

LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LA PROBLEMÁTICA DE LA AUTORÍA

Alicia AZZOLINI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho penal internacional*.
III. *La responsabilidad individual en el ámbito penal internacional*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un primer acercamiento al estudio de los criterios de responsabilidad penal en el ámbito internacional. La intención es descubrir cuáles son los criterios que sustentan las resoluciones emitidas por los tribunales penales internacionales. En este estudio me centraré en la problemática de la responsabilidad individual, en particular en la autoría. Me limitaré a las resoluciones de los tribunales *ad hoc*, en sus respectivos estatutos y al Estatuto de la Corte Penal Internacional que recoge criterios esbozados en normas y experiencias anteriores a su creación.

Mi visión es la de una penalista formada en la dogmática continental europea y latinoamericana, por lo que el análisis tendrá como referente principal esa propuesta teórica. Uno de los objetivos de esta investigación es descubrir las distancias y cercanías ente los criterios de responsabilidad penal utilizados por los tribunales nacionales, en particular los mexicanos, y los sustentados por los tribunales penales internacionales. Mi hipótesis de trabajo, que no se agotará en esta ponencia, es que puede existir una retroalimentación enriquecedora entre el derecho penal nacional y el internacional.

II. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional y, como ella misma, es de reciente creación. Se conforma con derecho consuetudinario, principios jurídicos generales y las normas del derecho internacional humanitario, del derecho de guerra codificado en las Convenciones de Ginebra, con el Estatuto de la Corte Penal Internacional y con la jurisprudencia de los tribunales internacionales como el de Núremberg, el de Tokio, el de la antigua Yugoslavia, el de Rwanda y la de algunos tribunales híbridos como el de Timor Oriental, entre otros. Todas estas normas constituyen, como explica Kai Ambos, el núcleo duro *hard law* de la legislación penal internacional, que se complementa con la llamada *soft law* que incluye a las resoluciones de los organismos de la ONU Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Código de principios para la protección de todas las personas bajo cualquier forma de detención o encarcelamiento...¹ Este conjunto de normas, principios y reglas tienen un común denominador: penalizan conductas que afectan a la comunidad internacional, ya sea porque lesionan bienes propios del ámbito internacional existencia e independencia de los estados, su convivencia pacífica o bien lesionan bienes jurídicos del orden estatal, pero las violaciones tienen las características de ser masivas y sistemáticas y no son resueltas en forma satisfactoria por el sistema estatal, de manera que la comunidad internacional y el propio sistema se ven amenazados.² Estos criterios están presentes en los crímenes del derecho penal internacional contenidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en los respectivos estatutos de los tribunales de la antigua Yugoslavia y de Ruanda.

El panorama es complejo y hasta confuso, y contrasta con las pretensiones de los derechos penales nacionales, sobre todo de los codificados, que se apegan a la legislación escrita y a resoluciones más preocupadas por la legalidad que por la justicia. Mientras el derecho penal estatal se

¹ Ambos, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, México, INACIPE, 2002, pp. 27, 88.

² Cfr. Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional; Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 38 y 39.

caracteriza por la rigidez en el internacional impera la elasticidad de los conceptos y normas aplicables.

Seguramente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que se complementa con las reglas de procedimiento y evidencias y con los elementos de los crímenes elaborado por la Comisión Preparatoria, y su aplicación en las resoluciones que la propia Corte emita favorecerán a fijar criterios y a elaborar una dogmática propia del derecho penal internacional que sin ser igual a la de los derechos internos garantice en mayor medida la seguridad jurídica.

III. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL EN EL ÁMBITO PENAL INTERNACIONAL

1. *Los antecedentes*

Uno de los aspectos que diferencia al derecho penal internacional de otros ámbitos del derecho internacional es, precisamente, la responsabilidad individual. No se trata de juzgar si un Estado ha violado derechos humanos individuales o colectivos, sino de comprobar si un sujeto determinado es responsable de haber cometido un delito internacional. La responsabilidad penal *strictu sensu* se limita a las personas físicas y excluye a las morales³. Esta afirmación es sustentada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) que en su artículo 25 expresamente establece que la Corte tendrá competencia respecto de personas naturales.

La evolución del ámbito de responsabilidad individual está íntimamente relacionada con la índole de los crímenes en cuestión. El derecho penal internacional que se desarrolla a partir de la segunda guerra mundial tiene por objeto lo que se ha dado en llamar *macrocrímenes*, concepto que alude a *mocroacontecimientos* relevantes desde el punto de vista del derecho de guerra y del derecho internacional público. Tanto el Esta-

³ *Ibidem*, pp. 39 y 40. El tema es objeto de discusión. La mayoría de los países que siguen el sistema continental rechazan la responsabilidad penal de las personas morales, pero existen excepciones como Francia aunque el Estado queda excluido. Los que se inscriben en el ámbito del derecho anglosajón la aceptan. Sin embargo, las normas penales internacionales se limitan a las personas físicas y aquellos que proponen que el Estado sea sujeto activo en el ámbito penal internacional se limitan a que aquél se responsabilice por la reparación del daño.

tuto del Tribunal Internacional para Rwanda como el de la Corte Penal Internacional exigen que los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, hayan sido cometidos en forma generalizada y sistemática. El Estatuto de Roma prevé que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes* (artículo 8.1 del ECPI)

La responsabilidad individual por los macrocrímenes que ocupan al derecho penal internacional no se centra tanto en el autor material sino en quienes ordenan planean o permiten la comisión a gran escala de graves delitos. El tribunal de Neuremberg se ocupó de juzgar a los jefes nazis y los del lejano oriente a los militares de alto rango del ejército Japonés por los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus órdenes o con su tolerancia.⁴ Algo similar se observa al analizar las sentencias de los tribunales para la ex Yugoslavia, para Rwanda y Timor Oriental. Se juzga al superior por ordenar o permitir la comisión de crímenes del derecho internacional o, en algunos casos se juzgan crímenes cometidos por una pluralidad de personas, en la que no todos los participantes llevan a cabo la conducta típica. Hay multiplicidad de hechos, de conductas, de resultados y de participantes. La responsabilidad excede al autor de la conducta típica cuya identidad es, en mucho de los casos, irrelevante.

La figura del autor, entendido éste como quien realiza la conducta típica, es el eje central del derecho penal interno. Es cierto que el criterio de “dominio del hecho” posibilita que se considere como autor a quien se vale de otro como instrumento, dando lugar a la figura del autor mediato,⁵ lo que permite ampliar considerablemente el concepto de autor del delito. También la elaboración doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de la posición de garante permite que se pueda atribuir un resultado a quien no lo impide estando obligado a hacerlo, dando lugar a la autoría en la omisión impropia. Pero estos ejemplos no hacen más que convalidar la afirmación ante-

⁴ Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 2, pp. 339-379.

⁵ Azzolini, Alicia, “La autoría en el sistema penal mexicano”, *Criminalia*, año LXVII, núm. 3, México, sep-dic., 2001, pp. 127-156 *passim*. Sobre la autoría mediata es imprescindible véase Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998. Este autor elabora la teoría de los aparatos organizados de poder como uno de los supuestos de autoría mediata, facilitando la incriminación del superior jerárquico que ordena la comisión de actos delictivos a sus subordinados.

rior. Es necesario que alguien pueda ser llamado autor de un delito para fincarle responsabilidad penal a su persona y, a partir de él, a los demás que hayan intervenido. La participación es accesoria a la autoría, de manera que si no se da el hecho principal no se puede aplicar pena alguna a la actuación del instigador o del cómplice. Algunos de estos criterios de autoría se han incorporando, aunque con limitaciones, en el derecho penal internacional, en particular en el ECPI.

