia que aplica simultáneamente la teoría de la JCE y la responsabilidad del superior, podrán identificarse los problemas de delimitación y los criterios de distinción entre ambas.

En el caso *Krstic*, se aplicó la teoría de la JCE a la limpieza étnica (*ethnic cleansing*) de Srebrenica. La Sala de Primera Instancia (*Trial Chamber*) determinó que el acusado, un general del ejército serbo-bosnio y comandante de la Drina Corps, tuvo un papel central en la empresa criminal conjunta genocida (*genocidal JCE*): primero, trasladando por la fuerza a los civiles musulmanes fuera de Srebrenica, y segundo, matando a todos los hombres bosnio-musulmanes en edad militar. Con respecto al *mens rea*, el tribunal invocó el fallo del caso *Tadic*, distinguiendo entre crímenes que se encontraban dentro del objeto y propósito de

⁸⁰ Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR. Editorial Dykinson. Madrid. 2013. Pp. 84.



la JCE, y aquellos crímenes que se situaban fuera de ella. “Los primeros requerían que el acusado compartiese la finalidad con los autores, y los segundos, debían ser una consecuencia *natural y previsible de la campaña de limpieza étnica (natural and foreseeable consequences of the ethnic cleansing campaign)*, siendo consciente el acusado de su inevitable acontecimiento”⁸¹.

A juicio de la Sala de Primera Instancia, Krstić satisfacía estos requisitos con respecto a los crímenes cometidos (violaciones, asesinatos y otros abusos) durante el traslado forzado de la población de mujeres y niños de Srebrenica. Krstić también participó en la intensificación de la JCE (*escalated*) materializada en el asesinato de los hombres en edad militar de Srebrenica, y compartió el propósito genocida de matar a los hombres para lograr la limpieza étnica de la zona. De esta forma, “el acusado incurrió en responsabilidad como copartícipe (*co-participant*) en la JCE para cometer genocidio, teniendo en cuenta que la participación, cuando tiene una naturaleza de extrema significación y está en un nivel de liderazgo o dirección da lugar a una responsabilidad a título de coautor (*Coperpetrator*), y no como un mero cómplice (*aidet/abettor*)”⁸².

Además, la Sala invocó la responsabilidad del superior para atribuir las matanzas a Kristić, en tanto que estas fueron cometidas en parte, por tropas bajo su control efectivo, con conocimiento de las mismas, y sobre las que Kristić omitió

⁸¹ Werle, G. & Burghardt, B. COAUTORÍA MEDIATA. Editorial Proteus. España. 2010. PP. 256.

⁸² Quintano Ripollez, A. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1957. Pp. 136.



su prevención o el castigo de sus subordinados. Sin embargo, después de todo, la Sala no lo condenó sobre la base de la responsabilidad del superior (artículo 7(3)), sino que consideró que su responsabilidad se deducía, suficientemente, del artículo 7(1).

El Tribunal resolvió el conflicto entre JCE y la responsabilidad del superior haciendo, al parecer, una analogía con las reglas sobre el concurso de leyes (*concours d'infractions*), aplicando las reglas del concurso *aparente* o *falso* de leyes donde el precepto más amplio absorbe al más restringido (principio de consunción). De ese modo, en caso de concurrir la JCE y la responsabilidad del superior, la norma más amplia o compleja de atribución de responsabilidad -la del artículo 7(1)- absorbería (*subsumes*) a la norma más restringida (responsabilidad del superior) del artículo 7(3).

Si el Tribunal afirma que *toda responsabilidad del artículo 7(3) queda absorbida por el artículo 7(1)*, y si este incluiría a la JCE, no podía sino condenar a Kristić exclusivamente sobre la base del artículo 7(1). Sin embargo, la afirmación del Tribunal de que lo mismo es aplicable al superior que incurre en responsabilidad por la JCEs, siembra dudas sobre la naturaleza o estatus de la JCE. El Tribunal parece diferenciar entre formas de participación explícitas contenidas en el artículo 7(1) y la participación implícita de la JCE. De lo contrario, a la luz de la primera afirmación de que toda responsabilidad del artículo 7(3) queda absorbida por el artículo 7(1), la siguiente afirmación de que *lo mismo es aplicable...* resultaría superflua. Esta afirmación parece indicar una naturaleza especial de la JCE, situada



entre las formas explícitas de participación del artículo 7(1) y la responsabilidad del superior del artículo 7(3). No obstante, esta naturaleza especial de la JCE es contraria a la jurisprudencia asentada, que considera a la JCE como forma de intervención delictiva implícitamente contenida en el artículo 7(1).

“Por ello, parece que lo que quiere decir la jurisprudencia es que toda vez que concurren la responsabilidad por JCE y la del superior (artículo 7(3)) debe prevalecer la imputación por JCE sobre la responsabilidad del superior, del mismo modo que, cualquier otra conducta subsumible en el artículo 7(1), prevalece sobre cualquiera otra imputación sobre la base de la responsabilidad del superior del artículo 7(3)”⁸³.

Tal y como podrá observarse a continuación, “la aplicación de una imputación simultánea sobre la base de una JCE y de la responsabilidad del superior no está limitada a los niveles jerárquicos superiores”⁸⁴. En el caso Kvočka, la teoría de la JCE fue aplicada, por primera vez, a los crímenes cometidos en el campo de prisioneros de Omarska (Prijedor, Bosnia-Herzegovina), de acuerdo con la segunda categoría (JCE II), en el sentido expuesto en el caso Tadic. La Sala de Primera Instancia, a pesar de interpretar en sentido amplio la empresa criminal conjunta, restringió la responsabilidad requiriendo que el partícipe en la JCE realizase una contribución relevante y sustancial, enlazando, a este respecto, con la línea

⁸³ Gil Gil, Alicia. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson. Madrid. 2016. Pp. 233.

⁸⁴ Martínez Alcañis, A. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid. 2015. Pp. 220.



jurisprudencial mantenida en el caso Tadic. En el caso Kvočka, los cinco acusados eran responsables de la seguridad y mantenimiento de los detenidos del campo de prisioneros.

Todos ellos fueron condenados como coautores de la JCE, y no como meros cómplices (*siders/abettors*) en ella. Cuatro de ellos, también fueron acusados sobre la base de la responsabilidad del superior, aunque tan solo en el caso Radić el Tribunal apreció pruebas convincentes y sustanciales (*substantial credible evidence*) de la relación superior-subordinado y de la comisión de los crímenes por parte de los subordinados.

No obstante, dada su responsabilidad por participación en la JCE, la Sala no resolvió la cuestión sobre la responsabilidad del superior alegando que *no hay necesidad, pues su responsabilidad por los crímenes quedaba cubierta* por su participación en la JCE. De forma similar, “la Sala de Primera Instancia en el caso Kuočka, *obiter*, mantuvo que la responsabilidad por JCE discutiblemente duplicaría la responsabilidad en virtud del artículo 7(3). De esta manera, la Sala dio prioridad a la responsabilidad por JCE respecto a la responsabilidad del superior, confirmando, así, el fallo de la Sala de Primera Instancia en el caso Kristić”⁸⁵.

⁸⁵ Olle Sesé, M. REPARACIONES A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUTIVAS DE DELITOS DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD Y/O CRÍMENES DE GUERRA. En: Olasolo, H. & Cuenca, S. (Directores). PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pp. 160.



Por otro lado, aunque la Sala de Apelaciones rechazó la interpretación restrictiva de la JCE respecto a la contribución necesaria, la cuestión de la responsabilidad del superior no fue objeto de discusión: esta consideró, *obiter*, que la JCE y la responsabilidad del superior eran *categorías diferentes* de responsabilidad individual. Además, en el supuesto de que estas concurriesen en un mismo caso, la condena debería fundamentarse, exclusivamente, sobre la base de la JCE, pudiéndose tomar en cuenta la posición de *superior* como una circunstancia agravante de la responsabilidad.

En el caso Obrenović, la JCE I fue entendida como un supuesto de coautoría, y la responsabilidad del superior fue aplicada, de forma simultánea, a un superior de nivel intermedio y a un delegado del comandante superior en una brigada militar, por su participación en la persecución y ejecución de civiles. La Sala no distingue, claramente, entre las dos responsabilidades, ni optó de forma explícita por ninguna de ellas. Tan solo se limitó a declarar que la responsabilidad de *Obrenović proviene, en primer lugar, por su responsabilidad como superior y por no haber actuado*. De ese modo, parece que, finalmente la Sala optó por aplicar la responsabilidad del superior del artículo 7 (3) más por razones fácticas que jurídicas.

En el caso Blagojevic & Jokic, tan solo se acusó a Blagojević un coronel del ejército y comandante de una brigada, sobre la base de la JCE y la responsabilidad del superior. La Sala de Primera Instancia se ocupa, en primer lugar, de si Blagojevic era responsable por participar en la JCE *con el objetivo de trasladar por la fuerza a mujeres y niños a Srebrenica* y concluyó que le faltaban los requisitos necesarios



con respecto a la *mens rea*, al no compartir la intención con los otros intervinientes en la JCE, por lo que tan solo fue condenado como colaborador partícipe (*aiding and abetting*) en el traslado forzoso. La Sala parece, pues, haber considerado que la responsabilidad por la JCE requiere coautoría, a diferencia de la responsabilidad de los cómplices, que solo es posible en relación con crímenes individuales.

“El caso más importante de aplicación simultánea de JCE y responsabilidad del superior a un superior civil es el caso Milošević. La *Pre-Trial Chamber*, aplicando la regla 98bis de las *Reglas de procedimiento y prueba*, invocó la teoría de la JCE para imputar a Slobodan Milošević el genocidio cometido por las tropas serbias en Bosnia-Herzegovina. La Sala distinguió, aunque no explícitamente, entre JCE I (la forma básica de JCE que consiste en la existencia de un plan común) y JCE III (la forma amplia o extendida, que genera responsabilidad por las consecuencias naturales y previsibles)”⁸⁶.