En el ámbito penal internacional la responsabilidad penal individual se sustentó a partir de las resoluciones de los distintos tribunales internacionales: Tribunal Militar Internacional *International Military Tribunal* (ITM) , Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY) , y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda *International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR) y se incorporó en los estatutos de dichos tribunales y, de manera más detallada, en el de la Corte Penal Internacional.

Desde el inicio se juzgaron crímenes en los que intervinieron varias personas. El Tribunal de Neuremberg, que fue de los primeros en reconocer expresamente la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional, actuó, guiado por el pragmatismo y, si bien exigió algún tipo de relación causal entre la intervención del sujeto y el delito cometido *conditio sine qua non* no distinguió entre autores y partícipes.⁶ Cualquier intervención en el crimen fue suficiente para considerar al partícipe penalmente responsable. Esta actitud pragmática y el carácter militar de los tribunales norteamericanos de posguerra influyeron para que reconocieran y sancionaran, además de las formas tradicionales de intervención, la llamada “responsabilidad por el mando”, figura que tiene sus raíces, precisamente en el derecho militar. La responsabilidad por el mando o del superior se sustenta en la posición de mando implica ciertos deberes de control y supervisión, por lo tanto si el superior omite cumplir con estos deberes a pesar de su conocimiento actual de que se están cometiendo delitos, es responsable por omisión criminal.⁷

El primer caso de responsabilidad por el mando es el del general del ejército japonés Yamashita, que fue juzgado por la Comisión Militar de los EEUU. El general Tomoyuki Tamashita fue el comandante militar

⁶ Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 2, pp. 345-346.

⁷ *Ibidem*, p. 349.

del ejército japonés en Filipinas desde octubre de 1944. En febrero de 1945 las tropas estadounidenses arribaron a Manila, la capital, y las fuerzas navales japonesas intentaron defender la ciudad. Durante la batalla los japoneses torturaron y asesinaron miles de civiles. Otras atrocidades fueron también cometidas en las provincias de Batangas y Luzón. Durante el tiempo que duró la batalla el general Yamashita se encontraba, por razones tácticas, siguiendo las sugerencias de sus consejeros, en otro lugar, sin saber nada sobre lo que estaba sucediendo en la batalla porque las comunicaciones habían sido interrumpidas. La Comisión Militar de los EEUU encontró a Yamashita responsable penalmente porque no ejerció un control efectivo sobre sus tropas tal como lo exigían las circunstancias. Este juicio y la sentencia fueron seriamente criticados por parte de la doctrina, bajo el argumento de que nadie puede ser penalmente responsable sin culpabilidad y la culpabilidad de Yamashita no fue demostrada. Se habría aplicado en este caso un concepto de responsabilidad objetiva. Este criterio no es compartido por Kai Ambos, quien sostiene que no puede hablarse estrictamente de responsabilidad objetiva ya que la Comisión no creyó la ignorancia de Yamashita sobre las atrocidades cometidas, sino que consideró que el general conoció o debió conocer los crímenes que se estaban cometiendo. La Comisión consideró que a pesar de que Yamashita no hubiera sabido sobre los crímenes que se cometieron su ignorancia creó un riesgo que le era atribuible.⁸

Otro caso paradigmático, por tratarse de un superior civil, fue el de Mamoru Shigemitsu, quien fue Ministro de Relaciones Exteriores de Japón entre abril de 1943 y abril de 1945. El Tribunal de Tokio lo condenó por la especial responsabilidad que tuvo como miembro del gobierno japonés, por el mal trato que sufrieron los prisioneros de guerra norteamericanos. Al no hacer nada para impedir esos maltratos el tribunal consideró que demostró un gran desprecio por el derecho de guerra y lo consideró culpable. El mismo tribunal juzgó de manera similar a Kaki Hirota, que había sido ministro de relaciones exteriores entre 1933 y 1936. En este último caso tuvo lugar el voto en disidencia del juez Röling, quien discrepó con la opinión mayoritaria argumentando que el Tribunal debe ser muy cuidadoso antes de atribuir responsabilidad a fun-

⁸ Ambos, Kai, "Superior responsibility", *The Rome Statute of the International Court; a Commentary*, VI, Oxford, Oxford, 2002, pp. 823-872.

cionarios gubernamentales civiles por la actuación de los miembros del ejército en el campo de operaciones.⁹

2. *Jurisprudencia de los tribunales ad hoc*

Los mencionados antecedentes de la posguerra influyeron directamente en los estatutos y en la actuación de los tribunales *ad hoc*: el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda.

El artículo 7(1) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 6(1) del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda¹⁰ señalan como responsables de los crímenes a quienes hayan planeado, instigado u ordenado la comisión de alguno de los crímenes señalados en dichos estatutos o lo hayan cometido o hayan ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo. Esta enumeración comprende en igualdad de condiciones al instigador (*instigado*) al autor material (*cometido*) y al cómplice (*ayudado en cualquier forma a planearlo, prepararlo y ejecutarlo*).

El hecho de que la enumeración sea corrida sugiere que todas las formas de intervención son equivalentes, como proponían las teorías unitarias de la autoría. Pareciera que la gravedad de los crímenes involucrados hace que toda intervención en ellos sea, en principio, igualmente reprochable.

⁹ ICTR, *Prosecutor vs. Akayesu*, *cit.* Se encuentra referencia expresa a este caso en Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 2, p. 415.

¹⁰ El texto íntegro del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, que es igual al del artículo 7o. del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, es el siguiente:

Artículo 6o. Responsabilidad penal individual. 1. la persona que haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4o. del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier forma a planearlo, prepararlo e ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

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

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2o. a 4o. del presente Estatuto hayan sido cometidos por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes lo perpetraron.

Como los estatutos de los tribunales *ad hoc* prevén una punibilidad única, le queda al juzgador un margen muy amplio para determinar la pena, momento en el que puede valorar la intervención individual del sujeto.

Ha sido labor de estos tribunales ir deslindando los requisitos de la responsabilidad individual, al sentar los criterios que la rigen. Una primera gran distinción se plantea entre elementos objetivos de la responsabilidad (*actus reus*) y elementos subjetivos (*mens rea*). Al abordar el tema específico de la responsabilidad individual los tribunales analizan los elementos objetivos y los subjetivos que corresponden a cada una de las formas de intervención.¹¹ En ese sentido el ICTY estableció en el caso Tadic que una persona puede ser responsable penalmente por una conducta cuando se determine que ha intervenido dolosamente en la comisión del delito, y esa intervención, que puede consistir en una aportación previa, durante o posterior a la ejecución, incida directa y sustancialmente en la comisión del crimen.¹²

Por su parte, el ICTR analizó en el caso “Akayesu” las diferentes formas de intervención previstas en el artículo 6 del estatuto de ese tribunal¹³ y estableció varios criterios sobre la responsabilidad individual. Jean Paul Akayesu era el dirigente electo de la Comunidad de Taba —*bourgmestre*, presidente municipal en el derecho mexicano— entre abril de 1994 y enero de 1995. Él era el líder, la figura paterna de la comunidad. Como tal tenía bajo su mando y control la policía y demás fuerzas de seguridad. Bajo su mandato, entre abril y julio de 1994, se cometieron en la Comuna de Taba una multiplicidad de crímenes en contra de los integrantes de la etnia Tutsi, crímenes que fueron catalogados como genocidio. Akayesu fue juzgado como responsable de esos delitos. Para determinar la responsabilidad individual del acusado, el ICTR comienza por establecer criterios de interpretación de cada uno de los supuestos contenidos en el artículo 6(1) del Estatuto de ese Tribunal. Dichos criterios son:

¹¹ El análisis de situaciones objetivas en el tema de la responsabilidad individual indica, a la luz de la dogmática continental, que se dejan de lado las llamadas teorías subjetivas de la participación.