Asimismo, planteó la cuestión de si Milošević participó en la JCE I con la intención de destruir, total o parcialmente, a los musulmanes bosnios como miembros de un grupo. La Sala apreció la existencia de una JCE *que incluía a los líderes serbo-bosnios cuyo propósito e intención era la de destruir una parte de la población musulmana de Bosnia*, en la que el acusado había participado *compartiendo el propósito e intención de los intervinientes de destruir a los musulmanes bosnios como miembros del grupo*. Por otro lado, y en relación con la

⁸⁶ Del Real Alcalá, J. Alberto (Editor). DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. UNAM-IIIJ. México. 2016. Pp. 352.



JCE III, la Sala trató de dilucidar si Milošević participó en la JCE para cometer un crimen concreto, y si fue razonablemente previsible para él la comisión de un crimen diferente, como el genocidio, por parte de otros intervinientes en la JCE.

Esta cuestión fue resuelta por el tribunal -en la misma línea mantenida por la Sala de Apelaciones en el caso *Brdjanin*- afirmando que para que un partícipe de la JCE III responda por un acto de genocidio específico cometido por otros miembros de la JCE, basta con que la comisión del crimen sea razonablemente previsible (*reasonably foreseeable*) para él, sin necesidad de que en él concurra el elemento subjetivo específico (la intención especial) del delito de genocidio. “Así pues la diferencia entre JCE I y JCE III estriba en la existencia de una intención específica: mientras que la JCE I requeriría que tal intención sea compartida por parte de todos los participantes en ella, la JCE III solo requeriría la mera previsibilidad del participante de que el crimen particular aconteciese”⁸⁷.

A pesar de que esta cuestión es muy controvertida, no hubo disidencia entre los magistrados de la Sala al respecto. El magistrado *O-Gon Kwon* desistió, exclusivamente, con respecto a la existencia de la intención específica genocida implícita en aplicación de la JCE I; con respecto a la cuestión de la JCE III y al establecimiento de un criterio menos exigente en estos supuestos (el de la previsibilidad del crimen de intención), el juez se mostró de acuerdo. Por otro lado, “la Sala consideró que Milošević era responsable del genocidio sobre la base de la

⁸⁷ Olasolo, H. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Op. cit.* Pp. 127.



responsabilidad del superior, al disponer este de control efectivo sobre los ejecutores y conocimiento de los crímenes”⁸⁸.

La Sala no apreció fricción jurídica alguna entre los elementos subjetivos del artículo 7(3) y la intención especial del delito de genocidio, calificando -incluso- la pretensión de la defensa sobre este particular, a la luz de la ya mencionada decisión en el caso Brdjanin, como improcedente (*unmeritorious*). En conclusión, la Sala consideró que la JCE I y III eran simultáneamente aplicables con la responsabilidad del superior, sin pronunciarse, no obstante, sobre las relaciones entre ellas.

A la vista de la jurisprudencia internacional, se pueden extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, la aplicación simultánea de la JCE y la responsabilidad del superior no está limitada a los más altos cargos (*Milošević, Krstić*), sino que se extiende también a cargos intermedios e inferiores (*Kvočka, Obrenović, Blagojević y Jokić*). En segundo lugar, tan solo por razones fácticas en materia probatoria, en algunas situaciones cabe aplicar simultáneamente estas dos formas de responsabilidad. En esos casos (*Krstić, Kvočka et al.*), la conclusión final que alcanza la jurisprudencia es que la responsabilidad por JCE prevalece sobre la responsabilidad del superior, invocando las reglas del concurso de leyes (*concoure d'infractions*) y siguiendo, de hecho, la jurisprudencia referente a la relación entre responsabilidad por dar órdenes del artículo 7(1) y del superior del artículo 7(3) que considera la primera como *lex specialis*, aunque, de hecho, parece ser más bien un

⁸⁸ Miaja de la Muela, A. EL GENOCIDIO. DELITO INTERNACIONAL. Revista Española de Derecho Internacional. Madrid. 1991. Pp. 185.

caso de alternatividad. No obstante, la jurisprudencia no ha desarrollado criterios específicos de delimitación entre estas dos formas de responsabilidad.



4.3. Diferencias esenciales entre la *joint criminal enterprise*, y la responsabilidad del superior. El dominio de la organización

“El análisis de la JCE y de la responsabilidad del superior muestra que las dos formas de responsabilidad difieren, fundamentalmente, en su estructura conceptual. La diferencia más notable entre ellas estriba en que la JCE presupone un comportamiento o una *contribución activa*, a diferencia de la responsabilidad del superior que se fundamenta en un *comportamiento omisivo*”⁸⁹.

Desde esta perspectiva, “estas formas de responsabilidad son excluyentes: o bien una persona contribuye a la consecución de un crimen a través de comportamientos activos, o bien omite prevenir un resultado. Que aparezcan simultáneamente las dos formas de responsabilidad, parece ser, a primera vista, lógicamente imposible”⁹⁰. Es natural, si se reflexiona más sobre la forma de comisión en estos contextos, donde las conductas se desarrollan en tiempos y lugares distintos, que pueden concebirse casos en que el mismo superior participa de manera activa en una JCE y simultáneamente omite intervenir en la ejecución de los crímenes cometidos en el marco de esta JCE.

⁸⁹ Pastor, D. R. PODER PENAL INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL ESTATUTO DE ROMA. Atelier Editorial. España. 2006. Pp. 122.

⁹⁰ Roxin, C. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2000. Pp. 235.



Otra diferencia importante es el hecho de que la responsabilidad del superior presupone, *per definitionem*, la existencia de una relación superior-subordinado, es decir, una relación jerárquica entre aquel que tiene el deber de supervisar y otro que ejecuta, directamente, los crímenes que deben ser prevenidos por el supervisor. Sin embargo, en la responsabilidad por JCE, al menos JCE I, entendida como coautoría, las personas que actúan, normalmente, pertenecen a un mismo nivel jerárquico y operan de modo *coordinado y horizontal*.

En este sentido, no se requiere demostrar la responsabilidad del superior ni la posición de líder político. Por norma, la JCE requiere un mínimo de coordinación que es representado por la expresión de la voluntad horizontal que une a los intervinientes. No obstante, la amplitud y flexibilidad de la teoría permite redes informales y relaciones más laxas y, como tal, va mucho más allá que la teoría de la responsabilidad del superior. La tercera diferencia entre JCE y la responsabilidad del superior estriba en el aspecto subjetivo o *mens rea*.

En la JCE I, los participantes comparten la intención o propósito de otros participantes, es decir, la *mens rea* es común a todos ellos, abarcando la comisión de crímenes específicos y el objetivo final de la empresa criminal conjunta. En las otras categorías de JCE, especialmente la JCE III, el interviniente debe ser consciente, al menos, del objetivo o propósito común y de la previsibilidad (objetiva) de la comisión de ciertos crímenes. A *sensu contrario*, en la responsabilidad del superior, el objeto principal del injusto radica en la falta (omisión) de control del

superior, por lo que, en consecuencia, la *mens rea* abarca a la mera omisión y solamente de manera indirecta los crímenes de los subordinados.



“A pesar de estas diferencias conceptuales, las dos formas de responsabilidad son aplicadas con frecuencia de manera simultánea. Para poder ser aplicadas simultáneamente es necesario que el acusado ostente un determinado rango en la jerarquía del aparato criminal”⁹¹. En otras palabras: la aplicación simultánea de estas modalidades de responsabilidad presupone la existencia de diferencias jerárquicas entre los diversos miembros de la organización; de esta manera, la diferencia estructural entre ellas (jerarquía y coordinación) pierde importancia. De hecho, esta diferencia solo es válida en los supuestos de JCE I como modalidad de coautoría, que se caracteriza por la existencia de relaciones horizontales entre los coautores. A diferencia de esto, en los supuestos de JCE II y III, los superiores de rango medio o alto pueden mantener o respaldar una empresa criminal, y al mismo tiempo pueden omitir el control a sus subordinados. Esto muestra, que el antagonismo mencionado entre acción y omisión, que arriba se mencionó, solo es aplicable, en sentido estricto, cuando se trata de crímenes aislados, y no en los supuestos de macrocriminalidad, propios del derecho penal internacional.

La JCE (II y III) se caracterizan por la interacción de varias personas de los distintos niveles jerárquicos. La fiscalía se suele beneficiar de las ventajas

⁹¹ Stuckenberg, C. EL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Alianza. Madrid. 2012. Pp. 201.



probatorias que una y otra teoría conllevan: en lugar de probar la comisión directa del superior, basta con probar el acontecimiento de un crimen y vincular su comisión al superior. La similitud estructural entre JCE III y la responsabilidad del superior se hace patente con respecto al aspecto subjetivo necesario para fundamentar la condena del acusado: las dos formas de responsabilidad permiten al fiscal graduar o rebajar el elemento subjetivo del injusto (genocidio hasta el criterio de la mera previsibilidad o a la imprudencia como responsabilidad del superior).

La Sala de Primera Instancia en el caso *Milošević* aplicó esta propuesta, sugerida por la Sala de Apelaciones en el caso *Brdanin*, a la responsabilidad del superior. Igualmente, la Sala de Primera Instancia en el caso *Krstić*, determinó que con respecto a la responsabilidad del superior tan solo era necesario que el superior *estuviera al corriente de los propósitos genocidas de los autores principales*. Esto significa que tanto los intervinientes en una JCE como los superiores en el sentido del artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, pueden ser responsables de un genocidio sin concurrir en ellos mismos el elemento subjetivo específico del delito; el mero conocimiento del *dolus specialis* de los genocidas puede ser suficiente.