¹² ICTY, “Prosecutor vs. Tadic a/k/a/ «Dule», Sentencing Judgment, 14/9/97.

¹³ ICTR, Chamber I, “Prosecutor vs. Akayesu”, Judgment, 2/9/98. Las siguientes referencias al ICTR se refieren a lo resuelto en este caso.

— La responsabilidad individual por las diversas formas de participación sólo tiene cabida si el delito se consuma. La única excepción está dada por el genocidio en el que debe admitirse la responsabilidad individual por participación en la tentativa.

— Según lo regulado en el Estatuto pueden ser individualmente responsables personas que no hayan cometido el crimen, especialmente lo serán aquellas que lo ordenaron.

— Las formas de intervención previstas en el Estatuto planear, instigar, ordenar, cometer y ayudar a planearlo, prepararlo o ejecutarlo exigen el conocimiento actual por parte del sujeto de lo que está realizando, a diferencia del supuesto de responsabilidad del superior en el que es suficiente que el agente tenga motivos para conocer que sus subordinados están a punto de cometer o cometieron crímenes.

— La primera forma de responsabilidad por planear corresponde, según el Tribunal, a la noción de participación en el sistema del *Civil Law* y a la de conspiración en el sistema del *Common Law*. Pero, a diferencia de la participación o la conspiración, la planeación puede ser un acto cometido por una sola persona. La planeación se presenta cuando uno o varias personas planean la comisión de un crimen en su fase preparatoria o ejecutoria.

— La definición de la instigación es compleja porque en la versión francesa del Estatuto se habla de *incitation* a cometer un crimen mientras que en la inglesa aparece la palabra *instigated*. Si bien estos términos han sido considerados en ocasiones como sinónimos no siempre es así. El Tribunal considera que la palabra francesa *incitation* se debe traducir al inglés como *incitement* y no como *instigation*. En español la traducción más próxima sería inducción, que tiene un alcance diferente al de la instigación. Según el Tribunal la instigación significa sugerir a otro la comisión de un delito mientras que en la inducción el agente dirige la comisión de un delito determinado por él.

— Respecto de ordenar la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto, esto implica una relación de superior-subordinado entre quien da la orden y quien la ejecuta. El superior usa su jerarquía para inducir a otro a cometer un delito. El tribunal reconoce que en algunos sistemas, como el de Rwanda, ordenar la comisión de un delito es una forma de participación a través de la orden con el ejecutor directo del delito.

— En relación con la ayuda o el auxilio en la planeación, preparación o ejecución, el Tribunal diferencia entre los conceptos de *aiding* (asistir,

auxiliar) y *abating* (animar, alentar). Según el Tribunal *abating* consiste en facilitar la comisión del delito a través de un apoyo anímico mientras que *aiding* significa proporcionar ayuda material. Si bien ambas asistencias se brindan generalmente al mismo tiempo, es suficiente con una de las dos conductas para ser penalmente responsable. No es necesario que el cooperador esté presente al momento de la ejecución. Aunque el Tribunal reconoce que estos conceptos corresponden a lo que en muchos sistemas se denomina participación, hace una distinción respecto del genocidio. En el caso del genocidio quien realice la conducta de *aiding* o *abating* debe obrar con el dolo específico de ese delito, es decir actuar con la intención de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cambio en la participación en sentido amplio no se requeriría esta intencionalidad particular. El Tribunal reconoce, asimismo, que la *participación es accesoria respecto a un delito principal* y que admite tres formas: participación por instigación, participación por ayuda o asistencia y participación por procurar los medios.

El mismo ICTR consideró en el caso Akayesu que se deben tratar separadamente los supuestos que aluden a, según palabras del tribunal, “principios básicos de responsabilidad penal individual”, que son aceptados en la mayoría de las legislaciones estatales y que están previstos en el artículo 6(1) del Estatuto, de la llamada responsabilidad por el mando que se deriva de la legislación militar y que alude a la responsabilidad del superior por los actos de sus subordinados, que se contempla en artículo 6(3) del mismo ordenamiento. El superior es responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los cometió y no adoptó las medidas razonablemente necesarias para que evitar que se cometieran o para que se castigaran. El ICTR se ocupa en este supuesto menos tradicional de responsabilidad penal individual de limitar sus alcances. En primer lugar, considera que para que pueda atribuirse responsabilidad al superior éste debe actuar, al menos con imprudencia grave rayana en el dolo eventual. La negligencia debe ser tan grave que debe equivaler a la aceptación. En segundo término, exige que se analice en cada caso si el sujeto tuvo la posibilidad de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o sancionar la comisión de los crímenes. De esta manera se reduce la amplitud que conlleva toda omisión y se deja fuera la responsabilidad objetiva. El superior sólo debe responder si ac-

tuó con imprudencia grave y estaba en posibilidades concretas de evitar o sancionar los crímenes cometidos por el superior.¹⁴

Aplicando estos criterios de interpretación, sustentados en su propio estatuto y en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, el ICTR encontró al acusado Akayesu penalmente responsable de genocidio y diversos crímenes contra la Humanidad (homicidios calificados, tortura, violación, y actos inhumanos) en el marco del artículo 6 (1) que regula la responsabilidad individual. Es interesante que destacar que el ICTR absolvió al acusado de la participación en el genocidio —en las tres versiones ya señaladas— porque consideró que la autoría y la participación en el genocidio son figuras excluyentes y que sólo lo condenó como autor material de algunos casos de tortura y de genocidio. En relación con las demás acusaciones el tribunal consideró que Akayesu fue responsable por ordenar y ayudar en la comisión de diversos homicidios, por instigar públicamente a la comunidad a cometer genocidio, por colaborar facilitando la comisión de violaciones y otros delitos sexuales. Pero el tribunal absolvió a Akayesu de su responsabilidad por el mando porque no se comprobó que el grupo armado paramilitar que perpetró la mayoría de los crímenes estuviera subordinado al acusado. El ICTR invocó en este supuesto el caso de Hirota, y apoyándose en la cautela recomendada por el Juez Röling, absolvió a Akayesu por el supuesto contemplado en el artículo 6(3) del EICTR, que contempla la responsabilidad del superior.

El ICTY, por su parte, se ocupó de la responsabilidad del superior en varios casos, entre los que resalta el llamado caso *Delatic et al.*, también conocido como caso *Celibici*. *Celibici* es el nombre del campo de detención donde ocurrieron los hechos, que estaba ubicado en la zona central de Bosnia y Herzegovina. Se juzgó al personal de ese campo de detención por diversos crímenes ocurridos en 1992 —homicidios, torturas, tratos inhumanos y degradantes— en contra de los detenidos. Los cargos en contra de los acusados se fundaban algunos en el artículo 7 (1) del Estatuto del tribunal que se refiere a la responsabilidad individual, y otros en el artículo 7(3) que regula la responsabilidad del superior.

¹⁴ El ICTR reconoce como antecedente de este supuesto las resoluciones del Tribunal de Tokio, en especial la relacionada con Hirota, ex ministro de Relaciones Exteriores de Japón que fue acusado de diversos crímenes, incluido el de violación tumultuaria.

El ICTY estableció como requisitos para la responsabilidad del superior la existencia de una relación de subordinación entre superior e inferior, que el superior tenga conocimiento o bien tenga razones para conocer los actos que se iban a cometer o que ya se habían cometido y que el superior no adopte las medidas necesarias y razonables para impedir esos actos o para castigar a quienes los cometieron. El tribunal estableció que en este caso se comprobaron dichos requisitos.

Asimismo, el ICTY hizo hincapié en que la posición de mando no puede ser determinada únicamente con referencia a un estatus formal, sino por el poder efectivo que se tenga sobre las acciones de sus subordinados. En este sentido, la responsabilidad del superior se extiende a civiles, o sea a superiores no militares, cuando aquéllos ejerzan sobre sus subordinados un control similar al de los comandantes militares. Esto último es lo que no se probó en el caso *Akayesu*, y motivó la absolución de este cargo por parte del ICTR.

3. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) se nutrió con todos los antecedentes señalados y con las aportaciones de las delegaciones de los países que intervinieron en su elaboración. Los artículos de este ordenamiento que refieren a la responsabilidad individual están redactados en forma más elaborada y compleja que la de los estatutos anteriores. En primer lugar se separa en forma tajante la denominada responsabilidad penal individual (artículo 25) de la llamada responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28). Ambos textos son extensos

tal vez porque se pretendió recoger la mayoría de las consideraciones formuladas por los distintos tribunales internacionales y por las representaciones de los diversos países por lo que no se analizarán exhaustivamente en esta ponencia. Sin embargo, formularé ciertas consideraciones que serán útiles para los fines de este primer texto de aproximación al tema.

A. Responsabilidad penal individual

La responsabilidad penal individual recae en la persona natural, la Corte sólo es competente respecto de los individuos. Esta disposición fue

controvertida. En documentos preparatorios al Estatuto existía la propuesta de que personas morales, con excepción de los Estados, estuvieran sujetas a la jurisdicción de la CPI. Este reclamo fue defendido en particular por la delegación francesa, bajo el argumento de facilitar a las víctimas la reparación del daño. Pero la propuesta no prosperó por un lado, porque se consideró que iba a ser sumamente problemático para la CPI la persecución legal de las personas morales y, en segundo lugar, porque muchos estados no reconocen la responsabilidad penal de las personas colectivas.¹⁵ Tal es el caso de México.

Igualmente se excluye expresamente a los Estados de la jurisdicción de la Corte, aunque se reconoce que pueden estar sujetos a responsabilidades en el ámbito internacional, éstos no serán penalmente responsables.

El artículo 25¹⁶ del ECPI distingue varias posibilidades de intervención que se describen en forma detallada y aparecen ordenadas desde la

¹⁵ Eser, Albin, "Individual criminal responsibility", *op. cit.*, nota 9, pp.767-822.

¹⁶ El texto íntegro del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional es el siguiente:

Artículo 25. Responsabilidad penal individual.

1. De conformidad con el presente estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y será penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a. Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b. Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
 - c. Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
 - d. Contribuya de algún modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - e. Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de crimen de la competencia de la Corte; o
 - f. A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
 - g. Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa:
 - h. Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su

forma más directa de intervención hasta la más distante. Este detalle, la separación en diferentes incisos de las distintas clases de intervención y la graduación en la exposición llevan a Albin Eser a sostener que el ECPI se inclina por el modelo diferenciador de la participación, que distingue entre autor y partícipe.¹⁷ El modelo diferenciador se caracteriza por distinguir el delito principal del autor del accesorio cometido por el cómplice. El delito accesorio se castiga con menos punibilidad que el principal, o en algunos sistemas, el accesorio se castiga sólo respecto de delitos graves. Lo cierto es que autores y partícipes se sancionan de distinta manera. Esto no es así en el ECPI, que prevé una punibilidad única y, en todo caso, permite la diferenciación en la determinación de la pena. La segunda característica del sistema diferenciador es la accesoriedad, a diferencia del sistema unitario en el que todo aquel que contribuya causalmente a la comisión del delito es responsable por su propia conducta, en el modelo de participación diferenciada la responsabilidad del partícipe depende y es accesorio a la del autor. El ECPI no se pronuncia en forma expresa sobre este tema, como lo hace por ejemplo el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pero sí contempla que los partícipes previstos en el artículo 25 (3) (b), 25 (3) (c) y 25 (3) (d) actúen en relación con un delito consumado o con su tentativa. Este último punto es el que fundamenta la afirmación de Eser respecto de la postura diferenciadora entre autores y partícipes. Sin embargo esta afirmación es controvertible, el propio autor reconoce que si se sitúa en el campo de la macrocriminalidad propio del derecho penal internacional, el modelo que aparece como el más apropiado es el unitario, en el que cada interventor responde por su actuar con independencia del de los demás. Seguramente las resoluciones de la CPI serán las que delimitarán los alcances de la responsabilidad individual, decidiendo en el caso concreto las implicaciones de la referencia en los incisos b, c y d al crimen consumado o en grado de tentativa al que están asociadas las conductas en ellos descritas.

El Estatuto describe, como ya dije, diversas formas de intervención, en las que se trató de incorporar categorías que fueran reconocibles en los distintos sistemas legales, aunque sin usar, en la medida de lo posi-

voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo

¹⁷ Eser, Albin, *op.cit.*, nota 16, p. 782.

ble, los nombres propios de cada sistema. Esto dio lugar a una enumeración extensa que, en algunos supuestos puede resultar confusa.¹⁸ A primera vista puede afirmarse que, en forma general, los tres primeros incisos a, b y c responden a la tradición del *Civil Law*, el inciso d deriva con mayor claridad del *Common Law*, mientras que el inciso e encuentra sus antecedentes en el derecho internacional.

El artículo ha sido calificado como muy largo y complejo, porque intentó conciliar distintos sistemas legales incluyendo diversas formas de participación y, al mismo tiempo, demasiado abreviado porque dejó cuestiones sin resolver, como la omisión. En efecto, el Estatuto guarda silencio respecto de la omisión. Aunque los documentos previos hablaban de acciones u omisiones, en las negociaciones del Estatuto varias representaciones, en especial la francesa, objetaron la inclusión de un principio general de responsabilidad por omisión. La omisión sólo quedó regulada en el artículo 28 en el supuesto de responsabilidad del superior, pero no se prevé para la responsabilidad penal individual. Es cierto que el ICTY y el ICTR juzgaron la existencia de responsabilidad penal individual por omisión aunque sus respectivos estatutos no la regulan,¹⁹ pero en el Estatuto de Roma el principio de legalidad contiene una mayor demanda que los estatutos anteriores, especialmente en el artículo 22 (2) que establece que la definición de los crímenes será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía.²⁰

El artículo 25 (3) (a) del ECPI hace referencia en primer lugar al que en la dogmática continental se conoce como autor. Menciona tres supuestos: al que cometa el crimen por sí solo, al que lo cometa con otro y al que lo cometa por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.