De nuevo, “esto demuestra que en el trasfondo común de la responsabilidad por JCE o la del superior, se encuentra la necesidad y la aspiración de superar los



conocidos problemas probatorios que se plantean, especialmente en el genocidio, con respecto al elemento subjetivo especial”⁹².

“Al final, de todas estas consideraciones, se deduce, pues, que el superior, en estos supuestos, no es responsable a título de coautor, sino como partícipe, dado que, tan solo con respecto a este último, el conocimiento -en los delitos de intención- puede ser considerado suficiente; a diferencia del cómplice, el autor, para ser considerado como tal, debe contar con el elemento subjetivo (específico) del injusto”⁹³.

En todo caso, al igual que la teoría de la JCE y de la responsabilidad del superior, la *teoría del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder* -también conocida como teoría del dominio por organización-, persigue el mismo objetivo que la JCE y la responsabilidad del superior, esto es, trata de vincular a los superiores con los crímenes que han sido cometidos por sus subordinados. Esta teoría es una forma de autoría reconocida en el artículo 25(3)(a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (cometer un crimen por conducto de otro) de acuerdo con la cual, el *hombre de atrás* domina a los ejecutores directos a través de un aparato organizado de poder.

⁹² Reinales, F. LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y DERECHO INTERNACIONAL. Instituto Español de Estudios Estratégicos. España. 2004. Pp. 121

⁹³ Stuckenberg, C. *Op. cit.* Pp. 210.



Esta teoría ha sido aplicada por tribunales nacionales: caso Eichmann (Israel), el caso de los Generales (Argentina) y en el caso de los disparos del muro (Alemania); y también puede reconocerse en el *Justice case*, ventilado por los tribunales menores de ocupación en Núremberg. De forma diferente a la JCE, la *teoría del dominio del hecho* puede encontrar su engarce legal en el término *cometido* del artículo 7(1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, puesto que *cometido* significa, en este contexto, que una persona haya participado, físicamente o de otra forma, directa, o indirectamente, en los crímenes a través de actos positivos o de omisiones, de forma individual o conjuntamente con otros. Esto incluye, como comisión indirecta, la autoría por dominio de la organización. Claro, la clave de esta teoría es, que el cerebro de la operación, el *hombre de atrás*, sea capaz de ejercer un control efectivo sobre los autores directos en virtud del aparato organizado creado y dominado por él.

“Si bien es difícil afirmar un control efectivo del *hombre de atrás* sobre los autores directos, los posibles defectos en este control pueden compensarse con la prueba de que el *hombre de atrás* domina el *aparato* que cuenta con un número de ejecutores potenciales ilimitado. En otras palabras, a pesar de que los autores directos, plenamente responsables, no pueden considerarse como meros instrumentos intercambiables o fungibles (*fungible Tatmittler*), el *sistema* provee un número ilimitado de sujetos reemplazantes, proporcionando, así, un alto nivel de flexibilidad en cuanto al personal necesario para cometer los crímenes”⁹⁴.

⁹⁴ Werle, G. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Pp. 268.



Este concepto de control se apoya en el entendimiento de que el aparato funciona de manera jerárquica *desde la cúspide hacia la base (from top to bottom)* del aparato organizado. Llegados a este punto, cabe preguntarse si este modelo es aplicable a cualquier clase de organización criminal; en todo caso, aplicar esta teoría desde una perspectiva demasiado naturalista o mecánica distorsiona su fundamento normativo.

“En realidad, muy pocas personas ejercen el control necesario para sustituir a un ejecutor por otro; en efecto, solo aquellos que poseen la dirección de la organización criminal o aquellos que, al menos, dispongan del control de parte de la misma, pueden dominar el desarrollo del plan criminal sin que otros miembros del aparato lo distorsionen o alteren”⁹⁵. A pesar de que estas personas se encuentran, generalmente, alejadas de los ejecutores directos de los crímenes, y, por ello, son considerados, con frecuencia, como autores indirectos, incluso accesorios, ellos son, de hecho, y desde una perspectiva normativa, los autores principales, a diferencia de los ejecutores, que son accesorios o cómplices en la implementación del plan de la organización o empresa criminal.

De esta manera, y, en última instancia, la teoría del dominio por organización (*Organisationsherrschaft*) confirma el fundamento de la responsabilidad por JCE y la responsabilidad del superior. En primer lugar, el sistema tradicional de atribución

⁹⁵ Gil Gil, Alicia. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. *Op. cit.* Pp. 245.



de responsabilidad que se aplica a la criminalidad ordinaria (caracterizada por la comisión individual de los crímenes) debe ser adaptado a las necesidades del derecho penal internacional, apostando por el desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el que la empresa u organización criminal sirvan como objetos de referencia de la imputación. “La doctrina jurídico-penal lo ha denominado como principio de imputación al hecho conjunto, esto es: una teoría de atribución de responsabilidad a través de la cual el hecho total, o global (empresa criminal) constituye el objeto central de la imputación”⁹⁶.

De algún modo, esta teoría contiene a todas las otras teorías que se han analizado, y demuestra que el punto central de la teoría de la responsabilidad por JCE es la organización o empresa criminal, que sirve de punto de partida de la atribución de responsabilidad en derecho penal internacional. En segundo lugar, todas las teorías mencionadas tienen el punto en común de atribuir la comisión de crímenes individuales a los mandos directivos en el marco de un sistema, organización o empresa, dejando, así, el enjuiciamiento de los ejecutores en un nivel inferior en manos de los tribunales penales nacionales. Por último, aunque no menos importante, la responsabilidad de los altos mandos requiere, para poder satisfacer el principio de culpabilidad, una suerte de control (normativo) sobre los actos que se les imputan y un aspecto subjetivo (*mental state*) que les una o vincule con los crímenes.

⁹⁶ Roxin, C. *Op. cit.* Pp. 276.



4.4. La responsabilidad del superior y el caso de Guatemala

4.4.1. Concepto y contenido de la justicia transicional

Por justicia transicional o justicia de transición en terminología de la Organización de las Naciones Unidas, se ha venido a conocer el ámbito de trabajo, actuaciones, estudio y discusión que enfrenta una realidad ciertamente muy antigua, pero que ha adquirido entidad propia y protagonismo creciente en las últimas décadas.

Su referencia más inmediata sitúa ante un proceso de transición a la democracia o la paz (transiciones simples), o ambas situaciones a la vez (transiciones dobles); y en este contexto de intentar poner fin a una guerra y/o de consolidar un nuevo régimen político se plantearía un cuestión o interrogante clave: ¿cómo deben enfrentarse los crímenes del pasado? Esto es, los crímenes especialmente graves cometidos durante el régimen dictatorial y/o el conflicto armado previo.

A partir de esta primera dimensión temporal básica, hay que señalar que también diversos análisis e iniciativas se han situado en un estadio previo, es decir, en un momento en que la transición simple o doble aún no había comenzado, aunque parecían empezar a darse ciertos pasos o negociaciones tendentes a llevarla a cabo. Uno de los ejemplos más recientes en este sentido sería el caso de Guatemala, donde distintos actores han explorado si resulta viable aplicar las



teorías o aproximaciones propias de la justicia transicional a lo que se ha calificado como *escenarios de justicia transicional sin transición*.

En el otro extremo, hay que indicar que, aunque existe un debate aún abierto acerca de cuándo concluye un proceso de transición (especialmente en los casos de transiciones a la democracia), en lo relativo a la justicia transicional la posición más extendida sostiene que las medidas que pudieran o debieran tomarse respecto a los crímenes del pasado no están circunscritas al período transicional.

Dicho de otro modo, la tesis mayoritaria mantiene que las distintas actuaciones precisas o posibles frente a estos crímenes no acaban cuando, en un momento u otro, se estime concluida la transición en sí. Lo que también explica que aún años después de concluido formalmente un proceso de transición, sigan vigentes las iniciativas, discusiones y acciones respecto a las medidas que, en un sentido u otro, se estima que son todavía exigibles y/o necesarias.

De cualquier modo, desde una perspectiva general ha sido común plantearse si existen o pudieran existir problemas para compatibilizar los grandes objetivos de estos contextos transicionales (el logro de la paz o de la democracia, la consolidación del Estado de derecho, etc.) con el tratamiento que se dé a esos *crímenes del pasado*.

Acudiendo a la formulación de la Organización de las Naciones Unidas, la cuestión puede condensarse en cómo ha de actuar una sociedad para superar los



problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.

Desde ese prisma, el enfoque propio a la justicia transicional puede entonces concretarse un poco más señalando que se trataría del intento de dar respuesta a las siguientes cuatro preguntas: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes del pasado o es mejor intentar olvidar y pensar solamente en el futuro y; si se decide abordar ese pasado: 2) cuándo hay que hacerlo; 3) quién debe hacerlo y; 4) cómo hacerlo.

Como resulta evidente, se está ante una serie de cuestiones que resultan difíciles, si no abrumadoras. En consecuencia, con ello, no debe extrañar que en la búsqueda de soluciones a las mismas se ha yan ofrecido aportaciones desde disciplinas tan diversas como la filosofía, la historia, la antropología, la sociología, la psicología, el derecho, las ciencias políticas y la religión.

A su vez, ha sido común, que en estos contextos, se haya discutido intensamente acerca del sentido y contenido de grandes conceptos como el de derechos humanos, democracia, soberanía, paz, perdón, justicia, memoria, olvido, castigo, verdad, reparación o reconciliación; siendo posible identificar, de manera simplificada, dos grandes posturas generales que se han solido resumir en los idealistas (o *human righters*) frente a los realistas (o *peacemakers*), con una amplia gama de posiciones intermedias entre ambas.