El que lo cometa por sí solo es el que conocemos en la dogmática continental como autor directo o material. Es el personaje principal que lleva a cabo por sí mismo el delito. Realiza la conducta típica.

El que lo cometa con otro parece aludir a lo que conocemos con el nombre de coautoría. Aunque cometerlo con otro pudiera referirse tam-

¹⁸ Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law*, New York, Transnational Publishers, 2002, p. 196.

¹⁹ ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment and Sentence, 6 de diciembre de 1999, ICTY, *Prosecutor v. Delalic*. Judgment, 16 de noviembre de 1998.

²⁰ Sadat, Leila Nadya, *op. cit.*, nota 19, p. 197.

bién a cometerlo con otro partícipe —cómplice, inductor—, esa posibilidad quedaría abarcada por los demás supuestos, por lo que no se explicaría su regulación autónoma. La jurisprudencia del ICTY distinguió en el caso Tadic²¹ entre coautoría y participación. El aspecto subjetivo —*mens rea*— fue el criterio principal para fundar tal distinción, los coautores comparten un plan común. Además deben contribuir con su conducta a la ejecución del plan. El que sólo ayuda o asiste es un mero accesorio del autor principal, la ayuda o la asistencia no presupone un plan común. Al caracterizarse el plan común como base de la autoría, no importa que las aportaciones de cada uno sean de importancia equivalente. La aportación podrá tener lugar desde el momento de la planeación hasta la consumación y dicha aportación deberá ser más que accidental. Esto último se determinará conforme al plan común.

El tercer caso de autoría se refiere al que lo cometa por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. Este supuesto es conocido en nuestra doctrina como autoría mediata y se refiere a la consumación a través de un intermediario. El hombre de atrás es considerado el autor del delito, no porque lo ejecute físicamente, sino porque domina la voluntad del ejecutor. Por ello cualquier circunstancia que excluyera la responsabilidad del ejecutor no afectaría, en principio, al autor mediato.

La ejecución por conducto de otro alude a algo más que la solicitud o la inducción. El autor mediato utiliza al otro como instrumento, dice el NCPDF. Aunque el Estatuto no lo diga así la idea de la utilización está presente, porque otros supuestos de determinación quedan abarcados por el artículo 25 (3) (b).

La realización por conducto de otro es posible a través de la utilización de un sujeto responsable como de uno que no lo sea. El caso de la instrumentalización de un sujeto responsable fue elaborado por la doctrina alemana, en especial por Roxin, a partir del concepto de “aparatos organizados de poder”,²² en el que el superior ordena la comisión de un delito a un inferior que es sustituible. El superior tiene tal poder de mando, tal control de la situación que el delito le es atribuido directamente a él.

Este supuesto pone en evidencia que el ECPI no se sustenta en un concepto causal de autoría, o, al menos, no se sustenta en ese único criterio. El que lo lleva a cabo por conducto de otro no realiza la conducta

²¹ *Op. cit.*, nota 13.

²² Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 6.

delictiva, mucho menos si se admite que el otro puede ser a su vez penalmente responsable.

El artículo 25 (3) (b) contempla al segundo grupo de los responsables. Este grupo está integrado por quien ordena, proponga o induzca a la comisión de un crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. Estas formas de intervención no son consideradas desde la perspectiva de la dogmática continental como autoría sino como participación. Estas conductas están en relación con el delito principal que debe haberse consumado o alcanzado la tentativa. Los tres supuestos contemplados exceden la mera instigación, que sería la figura equívale reconocida en el derecho nacional mexicano. El Estatuto se decidió por el inductor en vez del instigador. Recuérdese que según lo establecido por el ICTR el inductor es más que el instigador, ya que es quien dirige la comisión del delito. En el otro extremo está el que solamente propone, que significa un escalón menos que la instigación. Es decir que entre el inductor y el que propone regulados en el estatuto, queda comprendido a la mitad de camino, por expresarlo de alguna manera, aquél que en el derecho mexicano es conocido como instigador.

Por su parte, el que ordena podría confundirse con el autor mediato —si su orden se imparte en un aparato organizado de poder—, pero como esta figura ya está comprendida en el grupo anterior puede pensarse que hace referencia a aquél que da una orden en un cuerpo con estructuras menos rígidas. Recuérdese que la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se ha limitado, según el criterio de varios autores, a cuerpos de carácter estatal, quedando excluidos los grupos que no reúnen esas características.

El artículo 23 (3) (c) ubica en el tercer nivel al cómplice, el encubridor o a todo aquel que colabore en la comisión o en la tentativa del crimen, incluyendo aquél que suministre los medios para su comisión. La complicidad exige la finalidad de asistir en la comisión de ese crimen. Por eso se le ha llamado “complicidad por asistencia”.²³ En el ECPI dejan de ser esenciales los conceptos de *aiding* y *abetting* que usó el ICTR, ahora son considerados como sinónimos y se habla de todo aquél que colabore de algún modo. También se menciona al que suministre los medios para su comisión, que era uno de los supuestos previstos por el ICTR en el caso Akayesu.

²³ Eser, Albin, *op. cit.*, nota 16, p. 798.

La doctrina exige en la complicidad dos clases de dolo, uno dirigido a facilitar la comisión del delito y otro dirigido a la comisión misma del delito. Esta exigencia no la contempla la doctrina continental para el llamado instigador, que sólo actúa con el dolo del delito principal.

Junto a la figura del cómplice se contempla también al encubridor. En los derechos nacionales, el mexicano por ejemplo, el encubridor no es considerado como partícipe del delito. Su conducta se regula en la parte especial del código como un delito autónomo.

El artículo 25 (3) (d) prevé una cuarta categoría que es extraña al sistema de la dogmática continental, especialmente la de tradición alemana. Se refiere al que contribuya en la comisión o tentativa de comisión de un crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. Sus orígenes se remontan a la conspiración, concepto que ha sido controvertido en el ámbito internacional desde Nüremberg. Conspiración significa en *Common Law* el acuerdo de dos o más personas para cometer un delito, independiente de que éste se haya o no cometido o siquiera intentado. Se trata de un delito de consumación anticipada. Pero esto no fue aceptado para el ECPI que se inclinó por la concepción continental de la conspiración, por ello se exige que el delito sea consumado o tentado.

Eser interpreta que por grupo debe entenderse más de dos personas, que sólo constituirían una pareja. Por grupo, entonces entiende a tres o más personas, que es la exigencia que establece el derecho mexicano para la asociación delictuosa o la criminalidad organizada.²⁴

Se exige que el sujeto tenga el propósito de llevar a cabo la actividad criminal o que al menos conozca que el grupo tiene esa intención. La referencia a la actividad grupal y a la contribución de algún modo con ella parece denotar una aportación más lejana por parte de este partícipe, intervención que no quedaría amparada en las anteriores figuras del cómplice o encubridor. No es necesario que el sujeto participe en la comisión ni que aporte los medios.

El artículo 25 (3) (e) interrumpe la secuencia lógica, que consistía en abordar los llamados principios básicos de la responsabilidad criminal. El estatuto se refiere en este supuesto al que formule una instigación directa y pública a que se cometa genocidio. Esta disposición proviene directamente del derecho internacional.

²⁴ *Ibidem*, p. 802.

No es necesario que el genocidio se lleve a cabo, por lo que se trata de una figura autónoma, comparada con los supuestos de instigación y complicidad ya tratados. Si el genocidio se produce o es, al menos, intentado, la conducta podría confundirse con la instigación.

Aunque no se exige ni la consumación ni la tentativa la figura contiene otras restricciones. La instigación consiste provocar, exhortar o promover que otras personas incurran en conductas genocidas. La instigación debe ser directa y pública. Debe ser una incitación dirigida al público en general, en un lugar público o a través de medios masivos de comunicación

Por último, el artículo 25 (3) (f) del estatuto contiene otra regulación que se desvía de su lógica inicial, regula la tentativa. Proclama la punibilidad de la tentativa de cualquiera de los delitos y la excluye en caso de desistimiento.

La tentativa exige, según palabras textuales del estatuto, que se lleve a cabo un paso importante para su ejecución, concepto que tiene sus orígenes en Código Penal Modelo de los EEUU. Este criterio permite distinguir entre tentativa punible y actos preparatorios. En el derecho mexicano se habla de principio de ejecución, que pareciera ser un concepto más restrictivo. La idea de un paso importante no exige que necesariamente comience a realizarse la conducta típica, en cambio el comienzo de ejecución, según varios autores, sí lo exige.

La tentativa siempre es dolosa. En la tradición del *common law* la tentativa exige dolo directo mientras que en la dogmática alemana y mexicana es suficiente el dolo eventual. En el ámbito del ECPI el dolo necesario para la tentativa será el definido en el artículo 30 del Estatuto, que incluye el dolo directo de primero y segundo grado. El dolo eventual no está incluido expresamente en el artículo y su derivación exige una interpretación que, en todo caso, permitiría un concepto de dolo eventual mucho más restringido que el que maneja nuestra doctrina actual.²⁵

La tentativa no es punible si el sujeto se desiste. Aunque el estatuto no lo dice expresamente el desistimiento debe ser exitoso, de lo contrario se entra en el terreno de la consumación. Se prevén dos formas, al igual que en el derecho mexicano, el desistimiento propiamente dicho —quien desista de la

²⁵ En sentido similar se pronuncia Leila Sadat, quien destaca que, salvo disposición en contrario, el Estatuto el estatuto excluye otras bases responsabilidad subjetiva. Sadat, Leila Nadya, *op. cit.*, nota 19, p. 209.

consumación—y el llamada arrepentimiento —quien impida de otra forma que se consume—. ²⁶ Se exige que el sujeto desista íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Las condiciones del desistimiento han sido objeto de elaboraciones teóricas en la dogmática continental pero no han sido analizadas en el ámbito internacional. Esto deberá ocurrir, al menos, al momento de la aplicación de esta disposición ya que el concepto de voluntario se ha entendido como demasiado laxo, dando cabida a situaciones que estarían fuera de la *ratio legis* del desistimiento.

El artículo 25 (3) (f) se limita a señalar que no podrá ser penada quien desista del delito pero no aclara, como sí lo hacen los códigos nacionales, qué sucede con los delitos ya consumados, por ejemplo las lesiones que ya había inferido alguien que se desiste del homicidio. Como el desistimiento se refiere exclusivamente al delito tentado, debe entenderse que los ya consumados son punibles.

Por último, no deja de llamar la atención que en vez de contemplar la tentativa como una figura autónoma, ésta esté contemplada en la enumeración de los supuestos de responsabilidad individual, como si se tratara de una forma especial de intervención del activo.

El ECPI no prevé en el artículo 25 ni en ningún otro punibilidades diferenciadas para los distintos partícipes, ni siquiera para la tentativa. De esta forma se le deja a la Corte la discrecionalidad de valorar cada caso al momento de la determinación de la pena.

B. *Responsabilidad del superior*

La responsabilidad por el mando o la responsabilidad de los jefes y superiores que contempla el artículo 28 del ECPI²⁷ tiene sus orígenes en

²⁶ Eser prevé otra forma más de desistir que no está expresamente contemplada en el ECPI, el caso de que el sujeto desista de una comisión que era objetivamente irrealizable sin que el sujeto lo previera, es decir que no fuera la actuación del sujeto la que impidiera la ejecución sino la falla inicial desconocida por el actor. En este caso sería injusto para Eser que no se tomara en cuenta la voluntad del sujeto. Eser, Albin, *op. cit.*, nota 16, p. 816.

²⁷El texto completo del artículo 28 dice así:

Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.

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

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos

el ámbito militar e ingresó en el derecho internacional fundamentalmente a través de la jurisprudencia, ya comentada, emitida a raíz de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra.

El ECPI retomó los antecedentes de las jurisprudencias preexistentes así como del Protocolo de Ginebra. Sin embargo las posturas en la Comisión Preparatoria fueron encontradas, algunos de los puntos debatidos fueron si la responsabilidad del superior debía extenderse a los civiles —a lo que se oponía enérgicamente China—²⁸ y cuáles serían los criterios para fijar dicha responsabilidad. Finalmente, se arribó a una solución negociada en la que el Estatuto prevé en el artículo 28 la responsabilidad del superior tanto en el ámbito militar como en el civil, pero fijando criterios diferentes para cada una. Este resultado está inspirado, según Kai Ambos, en la propuesta de la delegación de EEUU, cuyo objetivo era establecer requisitos diferentes en el plano subjetivo —*mens rea*— para la responsabilidad de los militares y de los civiles, objetivo que finalmente logró a través de una propuesta negociadora de la delegación canadiense.

El artículo 28 (a) considera responsable al jefe militar o al que actúe como tal por lo crímenes que hubieren cometido las fuerzas bajo su mando o autoridad y su control efectivo *por no haber ejercido un control apropiado sobre ellas*. Para que el superior militar sea responsable es necesario, además, que hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo o se

por fuerzas bajo su mando y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

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

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

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

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

b) Los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, y

²⁸ Cfr. Sadat, Leila Nadya, *op. cit.*, nota 19, p. 205.

proponían cometer dichos crímenes, y que no hubiere adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de la autoridad competente para investigarlo y juzgarlo.

La referencia al mando y control efectivo o, en su caso, a la autoridad y control efectivo proviene de lo establecido en los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que establecen que los superiores serán responsables sólo si tienen el poder de controlar los actos de sus subordinados. El mando y control deben ser efectivos, no como en el caso Yamashita, en que el general no detentaba una posición efectiva de control.

El artículo 28(b) prevé la situación del superior civil, quien es considerado penalmente responsable por los crímenes que hubieren cometido los subordinados que estuvieren bajo su autoridad y control efectivo, *por no haber ejercido un control apropiado sobre ellos*, si concurren las siguientes circunstancias: 1. Hubiere tenido conocimiento que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de la información que indicase claramente esos hechos, 2. Los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivos y 3. No hubiere adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de la autoridad competente para investigarlo y juzgarlo.