Por mencionar un solo ejemplo de estos dos posicionamientos: el primero respondería a los que afirman que a pesar de que la democracia es obviamente más deseable que la dictadura y la paz que la violencia, el logro de la paz o de la verdadera democracia no puede conseguirse excluyendo la verdad, la memoria, la justicia (penal-retributiva) y la reparación de los crímenes que se cometieron en el pasado. Por su lado, aquellos que suelen calificarse como realistas vendrían a mantener que no hay mejora de los derechos humanos más significativa que acabar con un conflicto armado o una dictadura, aunque ello suponga renunciar, por ejemplo, al castigo de los responsables de los crímenes cometidos en el transcurso de las mismas.

Por su parte, junto al complejo panorama que ofrecen los miles de estudios teóricos, en su configuración moderna, la justicia transicional ha sido una disciplina singularmente inductiva. Es decir, su construcción y desarrollo han sido especialmente deudores de las mismas experiencias transicionales. Aquí hay que reconocer que estas no han contribuido a ofrecer soluciones sencillas o unívocas. De hecho, las respuestas a las cuatro preguntas expuestas han ido en la práctica, y por citar solo unos pocos ejemplos, desde la inicial *gruba linia* del presidente polaco Mazowiecki (tracemos una línea gruesa sobre el pasado y miremos al futuro), hasta la decidida apuesta por la sanción de los crímenes del pasado de las autoridades ruandesas o etíopes; pasando por la *lustración* checoslovaca, alemana o húngara, las políticas eminentemente reparatorias de Bielorrusia o el primer Chile de Aylwin; la selectiva persecución penal de la Grecia de Karamanlis o de los



primeros años de la Argentina de Alfonsín; el complejo equilibrio entre castigo y perdón de Sudáfrica, o la desnuda impunidad de hecho en Guatemala. Sin olvidar que son comunes los casos en que dentro de un mismo país se han ofrecido a lo largo del tiempo respuestas diversas y, a veces contradictorias, a estos cuatro interrogantes clave.

Existen diversos trabajos que han tratado de reunir y analizar los distintos procesos de transición y las medidas en ellas adoptados; algunos incluso en forma de *enciclopedia*. Quizás uno de los más completos y de más fácil acceso y consulta sea el *Transitional Justice Data Base Project*, que reúne datos de 161 experiencias transicionales desde 1970 a 2007, y de cerca de 900 mecanismos de justicia transicional implementados en ellas. Ahora bien, pese a la indiscutible complejidad que ofrece toda aproximación a la justicia transicional, en lo que nos ocupa es posible acotar de una manera más específica su contenido.

4.4.2. La relación entre la justicia transicional y el derecho penal internacional

En esta línea, para mejor concretar la perspectiva se debe recordar la definición general ofrecida por la Organización de las Naciones Unidas:

“La noción de «justicia de transición» abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a



fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas)”.

Es importante destacar que en esta enumeración no se prevé la posibilidad de que para afrontar los *abusos a gran escala* del pasado la solución sea no implementar ninguna o prácticamente ninguna de la serie de iniciativas que se enuncian. Entre otras cosas porque la misma Organización de las Naciones Unidas recuerda algo trascendental: que conceptos como justicia transicional y Estado de derecho se encuentran íntimamente vinculados, sobre todo, en un proceso de transición hacia la democracia.

Si se sigue esta línea, si del listado de mecanismos citado se enfatiza en algunos de ellos, o en otros términos, si se restringe el concepto de *abusos a gran escala del pasado* al de crímenes internacionales, y/o graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, cometidos antes del periodo de transición, lo que cabría plantearse es si la normativa internacional relativa a este tipo de ilícitos es, o no, aplicable a un proceso o contexto transicional. En otras palabras, si de las formulaciones más generales se pasa a considerar si a partir de un proceso de transición hay que afrontar hechos como los crímenes contra la humanidad, de



guerra o el genocidio que se pudiera haber cometido previamente, lo primero que resulta evidente es que el derecho penal internacional tiene, posiblemente no todo, pero sí mucho que aportar a la respuesta.

Al respecto, la premisa básica es, de hecho, algo que se encuentra claramente asentado en el ordenamiento jurídico internacional; esto es, lo que se conoce como el clásico *principio de la identidad o continuidad del Estado*. En una decisión de 1923, en el caso *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, ya se señaló la existencia indubitable del principio general de la identidad o continuidad del Estado, que se decía que ya entonces gozaba de consentimiento universal. Su contenido se resumió señalando que los cambios de gobierno de un Estado no afectan su posición respecto al derecho internacional. Una monarquía puede ser transformada en una república o una república en una monarquía; sistemas absolutistas pueden ser substituidos por constitucionales, o el revés; pero, aunque haya cambios en los tipos de gobierno, el Estado permanece, con sus derechos y obligaciones internacionales intactas.

A la luz de este principio general, el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del derecho internacional, cualquiera que sea el cambio ocurrido en su organización política interna. En consecuencia, toda alteración en la organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la condición internacional de este, será irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. De este modo y, en suma, la simple existencia de un proceso de transición no puede suponer un escenario de excepcionalidad jurídico-internacional,



en el sentido de abogar por que el conjunto de obligaciones internacionales relativas a los crímenes internacionales que se hubieran cometido previamente no fueran aplicable o pudieran dejarse de aplicar por el mero hecho de encontrarse este Estado iniciando o atravesando un proceso transicional.

Así, por ejemplo, en la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ya se dijo expresamente que: “Según el principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquel en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos, aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 1988, 184).

La cuestión entonces y en realidad debe ser cómo han de aplicarse las obligaciones del derecho penal internacional en o a partir de un proceso de transición. Así, lo que desde esta perspectiva se tornaría en objeto de estudio y trabajo sería examinar o cuestionarse cómo trasladar las obligaciones internacionales de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes del pasado ante los numerosos problemas, carencias o retos (cuantitativos, cualitativos, políticos, etc.) de muchos de los contextos transicionales.



Desde este enfoque, es común utilizar al menos tres grandes categorías para tratar de abordar esta materia, y así se habla de lo que sería propio de las medidas, mecanismos, o políticas en materia de Verdad, de Justicia y de Reparación (a lo que siempre y en todo caso habrá que sumar lo que generalmente se conocen como garantías de no repetición). De hecho, uno de los más recientes mecanismos creados en el seno de las Naciones Unidas, que de forma sintética es conocido como el Relator Especial sobre Justicia Transicional, es el denominado oficialmente como Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. En sentido similar, puede acudir como documento de referencia a la misma estructura del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Documento en el que se ha codificado la posición general de que también en procesos de *restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas* es imprescindible la adopción de medidas nacionales e internacionales, para asegurar conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación (Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas).

Hacia finales del siglo pasado, en el seno del Instituto Max Planck de derecho penal extranjero e internacional se realizó un estudio de distintas experiencias y de las medidas tomadas (hasta entonces) en ellas, donde en atención a lo anterior, se las categorizaba en los siguientes modelos: 1) Modelo de persecución penal: sus elementos clave serían el intento de persecución penal intensa de los crímenes



internacionales cometidos junto con diversos esfuerzos para lograr una reparación para las víctimas; 2) Modelo de la reconciliación: la persecución penal de los crímenes internacionales cedería, en estos casos, a favor de protagonismo de la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos; y 3) Modelo del olvido: dividido en cuatro subcategorías: a) Modelo de olvido del pasado *absoluto*: la vía de confrontación con los crímenes pasados sería la renuncia tanto a toda medida de justicia penal como a toda forma de averiguación de la verdad; b) Modelo de olvido del pasado *absoluto* con rehabilitación: no se produce ningún tipo de persecución penal pero sí medidas de reparación a las víctimas; c) Modelo de olvido del pasado *relativo* con rehabilitación: las iniciativas principales en estos casos responderían a la reparación de las víctimas, pero junto a ello se realiza una persecución penal selectiva; y d) Modelo de olvido del pasado *relativo* múltiple: en este modelo se combinan cierta reparación de las víctimas (que pierde su carácter principal) con la persecución penal selectiva, y algunas iniciativas de averiguación de la verdad.

Se debe aclarar que en ningún caso con lo que sería propio a estos tres ámbitos quedaría cubierto todo el espectro de actuaciones jurídicas o políticas, que serían pertinentes o demandables en los contextos de justicia transicional. Al respecto, recordar singularmente que, pese a su enorme importancia y trascendencia generales, resulta un trabajo exhaustivo el estudio de las medidas englobadas en lo que suele calificarse como garantías de no repetición (reformas legales, institucionales, medidas administrativas, programas de formación o capacitación, etc.).



4.4.3. Las medidas relativas al derecho a saber: Las comisiones de la verdad

En el ámbito de lo que se ha conocido como derecho a saber o derecho a la verdad respecto a los crímenes del pasado hay que empezar realizando una distinción importante. De un lado, resulta pacífico el reconocimiento del derecho que asiste a las víctimas o sus familiares a que el Estado realice todas las actividades posibles con el objeto de ver esclarecidos los hechos en casos de crímenes internacionales. Este derecho se encontraría íntimamente vinculado con la obligación de investigar (y en su caso enjuiciar) este tipo de crímenes, y en este escenario llevaría a obtener lo que suele calificarse como *verdad judicial*, que sería un producto derivado de la actuación jurisdiccional llevada a cabo por las autoridades del Estado. Sin embargo, en las últimas décadas ha ido desarrollándose un concepto diferente y más amplio, que es común denominar como *verdad histórica y/o derecho a la verdad colectivo o social*, y cuyo asidero jurídico tiende a vincularse más con el deber de establecer garantías de no repetición y/o como una dimensión singular de la reparación; si bien, progresivamente, parece ir consolidándose la convicción de que se está ante un derecho autónomo con un sustento jurídico propio (sobre la verdad histórica y la verdad judicial). Su referencia fáctica llevaría, no a lo que sería propio a un crimen internacional de forma individualizada, sino a situaciones en las que estos fueron cometidos de forma masiva y generalizada.



Así, por ejemplo, el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, además de recoger el derecho de las víctimas *a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima*, señala también que: *cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.*

El debate sobre la naturaleza, configuración y contenido jurídicos de este derecho sigue en todo caso abierto. Así, y por citar un solo elemento, en una de las más recientes Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el mismo, la Resolución 68/165, de 21 de enero de 2014, que precisamente lleva por título *El derecho a la verdad*, ya a su inicio se indica que sigue siendo necesario estudiar, en los casos de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, la interrelación entre el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, el derecho a obtener un recurso y una reparación efectivos y otros derechos humanos pertinentes.

De cualquier modo, es en la dimensión colectiva, histórica, o social de este derecho a la verdad en la que habría que situar a una de las medidas o mecanismos



más conocidos de la justicia transicional: las llamadas Comisiones de la Verdad. Como definición resumida, se trata de órganos oficiales, temporales y constatación de hechos que no tienen carácter judicial y que se ocupan de investigar los graves y generalizados abusos de los derechos humanos o del derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Sobre ellas, es común la consideración de que, dependiendo del objeto, el procedimiento, la estructura y el fin de su mandato, estas Comisiones pueden contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de responsabilidades no (o no solo) individuales, sino especialmente institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos. En todo caso, es preciso advertir que las conclusiones a las que puede llegar una Comisión de la Verdad respecto a responsabilidades individuales ni son, ni tienen por qué coincidir con responsabilidades de naturaleza penal, pues no se está ante mecanismos de naturaleza jurisdiccional.

Junto a las seguramente más conocidas, como la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) de Argentina, establecida en 1984, o la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (*Truth and Reconciliation Commission*), creada en 1995, desde 1970 cerca de medio centenar de Estados han creado mecanismos de esta naturaleza en contextos transicionales.

Hay, no obstante, una discusión abierta sobre diversos aspectos relacionados con estas Comisiones, comenzando por si los Estados pueden o deben establecer este tipo de mecanismos en contextos transicionales; es decir, si



existe la obligación internacional de hacerlo o si se está solo ante uno de los posibles mecanismos disponibles para alcanzar el conocimiento de lo que ocurrió en el pasado. A su vez, se mantienen posiciones diversas acerca de algunos aspectos más específicos, como, por ejemplo, qué medidas deberían adoptar los Estados respecto a los informes finales de estas Comisiones; o en cuanto al grado en que, técnicamente, supone una reparación para las víctimas darles la posibilidad de contar su testimonio y vivencia en el seno de estos organismos. Tampoco existe un consenso claro respecto a la pertinencia de que estas Comisiones identifiquen individualmente a los responsables de esos mismos crímenes, o más en general, sobre el mismo valor o uso que pueden o deben darse a los informes o documentos emitidos por este tipo de órganos en otros ámbitos o procedimientos, en tanto que estas Comisiones carecen de carácter jurisdiccional (así como de las garantías inherentes al mismo).

En cualquier caso, hoy en día la postura mayoritaria es que sea como fuere, las Comisiones de la Verdad solo pueden ser entendidas como un medio complementario, no como una alternativa general a la persecución penal de los crímenes internacionales. Dicho de otro modo, la opinión claramente asentada en la esfera internacional y dominante en la doctrina es que por importante que sea, la verdad no puede ser un sustituto de la justicia, y de ahí que por ejemplo la ya referida Resolución 68/165 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (aprobada por unanimidad) señale a las Comisiones de la Verdad como un mecanismo que *complemente* el sistema judicial para investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. A



modo de síntesis entonces, se puede citar la ya célebre máxima de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que las verdades históricas que a través de esos mecanismos se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales por los medios jurisdiccionales correspondientes (Corte IDH, *Heliodoro Portugal c. Panamá*, 2008, 23). O, en otros términos más condensados y recientes, los del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, que el establecimiento de órganos como una Comisión de la Verdad *no excusa el enjuiciamiento penal de las violaciones graves de los derechos humanos*.

4.4.4. Las medidas en materia de justicia penal: Leyes de amnistía e indultos

Probablemente uno de los debates más intensos en la justicia transicional ha sido el referido al ámbito de la persecución penal. Además, es sobre esta cuestión donde posiblemente se han dado una evolución y desarrollo más evidentes. Si hubiera que resumir al máximo esta cuestión, se podría indicar que se estaría ante la polémica acerca de si habría que someter a la justicia penal a todos, a algunos o a ninguno de los responsables de los crímenes del pasado a partir de un proceso de transición.

Ante las muchas necesidades y complejidades de una transición, o por dar un ejemplo más concreto, en el contexto de las negociaciones para acabar con un conflicto armado, uno de los objetos centrales de interés ha sido la viabilidad jurídica



de establecer algún tipo de alternativa que, en un modo u otro, modulase el principio general, de que *toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción* (primer principio de Núremberg).

Si se prefiere, se estaría ante la discusión sobre el modo adecuado de interpretar ese principio y obligación a la hora de aplicarlo a la realidad de muchas de las experiencias transicionales. Aunque en este punto se ha dado un debate notable acerca de la posibilidad y condiciones precisas para establecer sistemas alternativos más próximos a la justicia restaurativa, basados en lo que a veces se ha calificado como sistemas de *justicia tradicional* frente a los *sistemas de justicia penales occidentales*, en la mayoría de los casos la discusión termina dirigiéndose a las comúnmente denominadas como leyes de amnistía, como figura general clave. Es decir, a aquellas medidas que pretenden impedir la persecución penal de unos hechos que, en suma, se dice que no conviene castigar en atención a consideraciones políticas o de otra índole (como el cumplimiento o no de los fines de la pena, la consecución de la paz, etc.), pero en cualquier caso ajenas al carácter criminal de los mismos.

La práctica estatal respecto a este tipo de leyes o medidas es muy rica y también lo es la posición de los distintos órganos internacionales; de hecho, la práctica totalidad de mecanismos internacionales de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas o de los sistemas regionales, se han manifestado acerca de la adecuación internacional de estas normas de amnistía con las obligaciones



internacionales pertinentes. Ahora bien, lo que ha sido más patente en este ámbito ha sido, no un desarrollo o la adopción de nuevos textos en la normativa internacional de referencia, sino la paulatina consolidación de un consenso general acerca del sentido y contenido de esta.

Así, por ejemplo, a mediados de la década de 1980, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantenía que: “Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que esta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella (así como cualquier otro órgano internacional) puede efectuar donde la urgencia de reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia. Considera la Comisión, por lo tanto, que solo los órganos democráticos son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de esta” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986).

Pero apenas media década después, la misma Comisión determinaría la ilicitud internacional de leyes como la amnistía salvadoreña contenida en el decreto No. 805, las leyes de amnistía argentinas y uruguayas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992). El cambio en la valoración de estas leyes fue así muy notable; por ejemplo, respecto a la ley uruguaya se afirmó que: “La cuestión en estos casos no es la de la legitimidad interna de la legislación y otras medidas adoptadas



por el gobierno. Con respecto a la legitimad interna y la *aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular*, cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales, sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992).

Durante cierto tiempo, probablemente en el único ámbito donde no existía una posición clara sobre este tema era el sistema regional europeo de protección de derechos humanos. Sin poder entrar en el análisis de otras decisiones previas, fue en una reciente sentencia tanto en Sala como en Gran Sala cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo ofreció su más completa valoración jurídica al respecto, sino que recogió algunas consideraciones que sirven de perfecta síntesis aquí. Así, dicho Tribunal indicó que se había concluido desde hace décadas que existe una clara y constante tendencia que determina que la concesión de amnistías generales respecto de crímenes internacionales está prohibida por el derecho internacional; lo cual, añadió, encontraba sustento en las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, los tratados regionales, y en la práctica de los Estados.

Por otro lado, sostuvo que la misma jurisprudencia anterior del Tribunal permitía concluir que la concesión de amnistías respecto al asesinato y maltrato de



civiles era contraria a las obligaciones contenidas en los arts. 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en tanto que ese tipo de leyes impide u obstaculiza la investigación, y necesariamente conllevan la impunidad de los responsables. Y finalmente, subrayó la obligación unánimemente reconocida de los Estados de procesar y castigar a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos; y a su tenor, la general y desde hace décadas creciente orientación internacional a considerar en consecuencia, a las amnistías como jurídicamente inaceptables.

No obstante todo lo expuesto, hay que destacar que en el transcurso de aquella decisión siguió presente el debate sobre la viabilidad de las leyes de amnistía, que de hecho fue defendida por algunos intervinientes y expresamente apoyada por tres de los 17 jueces de la Gran Sala. En su voto particular, los jueces Sikuta, Wojtyczek y Vehabovic afirmaron que estas personas que intervinieron en el proceso (en el marco del artículo 36 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: *terceros interesados*), habían presentado argumentos sólidos en contra de la existencia de una completa prohibición jurídico-internacional de las amnistías en casos de graves violaciones de derechos humanos. Compartieron también, especialmente, el argumento de que en determinadas circunstancias puede haber razones prácticas a favor de estas leyes de amnistía, que en algunos casos pueden ser una herramienta que permita poner fin a un conflicto armado o un régimen político que viola los derechos humanos, evitando así que se den más violaciones en el futuro.



A diferencia de lo ocurrido en el sistema europeo años antes, lo cierto es que, en el texto de esta sentencia, tal posibilidad quedó reducida a una suerte de mera hipótesis, expresado bajo la fórmula: *incluso si se aceptara que las amnistías son posibles cuando se dan algunas circunstancias particulares*. Pero en todo caso, esta consideración ha sido interpretada por algunos autores como una vía para entender que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos todavía no ha descartado completamente la compatibilidad de las amnistías con el Convenio Europeo.

De cualquier modo, en lo que ahora interesa lo señalado supone un buen ejemplo de lo que, responde a una discusión de *larga data* en la que han sido múltiples las propuestas que han defendido que bajo determinadas circunstancias sería posible la aprobación de una ley de amnistía en contextos transicionales.

Por citar solo algunos ejemplos, se ha defendido la legitimación democrática como mecanismo esencial de validación de una amnistía; o que una medida de amnistía debe valorarse solo según sea consecuencia de una negociación real y no la imposición unilateral de una de las partes; o que siempre que se mantenga algún tipo de responsabilización, aunque sea global una amnistía no debía ser descartada; o que estas normas serían válidas siempre que no beneficien a los sujetos con *“mayor grado de culpabilidad”*; o que estas medidas serían admisibles si son un instrumento para lograr la paz y/o la reconciliación nacional, que han de ser siempre y en todo caso los parámetros de referencia.



Lo que en líneas generales es pacífico es el rechazo para aceptar la licitud de lo que se ha conocido como *autoamnistía*, es decir, por poner un ejemplo sencillo, las aprobadas por las autoridades de un régimen no democrático respecto a los crímenes que pudieron cometer antes de período de transición. De igual suerte, parece indiscutible la proscripción internacional de las que se conocen como *amnistías generales o absolutas*, esto es, aquellas que de manera general, automática e incondicionada pretenden extinguir la responsabilidad penal de todos los sujetos responsables de los crímenes del pasado.

Subsiste solo entonces cierta discusión acerca de lo que a veces se denominan *amnistías limitadas o condicionadas*, en el sentido de que no eximirían directa y automáticamente la responsabilidad penal por los crímenes internacionales, sino que condicionarían este hecho al cumplimiento de determinadas exigencias o a la realización de ciertos actos. Frente a esta tesis, sin embargo, se encuentra la postura (probablemente mayoritaria en la actualidad) de los que sostienen que la condición indispensable de cualquiera ley de amnistía es que de su ámbito se excluya a los responsables de los más grandes crímenes internacionales.

Sin abordar aquí el desarrollo histórico de la postura de las Naciones Unidas, valga como ejemplo de lo expuesto en un documento relativamente reciente del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, de la serie de *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. En el mismo se recoge la posición oficial de este organismo indiciando que: *Los funcionarios de las Naciones*



Unidas, incluidos los encargados de negociaciones de paz y el personal de las oficinas sobre el terreno, no deben estimular ni condonar jamás las amnistías que impidan el enjuiciamiento de los responsables de crímenes graves de derecho internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, o de violaciones graves de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud y las desapariciones forzadas, incluidos casos de esos delitos que afecten concretamente a la mujer y de violencia de género, o que menoscaben el derecho de las víctimas a un recurso, incluida la reparación, o el derecho de las víctimas o las sociedades a la verdad.

Así las cosas, para aquellos que aceptan la viabilidad jurídica de estas *amnistías limitadas o condicionadas*, el debate se traslada a tratar de establecer cuáles son las líneas rojas que deberían respetarse, siempre y en todo caso, en este tipo de medidas. En este punto, hay diversas posiciones que hacen difícil ofrecer conclusiones sencillas, aunque con carácter general parece posible afirmar que existe cierto consenso respecto a la necesidad de que la amnistía ha de darse en circunstancias absolutamente excepcionales, donde sea una pieza clave para lograr el fin de un conflicto armado y/o de un sistema no democrático; que además ha de excluir a los máximos responsables de los crímenes en cuestión; que no debe impedir una investigación independiente e imparcial de los hechos (para otros, tampoco y en su caso el consiguiente proceso judicial); y finalmente, que estas leyes no pueden afectar al derecho de la víctima a la reparación ni a la verdad. En este ámbito, también está extendida la posición que sostiene que el uso de estas

amnistías debe acompañarse de mecanismos complementarios, como las Comisiones de la Verdad ya examinadas.



En algunos casos, parte de esta polémica, más que hacia el ámbito de las leyes de amnistía que, como dijimos, pretenden impedir la persecución penal, a donde dirige su atención es hacia iniciativas que no pasarían por la estricta aplicación de la general ley penal (como por ejemplo previendo una serie de penas reducidas o de naturaleza distinta a la prisión), o hacia lo que sería propio de los indultos o medidas de gracia similares (es decir, hacia la posibilidad de que una vez impuesta, se extinga la pena, se disminuya o sustituya, en todo o en parte). Estas realidades se han presentado de forma directa y relativamente indirecta en diversas experiencias y casos a lo largo del tiempo. En ejemplos muy recientes, como el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, se ha puesto también y especialmente sobre la mesa.

Una de las cuestiones nucleares del sistema fijado en este Acuerdo es el establecimiento de un mecanismo específico para *enjuiciar* los crímenes cometidos durante el conflicto armado interno colombiano, a través de lo que se denomina *Jurisdicción Especial para la Paz*. La primera medida al respecto es la exclusión de cualquier tipo de amnistía o indulto completo para los responsables de graves crímenes de derecho internacional. Es decir, literalmente según el Comunicado conjunto de 23 de septiembre de 2015 que: en todo caso no serán objeto de amnistía o indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes



de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. Estos delitos serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Pero a partir de ello lo que se establece en síntesis es lo siguiente: 1) Que aquellos autores de estos graves crímenes que ofrezcan *verdad y reconocimiento de responsabilidad* ante la Sala correspondiente, se les impondrá una sanción como máximo de ocho años. Su naturaleza será *sustancialmente acorde con la justicia restaurativa*, aunque se prevé la posibilidad de establecer *restricciones a la libertad en condiciones especiales*; 2) A aquellos que solo ofrezcan *verdad y reconocimiento de responsabilidad* una vez iniciado un procedimiento judicial pero antes de ser sentenciados, se les impondrá una pena privativa de libertad de hasta ocho años; y 3) para aquellos responsables que no ofrezcan ni verdad ni reconocimiento, se prevé que se les podrá imponer una condena de privación de libertad de hasta 20 años.

Desde una perspectiva jurídica, la existencia de la general obligación de investigar, enjuiciar y en su caso castigar los crímenes internacionales con penas proporcionales a su gravedad resulta claramente identificable. Abriéndose entonces y tras ello la duda acerca de la concreta determinación de estas; así como sobre si una vez impuesta la pena correspondiente ha de cumplirse efectivamente, esto es, si se está ante una obligación de comportamiento o de resultado. A estos efectos, la clave es que al igual que sobre las leyes de amnistía, hay un extenso debate en

este punto, aunque probablemente de menor intensidad que respecto de aquellas; resultando una tarea compleja en este caso localizar una posición definitiva en la normativa internacional de referencia.



Con todo, sí es detectable cierta diferencia en el trato que parece merecer este tipo de medidas respecto al de las leyes de amnistías; así por ejemplo, junto a disposiciones como las de los arts. 28 y 27 de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional de Yemen y del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, documentos codificadores como *la Declaración sobre la protección de todas las personas contras las desapariciones forzadas* de 1992 distinguen en su artículo 18 las medidas de amnistía y los indultos: señalando, respecto a las primeras, que los responsables de este crimen no podrán beneficiarse en ningún caso de ellas; pero sobre los indultos, disponiendo la necesidad de tener en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada cuando se pretendan indultar a un reo. Algo que *mutatis mutandi* puede encontrarse en otros estatutos de Tribunales Penales Internacionales.

No obstante, otros órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han mantenido una conclusión, que podría considerarse idéntica respecto a las leyes de amnistía y los indultos. Así, aunque en algunas decisiones sí aparece cierta discriminación entre ambas cosas, el Tribunal ha afirmado, por ejemplo, que una amnistía es en general incompatible con el deber de los Estados de investigar los actos de tortura y de luchar contra la impunidad de los crímenes internacionales, y que ello es también cierto en relación con los indultos. Y en un orden de ideas



paralelo, en algunos procesos y decisiones paradigmáticas, como la de la Corte Suprema de Justicia de Argentina respecto a los indultos que se concedieron a algunos de los máximos responsables de los crímenes cometidos durante el gobierno militar, la posición fue que ante crímenes internacionales la proscripción de las leyes de amnistía y los indultos ha de entenderse igual; sobre todo, se aclaró específicamente cuando estos últimos no supongan otra cosa que generar lo que se calificó como una *atmósfera de impunidad*.

La Corte Suprema argentina mantuvo concretamente que "... los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo. Por ello para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes. Por tal razón, resulta inocuo analizar si la facultad de indultar prevista en el artículo 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2007).

4.4.5. Las medidas de reparación: Los programas o políticas reparatorias



En lo que respecta a la reparación, cabe hacer una distinción, no equiparable pero sí parcialmente similar. Como premisa, no cabe duda de que todo crimen internacional y/o grave violación a los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima y, de ser oportuno, a sus familiares, que implica por parte del Estado un deber propio y la facultad, en su caso, de dirigirse contra el autor.

Si se sigue con esta caracterización general, cuando se habla de reparación se está ante la obligación de eliminar, en la medida de lo posible, todas las consecuencias de un acto ilícito, así como restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si el acto ilícito no se hubiera cometido. De este modo, en documentos que expresamente aclaran que no entrañan nuevas obligaciones jurídicas, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes, se especifica el deber, conforme al derecho interno y al derecho internacional, de otorgar una reparación rápida, plena, efectiva y proporcional a la gravedad y a las circunstancias de cada caso, ya sea mediante la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y/o las garantías de no repetición (Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2005).



En los supuestos en que se haya producido un procedimiento penal contra los responsables de los crímenes en cuestión, esta reparación será, en su caso, derivada y consecuencia de la condena correspondiente. En otras palabras, será el tribunal el que determinará la reparación debida respecto de las víctimas de los crímenes de los que su perpetrador ha sido declarado culpable; como por mencionar un ejemplo ya estudiando, prevé el artículo 75 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Ahora, de lo dicho no debe extraerse que esa reparación sea sencilla de determinar, sobre todo cuando se está ante crímenes cuyas víctimas han sido cientos o miles de personas, como, sin ir más lejos, demuestran decisiones recientes de la misma CPI. La cuestión para destacar es que esta reparación vendrá decidida y fijada por un tribunal tras el correspondiente proceso judicial.

Sin embargo, y aunque probablemente sean menos conocidas, en los contextos transicionales es muy común otro tipo de medidas de índole reparatoria con unos perfiles diferentes. A lo recién resumido suele denominársele *reparación judicial*, y frente a ella estaría lo que suelen llamarse *programas generales, globales, administrativos, o programas nacionales de reparación*. De hecho, en pocas ocasiones son mecanismos como las ya estudiadas Comisiones de la Verdad, las que recomiendan la creación de este tipo de programas, cuya característica básica es que se refieren a un conjunto o colectivo de víctimas de ciertos crímenes, estableciendo para ellas una suerte de reparación estandarizada e independiente de la averiguación de responsabilidades en el marco judicial penal.



Al ser una de las medidas más extendidas en los contextos de justicia transicional, existen decenas de ejemplos de programas de reparación global implementados en multitud de países. Suelen reputarse como algunos de los más completos los diseñados e implementados (en distintas fases y momentos) en Argentina o Chile respecto de víctimas de los crímenes cometidos en sus respectivas dictaduras militares, tanto en una dimensión cuantitativa como cualitativa.

Aunque es indiscutible que este tipo de programas tienen una utilidad muy destacable cuando se está ante escenarios en los que las víctimas se cuentan por millares, su diseño e implementación no solo es un asunto muy complejo, sino que desde hace décadas ha estado sujeto a un intenso debate. Si bien, no plantea grandes dificultades la censura de aquellos programas o medidas que se limitan a establecer una indemnización pecuniaria para todas las víctimas de un crimen o crímenes (torturas, ejecuciones extrajudiciales, encarcelamientos arbitrarios, desapariciones forzadas, etc.), pues aunque sea a través de un programa general, la reparación debida ha de ajustarse a los estándares generales ya diseñados; es decir, salvo que fuera el caso concreto, no queda satisfecha mediante la simple indemnización. Como tampoco se entienden justificables aquellas medidas o programas que se circunscriben a un universo de víctimas claramente insuficiente o discriminatorio.



Incluso en aquellos Estados que han conformado sistemas de reparación más completos (en los que junto a iniciativas indemnizatorias se han articulado medidas compensatorias no materiales, medias rehabilitadoras, exhaustivas iniciativas simbólicas o de satisfacción, etc.), es posible identificar cierta tendencia a considerar estos programas como una suerte de sustitutivo, total o parcial, de la persecución penal de los responsables de los crímenes del pasado. Al respecto, y en relación con las medidas relativas al derecho a saber, resulta unánime la negativa a considerar que las acciones reparatorias puedan ser una alternativa a la persecución penal, sino que siempre y en todo caso, serán un complemento a esta.

4.4.6. El caso de Guatemala y la responsabilidad del superior

Aunque la doctrina de la lucha contra la impunidad es relativamente joven, ha alcanzado un éxito sin precedentes en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho penal internacional, con varias consecuencias.

En perspectiva histórica, podría señalarse que los antecedentes inmediatos de esta doctrina surgen en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1981, en el cual comienzan las primeras mociones para que los Estados afronten la violencia sistemática por la situación de desapariciones forzadas en Sudamérica.

A pesar de ello, la moción presentada por un grupo de expertos a la Comisión sobre este tema no fue acogida y no fue sino hasta el año 1983, con el informe de



Luis Joinet sobre el papel de las amnistías en la salvaguarda y protección de los derechos humanos, que se introduce una primera mención a la idea de que los crímenes de lesa humanidad no deben estar amparados por amnistías.

A partir de este primer estudio se sientan las bases de la doctrina de la lucha contra la impunidad que, posteriormente, se fueron refinando y endureciendo. La versión última de los principios de lucha contra la impunidad la ha realizado Diane Orentlicher y ha sido acogida en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Si bien la etimología de la palabra *impunidad* se refiere únicamente a la falta de castigo, la connotación que utiliza la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del término es, evidentemente negativa y pretende dar cuenta de tres tipos de impunidad. En primer lugar, la impunidad fáctica, entendida como *la ausencia de toda intervención jurídico-estatal sobre los hechos*. En segundo lugar, la impunidad normativa por acción, entendida como *la limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes y de exoneración emanadas de parlamentos democráticos*; y, finalmente, la impunidad normativa por omisión, entendida como *aquella provocada por la no anulación de aquellas leyes*.

Esta doctrina se ha concretado en una serie de restricciones en materia de justicia penal, entre ellas las siguientes:



- a) Restricción a la prescripción penal;
- b) Restricciones al derecho de asilo;
- c) Restricción relativa a la extradición;
- d) Restricción a la garantía *non bis in ídem*;
- e) Restricciones a la obediencia debida y responsabilidad del superior;
- f) Restricción a las leyes de divulgación o de arrepentidos;
- g) Restricciones a la competencia de tribunales militares;
- h) Restricciones al principio de inamovilidad de los jueces;
- i) Restricciones a la amnistía.

En cuanto a las restricciones a la obediencia debida y a la responsabilidad del superior, de conformidad con el informe:

- I. En cuanto al autor de las violaciones, el hecho de que haya actuado obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico, no lo eximirá de la responsabilidad, en particular penal, pero podrá considerarse causa de reducción de la pena si ello es conforme al derecho;
- II. El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si estos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron las medidas necesarias para impedir o castigar el delito;



- III. El hecho de que el autor de un delito conforme al derecho internacional desempeñe funciones oficiales, incluso si se trata de un jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo ni será causa de reducción de la pena.

En el caso de Guatemala la *comisión de la verdad* fue establecida como la *Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, mediante el denominado *Acuerdo de Oslo*, en el mes de junio de 1994, teniendo como objetivo la explicación de las causas individuales y estructurales de la violencia, el conocimiento de la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos y la prevención de la repetición de los hechos a través de medidas para la reconciliación. Todo esto fue utilizado para la preparación de su informe final titulado *Guatemala, memoria del silencio*, publicado en febrero de 1999. Dicho informe estimó que el 83 % de las víctimas fueron indígenas mayas y un 93 % de los crímenes cometidos durante el conflicto fueron responsabilidad de las fuerzas armadas del Estado.

Por otro lado, la Diócesis de Guatemala por medio de Monseñor Juan Gerardi (quien posteriormente fue asesinado), también presentó el informe denominado *Guatemala Nunca Más*, o informe REHMI (Recuperación de la Memoria Histórica), el cual consta de tres divisiones esenciales: a) el sufrimiento de la población; b) el funcionamiento de la represión y; c) las consecuencias y demandas para el futuro.



Derivado de este proceso, el sistema de justicia penal de Guatemala inició procesos, sobre todo contra militares que participaron en el conflicto armado que duró 36 años, siendo el proceso más destacado, el incoado contra el general Efraín Ríos Montt, quien fue juzgado por genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Dicho proceso fue bastante polémico y estuvo plagado de impugnaciones, al final, se llegó a una sentencia condenatoria por 80 años de prisión, pero el general Ríos Montt ya no estaba en capacidad de ser juzgado por su condición física y mental debido a su avanzada edad y la sentencia no fue ejecutoriada, habiendo fallecido el imputado a los 91 años en el año 2018.

En el contexto del conflicto armado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido aproximadamente 51 sentencias condenando al Estado de Guatemala por múltiples violaciones a los derechos humanos. La última sentencia fue la recientemente emitida por dicha Corte el 3 de noviembre de 2021, en referencia a la masacre en la Aldea Los Josefinos, en el municipio de La Libertad, departamento de Petén, perpetrada por el Ejército de Guatemala en 1982, durante el gobierno de facto de Efraín Ríos Montt cuyo resultado arrojó 38 personas asesinadas, 14 desaparecidos y 7 familias desplazadas.

La Corte ordenó la reparación por parte del Estado de Guatemala y remover todos los obstáculos de *facto* y de *jure* que mantienen la impunidad en este caso, en el que no hay imputados después de 39 años de ocurrida la masacre; por otro lado, ordenó iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones que sean

necesarias para individualizar, juzgar y en su caso, sancionar, a los responsables de las violaciones de los derechos humanos.



CONCLUSIÓN



La teoría del dominio del hecho en el derecho penal internacional es la modalidad adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y se fundamenta en el principio de la *responsabilidad del superior*. Esta se da cuando el *superior* ostenta un *dominio* (autoridad, conocimiento, posibilidad de evitación del acto), es decir, cuando se da objetivamente no solo el mando o autoridad sino el control efectivo sobre las personas que ejecutan el acto que constituye un crimen internacional juzgable bajo la competencia de la Corte Penal Internacional.

Así, pues, a la hora de determinar los elementos sobre los cuales se arraiga la responsabilidad a título de autor, y que a la vez permiten distinguirla de la responsabilidad como partícipe, la Corte Penal Internacional ha optado claramente por el criterio del *dominio del hecho*. Esta teoría fue elaborada por la doctrina penalista de los sistemas de tradición continental y muy especialmente por autores alemanes, originariamente por Welsel, en 1969 y, en un sentido diferente, que es el tomado por la Corte Penal Internacional, por Roxin, en el año 2000.

Las modalidades de esta teoría corresponden a distintos contextos, quizá la más destacada es la de la empresa criminal conjunta (*joint criminal Enterprise*), la cual ha sido utilizada con poca frecuencia por la Corte Penal Internacional y por los tribunales penales internacionales *ad hoc* y a veces en conjunto con la teoría del dominio del hecho.



La diferencia entre ambas teorías consiste en que en la empresa criminal conjunta la participación del autor es activa y en el dominio del hecho es omisiva, pero ambas implican la participación como autor del superior quien, como elemento objetivo del crimen, posee el dominio de la situación criminal, la cual implica elementos como autoridad, conocimiento, capacidad de actuar (o de no actuar), o de ignorar a propósito los actos criminales internacionales. En la teoría del dominio del hecho la responsabilidad del superior es esencialmente por omisión.

Otro elemento importante de la teoría del dominio del hecho es el elemento subjetivo de los crímenes (*mens rea*), que esencialmente consiste en tres situaciones: el conocimiento por el superior de la comisión de los crímenes, el hecho de que el superior hubiera debido saber la comisión de los crímenes y la ignorancia deliberada acerca de la comisión de los crímenes.

En tal sentido, en la teoría del *dominio del hecho* en el derecho penal internacional se considera autor de un crimen internacional cuyo juzgamiento sea competencia de la Corte Penal Internacional, no solo al que materialmente comete el delito, sino a todo el que, según modalidades diferentes, tenga un dominio, un control, sobre la realización del mismo. Este dominio puede darse cuando un sujeto materialmente comete el delito (autoría directa), cuando lo comete junto con otros (coautoría) o por conducto de otra persona (autoría mediata).

En el caso de Guatemala, esta teoría se aplicó en el juicio contra el general Efraín Ríos Montt, y posiblemente se verá reflejada en fallos posteriores contra otros

miembros del Ejército que están siendo procesados en la actualidad por casos similares. Por tal razón, se confirma la contemporaneidad de dicha teoría de la responsabilidad del superior por omisión, en especial en contextos de justicia transicional que se dan como consecuencia de los conflictos armados que tuvieron lugar en el pasado reciente.



En el sentido de lo manifestado *supra*, se puede concluir que se verifica la verosimilitud de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.



BIBLIOGRAFÍA



1. Amati E. & Costi, M. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Arazandi. Madrid. 2016.
2. Ambos Kai. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2005.
3. Ambos, Kai. HACIA UN CONCEPTO DE DELITO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Ediciones Paidós. España. 2013.
4. Ambos, Kai. & Guerrero, O. J. (Editores). EL ESTATUTO DE ROMA ANÁLISIS POR EXPERTOS INTERNACIONALES. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
5. Ambos, Kai. IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. Editorial Kas. Montevideo. 2003.
6. Ambos, Kai. IMPUNIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 1999.
7. Ambos, Kai. PRINCIPIOS E IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Atelier. Barcelona. 2008.
8. Ambos, Kai. SOBRE LA “ORGANIZACIÓN” EN EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN. Editorial Paidós. España. 2010.
9. Bantekas, Ingmar. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Oxford. México. 2011.
10. Bassiouni, Ch. & Manikas, P. EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL PARA LA EXYUGOSLAVIA. Editorial Transnacional. Madrid. 1996.



11. Beltrán Montoliu, Ana. EL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En: Gil Gil Alicia & Maculan, Elena (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016.
12. Blanc Altemir, A. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO CRIMEN INTERNACIONAL. Editorial Bosh. Barcelona. 1990.
13. Cabana, Faraldo. FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Unión. Madrid. 2005.
14. Cáceres Ruiz, L. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL ESTATUTO DE ROMA. Editorial Libros Visión. España. 2006.
15. Carrillo Salcedo, J. A. LA DISTINCIÓN ENTRE CRÍMENES Y DELITOS INTERNACIONALES. UNA POSIBLE APORTACIÓN IBEROAMERICANA A LA CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS. XII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid. 1979.
16. Cassese, Antonio. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Unión Editorial. Madrid. 2003.
17. Chinchón Álvarez, J. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2009.
18. Cid Muñoz, M. I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN LARGO CAMINO. Editorial Dykinson. Madrid. 2008.



19. Del Real Alcalá, J. Alberto (Editor). DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. UNAM-IJ. México. 2016.
20. Duttwiller, M. LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Temis. Bogotá. 2017.
21. Eiroa, P. POLÍTICAS DEL CASTIGO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2009
22. Escudero Espinoza, J. F. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL CONSEJO DE SEGURIDAD: HACIA LA PAZ POR LA JUSTICIA. Editorial Dilex. España. 2004.
23. García Arán, M. & López Garrido, D. CRIMEN INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
24. Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Arazandi. España. 2016.
25. Garrocho Salcedo, A. M. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR. Editorial Dykinson. Madrid. 2013.
26. Gil Gil, Alicia & Maculan Elena (Directoras). (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016.
27. Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Coordinadoras). INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 2013.



28. Gil Gil, Alicia. BASES PARA LA PERSECUSIÓN PENAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN ESPAÑA. Editorial Comares. Granada. 2006.
29. Gil Gil, Alicia. IMPUTACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES ¿EXPANSIÓN O UNIVERSALIZACIÓN?, PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN. En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elana. (Coordinadoras). INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 2013.
30. Gil Gil, Alicia. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL GENOCIDIO EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En: Moreno, M. (Editor). EL ESTATUTO DE ROMA. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO NACIONAL DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. Editorial ius Poenale-Cepolcrim. México. 2004.
31. Gutiérrez Rodríguez M. JOINT CRIMINAL ENTERPRISE. ¿UNA ESPECIE EN VÍAS DE EXTINCIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL? Editorial Tirant lo Blanch. Barcelona. 2017
32. Heller, K. J. DISTINGUIENDO ENTRE SUPERIORES MILITARES Y NO MILITARES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Marcial Pos. España. 2012.
33. Karsten, Nora. Citada por: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Coordinadoras). INTERVENCIÓN DELICTIVA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 2013.



34. Kiss, A. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN CUANTO A LA CONTRIBUCIÓN EN EL CRIMEN COMETIDO POR UN GRUPO. Editorial Dykinson. Madrid
35. Kress, C. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Paidós. Barcelona. 2014.
36. Liñan Lafuente, Alfredo. LOS CRÍMENES DE GUERRA. Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena (Directoras). (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016.
37. Liñan Lafuente, Alfredo. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL (2). En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena (Directoras). DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Dykinson, S. L. Madrid. 2016.
38. Martínez Alcañis, A. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid. 2015.
39. Meernik, J. SENTENCIAS RACIONALES Y DECISIONES JUDICIALES EN LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. Revista de Ciencias Penales y Criminología. Volumen 14, Número 5. Universidad de Granada. España. 2012.
40. Melendo Pardos. M. IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Atelier. Barcelona. 2008.
41. Miaja de la Muela, A. EL GENOCIDIO. DELITO INTERNACIONAL. Revista Española de Derecho Internacional. Madrid. 1991.
42. Moreno, M. (Editor). EL ESTATUTO DE ROMA. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO



- NACIONAL DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. Editorial ius Penale-Cepolcrim. México. 2004.
43. Olasolo H. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN NE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Alianza. Madrid. 2018.
44. Olasolo, H. & Cuenca, S. (Directores). PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.
45. Olle Sesé, M. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. Universidad Internacional de Andalucía. España. 2008.
46. Olle Sesé, M. REPARACIONES A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUTIVAS DE DELITOS DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD Y/O CRÍMENES DE GUERRA. En: Olasolo, H. & Cuenca, S. (Directores). PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.
47. Pastor, D. R. PODER PENAL INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL ESTATUTO DE ROMA. Atelier Editorial. España. 2006.
48. Pastor, Daniel R. EL PODER PENAL INTERNACIONAL. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL ESTATUTO DE ROMA. Editorial Atelier. Barcelona. 2013.



49. Piragoff, D. & Robinson, D. INTRODUCCIÓN AL CÓDIGO PENAL MODELO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Grupo Anaya. MADRID. 2007.
50. Politi, M. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Lex Nova. Madrid. 2016.
51. Quesada Alcalá, C. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. España. 2012.
52. Quezada Alcalá, C. LA AGRESIÓN: UN CRIMEN CIERTO DE FUTURO INCIERTO. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.
53. Quintano Ripollez, A. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1957.
54. Ráquez Vallés, Ramón. LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Atelier. Barcelona. 2016.
55. Reinares, F. LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y DERECHO INTERNACIONAL. Instituto Español de Estudios Estratégicos. España. 2004.
56. Roxin, C. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2000.
57. Sancinetti, M. A. & Ferrante, M. IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999.
58. Stuckenberg, C. EL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Alianza. Madrid. 2012.



59. Vallini, A. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN LOS CRÍMENES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Editorial Bosch. España. 2005.
60. Werle, G. & Burghardt B. COAUTORÍA MEDIATA. DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL ALEMANA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Revista Penal Número 28. Universidad de Castilla La Mancha. España. 2012.
61. Werle, G. & Burghardt, B. COAUTORÍA MEDIATA. Editorial Proteus. España. 2010.
62. Werle, G. TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.
63. Zahar, A. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Editorial Gedisa. España. 2015.