En relación con el aspecto objetivo —*actus reus*—, Kai Ambos afirma que el artículo describe conductas puramente omisivas. Según este autor se trata de tipos que la dogmática penal de tradición germánica denomina de omisión propia. La responsabilidad del superior radica en no haber ejercido un control apropiado sobre sus subordinados y no haber adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance. El superior no sería, al menos directamente, responsable de los crímenes cometidos por sus subordinados sino de su propia omisión. Los subordinados serían entonces los únicos responsables de los crímenes que cometieron.²⁹ Al mismo tiempo, Kai Ambos interpreta que la referencia a que los crímenes de los subordinados hayan sido causados en razón de que el superior no impuso un control efectivo sobre ellos, debe leerse como que dichos crímenes son el resultado del incumplimiento del superior de sus deberes. Menciona enton-

²⁹ Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 9, p.851.

ces la existencia de una relación de causalidad entre la omisión del superior y la comisión de los crímenes.³⁰ Ambas observaciones merecen algunas consideraciones.

Es cierto que la conducta del superior consiste en una omisión simple de cuidado. Esto se deduce porque se lo castiga no sólo en el caso de que su omisión no impidiera la comisión de los delitos por parte de los particulares, se lo considera responsable también cuando no reprime o no denuncia los delitos que ya han cometidos por sus subordinados. Es decir, aún cuando la actuación del superior no hubiera podido o no pudo impedir los delitos, si el superior podía denunciarlos y no lo hace, es penalmente responsable conforme a lo previsto en el artículo 18. Por ello la relación de causalidad a que alude el autor alemán no es exigible en todos los supuestos contemplados en el artículo. Si fuera así estaríamos en el caso de la omisión impropia.

Además, la doctrina penal continental rechaza, después de un largo desarrollo, explicar la relación entre la omisión y el resultado a través de relaciones causales. Hay unanimidad, sustentada en los procesos fácticos, de que las omisiones no ponen en marcha procesos causales, motivo por el cual la conexión entre las omisiones y los cambios efectuados en el mundo fáctico se explican a través de conceptos normativos. El superior es responsable porque tenía obligación de actuar para evitar dichos crímenes, podía haberlo hecho y no lo hizo. En vez de la referencia que Ambos hace a la *conditio sine qua non invertida*, según la cual de haber actuado el superior habría evitado el acto, parece más adecuada la adoptada por el Nuevo Código Penal del Distrito Federal (NCPDF) que exige que la omisión debe ser equivalente a una acción para lesionar el bien. El problema de la “causalidad” en la omisión es, como la omisión misma, un problema normativo.

Otro de los aspectos objetivos es la exigencia de que el superior tenga “mando”. Este requisito hace referencia a un concepto de *de facto* y no meramente formal. El artículo utiliza respecto de los superiores militares los conceptos de “mando y control efectivo” o “autoridad y control efectivo”, en cambio para los no militares utiliza solamente el los conceptos de “autoridad y control efectivo”. Se ha entendido que mando se refiere en un sentido literal casi a una orden, una dirección imperativa, en cam-

³⁰ *Ibidem*, p. 860.

bio la autoridad tiene un sentido más formal como derecho a ejercitar poderes,³¹ Ambos términos implican control: mando se refiere a poder de control y autoridad implica el derecho a mandar.

El control debe ser efectivo. En el caso del superior civil se exige además que los crímenes cometidos por los subordinados guarden relación con actividades que estén bajo su control efectivo. Esta exigencia se justifica en que en el campo civil las jerarquías son menos estrictas que en el militar, el superior civil no tiene el mismo poder sobre sus subordinados que el militar y su control se limita a actividades específicas, mientras que militar tiene mayor ingerencia en las acciones del inferior. Esta diferencia entre el poder efectivo del superior militar y el del superior civil fue reconocida por los tribunales *ad hoc* en los casos analizados.

En relación con el aspecto subjetivo —*mens rea*— el artículo distingue entre el superior militar y el que no lo es. Al primero se le exige hubiera sabido o, al menos, hubiera debido saber. Esta fórmula abarca tanto al dolo como a la culpa. Sin embargo, al combinar este artículo con el 25, pareciera que las actuaciones dolosas del superior quedarán comprendidas en algunas de las formas de intervención prevista para la responsabilidad individual. Si ello es así, el artículo 28 regularía sólo las actuaciones culposas, o negligentes, de los superiores. Al superior civil, en cambio, se le exige haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer crímenes de los contemplados en el ECPI. Si bien se exige un poco más para que la autoridad civil sea responsable, el artículo se sigue manteniendo en el terreno de la culpa. La actuación deliberada que se menciona en este apartado se limita al omitir hacer caso a la información, más no a la comisión de los crímenes. Esta mayor exigencia para aceptar la responsabilidad del superior civil tiene que ver, una vez más, en que éste tiene generalmente menos poder efectivo que el superior militar y, por ende, menos control de la situación.

En ambos casos, civiles y militares, se trata de omisiones culposas, lo que varía en cada caso son los requisitos para la configuración de la culpa. Algunos autores mencionan la combinación de la culpa del superior con el dolo del inferior, hablando de así de “un crimen de intención por negligencia”. Sin embargo considero que se trata de dos supuestos de

³¹ *Ibidem*, p. 857.

responsabilidad penal independiente. El superior responde culposamente por no haber adoptado las medidas necesarias y razonables a u alcance para evitar los delitos de sus subordinados, o por no haberlos reprimido o por no haberlos hecho del conocimiento de la autoridad competente, conforme a lo establecido en el artículo 28 del ECPI. Los inferiores responden en los términos de la responsabilidad individual consagrada en el artículo 25 del ECPI.

4. *Especiales consideraciones sobre la autoría*

La dogmática penal continental en la que se inscribe la legislación penal mexicana se desarrolló desde sus orígenes, a fines del siglo XIX, alrededor del concepto de acción y de quien la llevaba a cabo, el autor. Quien realiza materialmente la conducta típica es el autor del delito y, por ende, la persona central alrededor de la cual giran o se acomodan los demás participantes en caso de haberlos.

Se desarrollaron dos grandes sistemas para resolver la intervención de varias personas en un delito: el unitario y el diferenciador, a los que he hecho referencia con anterioridad.³² Ambos sistemas partieron de criterios causalistas, según los cuales los partícipes de un delito eran aquellos que hubieran contribuido causalmente a su realización. Con base en estos criterios se elaboraron y regularon las figuras del autor material, coautor, cómplice y, en menor medida la del instigador. El sistema diferenciador se fue imponiendo en la mayoría de los países, especialmente en aquéllos en los que sus códigos penales preveían punibilidades distintas para los cómplices y encubridores. Persistían, sin embargo, problemas relacionados con la autoría en la omisión, en especial en la omisión impropia y con los delitos en que la situación era controlada ya no por su ejecutor material sino por el hombre de atrás, aquél que se servía del ejecutor como instrumento. Para solucionar estos problemas se aceptaron criterios normativos en la omisión y el concepto de dominio del hecho como denominador común de los tres tipos de autoría: la autoría material, la coautoría y la autoría mediata.

³² Para obtener mayor información sobre estos sistemas, véase Azzolini, Alicia, *op. cit.*, nota 6, 127-156.

La autoría mediata y la posición de garante son figuras que han permitido ampliar el ámbito de la responsabilidad penal en los derechos penales nacionales, en especial el concepto de autoría, por encima de las limitaciones causales. En particular el concepto de autor mediato aplicado al que utiliza a los integrantes de un aparato organizado para cometer el delito elaborado fundamentalmente por Roxin,³³ ha sido utilizado para encuadrar la actuación de servidores públicos en la comisión de crímenes masivos. Así en el caso del Estado de Israel contra Eichmann por los crímenes del Holocausto y, especialmente, en el juicio contra los integrantes de la Junta Militar que gobernó Argentina entre 1976 y 1983. Varios miembros de la Junta fueron condenados como autores mediatos que se valieron de aparatos organizados de poder para llevar a cabo homicidios, privaciones ilegales de la libertad, torturas y otros delitos.

El derecho penal mexicano en sus orígenes adoptó el sistema unitario en el que los casos de autoría se limitaban a los estrictamente causales, el autor material y el coautor. Sucesivas modificaciones al artículo 13 Código Penal Federal que es el que se ocupa del tema y la expedición del NCPDF que lo regula en el artículo 22, condujeron al sistema actual, en el que se reconoce la distinción entre autores y partícipes y la accesoriedad de la actuación de éstos últimos respecto de los primeros. Se distinguen al autor material, el coautor y el actor mediato y se regula expresamente la posición de garante para los delitos de omisión impropia. El sistema penal mexicano cuenta con los instrumentos legales necesarios para juzgar y, en su caso, sancionar delitos supraindividuales cometidos desde el poder mediante la utilización de terceros responsables o no. Sin embargo, en la práctica pocos son los casos de este tipo que ocupan a los tribunales locales. Intentos por identificar y juzgar a los responsables de crímenes como el ocurrido en la localidad de Aguas Blancas, en el Estado de Guerrero, lugar en que policías estatales ultimaron a varios campesinos, han fracasado. Recientemente se intentó responsabilizar al Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal por el homicidio culposo en comisión por omisión —posición de garante— de dos agentes de la Policía Federal Preventiva que fueron linchados y quemados por la multitud en la Delegación Tlahuac. Pero aunque la investigación todavía sigue abierta hay información pública de que no se han logrado reunir los

³³ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 6.

requisitos que exige el CPF para atribuir los homicidios a una omisión.³⁴ Pero el fracaso más estruendoso ha sido el de los delitos cometidos desde el Estado a fines de la década de los sesentas y principios de los setentas.

Es cierto que en algunos de los casos mencionados, como el de los llamados crímenes del 68, era desde el inicio de la investigación predecible su fracaso, porque habían pasado más de treinta años de su comisión lo que dificultaba sobremanera el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos el problema radica en que las autoridades investigadoras y judiciales están muy apegadas al concepto de autor material y en los casos que éste es identificado rara vez se investiga con seriedad, a pesar de que existan indicios, otras forma de intervención. Más aun, cuando intervienen varios en la comisión de un delito es común que se decida la coautoría, con base en el concepto funcional, sin dilucidar con claridad cuál es la participación de cada uno y si dicha participación podría o no adecuarse a otra forma de intervención

En el ámbito penal internacional la problemática de la autoría es y ha sido diversa a la de los sistemas nacionales, en especial a los que siguen los lineamientos de la dogmática alemana. En este ámbito se juzgaron desde el inicio macrocrímenes en los que la identidad del autor directo es, en algunos casos, irrelevantes. Quizá por ellos es no se habla de autoría sino de responsabilidad penal individual, lo que despoja al tema, en un primer acercamiento, de las limitaciones propias de la causalidad. Como se ha visto a lo largo de este trabajo la responsabilidad penal individual fue elaborándose a partir de las resoluciones que, fundadas en criterios pragmáticos, emitieron los tribunales de la posguerra. Y si bien las primeras resoluciones estuvieron guiadas por criterios de causalidad física para identificar a los responsables, paralelamente se desarrollaran los criterios aplicables a la responsabilidad del superior, que permitieron sancionar a aquellos que sin intervenir físicamente en el hecho y sin propiciarlo directamente eran responsables por no haberlo evitado o, al menos, sancionado. Es cierto que estos tribunales fueron integrados por miembros de los ejércitos vencedores y que no respetaron muchos principios que hoy están vigentes en el derecho internacional, por lo que no

³⁴ Recientemente se publicó un libro sobre el caso Tláhuac. Cárdenas Félix, Rodolfo (coord.), *Caso "Tláhuac", ¿Responsabilidad penal por omisión en funciones directivas policiales?*, México, Porrúa, 2006.

pueden ser un ejemplo a seguir, pero a partir de sus decisiones se sentaron las bases para la elaboración del sistema penal internacional.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que se desarrolló a partir de la aplicación de un escueto artículo de sus respectivos estatutos, cumplió una labor muy importante al fijar criterios de responsabilidad individual para las distintas formas de intervención en el delito y para delimitar los alcances de la responsabilidad por el mando. Se ocuparon además de las omisiones a partir de una interpretación extensiva de sus respectivos estatutos que no las preveían expresamente.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional viene a satisfacer en gran medida las exigencias de seguridad jurídica y legalidad tan importantes en el ámbito penal. Como hemos visto, los supuestos de responsabilidad individual se describen en forma más cercana a nuestra legislación, aceptándose la existencia de cierta accesoriedad entre las conductas de los partícipes y las de los autores. Me refiero a “cierta” accesoriedad porque será el propio Tribunal el que decida cuáles serán los criterios para considerar al delito principal como consumado o intentado. Existen otros supuestos, como el de responsabilidad por el mando que es ajeno a nuestro derecho. También es extraño desde nuestra perspectiva que el encubridor pueda ser sancionado a la par del cómplice o del autor. Al mismo tiempo, este estatuto que parece proporcionar a la Corte un campo más amplio para la atribución de la responsabilidad individual que el que brindan las legislaciones enmarcadas en la tradición de la dogmática alemana, no ha regulado la omisión, con lo que deja un vacío que también deberá resolverse en los casos concretos.

En este largo camino recorrido por el derecho penal internacional y por los derechos penales estatales parece haber puntos de acercamiento, el Estatuto de Roma viene a conciliar de alguna forma los sistemas del *civil law*, el *common law* y muchos preceptos del derecho internacional. Hay una clara tendencia a adoptar criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal, a dejar de lado toda clase de responsabilidad objetiva y a exigir como *mens rea* el dolo del penalmente responsable y, excepcionalmente, la imprudencia grave que raya en el dolo eventual.

El objetivo es la construcción de un sistema penal en el ámbito internacional —y también en el nacional— que sea respetuoso de los derechos fundamentales y de los principios que rigen en el derecho internacional humanitario y que, al mismo tiempo, no permita la impunidad de

los responsables de los delitos, especialmente de los responsables de los *crímenes de lesa humanidad* que actúan cobijados por aparatos de poder.

Como todos sabemos, queda todavía mucho por hacer.

La responsabilidad del superior es reconocida en el artículo 7 (3) del EICTY y en su similar, el artículo 6 (3) del EICTR en el que se establece que el superior será responsable por los crímenes que cometa su subordinado si el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer o había cometido esos crímenes y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigarlos