

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA

“LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LOS CASOS DE
CRÍMENES DE GUERRA EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL”

CUMANDÁ ESTEFANÍA MARTÍNEZ PUENTE

DIRECTOR: MSc. EFRÉN GUERRERO

QUITO, 2014

DEDICATORIA

A mi madre,
por inspirar cada logro y ser mi
fortaleza, en todas las etapas de mi vida.

A mi padre,
por su ejemplo de responsabilidad y
rectitud como ser humano y profesional.

A mis hermanos,
guía y apoyo constante
para conseguir mis metas.

A Juan José,
por ser parte de mi camino y
mi soporte en este momento crucial.

AGRADECIMIENTO

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
y a los buenos maestros de la Facultad de Jurisprudencia,
por brindarme una educación integral: académica y humana.

Al MSc. Efrén Guerrero,
por su paciencia y su guía oportuna
en la elaboración de la presente disertación.

A mis compañeras
y amigas incondicionales.

ABSTRACT

El reconocimiento de la responsabilidad penal internacional del individuo planteó un antes y un después en las estructuras penales; la concepción del Derecho Penal como eminentemente territorial sucumbe por la internacionalización de los crímenes y su afectación a la comunidad internacional que se constituye en titular de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional. En consecuencia, la comisión de crímenes graves contra la comunidad internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), genera una respuesta penal con el objetivo de prevenir nuevos delitos y evitar la impunidad. De manera concreta, este estudio se contextualiza en las infracciones ocurridas en un conflicto armado que contravienen otro cuerpo jurídico: el Derecho Internacional Humanitario.

Son estas dos ramas: El Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, las que se conjugan para plantear la existencia y naturaleza de la institución de la responsabilidad del superior jerárquico. La presente disertación tiene como objeto el estudio de esta institución, a través del desarrollo doctrinario de sus características y atributos que determinan la punibilidad de la conducta omisiva del superior, frente a los crímenes cometidos por los subordinados bajo su control efectivo. Para ello, se configura un test de responsabilidad que verifica el cumplimiento de sus requisitos en las decisiones de los Tribunales Internacionales, con el fin de analizar la incidencia de esta institución en la jurisdicción internacional y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico interno.

ÍNDICE

| | | |
|---------------------------------------|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 | |
| CAPÍTULO I | | |
| RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL SUPERIOR | | |
| 1.1 | Alcances legales y doctrinarios de la Responsabilidad del Superior | 2 |
| 1.1.1 | Precisiones preliminares sobre el Derecho Penal Internacional | 2 |
| 1.1.2 | Principio de la Responsabilidad Penal Individual | 6 |
| 1.1.3 | La responsabilidad del superior en el Ordenamiento Jurídico Internacional | 11 |
| 1.2 | Alcance de la responsabilidad penal internacional del superior | 18 |
| 1.2.1 | La doctrina de la responsabilidad del superior: determinación de la conducta punible | 18 |
| 1.2.2 | Reconocimiento del poder en una relación jerárquica | 19 |
| 1.2.3 | La omisión en la responsabilidad del superior | 21 |
| 1.3 | Características y elementos de la Responsabilidad del Superior | 24 |
| 1.3.1 | El control efectivo | 25 |
| 1.3.2 | El conocimiento | 26 |
| 1.3.3 | El incumplimiento del superior de prevenir, reprimir, sancionar o denunciar un crimen del subordinado | 30 |
| 1.4 | Contextualización de crímenes de guerra | 32 |
| CAPÍTULO II | | |
| NATURALEZA JURÍDICA | | |
| 2.1 | Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Superior | 37 |
| 2.1.1 | Superior | 37 |
| 2.1.1.1 | Análisis de la conducta atribuible al superior jerárquico | 37 |
| 2.1.1.2 | Autonomía o Subsidiaridad de la conducta | 37 |
| 2.1.1.3 | Formas de participación en razón del crimen del subordinado | 39 |
| 2.2 | Doctrina sobre la obediencia debida | 42 |
| 2.3 | Análisis de sentencias | 47 |
| 2.3.1 | Metodología de análisis jurisprudencial | 47 |
| 2.3.2 | Conceptos, atributos y variables aplicables a la responsabilidad del superior | 49 |

| | | |
|---------|---|----|
| 2.3.3 | Selección de casos | 53 |
| 2.3.3.1 | Caso Yamashita: Origen del estándar de responsabilidad del superior | 53 |
| 2.3.3.2 | Caso Medina: Aplicación del precedente Yamashita | 60 |
| 2.3.3.3 | Caso Celebici - Prosecutor vs Delalic y otros | 67 |
| 2.3.3.4 | Caso Aleksovski | 76 |
| 2.3.3.5 | Caso Blaskic | 82 |
| 2.3.3.6 | Caso Akayesu | 87 |

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LA NORMATIVA LATINOAMERICANA E INTERNA: PRECEDENTES Y PERSPECTIVAS JURÍDICAS

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.1 | Aplicación interna de la jurisprudencia internacional | 92 |
| 3.1.1 | Consecuencias de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales | 92 |
| 3.1.2 | Principios comunes de la jurisprudencia internacional sobre la responsabilidad del superior | 95 |
| 3.1.3 | Incorporación de la jurisprudencia internacional en el Estatuto de Roma | 98 |
| 3.2 | Macrocriminalidad y prevención-sanción de violaciones a los derechos humanos | 102 |
| 3.3 | Concepción de la institución en la Jurisdicción Interna: Perspectivas Latinoamericanas | 106 |
| 3.3.1 | La persecución del Superior Jerárquico en la Jurisprudencia latinoamericana a partir de la responsabilidad del Estado | 107 |
| 3.3.1.1 | Caso Mapiripán v Colombia | 108 |
| 3.3.1.2 | Caso de Barrios Altos y Caso de la Cantuta v Perú | 113 |
| 3.3.3 | Adopción de la responsabilidad del superior en las legislaciones penales latinoamericanas | 116 |
| 3.4 | Ecuador: Aplicación de la responsabilidad del superior como parte del ordenamiento jurídico interno | 120 |
| 3.4.1 | La existencia de la responsabilidad del superior en el derecho | |
| 3.4.2 | Interno: Normativa penal militar y Derecho Internacional Humanitario | 121 |
| | La aplicación directa del Estatuto de Roma como norma de rango constitucional, al no existir la responsabilidad del superior | 122 |
| 3.4.3 | Un paralelo funcional con otras instituciones de la normativa penal: La responsabilidad del superior jerárquico en el COIP | 124 |

CAPÍTULO IV
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | | |
|-----|-----------------|-----|
| 4.1 | Conclusiones | 127 |
| 4.2 | Recomendaciones | 130 |

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El cuestionamiento sobre la responsabilidad del superior surge por la lectura casuística sobre el juzgamiento de los criminales en la Segunda Guerra Mundial, dos observaciones me llamaron la atención: a) la existencia de una organización jerarquizada y una política determinada y b) algunos de los crímenes eran ejecutados por los subordinados sin la concurrencia explícita de una orden superior. Bajo esta perspectiva, si el mando no era el generador de los crímenes ¿Cuál era el papel del superior frente a los crímenes de los subordinados?

Esta interrogante, condujo el análisis de una responsabilidad por omisión cuyos lineamientos son complejos, en primer término: el superior que tenía conocimiento o tenía razones para saber sobre los crímenes de los subordinados y no tomó las medidas necesarias para prevenir, reprimir o sancionar el crimen es responsable penalmente. Esta descripción, no era ajena a la costumbre internacional, ni a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales además, tenía un amplio desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Ad Hoc y más recientemente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En base a estas disposiciones, se puede dilucidar que la institución tiene requisitos específicos: a) control efectivo, b) conocimiento efectivo o constructivo y c) la omisión de tomar las medidas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen. Sin embargo, los límites de estos atributos manifiestan problemas en la aplicación de la responsabilidad.

En virtud de lo expuesto, esta disertación pretende sugerir soluciones frente a las ambigüedades generadas por la responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho Penal Internacional consecuentemente, se va a demostrar que la responsabilidad del superior es una institución: de omisión propia, sin relación causal con el crimen del subordinado y con características específicas que la distinguen de otras instituciones.

A partir de esta premisa de análisis, la necesidad del presente estudio radica en la incorporación de los lineamientos del Derecho Penal internacional y el Derecho Internacional Humanitario en el derecho interno, como un problema jurídico actual que ha provocado un cambio en los cuerpos normativos de América Latina y el mundo en los cuales, el principio de la responsabilidad del superior está presente especialmente, en países con antecedentes de violaciones graves a los derechos humanos fundamentales

como: Colombia y Chile. La aprobación del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador que incorpora varios delitos de naturaleza internacional, deja abierta la puerta a la discusión de la responsabilidad del superior como parte de nuestro sistema jurídico.

Ante lo expuesto, en el primer capítulo de esta disertación se examina los antecedentes del Derecho Penal Internacional y los principios de la responsabilidad penal individual en los cuales, se encuentra la responsabilidad del superior jerárquico a partir de este contexto, se ubica a la institución en el ordenamiento jurídico internacional específicamente, la descripción que se realiza en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, en los estatutos de los Tribunales Internacionales Ad hoc y el Estatuto de Roma. Bajo esta perspectiva, se aborda la definición y alcance de la institución en la doctrina, se distingue la conducta omisiva y la existencia de una relación jerarquizada para posteriormente establecer los elementos característicos de la responsabilidad del superior y definir el contexto de un conflicto armado.

Una vez planteados los aspectos doctrinarios de la responsabilidad del superior en el segundo capítulo se aborda su naturaleza jurídica y se proyectan los problemas de determinación referentes a las vertientes de a) autonomía o b) subsidiaridad de la conducta del superior a la del subordinado y las formas de participación que de esta se derivan para posteriormente conocer la antítesis de la responsabilidad del superior que se encuentra en la obediencia debida.

En este mismo capítulo, se realiza un análisis de las sentencias internacionales que han afrontado la responsabilidad del superior, mediante el método comparativo y la aplicación de un test de responsabilidad elaborado a partir de los antecedentes doctrinales del primer capítulo, para valorar las decisiones de los jueces en virtud del cumplimiento de los requisitos de la institución y la interpretación de sus límites.

El tercer capítulo, integra las conclusiones generadas en el capítulo precedente, para definir los principios comunes de la jurisprudencia internacional respecto a la responsabilidad del superior y validar o invalidar la posición planteada al inicio de este estudio, se evalúa la problemática actual del tipo penal del artículo 28 del Estatuto de Roma, como un tratado internacional que contiene la obligación de incorporar su normativa en el ordenamiento jurídico de cada país. Por otro lado, este capítulo plantea una justificación de la persecución penal del superior mediante la perspectiva de la

“macrocriminalidad” y la protección de los derechos humanos. Para finalizar, se estudia la aceptación de la institución en los ordenamientos jurídicos de América Latina y su correspondencia con las decisiones de los jueces competentes para posteriormente, abordar la existencia o no de este tipo de responsabilidad excepcional en el caso ecuatoriano.

En el cuarto y último capítulo se establecen las conclusiones fruto del proceso investigativo en esta disertación y las recomendaciones que se espera sean acogidas para una mayor difusión del Derecho Penal Internacional y una mejor interpretación de la responsabilidad del superior jerárquico.

Este estudio, bajo mi criterio, es un instrumento que pretende la comprensión de las particularidades de una institución de difícil determinación además, es parte de un esfuerzo investigativo que busca motivar a los estudiantes adeptos a esta temática a contribuir con nuevos análisis y perspectivas que enriquezcan la academia y especialmente, la discusión del derecho penal.

CAPITULO I

1. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL SUPERIOR

1.1 Alcances legales y doctrinarios de la Responsabilidad del Superior

1.1.1 Precisiones preliminares sobre el Derecho Penal Internacional

El Derecho Penal Internacional tiene como principio fundamental determinar la responsabilidad de las personas involucradas en cierta categoría de conductas tales como: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, agresión, entre otros, y castigar estos actos criminales de acuerdo con reglas internacionales previamente establecidas (Monroy Cabra, 2006, pág. 16). Su objetivo es acabar con la impunidad y juzgar a los autores de violaciones a los derechos humanos fundamentales, en una jurisdicción complementaria a la persecución nacional de los crímenes de reproche penal, esta combinación debe mantener un efecto disuasorio para la disminución de los crímenes internacionales (Ambos, 2007, pág. 3).

Tradicionalmente, se ha concebido al Derecho Penal Internacional como el conjunto de todas las normas de Derecho Internacional Público que establecen consecuencias jurídico-penales por ello, la creación de los delitos y su sanción se basa en las fuentes, principios, sistemas hermenéuticos y la doctrina del Derecho Internacional (Ripollés, 1965, pág. 166) a su vez, su aplicación corresponde generalmente a la jurisdicción de cada Estado, haciendo efectivo el principio de complementariedad por el cual, los sistemas de justicia penal internacional funcionan de forma subsidiaria a la jurisdicción nacional en la sanción de crímenes internacionales, lo que garantiza el castigo de los responsables (El Zeidy, 2002, pág. 122).

En este sentido, aunque el Derecho Penal Internacional deviene directamente del Derecho Internacional (Bueno Arús & Zaragoza, 2003, pág. 12), se opone a la concepción clásica en la que los estados y las organizaciones internacionales son los únicos sujetos de regulación e introduce a la responsabilidad penal individual como un principio necesario en la persecución de crímenes internacionales. En principio, la responsabilidad internacional recae sobre los estados por un acto contrario al Derecho Internacional cometido por otro Estado, el cual no hace más que hacer valer su propio derecho, como

manifiesta Manuel Diez de Velazco (2007, pág. 31), la responsabilidad surge por el hecho internacionalmente ilícito que puede definirse como:

Un hecho atribuible a un sujeto jurídico-internacional que, constituyendo una violación o infracción del D.I., lesiona derechos de otro sujeto u otros sujetos de dicho ordenamiento, o incluso derechos o intereses de los que sería titular la propia comunidad internacional, dando lugar, entre otras consecuencia posibles, a la responsabilidad del sujeto autor del hecho (Diez de Velzco, 2007, pág. 33).

El juicio de responsabilidad internacional excepcionalmente, puede afectar al individuo, en la medida en que algunas reglas del Derecho Internacional le atribuyen derechos y obligaciones (Diez de Velzco, 2007, pág. 34). El hecho ilícito del individuo es de suma gravedad para el interés de la comunidad internacional y por esta razón, es perseguible por el Derecho Penal Internacional (Pérez-Prat Durbán, 2008, pág. 216).

En razón de la gravedad de los crímenes, se aplican normas internacionales como parte del ordenamiento jurídico nacional o frente a la inacción del Estado competente, se ejerce una jurisdicción internacional penal (El Zeidy, 2002, pág. 130). De acuerdo a la Resolución N° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1946) que consagró los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg¹, el Principio II establecen: “El hecho de que la legislación interna no imponga una pena por un acto que constituye una violación al derecho internacional no exime a la persona que hubiera cometido el acto de la responsabilidad ante el derecho *internacional*” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1946).

Con ello, la actuación de la comunidad internacional puede materializarse mediante la jurisdicción universal que permite a un Estado extender el ámbito de aplicación del derecho nacional, respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio y juzgarlos², para evitar la impunidad de los perpetradores (Philippe, 2002, pág. 4), o con la creación de

¹ La Resolución N° 95 de 1946 es una confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y la aceptación de las sentencias expedidas por el Tribunal, en la que se reconoce la obligación que tiene la Asamblea de realizar recomendaciones para estimular el desarrollo y codificación del Derecho internacional. Con esta resolución se da instrucciones al Comité de Codificación del Derecho Internacional para la formulación de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios establecidos en Nuremberg.

²El ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra se basa tanto en el derecho convencional como en el derecho internacional consuetudinario. En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de la guerra, se estipula la jurisdicción universal para las violaciones de dichos Convenios que se califican de infracciones graves.

tribunales ad hoc u organismos supranacionales como la Corte Penal Internacional (Bueno Arús & Zaragoza, 2003, pág. 43).

Esta atribución de la comunidad internacional para la ejecución del Derecho Penal Internacional está determinada por el principio de bona fide entre los estados, como parámetro de interpretación, así lo señala el Art. 31 del Convenio de Viena (ONU, 1969). El Art. 27 del mismo instrumento dispone que el estado no puede invocar su derecho interno para el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (ONU, 1969). Los Principios de Princeton³ sobre la jurisdicción universal (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001), respaldan la actuación del Estado de conformidad con sus derechos y obligaciones internacionales e indican que otros estados deben dar la colaboración necesaria para el ejercicio de la justicia.

En este marco de aplicación del Derecho Penal Internacional, la responsabilidad penal individual puede definirse como la obligación que tiene una persona de responder penalmente por sus actos (Velasquez, 2010, pág. 92). Para que un individuo sea sujeto de derecho internacional debe adecuarse a dos posibilidades: a) ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional o b) ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional (Rueda Fernandez , 2001, pág. 139). El carácter penal de la responsabilidad del individuo en el ámbito internacional, surge por este reconocimiento de derechos y obligaciones, así como su capacidad de actuar y por ende, de comparecer frente a un tribunal para su juzgamiento (Lirola Delgado, 2004, pág. 56).

1.1.2 Principio de la Responsabilidad Penal Individual

La determinación de responsabilidad del individuo, por actos punibles en el ámbito internacional, se enmarca en principios que direccionan su aplicación (ONU, 2003, pág. 22), algunos de ellos fueron acogidos en la Parte III del Estatuto de la Corte Penal Internacional y componen la base para el juzgamiento de los responsables de violaciones al

³ Los principios de Princeton se ubican en la categoría del soft law, por ende no cuentan con valor obligatorio aunque cuentan con el “*sustrato ético del Derecho Internacional*” (Dupuy, 1977, pág. 247). El objetivo de tales principios es su consideración por parte de los Estados al momento de enfrentar una situación en la aplicación de la jurisdicción internacional. El hecho de que este instrumento no sea por sí mismo obligatorio no le priva de efectos jurídicos, pues dentro del denominado soft law, tiene un valor persuasivo, en que los Estados como integrantes de la comunidad internacional y con base en el principio de la buena fe deben considerar como parte de sus obligaciones internacionales (Del Toro Huerta, 2006, pág. 533).

Derecho Penal Internacional además, de contrarrestar la impunidad. Estos lineamientos son los siguientes:

1. La responsabilidad internacional penal concierne a la persona natural individualmente considerada: El establecimiento de la responsabilidad internacional penal supone la existencia de un deber de respeto al derecho internacional que sobrepasa la esfera de los estados es por ello que, la intermediación estatal en materia de responsabilidad desaparece frente a casos de crímenes internacionales particularmente graves, donde la sanción es sobre el individuo (Chinchón Álvarez, 2006, pág. 5).
2. La responsabilidad internacional penal no concierne a las personas jurídicas: La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue discutida y descartada durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma⁴, su exclusión del Estatuto no omite otras formas de responsabilidad internacional de los Estados (Estupiñan Silva, 2012, pág. 16). En efecto, la propuesta de incluir la responsabilidad de sociedades privadas relacionadas a la responsabilidad individual de quien ejerce una posición de control y actúa en nombre de la organización, no corresponde a la competencia de la Corte Penal Internacional que se centra en el juzgamiento de individuos y de sus actos ilícitos (Chinchón Álvarez, 2006).
3. Los responsables de crímenes internacionales no son sujetos calificados: La responsabilidad individual se establece sin la exigencia de condiciones o cualidades personales que se requieren, en algunos tipos penales, para adecuar una conducta en la hipótesis es decir, no obedece a la calidad especial en el sujeto por ejemplo, el superior jerárquico militar no es culpable por su calidad de comandante sino por la

⁴ Es importante señalar que existen acuerdos referentes a la responsabilidad de las persona jurídicas por ejemplo: la Convención de Mérida (Organización de las Naciones Unidas, 2004) que entró en vigor el 14 de diciembre del 2005 establece que:

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

configuración de la conducta ilícita. Esto fue subrayado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, quien afirmó que también una persona civil, en virtud de su autoridad en los asuntos públicos, podía sostener la guerra o contribuir a un ataque generalizado y sistemático contra la población (Estupiñan Silva, 2012, pág. 18).

4. Las inmunidades diplomáticas no son un eximente de la responsabilidad internacional penal: La aplicación de la responsabilidad penal internacional ha autorizado una excepción al principio de la inmunidad de los altos funcionarios que ejercen la representación internacional de los estados, con el fin de impedir la impunidad y perseguir a los dirigentes de violaciones a los derechos humanos (Ambos, pág. 2005).

El Principio III establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas señala: “El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho *internacional*” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1946). Sin embargo, esta regla ha sido aplicada solo para la inmunidad funcional o *ratione materiae*, privilegio que opera sobre altos funcionarios por actos cometidos en el marco de sus funciones, está ligada al cargo y no a la persona específica porque se presume que estos actos se realizan en representación del Estado (Reyes Milk, 2002, pág. 72).

La inmunidad *ratione materiae* es permanente, no termina a pesar del cese de funciones lo cual, no impide que el sujeto sea juzgado por actos delictivos realizados a título personal, fuera de sus funciones oficiales (Ríos Rodríguez, 2007, pág. 7). En el proceso de extradición de Augusto Pinochet⁵, la Cámara de Loes del Parlamento del Reino Unido contempló los delitos susceptibles de extradición y la inmunidad material en efecto, los delitos imputados a Pinochet como la tortura y

⁵ Augusto Pinochet, encabezó la dictadura chilena entre los años 1973 a 1990 en la que se perpetraron graves violaciones a los derechos humanos, en 1998 como senador vitalicio, después de dejar su mandato, viajó a Londres sin embargo, el Juez Baltazar Garzón dictó una orden de detención en España por la muerte de españoles en Chile. Se resolvió invalidar la inmunidad diplomática sin embargo, un tercer Comité de Loes dejó sin efecto lo actuado y decidió liberar a Pinochet por razones humanitarias debido al grave deterioro en su salud.

conspiración para la tortura exigían un proceso judicial y para ello la inmunidad no debe ser un obstáculo, si hay evidencia suficiente de que el acusado autorizó o perpetró tales crímenes internacionalmente graves. Los actos de Pinochet después del 8 de diciembre de 1988 no se adecuaban al propósito de la inmunidad *ratione materiae* porque eran contrarios al Derecho Internacional (*Regina v Battle and de commissioner of police of the Metropolis and others, ex parte Pinochet*, 1999, p.84).

Otra situación surge con la inmunidad personal o *ratione personae*, otorgada a altos funcionarios como agentes diplomáticos o jefes de estado, debido al estatus o la posición. Es absoluta para todos los actos públicos o privados y es temporal, aplicable mientras dure el cargo (Novak, 2001, pág. 230). En este sentido, existe un límite en las actuaciones de los tribunales internacionales siendo posible la acción judicial únicamente, al cese de las funciones de la persona implicada (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013, pág. 753).

Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la República Democrática del Congo contra Bélgica⁶ (2002), reconoció la inmunidad personal del Ministro de Asuntos exteriores del Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasin y declaró que las funciones de un Ministro de Relaciones Exteriores son tales, que durante su cargo, goza de total inmunidad de jurisdicción en materia criminal. Esta inmunidad protege al individuo respecto de cualquier acto de autoridad de otro Estado que podría obstaculizarle el cumplimiento de sus obligaciones (Ríos Rodríguez, 2007, pág. 22).

5. La responsabilidad internacional penal no se extingue con el paso del tiempo: La imprescriptibilidad de la acción penal en los casos de crímenes de guerra responde a la protección de derechos fundamentales, se exceptiona este tipo de crímenes

⁶ El fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia (2002, p. 48) relativo a la orden de detención expedida el 11 de abril del 2000 por Bélgica, contra el Ministro de Relaciones exteriores del Congo Abdulaye Yerodia Ndombasi debido a que había alentado públicamente a la población congoleesa a matar a los miembros de la rebelión en contra del gobierno, este grupo era en su mayoría Tutsi. La Corte determinó que la orden de detención y su difusión a nivel internacional constituía una violación de las obligaciones jurídicas contraídas por Bélgica con la República Democrática del Congo y por ello, Bélgica debía derogar la orden de detención. Los argumentos de fondo señalan que la Corte se basa en el Derecho Internacional Consuetudinario para indicar que las inmunidades reconocidas a los Ministros de Relaciones exteriores no son en su beneficio personal sino para el cumplimiento eficaz de sus funciones, mientras dure el desempeño de estas funciones existe una inmunidad total de jurisdicción penal.

mediante una regla consuetudinaria del *ius cogens*⁷, en este aspecto, la comunidad internacional ha aceptado estos principios como una norma de ámbito general que no admite contradicción legal, salvo por una norma de igual jerarquía (Aguilar Cavallo, 2008).

La declaración expresa de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, surgió por la posibilidad de que los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial se declararan prescritos después de 25 años, como lo determinaban las legislaciones nacionales (Cassese & Delmas Marty, 2004, pág. 333). Por este motivo se elabora la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968. En el preámbulo de la Convención se recuerda que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad:

Figuran entre los delitos de derecho internacional “más graves” y que su represión efectiva es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1968).

6. La responsabilidad internacional penal no se extingue en los casos de cosa juzgada aparente o fraudulenta: El artículo 20 del Estatuto de Roma⁸ establece que el principio *no bis in ídem* no es aplicable cuando a) se busque sustraer al acusado de la competencia de la jurisdicción internacional penal o b) cuando no se haya instruido el proceso con imparcialidad e independencia, conforme a las garantías procesales reconocidas internacionalmente (Bueno Arús & Zaragoza, 2003, pág. 421).

⁷ Debido a la importancia de los valores que protege, este principio ha sido comprometido en una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, una norma que goza de un rango más elevado en la jerarquía internacional que el derecho convencional y normas consuetudinarias “ordinarias”. El principio en cuestión no puede dejar de cumplirse a través de la firma de tratados internacionales, costumbres locales o especiales o incluso, reglas consuetudinarias generales que no tengan la misma fuerza normativa. Las normas de *ius cogens* llevan implícita en su definición la idea de la *opinio iuris*. A más de la convicción de actuar conforme a derecho que estas normas conllevan, existe también una convicción de que esas normas gozan de un carácter imperativo (Garibian, 2012).

⁸ El Artículo 20 señala que nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte, ni por otra Corte.

7. Responsabilidad de los superiores jerárquicos: La responsabilidad penal internacional abarca una particularidad referente a los superiores como autores de una orden ilícita a los subordinado y la responsabilidad del superior jerárquico propiamente dicha que radica en una omisión, institución jurídica fundamental del presente estudio.

La responsabilidad de los superiores es una de las más importantes y necesarias instituciones del Derecho Penal Internacional porque es un instrumento que guarda relación con la obligación de los superiores de evitar que sus subordinados cometan crímenes en ejercicio de sus funciones (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 10). Es por ello que, encuentra su origen y es una consecuencia de la aplicación del principio de responsabilidad en el mando o mando responsable, la noción de responsabilidad se refiere a las consecuencias penales del incumplimiento de sus obligaciones (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 14).

El superior que, sin haber sido el autor material o intelectual, ni participe del crimen, tenía conocimiento o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer ese ilícito, lo estaba cometiendo o lo había cometido y no tomó las medidas necesarias para prevenir el crimen o para castigarlo es responsable penalmente (Ambos, 2004, pág. 89). Los siguientes capítulos abordan la particularidad del principio de la responsabilidad del superior en la imputación de la responsabilidad individual por crímenes contrarios al Derecho Internacional.

1.1.3 La responsabilidad del superior en el Ordenamiento Jurídico Internacional

En el desarrollo de la responsabilidad penal individual concurre la situación particular de los superiores, cuya omisión frente al crimen de los subordinados acarrea responsabilidad. Este tipo de responsabilidad ha sido una práctica generalmente aceptada por los estados que posteriormente, fue desarrollada en tratados internacionales (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, pág. 89) aunque, son las sentencias posteriores a la Segunda Guerra Mundial las que esclarecen la aplicación y alcance de la institución.

1. Las infracciones graves en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales:

El primer instrumento que incluye de manera genérica a la responsabilidad del superior es el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 referente a la Protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977. Fue ratificado por los Estados para que el tratamiento jurídico de los conflictos armados sea más completo, universal y se adaptara mejor a los conflictos modernos, además de ampliar y precisar disposiciones vagas y generales de los Convenios de Ginebra aplicables a conflictos armados de carácter internacional (CICR, 2008, pág. 3).

En efecto, con los Convenios de Ginebra se manifestó un sistema de represión de las infracciones graves, consideradas como violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario (CICR, 2003). Las infracciones graves son crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales que contienen crímenes de acción y de omisión (CICR, 2008, pág. 8). Sin embargo, los Convenios de Ginebra de 1949 no establecen de forma concreta que la omisión del superior constituya una infracción.

Por ello, la infracción por omisión de un superior jerárquico es agregada por el Protocolo I; se considera que es una forma particular de participación criminal en la que se debe culpar de una infracción grave al superior porque su responsabilidad está involucrada cuando sus subordinados cometen un delito contra el Derecho Internacional Humanitario. (CICR, 2003, pág. 2). En el artículo 86 del mencionado Protocolo (CICR, 1977) se establece la responsabilidad por omisión de los superiores, si sabían o poseían información que les permita concluir que los subordinados iban a cometer una infracción y no tomó las medidas a su alcance para prevenir, reprimir y sancionar el crimen complementariamente, en el artículo 87 se determina que las obligaciones de prevenir, reprimir y sancionar son exigibles a los superiores jerárquicos.

1. Tribunal especial de Núremberg

Los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial dieron lugar a la conformación de tribunales para juzgar a los responsables. En virtud de la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943, se determinó que los miembros del Partido Nacionalsocialista Alemán que cometieron crímenes, serían devueltos a los países en los que tuvieron lugar los actos, para que puedan ser juzgados y condenados de acuerdo a esa

jurisdicción (Estatuto constitutivo del Tribunal de Núremberg , 1946). De igual forma, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania estableció el Tribunal de Nüremberg (Organización de las Naciones Unidas, 2003, pág. 82).

El estatuto constitutivo no hizo referencia a la responsabilidad del superior (Estatuto constitutivo del Tribunal de Núremberg , 1946) pero, en su artículo 7 señaló un principio fundamental de la responsabilidad individual: “El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena”. Es decir, eliminó la inmunidad para evitar la impunidad en los procesos contra altos funcionarios del régimen y posibilitó su juzgamiento⁹.

Posteriormente en el Hostage Case¹⁰ se procesó a funcionarios de alto rango del ejército alemán, entre ellos a Wilhelm von List por crímenes cometidos en territorios ocupados, vinculado a crímenes de los subordinados por acción y omisión. (Sánchez, Forero Ramírez, Rugeles, & Palacios, 2009, pág. 119). En efecto, los acusados recibieron constantes reportes de que los crímenes se estaban cometiendo en los territorios ocupados, pero rechazaron revisar dichos reportes porque no se consideraban obligados a ello, omitiendo un deber de su cargo (Portilla Gómez & Hernández y Rojas, 2008, pág. 8). De igual manera, se juzgó a Oswald Pohl y otros miembros de la SS, encargados de la administración de los campos de concentración, a Karl Brandt¹¹ y otras personas casi todos médicos envueltos en experimentación humana durante el régimen nazi. En ambos casos se reconoce la omisión del deber del superior como una forma de imputación criminal (Sánchez et al., 2009. Pág. 132).

⁹ La eliminación de obstáculos legales para viabilizar la competencia del Tribunal de Nuremberg trajo como consecuencia una violación al principio de legalidad en efecto, si se considera que nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional se contraponen con el factor temporal del principio de legalidad es decir, los delitos y las penas deben ser establecidos previamente a los hechos. El Tribunal de Nuremberg señala que el Estatuto es declaratorio de leyes pre existentes es así, que la estricta legalidad no es aplicable pues el acusado conocía que lo que hacía estaba mal por lo cual el principio de legalidad es un “mero principio de justicia”

¹⁰ Se celebró del 08 de julio 1947 hasta el 19 de febrero de 1948 y fue el séptimo de los doce juicios por crímenes de guerra en poder de las autoridades estadounidenses en ocupación de Alemania.

¹¹ El Juicio de los médicos 23 acusados eran médicos (Brack, Rudolf Brandt y Sievers, siendo oficiales nazi) por planear y llevar a cabo experimentos médicos.

2. Tribunal Especial para el Lejano Oriente

El Art. 10 de la Declaración de Potsdam de julio de 1945, que reunió a China, Estados Unidos y Gran Bretaña, exigía que se juzgara a los altos mandos implicados en los crímenes de la Segunda Guerra Mundial por un tribunal competente de carácter internacional. En efecto, después de la rendición de Japón, el ejército estadounidense ocupó la totalidad del territorio y el comandante en jefe de las fuerzas armadas promulgó una “*proclamación especial*” que instituyó el Tribunal Militar para el Lejano Oriente en Tokio, el 19 de enero del 1946 (Heinrich Jescheck, 2000, pág. 4).

El estatuto constitutivo del Tribunal, al igual que el de Nuremberg, no mencionó la responsabilidad del superior propiamente dicha. El artículo 5 mantuvo la eliminación de la inmunidad funcional a los altos mandos japoneses, abordó la responsabilidad de mando y la eliminación de la obediencia debida como eximente de responsabilidad. Sin embargo, los juicios ante el Tribunal Militar Internacional de Tokio del ex Primer Ministro japonés Tojo, así como del ex Ministro de Relaciones Exteriores Hirota, ambos hallados responsables además, de haber fallado en prevenir y sancionar los crímenes perpetrados contra los prisioneros de guerra capturados, constituyen una aplicación del principio de responsabilidad del superior por omisión (Hasting, 2008, pág. 24).

3. Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad Humana en 1954

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, constituida por resolución N° 174 de la Asamblea General, tenía las siguientes funciones (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1983):

- a) Formular los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg,
- b) Preparar un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad en el cual, se indique claramente la función que le corresponde a dichos principios.
- c) Elaborar los principios para el estatuto constitutivo de la Corte Penal Internacional.

Para ello, en su versión de 1986, el Proyecto de Código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad trató la responsabilidad del superior de esta manera:

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir ese crimen (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1983).

La responsabilidad del superior, en este proyecto, equiparó la omisión a una forma de participación en el crimen del subordinado y mantuvo los elementos constitutivos de la institución, en razón del elemento subjetivo señala que el superior “sabía o tenía razones *para saber*” sobre los crímenes de los subordinados (Comisión de Seguridad de las Naciones Unidas, 1998) y omite tomar las medidas necesarias, que su autoridad le exigen, para prevenir o sancionar el crimen.

Respecto a la omisión del superior como una forma de participación calificada como complicidad, el relator especial encargado del Proyecto de Código, Doudou Thiam, precisó que:

Se supone que el superior está informado de todas las actividades de sus subordinados, y *el hecho de no impedir un acto o un proyecto criminal equivale a la complicidad. (...) El incumplimiento de este deber, bien sea por abstención voluntaria o por negligencia, hace a los superiores cómplices de los crímenes que pudieran cometerse. (...) La complicidad concebida en estos términos es, en relación con la complicidad prevista en los estatutos de Núremberg y de Tokio En la actualidad, esta forma de complicidad constituye un delito autónomo, de conformidad con el artículo 86, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.*

La Comisión de Derecho Internacional concluyó sus proyectos en 1996. Algunos Estados no permitieron que el Proyecto de Código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad fuera definitivamente aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas sin embargo, se considera que la parte sustantiva es elemento del derecho internacional consuetudinario (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1983, pág. 356) de esta manera, los tribunales penales internacionales se refieren al proyecto de Código como fuente de derecho al ser consideradas normas de una práctica aceptada generalmente por los Estados.

4. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)

El 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución N° 808, en la cual se calificó la situación en la ex Yugoslavia como una amenaza a la paz y la seguridad internacional. La resolución N° 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptada el 25 de mayo de 1993 establece el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en respuesta a la amenaza a la paz y la seguridad internacional que representaban el conflicto interno desde 1991¹², además de contribuir “a la restauración y *mantenimiento de la paz*” que significaba la persecución de los responsables de crímenes que incluían a altos mandos militares y civiles (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1993).

El Estatuto constitutivo del Tribunal contempló específicamente la institución de la responsabilidad del superior, el Art. 7 numeral 3 indica que los actos cometidos por un subordinado no eximen la responsabilidad del superior en el caso, de que tuviese conocimiento o razones para saber acerca del crimen y omitió tomar las medidas necesarias para impedirlo o castigar a los perpetradores (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1993). La jurisprudencia del tribunal, a partir de su Estatuto, ha develado el principal desarrollo de esta institución referente a su alcance, requisitos y fundamentos que serán analizados más adelante a la luz de los hechos y las sentencias.

5. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado el 8 de noviembre de 1994 a través de la resolución N° 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Su constitución fue consecuencia de las recomendaciones formuladas al Secretario General por una comisión de expertos formada a petición del mismo Consejo (Wembou, 1997, pág. 2). La Comisión concluyó que existían pruebas de que miembros de la etnia hutu habían perpetrado actos de genocidio para la destrucción del grupo tutsi. Así mismo, recomendó juicios a los sospechosos por haber cometido violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario (Sánchez et al., 2009. Pág. 165).

¹² Enfrentamientos entre los principales grupos étnicos y religiosos que constituyen Yugoslavia: eslovenos, húngaros y croatas (católicos), bosnios y albaneses (musulmanes) y macedonios, serbios y montenegrinos (ortodoxos).

El Art. 6 del Estatuto contempló la responsabilidad del superior semejante a lo descrito en el estatuto para el tribunal de la Ex Yugoslavia, en el sentido de que los actos cometidos por los subordinados no exime de responsabilidad al superior si tenía conocimiento o razones para saber acerca de la comisión de un crimen y no tomo las medidas necesarias para impedir o sancionar a los autores (Wembou, 1997, pág. 34).

6. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002 (Corte Penal Internacional, 1998), la cuestión relativa de la responsabilidad de los superiores por actos cometidos por sus subordinados fue tipificada en el artículo 28 que adoptó con mayor claridad los requisitos de la institución y su aplicación (García Ramírez , 2004, pág. 178).

En razón del Estatuto, los superiores pueden resultar responsables directos de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional cuando ordenan su comisión o responsables indirectos cuando no impiden o sancionan la conducta de sus subordinados (Rights and Democracy, 2001, pág. 18). Con carácter general, el Estatuto exige la existencia de una relación jerárquica, distinguiendo entre dos tipos de vínculos de subordinación: a) el de los jefes militares y b) el de superiores civiles.

De esta forma, el artículo 28 establece responsabilidad penal para los superiores militares o quienes actúen como tal, cuando tengan mando o autoridad y control efectivo sobre sus subordinados y tengan conocimiento o razones para saber sobre la comisión de un crimen. La diferencia con la responsabilidad para los superiores civiles radica en el aspecto cognoscitivo, los superiores hubieren sabido o deliberadamente hecho caso omiso de información acerca de los crímenes de los subordinados que guarden relación con su actividad y control efectivo. (Kalshoven & Zegveld, 2001, pág. 226). En ambas situaciones se omitió tomar las medidas necesarias para prevenir o reprimir el crimen, sancionarlo o denunciarlo frente a las autoridades competentes.

1.2 Alcance de la responsabilidad penal internacional del superior

1.2.1 La doctrina de la responsabilidad del superior: determinación de la conducta punible

A partir de los lineamientos del derecho consuetudinario y los instrumentos internacionales, un sector de la doctrina evalúa la concepción del principio de la responsabilidad del superior y se plantea una definición de la institución que incluye:

La responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando consiste en una forma de imputación penal de un superior por no haber hecho todo lo que estaba a su alcance para prevenir que sus subordinados cometieran determinados crímenes, sin haberlos ordenado o inducido directamente, y conociendo el hecho de que iban a ser cometidos o se estaban cometiendo (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 22).

Para efectos de este estudio se elaboró el siguiente concepto: La responsabilidad del superior es una creación del Derecho Penal Internacional que consiste en una omisión propia del deber del superior jerárquico con: a) autoridad y control efectivo sobre sus subordinados, quienes han cometido crímenes graves (crímenes base) sobre los cuales el superior tenía b) conocimiento o por las circunstancias pudo haberlo adquirido y a pesar de ello, c) no tomo las medidas necesarias que su mando le permitían para evitar, reprimir, sancionar o denunciar los crímenes, siendo responsable de su propia omisión por no interferir en las acciones de los subordinados e incumplir sus obligaciones.

Al referirnos a la institución de la responsabilidad del superior propiamente dicha, el superior es responsable en razón de los actos delictivos de sus subordinados o crímenes base porque no ha tomado las medidas necesarias y razonables para evitarlos y no por el resultado de la acción de los subordinados es decir: “El superior no actuó teniendo el deber legal de hacerlo, no se trata de una forma de responsabilidad objetiva” (Ambos, 1974, pág. 296).

En este aspecto, se rechaza la imputación objetiva porque la conducta punible (omisión) no devine de la causalidad es decir, que el resultado (crimen base del subordinado) no es el elemento objetivo del tipo (Jackobs, 1996, pág. 65). En la responsabilidad del superior se sanciona la omisión respecto de infracciones cometidas por el personal bajo su mando en consideración a su control efectivo y conocimiento, no al resultado que deviene del crimen base del subordinado. En efecto, la doctrina se inclina por

tratar la conducta del superior bajo los parámetros de la imputación subjetiva (Ambos, 1974, pág. 354).

La conducta punible del superior no se adecua a una estructura de comisión por omisión sino de omisión propia, porque no realiza determinados comportamientos debidos. Estos comportamientos están determinados normativamente o por la costumbre internacional (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007). Al respecto, la primera sentencia acerca de la responsabilidad del superior el caso Yamashita, en la que la Suprema Corte de Estados Unidos reconoció ante todo, que la omisión constituía “*una violación a las leyes de la guerra*” (Ambos, 2009, pág. 352):

Las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto de prevenir actos concretos ... (y) ... puede acarrearle responsabilidad *personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas(...)* en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados (United States v Yamashita, 1946).

La sentencia explica que las leyes de guerra le imponen al superior el deber de tomar las medidas apropiadas a su alcance para controlar a las tropas que están bajo sus órdenes e impedir que cometan actos que violen estas disposiciones. En el caso de no hacerlo, el superior jerárquico comprometió su responsabilidad penal cuando sabía o poseía información que le permita concluir que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción (Pérez, 2007, pág. 303).

En principio, esto es posible en un contexto de organización jerárquica, pues existe una cadena de mando que permite identificar las obligaciones de un superior frente a las conductas de los subordinados a su cargo (Pérez, 2007, pág. 342). En el Derecho se ha producido un fenómeno que Schünemann, (2002, pág. 10) ha llamado “extender la responsabilidad penal lo más posible hacia arriba”; esto implica que se impone la responsabilidad a aquel que en su situación gerencial o mandante estaba en posición de asegurar, prevenir o sancionar este acto y por ello, su omisión es punible.

1.2.2 Reconocimiento del poder en una relación jerárquica

La responsabilidad del superior ha sido denominada como responsabilidad de mando por antonomasia a una institución militar porque es en esta organización donde se

comprende la existencia de órdenes y subordinación, el régimen militar en Derecho Internacional se manifiesta en las leyes de guerra y las obligaciones que estipula el Derecho Internacional Humanitario para los mandos militares, el control de sus tropas y el tratamiento de heridos, víctimas y prisioneros de guerra (Mateus Rugeles, 2006).

En virtud a esta premisa, la imputación criminal del superior estaría restringida sin embargo, el Derecho Penal Internacional ha tratado casos en los que la participación de los civiles forman parte de actos punibles en crímenes internacionales (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 76) por ello, en las sentencias de Yugoslavia y Ruanda se reconoce que los superiores no militares también pueden ser responsables por esta omisión (CICR, 2003, pág. 76). Es pertinente esta aclaración debido a que la responsabilidad puede ser imputable a cualquier persona que detente la calidad de superior, así es señalado en el Estatuto de Roma en su artículo 28 b que alude a relaciones superior-subordinado distintas de la militar.

Esta calidad está determinada y legitimada por el reconocimiento de la organización, desde el punto de vista sociológico, Max Weber (1996, pág. 253) distingue el poder¹³ como: “la probabilidad que tiene un hombre de imponer su voluntad en una acción comunitaria” en tal contexto, este hombre es reconocido como superior no sólo por una disposición legal sino por la legitimación racional de sus subordinados que aceptan su jerarquía y asumen una obligación formal. La definición de Weber implica la aceptación intencional de las acciones de poder por parte de los subordinados, pues son legitimadas por su origen tradicional, legal o carismático, quien ejerce el poder ejerce la dominación como una capacidad individual para lograr que otros (subordinados) actúen de la manera deseada (Weber, 1996, pág. 260). En efecto, la concepción de Weber pretende explicar el quién y el porqué del ejercicio del poder.

Por otro lado, para Foucault (1988, pág. 6), el poder es una relación asimétrica que está constituida por la autoridad y la obediencia, este se articula sobre el otro (aquel sobre el cual se ejerce), puede plantearse por un consentimiento permanente, pero no es una manifestación del consenso. Quien ejerce el poder puede "conducir" y al mismo tiempo

¹³ Siguiendo a Max Weber observamos que el poder consiste en una relación desigual que se establece entre distintas personas o grupos, el cual se puede presentar en cuatro niveles distintos: El poder es la capacidad individual o la fuerza que necesitamos para poder actuar. El poder sería la capacidad de alguien para cambiar la conducta de otro. Podemos entender también el poder como una táctica o estrategia que permite controlar el contexto de la acción de los demás, limitando así sus posibilidades de obrar.

"llevar" a otros (según mecanismos de coacción). El ejercicio del poder consiste en "conducir conductas" y en arreglar las probabilidades. A diferencia de Weber, el planteamiento de Foucault se centra en el poder como producto de una sociedad construida en la que la capacidad individual de dominación no es aceptada ciegamente, sino que puede dar lugar a la resistencia. En consecuencia, lo fundamental son los mecanismos de ejercicio del poder (cómo) sobre el subordinado (Foucault, 1988). En una organización el superior ejerce el control del subordinado pero, él puede decidir oponerse al poder del superior y de su organización al generar una conducta delictiva propia e independientemente punible.

Bajo estas premisas, el ejercicio de poder en una organización jerárquica implica la existencia de relaciones de control. A partir de ello, cuando el superior este investido con las formalidades y requisitos previos establecidos en las leyes y reglamentos para detentar un cargo jerárquico estamos frente a un superior de iure, como en una organización militar o policial (Casim, 1997). Sin embargo, las relaciones de poder también son reconocidas con la noción de autoridad que puede existir en una jerarquía civil por ejemplo, en otras organizaciones estatales, en organizaciones no gubernamentales u otras personas jurídicas como sociedades o fundaciones, y organizaciones no reconocidas legalmente como grupos paramilitares o subversivos (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 211).

La responsabilidad recae en los superiores militares o civiles, aquellos de alto rango en la organización y no en los mandos medios; aplicando un tratamiento diferente a los ejecutores o subordinados, debido a que el control, como manifestación del poder, implica que la posición en la estructura jerárquica denota mayor probabilidad de supervisión de las acciones de los subordinados y por ello, el superior tiene la capacidad de evitar la comisión de crímenes.

1.2.3 La omisión en la responsabilidad del superior

Frente a la obligación de actuar del superior por un crimen del subordinado, el ordenamiento jurídico internacional manifiesta la responsabilidad del superior por omisión cuando no toma las medidas necesarias para evitar, reprimir, sancionar o denunciar el hecho ilícito (Greppi, 1999, pág. 18). Esta responsabilidad debe considerarse como una forma criminal prevista más ampliamente en el Derecho Internacional Humanitario (Ambos, 1974, pág. 321).

La omisión es esencialmente no intervenir en un suceso, cuando se omite de alguna manera se permite una acción de los subordinados o se colabora con la impunidad del acto en definitiva, el Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario plantean deberes y obligaciones para los superiores que, en caso de incumplimiento, generan responsabilidad del superior (Aponte, 2007, pág. 5).

La conducta del superior en este caso es de tipo omisivo sin embargo, existe otra figura o para algunos doctrinarios otra cara de la misma moneda (Pérez, 2007, pág. 254), denominada responsabilidad de mando activa que consiste en promover la comisión de ilícitos por parte de los subordinados es decir, una acción. Esta acción se genera por los delitos que cometan los subordinados como consecuencia de operaciones positivas del superior, una orden explícita, es necesario distinguir la responsabilidad directa del superior al ordenar o instigar de una responsabilidad por omisión.

En estructuras de mando, es más fácil determinar la responsabilidad frente a una orden del superior, la acción se califica como autoría mediata del superior que imparte la orden delictiva y son autores inmediatos o directos aquellos subordinados que la acatan, el superior responde por el delito al tener el dominio del hecho (Bantekas, 2003, pág. 124).

Es decir, frente a una orden, la estructura asegura el dominio del hecho pues, garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor, la acción del superior maneja una doctrina diferenciada denominada “*Autoría mediata por utilización del aparato organizador*” que, aunque guarda ciertas similitudes con la responsabilidad del superior en el sentido en que su desarrollo es en una organización con una estructura jerárquica, en la práctica son instituciones diferentes. (Winter Etcheberry, 2009, pág. 145)

La teoría de la “*Autoría Mediata por el dominio de la organización*”, ideada por Claus Roxin (2006, pág. 11), en base a los Juicios de Núremberg, indica que el superior usa instrumentalmente a una persona (subordinado) para la comisión de delitos. Para imputar la responsabilidad mediata al superior debe existir: a) el dominio de la organización, b) la fungibilidad del ejecutor, y c) la actuación delictiva. Sin embargo, para Eugenio Raúl Zaffaroni (2003, pág. 398), la autoría mediata planteada por Roxin es sumamente compleja porque sus requisitos pueden devaluar la acción del subordinado restando interés a los autores materiales:

El dominio del hecho es una cuestión de hecho que debe precisarse en concreto en cada caso, (...) la fungibilidad de los ejecutores no indica que su aporte no haya sido necesario, e incluso se advierte sobre los riesgos de devaluar la intervención de los ejecutores directos y facilitar soluciones políticas poco deseables.

Ahora bien, como contrapartida de la autoría mediata se analiza la conducta omisiva del superior y se incursiona en un terreno de difícil determinación debido a que el Derecho Penal Internacional no conoce una responsabilidad general por omisión (CICR, 1999) es decir, el caso de la responsabilidad del superior es una excepción. Para la doctrina existe la cuestión de si la configuración de la responsabilidad es de omisión “propia” o “impropia”. Desde una perspectiva jurídico-material, la omisión punible del superior se justifica en razón de su mando y autoridad pues, tiene la posibilidad efectiva de control de sus subordinados, esta es una responsabilidad especial que podría equipararse a la responsabilidad de garante atribuible al deber concreto de vigilancia y control sobre el subordinado.

Para Terragni (1997, pág. 342) “La Omisión se equipararían a la producción activa de un resultado, cuando el sujeto cumpliera según el sano sentimiento del pueblo con las prescripciones de un tipo de autor que da sentido al tipo penal”, es así que la búsqueda de una persona a quien imputarle el incumplimiento de un deber impuesto por la convivencia social, o por la comunidad de vida o de peligro es claramente un tipo de omisión impropia. Sin embargo, no se puede concebir únicamente a la responsabilidad del superior como el deber de vigilancia y tampoco en función de la posición de garante, esta institución tiene características y elementos constitutivos propios que dan lugar a una omisión propia (CICR, 1999).

En este aspecto, expongo la visión de Terragni (2012, pág. 229) por la que considero se argumenta la responsabilidad del superior como una omisión propia y no como una comisión por omisión en la que cabría la imputación del resultado de los crímenes de los subordinados, al respecto señala:

No comparto en absoluto aquella posición doctrinaria según la cual la adecuación típica puede considerarse satisfecha (distorsionando así la noción tradicional de autoría) bajo la idea genérica de que, quien no actúa abusa de su libertad y daña a otros mediante el dominio de su propia organización, de la forma en la que el autor se relaciona con los demás (...) no solo se extiende la posibilidad de ser autor, sino también la contingencia de ser partícipe (y con ello se amplía la punibilidad) (...) aunque el autor no realizase actos delictivos, la participación existiría y sería accesoria en orden al simple dato de que el titular no habría cumplido con su deber (Terragni, 2012, pág. 231).

En estos casos, la responsabilidad del superior está plasmada en ordenamientos jurídicos con un tipo penal que describe la conducta omisiva, el mismo autor señala que si “*La obligación esté plasmada en el texto legal, marca la diferencia con la omisión impropia*” En este sentido se manifiesta que: “*Quien omite domina solo su voluntad de no auxiliar a quien conoce está en peligro, no ha originado ni domina el devenir de los acontecimientos, que otra persona, la misma víctima o fenómenos naturales han puesto en marcha. Es dueño sólo de su omisión no de lo otro*” (Terragni, 2012, pág. 265).

Además, se debe indicar que más allá de la posición de garante que puede atribuírsele dogmáticamente a un superior, para que se efectúe la comisión por omisión debe existir una cláusula de correspondencia es decir, una igual valoración en la conducta omisiva y la activa (Bacigalupo, 2006, pág. 98). La misma que, en la omisión del superior y la comisión de los subordinados no es equiparable.

Con la responsabilidad del superior ocurre una omisión dolosa, es menester aclarar que el Estatuto de Roma mantiene entre sus postulados que para que se configuren los crímenes de su competencia debe existir conocimiento y voluntad (*mens rea*) en efecto, no aceptaría la negligencia o culpa. En la teoría clásica la omisión consiente radica en el conocimiento del peligro que corre el bien jurídico para el mismo autor “*Al dolo del tipo pertenece la voluntad de no actuar conociendo todas las circunstancias del tipo*” (Terragni M. , 1997, pág. 123).

1.3 Características y elementos de la responsabilidad del superior

Abordar las características y elementos de la Responsabilidad del Superior como una institución individualizada en el Derecho Penal Internacional implica tener claro que a) existen una relación jerárquica entre el superior y el subordinado y b) la conducta punible es una omisión propia, el superior en presencia de los actos delictivos de sus subordinados no ha tomado las medidas necesarias para prevenirlos, reprimirlos o sancionarlos. En cierto sentido, se plantea un deber ser y deber actuar del superior, en observancia a su posición regulada por la normativa internacional y el derecho consuetudinario (Pérez, 2007, pág. 432). En síntesis, se puede distinguir tres requisitos indispensables para que se configure la responsabilidad del superior jerárquico (Ambos, 1974):

1. La existencia de control efectivo sobre los subordinados.
2. El conocimiento por parte del superior jerárquico de que el crimen estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido.
3. El incumplimiento de las obligaciones del superior al no tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen, hacer cesar el crimen o para castigar al autor.

1.3.1 El Control Efectivo:

El primer requisito implica una realidad empírica, la materialización de las relaciones de poder en una organización pues, el superior ejerce control sobre sus subordinados para la realización de los fines de la institución (Ambos, 1999, pág. 120). En estas relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando tiene el deber de tomar las medidas necesarias para evitar que personas que se encuentran bajo su control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales:

Si el superior no evita, pudiendo hacerlo, que un subordinado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito, se le imputa un delito *más allá que el simple incumplimiento a un deber funcional*” (Amira Monje de Rojas y otros Vs. nación - Ministerio de Defensa Nacional y ejército nacional, 2009).

Es decir, estas medidas son parte del proceso de influir en las actividades de un individuo o grupo, para obtener de ellos esfuerzos que permitan el logro de objetivos en un entorno de conflicto en el cual, se espera que sea el superior quien dirija al grupo mediante sus órdenes para la ejecución de las tareas encomendadas y la supervisión de las mismas mediante la disciplina necesaria y la coordinación adecuada.

Es más sencillo distinguir la capacidad de control en la posición de mando de iure, debido a que son estructuras formales las que confieren tal autoridad. Las estructuras ejecutivas formales pueden designarse por cuatro niveles: mando político, mando estratégico, oficiales que comandan fuerzas de nivel medio y mandos tácticos (Pérez, 2007, pág. 56). El problema que puede presentarse en esta modalidad se sitúa en la oscuridad de la legislación o la dificultad de determinar en la práctica quien ostenta el mando determinado como el control efectivo.

La característica esencial del control efectivo, a decir de la doctrina (Ambos, 1974, pág. 340), es esta habilidad para prevenir y sancionar los actos de los subordinados. El

criterio del “*control efectivo*” (Andreu-Guzmán, 2012) implica la atribución de responsabilidad en los casos donde no hay una orden concreta y caben diferentes grados de sujeción. La doctrina prefiere determinar si el superior poseía la capacidad de facto para dar órdenes que permitieran prevenir y sancionar los actos de los subordinados que acudir directamente a la atribución legal, debido a que la ley no se prueba (Merenda, 2010).

En la práctica, el control efectivo hace que el juzgador no considere el nombramiento de iure o la formalidad jerárquica, es importante destacar que la posición no es la punible lo que se intenta es castigar hechos facticos relevantes y probar el verdadero origen de la subordinación. Ambos (2009, pág. 67) sostiene que: “Un deber de actuar se puede negar tan solo cuando el superior no posee ningún tipo de control. Éste puede ser el caso, por ejemplo, si los subordinados cometen excesos de considerable dimensión, *actuando completamente “fuera de quicio” y no cumpliendo ya las órdenes del superior*”.

Es así que, el control efectivo se convierte en un problema probatorio en el que se debe determinar el alcance del control del superior y la influencia de sus actos sobre los subordinados en consecuencia, los tribunales internacionales se ocuparán del juzgamiento, según este criterio, a efecto de la habilidad material para prevenir y castigar la conducta criminal. Este criterio deviene del caso Celebici¹⁴ (Prosecutor v. Delalic et al, 1998), en primera instancia se determina que la relación superior subordinado podía ejercerse de manera directa o indirecta, siempre y cuando existiera control efectivo del superior sobre el subordinado en el sentido de “*capacidad material para prevenir o sancionar la conducta criminal*”.

1.3.2 El conocimiento:

Este elemento se convierte en fundamental y de difícil tratamiento en la elaboración de esta investigación, debido a que debemos adentrarnos al elemento subjetivo del autor en un delito de omisión y principalmente determinar el alcance del conocimiento y la intencionalidad en la perpetración del crimen.

¹⁴ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia juzgó a Delalic, Delic, Múcić como dirigentes del campo ubicado en Celebici, por los crímenes cometidos contra prisioneros y por la detención ilegal de civiles.

El Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 1998) exige que para la responsabilidad penal individual, es necesario que exista conocimiento e intencionalidad para la realización de los elementos materiales del crimen. En efecto el mismo cuerpo normativo explica que se entiende que actúa intencionalmente quien: “En relación a una conducta se propone incurrir en ella y en relación con una consecuencia, se propone *causarla o es consiente que se producirá en el curso normal de los acontecimientos*”.

En este aspecto se expresa el elemento subjetivo que implica tener conocimiento del hecho y de la causalidad que existe entre la acción u omisión y el resultado. Por otro lado, la intención o voluntad el denominado mens rea se le atribuye al superior jerárquico que tenga conocimiento o razones para saber sobre la comisión de un crimen por lo cual, se deduce su culpabilidad (Winter Etcheberry, 2009, pág. 145); el hecho de que el superior conozca o haya podido conocer implica el conocimiento actual o potencial del resultado de la acción delictiva.

Como tal, la cláusula del mens rea fue introducida en el artículo 30 del Estatuto de Roma y se puede reducir en la regla *actus non facit reum nisi mens sit rea*, no hay responsabilidad si no concurren las disposiciones mentales del agente¹⁵ es decir, sin el elemento interno subjetivo del superior jerárquico, sea su disposición mental intencional o negligente, no existen responsabilidad.

Es necesario realizar una distinción entre el superior militar y civil, en el caso del militar la regla se aplica cuando hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (Corte Penal Internacional, 1998).

¹⁵ Las disposiciones mentales que pueden satisfacer el mens rea son las siguientes: 1. Intent (intención): La intención es una disposición mental exigida en muchos delitos y que se agota en la acción voluntaria dirigida a causar un resultado. 2. Recklessness (descuido): Algunos delitos exigen únicamente que concorra el descuido por parte del agente.. 3. Negligence (negligencia): Se actúa de manera negligente cuando la conducta de una persona en relación con el riesgo razonable se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable. 4. Knowledge (conocimiento): el delito puede exigir el conocimiento de uno o más elementos constitutivos.

Kai Ambos (1999, pág. 176) establece una categorización en donde se encasillan las disposiciones acerca del conocimiento en la normativa internacional; en el primer caso se establece para el superior militar y civil el conocimiento efectivo de los actos delictivos de los subordinados, el conocimiento efectivo ocurre cuando se plantea la certeza de los delitos, a diferencia de un conocimiento inferido o constructivo que implica que el superior tiene razones para saber o conocer sobre la comisión del delito. En esta misma línea, el segundo criterio implica que el superior militar hubiere debido saber, cuya aplicación se encuentra desde los Convenios de Ginebra y los respectivos Protocolos Adicionales, es así que por las diferentes discusiones doctrinarias este criterio plantea posibles interpretaciones.

Un superior tiene la obligación de observar las acciones de sus subordinados y tiene que *poseer el conocimiento que tendría una persona “razonable” en su posición. Para la suposición del conocimiento, el superior debe haber actuado con “ceguera intencional”,* ya que se habría de equiparar la ignorancia dolosa con el conocimiento positivo. Cuando es imposible que el superior no haya podido saber nada, el conocimiento debe ser *imputado “constructivamente” en razón de la posición del superior.* El conocimiento efectivo debe ser probado; esta prueba puede lograrse también de modo indiciario, por ejemplo, con base en la posición del superior (Sandro Sol, 2012, pág. 124).

La amplitud de esta situación *“hubiere debido saber”* conlleva a dos elementos: el primero subjetivo del autor siendo este una persona capaz, diligente y razonable que en caso de omisión podría ser considerado omisión negligente y por otro lado, el aspecto indiciario acerca de su posición como prueba de esta obligación en la que su calidad de superior presupone que tenía el acceso a la información necesaria para conocer sobre las acciones de los subordinados.

Otra situación que puede presentarse en el elemento subjetivo de esta institución es que al superior deliberadamente, hubiere hecho caso omiso de información, puede equipararse a la ceguera intencional o deliberada frente a que existía información, de la cual resultaba claramente un riesgo de que los subordinados están cometiendo o querían cometer un crimen internacional y que esa información estaba en manos del superior aunque este no la analizó conscientemente u olvido su existencia.

La doctrina de la *“Ignorancia Deliberada”* corresponde al Common Law y alude a aquellos supuestos en los que un sujeto se coloca intencionalmente en una situación de *“ceguera”* ante las circunstancias de hecho penalmente relevantes (Sandro Sol, 2012, pág.

178), La ceguera ante los hechos puede concurrir ya antes del último comportamiento del autor y determinar que éste, en el momento de su último comportamiento no pueda darse cuenta de la realización del tipo, porque, debido a la ceguera antecedente enjuicia ahora los hechos sobre una base errónea. Para (Jakobs, 1995) es cuestión de desinterés, indiferencia o falta de escrúpulos:

Resulta inaceptable que estos desconocimientos obtengan un tratamiento tan benigno, ya que ello constituye un beneficio que no se puede justificar axiológicamente, sino a partir del interés del legislador en establecer una frontera clara y no complicada entre dolo e imprudencia; resulta un contrasentido que el desconocimiento atribuible a la indiferencia exonere. (Jakobs, 1995, pág. 314).

En esta situación, para Luban (1999) existen dos elementos en donde se configura la ceguera o ignorancia deliberada:

La acción de ocultación y son todas aquellas acciones u omisiones a través de las cuales el autor se protege frente a conocimientos indeseados. Conducta involuntaria y es una conducta ilícita en la cual el sujeto podría haber sido declarado inocente si hubiera actuado en una situación de verdadera ignorancia. (Luban, 1999, pág. 33).

La jurisprudencia internacional aplicó este elemento considerando que los superiores por su nivel jerárquico cuentan con las fuentes necesarias de información. Por este motivo la doctrina de la responsabilidad del superior exige probar la existencia de la intencionalidad mental necesaria para alcanzar el estándar de mens rea (Merenda, 2010). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda consideró que el derecho internacional permite presumir legalmente *“el conocimiento de una situación bajo casos de criminalidad notoria y generalizada”*. Es necesario citar en este caso la máxima: *“lo evidente no se prueba”*.

En el caso seguido por el Tribunal Internacional de Ruanda contra Clement Kayishema en el año 2001, se determinó que el acusado era un líder civil local que *“conocía o tenía razón para conocer que una masacre de gran escala era inminente”* El tribunal determinó el control efectivo y observó:

No obliga prima facie al comandante a estar informado de cada actividad del personal bajo su control. A la luz del objetivo del artículo 6(3), la Cámara encuentra que la Fiscalía debe probar que el acusado en este caso conocía o conscientemente omitió información que claramente indicaba o le ponía en conocimiento que sus subordinados habían cometido o iban a cometer actos violatorios de los artículos 2 al 4 del Estatuto de este tribunal.

Es así que al probar la *mens rea* bajo la teoría de la responsabilidad del superior debe considerarse que, “el acusado no requiere tener la misma *mens rea* que el principal *agresor*”. En tales casos, la Fiscalía solamente debe probar que el acusado era consiente que su omisión pudo contribuir a la comisión del crimen.

1.3.3 El incumplimiento del superior de prevenir, reprimir, sancionar o denunciar un crimen del subordinado

Este elemento constitutivo del principio de responsabilidad del superior jerárquico está íntimamente ligado con el del control efectivo y es parte del principio de mando responsable (Andreu-Guzmán, 2012). La existencia de un mando responsable implica una cierta organización del grupo armado, lo que presupone una estructura que le permite concebir y realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, e imponer medidas disciplinarias. (Prosecutor vs Akayesu, 1998). Del mando responsable se deduce un grado de organización entre las fuerzas armadas, la capacidad que tiene el superior de dirigir a sus subordinados y dado el caso, de tomar las medidas necesarias para evitar, reprimir o sancionar una infracción (Melzer, 2010, pág. 8).

Es necesario distinguir entre las medidas necesarias preventivas del crimen y el deber de sancionar a los responsables por parte del superior, la primera dimensión implica que frente a una sospecha razonable¹⁶ (Pérez, 2007, pág. 134) sobre la planeación de crímenes de guerra por parte de sus subordinados, el superior al efectuar una supervisión de las actuaciones de los subordinados podría prevenir y sancionar anticipadamente (Ambos, 1999, pág. 123), la responsabilidad del superior se origina cuando falla en esta obligación.

Por definición la palabra prevención significa: “medidas y acciones dispuestas con anticipación con el fin de evitar o impedir que se presente un fenómeno peligroso” (Procuraduría General del Estado, 2012), lo que indica tomar medidas y acciones para evitar una conducta o un comportamiento que puedan dañar o convertir a la población en

¹⁶ Es un estándar legal de prueba en el derecho estadounidense para los arrestos y las órdenes judiciales, que debe basarse en "hechos específicos y articulables", "tomados en conjunto con inferencias racionales provenientes de estos hechos". La policía puede detener brevemente a una persona si tienen una sospecha razonable de que esta persona ha estado, está o va a cometer una actividad criminal; esta detención es conocida como detención Terry (caso Terry v. Ohio). La sospecha razonable es evaluada por la regla del hombre medio es decir, una persona en las mismas circunstancias podría razonablemente creer en que esta persona ha participado, participó o participará en un acto criminal.

sujeto de un ilícito. La prevención del delito encierra dos aspectos importantes a) prevenir que el individuo realice conductas delictivas o ilícitas y b) evitar que las personas sean víctimas de algún delito.

Para Kai Ambos (Ambos, 1999, pág. 188) el comandante debe asegurarse de orientar las medidas frente a sus subordinados en lo siguiente:

1. Las fuerzas deben ser entrenadas adecuadamente en Derecho internacional Humanitario.
2. La toma de decisiones operativas debe estar direccionada a la observancia del Derecho Internacional Humanitario.
3. Debe existir un sistema de reportes efectivos de modo que esté informado de los incidentes o infracciones
4. Monitorear el sistema de reportes para asegurarse de que es efectivo.
5. Tomar acciones correctivas cuando tenga conocimiento de que conductas ilícitas están a punto de ocurrir o han ocurrido.

El sistema de estas medidas mínimas de prevención implica una reciprocidad de la información que se le da al subordinado acerca del Derecho Internacional Humanitario y los reportes que el remite al superior (Winter Etcheberry, 2009, pág. 298), además de asegurar la veracidad de estos reportes no se puede exigir al superior que vaya más allá de sus capacidades. En cualquier situación, no todas las conductas que podrían ser necesarias para la prevención del delito son exigibles al superior sino las que estuviesen a su alcance en este aspecto, es difícil determinar cuáles son las medidas adecuadas por lo que debe analizarse el caso específico.

Cuando el crimen ya ha sido perpetrado por los subordinados, la acción pertinente del superior es reprimir o sancionar el acto. La sanción del delito implica la aplicación de la pena proporcional que busca castigar al autor y evitar la comisión de futuros crímenes, en el caso en que el superior no fuese capaz de sancionar al responsable, debe dar aviso a las autoridades competentes (Winter Etcheberry, 2009, pág. 221).

Es necesario aclarar que para sancionar el delito, no se requiere una relación superior-subordinado preexistente, sino que es deber de quien asuma el mando el de investigar y sancionar a los autores, cómplices y encubridores de los crímenes. Los casos

que pueden presentarse en la relación a la sanción del delitos son de dos clases: (Winter Etcheberry, 2009): a) Puede ser que el superior haya tenido conocimiento de los hechos antes o durante su comisión y que ya los haya prevenido reprimido o que no lo haya logrado o b) Puede ser que el superior haya tenido conocimiento de los hechos con posterioridad a su comisión.

En la primera situación, cuando los superiores son físicamente incapaces de perseguir, arrestar, encarcelar o de cualquier otra forma disciplinar a un subordinado, debe referir el caso al fiscal o a una autoridad judicial competente, tal disposición se extiende a los superiores no militares (Winter Etcheberry, 2009, pág. 34). Por otro lado, es pertinente señalar que un superior civil usualmente no tiene poder de sanción sobre los subordinados lo que dificulta aplicar responsabilidad por esta omisión a los superiores civiles.

Posteriormente, es necesario aclarar que la responsabilidad de enjuiciar a los autores de violaciones del derecho internacional incumbe, ante todo, a los Estados independientemente de la nacionalidad del autor de la infracción o del lugar donde esta se haya cometido, si se aplica el principio de jurisdicción universal o si el caso es admisible en la Corte Penal Internacional. Idealmente cada Estado debería incorporar a su legislación interna disposiciones tendientes a la sanción de los responsables de estos delitos.

1.4 Contextualización de crímenes de guerra

Para finalizar el primer capítulo, es necesario identificar el contexto de un conflicto armado, en el que las violaciones a las leyes y costumbres de guerra pueden generar responsabilidad del superior, debido a que esta premisa será importante para entender el escenario del análisis de casos que será presentado en el siguiente capítulo. En efecto, este escenario ha sido permanente en el desarrollo histórico de la comunidad internacional por lo que existe la necesidad de limitar y controlar el uso de la fuerza (García Montaña, 2006, pág. 3).

Como regla general, el derecho internacional ha señalado la prohibición del uso de la fuerza (Rodríguez Carrión, 2009, pág. 534) en consecuencia, la Carta de las Naciones Unidas establece como principio básico que los miembros de la ONU en sus relaciones internacionales se abstendrán de amenazar o usar la fuerza contra cualquier Estado. (Organización de las Naciones Unidas, 1945) Sin embargo, también ha planteado

excepciones y regulaciones acerca de la conducción de hostilidades, en la misma Carta de las Naciones Unidas los artículos 53.1 y 107 señalan las medidas frente a estados enemigos y la legítima defensa de los Estados frente a una agresión.

Desde esta perspectiva, se considera al uso de la fuerza y a la ejecución de la guerra como una forma extrema de realización de la justicia, al existir mecanismos que facultan utilizarla contra cualquier Estado, por ejemplo, para Alberdi (1920, pág. 23) la guerra “es la justicia ejercida de un modo criminal, pues también la justicia puede servir de *instrumento del crimen, y nada lo prueba mejor que la guerra*”. En este sentido, el objetivo de la fuerza es obligar al adversario a acatar la voluntad del otro mediante medidas extremas que justifican recibir una respuesta más o menos igual de la contraparte. (Clausewitz, 2002)

De esta manera, se plantea la primera encrucijada en relación a este concepto: ¿La guerra es un derecho o un crimen? Bajo la perspectiva del mismo Alberdi (1920, pág. 75) la primera es un acto de defensa y la otra es un acto de agresión:

La una es la defensa del derecho; la otra es un ataque contra el derecho que protege a todos. Así, la muerte violenta de un hombre, es un bien o es un mal, es un acto de justicia o es un crimen, según el motivo y la mira que preside a su ejecución. Lo que sucede entre la sociedad y un solo hombre, sucede entre una sociedad y otra sociedad, entre nación y nación. Toda guerra, como toda violencia sangrienta, es un crimen o es un acto de justicia, según la causa moral que la origina.

Esta dualidad para juzgar la guerra ocurre en función a las motivaciones de los Estados a ejercerla, ya en la doctrina medieval se distinguía el *ius ad bellum* como las exigencias que permiten llevar a cabo la guerra es decir, si existe una causa justa y el *ius in bellum* como los mecanismos de conducción de la guerra es decir, si su desarrollo y los medios empleados han sido justos (Rodríguez Carrión, 2009, pág. 534). La distinción conduce a que se juzgue a la guerra a partir de una realidad moral (Walzer, 2001, pág. 51) que se dirige a la profundización de los argumentos de agresión y legítima defensa en el campo del *ius ad bellum* y de las violaciones de las normas legales y consuetudinarias para la conducción de la guerra, situación en la que pueden ocurrir crímenes internacionales (Sánchez, Forero Ramírez, Rugeles, & Palacios, 2009, pág. 54).

Para establecer cuando una guerra se inicia por una causa justa, en el contexto del *ius ad bellum*, se admite si ocurre un desconocimiento o violación a un derecho. (Grocio,

1925, pág. 54). En consecuencia, se aborda la teoría de la agresión, como toda violación a la integridad territorial o a la soberanía política de un Estado que se fundamentan en el derecho que tienen las personas de vivir en una comunidad históricamente constituida, estos actos en sí mismos son injustos por lo que los Estados tienen derecho a defenderse (Walzer, 2001, pág. 75).

Ahora bien, es necesario aclarar en este contexto que el uso de la fuerza puede dar lugar a conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales a propósito de esta distinción, Sassoli señala que el conflicto armado internacional y no internacional se diferencian, no por el espacio territorial en que se desarrollan, sino por las partes que participan en ellos, siendo posible que un conflicto armado no internacional se extienda más allá de los límites de un estado (Sassòli, Bouvier, & Quintin, 2008, pág. 112).

Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja (2008) expresa, citando a D. Schindler, que hay un conflicto armado internacional cuando las partes de las fuerzas armadas de dos Estados se enfrentan entre ellas, de igual para H.P. Gasser el conflicto armado internacional es todo uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra el territorio de otro. En cambio un conflicto armado no internacional tiene lugar en el territorio de un Estado, entre el gobierno y sus fuerzas armadas contra fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados o entre estos grupos únicamente. (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional., 1977).

Bajo la premisa de una guerra justa en un conflicto armado internacional o no internacional, es menester no desprenderse de la naturaleza del uso de la fuerza es decir, que la guerra constituye un embate regular de violencia de mayor o menor intensidad y vehemencia (Clausewitz, 2002, pág. 8) por ello, hay que abordar los escenarios del *ius in belum* o de la conducción de la guerra, para determinar las condiciones que en base del Derecho Internacional Humanitario deben regir para limitar la violencia de la guerra y proteger a los civiles y combatientes.

En efecto, es el Derecho Internacional Humanitario la rama que posibilita la humanización de la guerra y la restricción la violencia a partir, de la distinción de quienes participan y no participan o no directamente en las hostilidades y de la restricción de la

fuerza a la cantidad necesaria para alcanzar el objetivo del conflicto armado observando que, solo puede ser el de debilitar la potencia militar enemiga (Sassòli, Bouvier, & Quintin, 2008, pág. 4).

De esta forma, el Derecho Internacional Humanitario se basa en los principios: de a) necesidad para que las necesidades militares se armonicen con las condiciones de humanidad y b) proporcionalidad para que las normas relativas a la conducción de hostilidades, referente a los medios y métodos de combate, prohíban los ataques indiscriminados que puedan provocar sufrimientos desproporcionados respecto al objetivo de guerra (Diez de Velzco, 2007, pág. 322). En consecuencia, la observancia a las disposiciones convencionales y consuetudinarias desarrolla un derecho de los conflictos armados que converge con el Derecho Penal Internacional.

En este sentido, las infracciones contra el derecho de los conflictos armados y sus disposiciones implican un crimen que conlleva a la responsabilidad penal individual, ya desde 1907, la competencia de los Estados para castigar a sus súbditos o a los del enemigo por crímenes de guerra, formaba parte del derecho consuetudinario. En el Convenio de Ginebra de 1906 relativo a los heridos y los enfermos se estableció, por primera vez, disposiciones que obligaban a los Estados a tomar medidas legislativas para reprimir infracciones de esta índole (Kalshoven & Zegveld, 2001, pág. 93).

Estas infracciones graves a las normas convencionales son consideradas crímenes de guerra y se encuentran enumeradas en los Convenios de Ginebra (artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I-IV, respectivamente). Las definiciones abarcan las acciones en contra personas o bienes protegidos como: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, los actos que deliberadamente causen grandes sufrimientos o que atenten gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación ilícita o la toma de rehenes.

En cuanto al origen del concepto de crimen de guerra, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (Estatuto constitutivo del Tribunal de Núremberg , 1946) los definió como una “*violación de los usos y costumbres de la guerra*, con una concepción más amplia de lo estipulado por la normativa se los puede definir como:

Actos de violencia, en sentido positivo o negativo definidos como delictivos por el Derecho Común, realizados bajo especiales y favorables circunstancias creadas por la

guerra, cometidos por grupos especiales de personas en conexión de la guerra y durante la misma, bien en los campos de batalla o en otros lugares, dirigidos contra beligerantes u otros ciudadanos o sus intereses, contra un Estado beligerante o neutral o sus intereses, no amparados estos actos por ninguna causa de exculpación del Derecho Internacional de guerra. (Del Rosal Fernandez, 2005, pág. 155).

En esta misma línea, el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adaptó parte de las infracciones graves consideradas como crímenes de guerra ya contenidas en los Convenios de Ginebra, las regulaciones de la Haya y los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc, estos crímenes de competencia de la Corte, forman parte de un ataque generalizado y sistematizado de trascendencia para la comunidad internacional en el cual, el perpetrador de la infracción tiene conocimiento de las circunstancias de hecho acerca de la existencia del conflicto armado (Rodríguez Morales, 2014, pág. 12).

Efectivamente, el Derecho Internacional Humanitario impone a los Estados la obligación de buscar y castigar a las personas que hayan cometido estas infracciones graves sin tener en cuenta la nacionalidad ni el lugar donde se cometió el crimen para garantizar su represión efectiva (CICR, 2003). Se incluye en la persecución penal a los superiores jerárquicos que en situación de conflicto armado omite sus obligaciones sobre los subordinados, con un sistema de represión que considera a esta conducta como parte de las infracciones graves contra el Derecho internacional Humanitario.

CAPITULO II

2. NATURALEZA JURÍDICA

2.1 Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Superior

Dado el marco jurídico en el que se desarrolla la responsabilidad del superior, es necesario realizar precisiones sobre el reconocimiento de esta institución para ello, se acude a la dificultad de determinación de su naturaleza jurídica y se aborda la vinculación doctrinaria con la obediencia debida para posteriormente, realizar un análisis jurisprudencial.

Para facilitar el estudio y hacer una alusión concreta a un tema complejo como la naturaleza jurídica de la presente institución, es necesario definir los criterios para organizar la información. Las unidades de análisis en este apartado se dividen: a) la conducta de la responsabilidad del superior en el cual se observará su autonomía o subsidiaridad al crimen del subordinado y b) las formas de participación relacionadas a la responsabilidad del superior para concluir acerca de su pertinencia o no en el juzgamiento de la conducta.

2.1.1 Análisis de la conducta atribuible al superior jerárquico

2.1.1.1 Autonomía o Subsidiaridad de la conducta

La identificación de la conducta del superior, como un supuesto al que se le atribuye una pena, ha sido una contribución de la costumbre y la jurisprudencia que ha permitido materializar este principio en cuerpos normativos internacionales sin embargo, debido a su complejidad se enfrenta a la disyuntiva de ser considerada: a) una forma de participación, circunstancia que viabilizaría la correspondencia entre la omisión del superior y el crimen del subordinado o b) una institución autónoma.

Bonafé citado en (Winter Etcheberry, 2009, pág. 231) plantea esta cuestión: ¿La responsabilidad por el mando es un medio para sostener indirectamente la responsabilidad penal del superior por los actos criminales de los subordinados? O, más bien ¿Es el superior perseguible por su propia conducta punible esto es, por no haber prevenido dichos crímenes o por no haber castigado a sus responsables?

Esta pregunta expone las dos vertientes para analizar la conducta del superior, para la primera posibilidad existe una similitud práctica entre una orden del superior y una omisión de la cual se desprendan crímenes de carácter internacional. En efecto, se asume (Ambos, 1999, pág. 572) que, normalmente los casos de responsabilidad del superior están precedidos de una orden para realizar ciertos actos, lícitos o no, dentro de las funciones del subordinado, si estas órdenes no se pueden atribuir al superior como elemento del crimen, la responsabilidad del superior es una herramienta subsidiaria para imputar la responsabilidad debido al resultado de la conducta del subordinado. Es decir, el superior tiene injerencia en el crimen base y es responsable por su autoría o por otra forma de participación (Winter Etcheberry, 2009, pág. 144).

En la segunda cuestión, se debe considerar el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional cuya formulación implica, que el superior será responsable por el crimen de sus subordinados por no haber ejercido un control apropiado (Corte Penal Internacional, 1998). Bajo la perspectiva de Ambos (1974, pág. 432), esta formulación implica la caracterización de un crimen especial de omisión ya que permite perseguir al superior solo por la ausencia de control adecuado a los subordinados, pero no directamente, por los crímenes que ellos cometan.

Es decir, el superior es únicamente responsable por la omisión en la que incurriere y no por el crimen base que comete el subordinado el cual, sería imputable a sus autores inmediatos, lo cual es acertado. La solución más adecuada que brinda la doctrina (Ambos, 1999, pág. 376) a esta dificultad, es considerar a los delitos de los subordinados como un punto de referencia de la omisión del superior debido a que entre el crimen y la omisión existe una relación de dependencia: sin el crimen base no habría responsabilidad del superior, Por este motivo, los crímenes cometidos por los subordinados pueden considerarse como una condición de punibilidad de la responsabilidad del superior, al respecto:

Precisamente el resultado (los crímenes de base) es una parte del tipo y, por tanto, tiene que ser objeto de los elementos del tipo, especialmente en su aspecto subjetivo, por tanto, sustraerlos del tipo, simplemente es una forma de vulnerar el principio de culpabilidad, por ausencia de tipicidad subjetiva. (Winter Etcheberry, 2009)

A partir de esta afirmación, la responsabilidad del superior se considera objetivamente independiente sin embargo, la existencia del crimen del subordinado es necesaria para imputar la responsabilidad. Esto no implica que la conducta del subordinado invada el núcleo del tipo de la omisión del superior sino, que a partir de estos crímenes se plantea la conducta exigible de prevenir, reprimir o denunciar las acciones de los subordinados (CICR, 1999).

Su omisión no constituye una comisión del crimen base pues, presenta sus propios elementos indispensables para el análisis de la culpabilidad: control efectivo y conocimiento del superior (*mens rea*), el cual no se puede equiparar al del autor directo del crimen de guerra es decir, el subordinado (Rodríguez Morales, *Ámbito Jurídico*). De hecho, mantengo que para establecer el límite de responsabilidad y la pena adecuada se debe efectuar un análisis de casos para valorar el grado de injerencia de la omisión del superior en el delito del subordinado, observando tanto si existe un control efectivo determinante o no, un conocimiento actual o posible o las condiciones para prevenir o sancionar la conducta, es así que desarrollo de esta institución podría radicar en considerarla como una forma *sui generis* y no como causal de los crímenes de los subordinados.

2.1.1.2 Formas de participación en razón del crimen del subordinado.

Dentro de la problemática de identificar la naturaleza de la conducta como principal o subsidiaria, también convergen las formas de participación criminal en las que incurriría el superior en el crimen base del subordinado, debido a que el surgimiento y fortalecimiento de esta institución implicó su asimilación a otras instituciones dentro de la jurisprudencia. En razón a la perspectiva dependiente, se analiza la participación que ejerce el superior en el crimen del subordinado. Es necesario, partir del análisis de la autoría y complicidad para desvirtuar su relación con la responsabilidad del superior y valorar a esta institución desde su autonomía, el superior es autor de su propia construcción delictiva a partir del delito del subordinado.

1. El superior como autor mediato del crimen del subordinado por ser parte de aparatos organizados de poder

En este sentido, entendemos que el autor mediato es aquel que sin tomar parte en los hechos tiene el control final de la acción por utilizar a otro como instrumento, aprovechándose de su inimputabilidad, error o a través de la utilización del aparato de poder para obtener sus fines (Roxin, 2006, pág. 89). Se considera en esta definición, el elemento del control final de la acción que nos indica que quien dirige el cometimiento del delito en las fases constitutivas del iter criminis es el superior jerárquico, de él depende, por ejemplo: la decisión de atacar un hospital o violar a mujeres en una población civil dentro de un conflicto armado.

En función de este elemento, se puede determinar que considerar al superior como autor mediato sería errado; es necesario advertir que al ser una responsabilidad por omisión se diferencia de la responsabilidad por acción del superior por ende, no se trata de un supuesto de autoría mediata al no existir la orden que es el impulso que moviliza el instrumento (aparato organizado de poder) para cometer el crimen (Rodríguez Morales, 2014, pág. 47).

Calificar que el superior tiene el dominio del hecho y dominio de la voluntad en el crimen de sus subordinados, sería sumamente discutible pues no existe el dominio de voluntad que se deriva de la consumación de un determinado acto con el que se puede influir y que asegura la producción del resultado, es decir la realización del crimen.

2. Complicidad

El cómplice es un auxiliador necesario, sin la cooperación de él, el crimen no habría podido cometerse, la obligación del juzgador es determinar cuál es considerado un aporte necesario y cual no (Terragni M. , 1997, pág. 599). En este sentido, la omisión del superior puede ser considerada como un hecho necesario, pues en el caso que exista un deber de garante existe la complicidad (Roxin, 1970, pág. 65).

Para el efecto, Roxin (1970, pág. 66) señala que la complicidad sólo puede sobrevenir cuando el tipo no puede realizarse por omisión, en los delitos de propia mano y en los de apoderamiento activo. Sin embargo, señala que existen dos casos en que se configura un cómplice por omisión:

1. No realiza una conducta determinada, pero cambia su comportamiento a efectos de facilitar la comisión del ilícito.
2. Ético-socialmente no pueda considerarse que la omisión es equivalente a la comisión, es decir, que la realización del tipo no pueda atribuirse a una omisión.

Dados estos parámetros, podemos concluir que si el superior cambia su comportamiento, a efectos de facilitar el delito, está actuando con dolo y complicidad siendo su conducta determinante para el cometimiento de la infracción (Del Rosal Blasco, 1999, pág. 232) sin embargo, no es posible generalizar ni encasillar a esta institución en esta forma de participación delictiva porque serían casos particulares por ejemplo, el superior que sabe que se dará inicio a un crimen y delega sus funciones a otro o deja sin vigilancia conscientemente el lugar en el que se perpetrará el crimen de sus subordinados para facilitar su comisión impune.

Es decir, la complicidad sería posible únicamente en el caso de que se conozca fehacientemente (conocimiento real) que se va a cometer el delito en el caso, se olvida categóricamente las otras formas de incurrir en una omisión del superior como tomar las medidas para sancionar y denunciar el hecho que son factibles después de la comisión del ilícito (Pérez, 2007, pág. 177). Además, la conducta de los subordinados constituye un hecho punible aún sin que hubiera existido la omisión del superior cuya concurrencia no es necesaria, mientras que la omisión del superior sólo es relevante dada la conducta de los subordinados por ello no es posible “concebir que el superior esté desarrollando él mismo una parte de la conducta típica” (Jackobs, 1996, pág. 211).

El dictamen del Tribunal de Ruanda en el caso Akeyesu, (Prosecutor vs Akayesu, 1998, párrafo 526) considera la responsabilidad por complicidad pues, se estableció que la responsabilidad del superior facilitó la comisión de los crímenes y que al ser los cómplices al igual que los autores, también deben ser sancionados. La complicidad implica que el cómplice consciente y sustancialmente haya contribuido a la comisión de las ofensas, por lo que la responsabilidad del superior debería seguir tal lógica. Sin embargo, la misma sentencia negó la existencia de la responsabilidad del superior propiamente dicha.

La Comisión de Derecho Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Secretario General de las Naciones Unidas y las Comisiones de investigación sobre crímenes establecidas por el Consejo de Seguridad (en los casos de Ruanda, Yugoslavia,

Sierra Leona y Darfur) han considerado a esta institución como una forma delictiva de omisión y de responsabilidad penal individual independiente a las formas de participación en el crimen base.

En referencia a los crímenes de guerra como delito, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, 1999) sugiere que debe analizarse este principio como una forma particular porque está prevista en el derecho internacional humanitario como una infracción grave en el que se debe analizar el elemento intencional. Este elemento es el que devela el alcance de la infracción en el ámbito de la responsabilidad pues, el juzgador debe examinar si ¿Puede considerarse a un superior como responsable por omisión de una infracción cuando la intención criminal no queda probada de por sí o, por el contrario, hay que exigir al superior el nivel de mens rea exigido al subordinado? Preguntas que deberá responder el juzgador nacional o internacional en virtud de los hechos, las evidencias y su sana crítica al sentenciar en adecuación a la responsabilidad del superior jerárquico.

2.2 Doctrina sobre la obediencia debida

Un factor determinante en la relación del superior - subordinado radica en la institución de la obediencia debida, a la que se hará una breve referencia, debido a que existen algunas teorías difusas que vinculan su existencia con la responsabilidad del superior, en principio se entiende por obediencia debida al “cumplimiento del subordinado de una orden que proviene de su superior jerárquico, cuando ésta se encuentra en el círculo de sus atribuciones y en la forma requerida *por las disposiciones legales*” (Jiménez de Asúa, 1990, pág. 122).

En este sentido, la obediencia del subordinado al superior puede acarrear que frente a órdenes ilícitas el superior sea el responsable. Pero solo han de ser obedecidas las órdenes lícitas y deben ser desobedecidas las ilícitas lo que coloca al subordinado en la necesidad de valorar la orden recibida antes de ejecutarla, a efectos de darle cumplimiento o no. Santiago Mir Puig (2003, pág. 221) acertadamente manifiesta que “*no solo las ordenes ajustadas a derecho dan lugar a ella, importa por tanto determinar que contenido debe tener una orden antijurídica para que haga nacer el deber de obedecer*”.

Además, para que se configure esta institución deben existir ciertos parámetros respecto a la relación de subordinación y la estructura de la orden en efecto, Muñoz Conde (2005, pág. 321) resume la posición de varios juristas: a) debe ser legal y b) proveniente

de una relación de derecho público o militar lo cual, impone al subordinado la obligación de obedecer los mandatos de su superior, creándose así un deber jurídico, cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia.¹⁷ En efecto, la valoración de legalidad de la orden presenta dos teorías: a) apariencia, que implica que existe una presunción de legalidad de la orden pues, no es manifiestamente antijurídica y b) nulidad que requiere que la orden sea válida y cumpla con los requisitos legalmente establecidos.

Bajo la apariencia de legalidad de la orden, se parte de la responsabilidad personal de quien ejecuta la orden, el subordinado, que asume que las órdenes de sus superiores se revisten de legalidad para el efecto, las órdenes de los superiores son directas e inexcusables y podrían considerarse como eximente de responsabilidad. Sin embargo para (Zafaronni, 2003) no existe la “*obediencia ciega*”, es decir que los subordinados deben valorar la legalidad de la orden impuesta.

Los juicios de Nuremberg establecieron un precedente al respecto, en el mismo estatuto constitutivo del tribunal se contempla a esta institución no como eximente de responsabilidad sino como atenuante. El artículo 8° del Estatuto señala que: “El hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si *el Tribunal estima que la justicia así lo exige*” (Estatuto constitutivo del Tribunal de Núremberg , 1946)

El reconocimiento del discernimiento del subordinado y de la voluntad de este a pesar de ser parte de una organización dio lugar, en referencia al caso Keitel (United States v Keitel, 1908) a que la obediencia debida no pueda ser considerada como atenuante cuando se cometen los más serios crímenes de manera consciente y sin ninguna excusa o justificación militar. En los casos de crímenes de guerra, los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales manifiesta la inaplicabilidad de la obediencia debida (CICR, 1977) pues, las órdenes de los superiores no constituirán una defensa válida si, en el proceso, se puede probar que el acusado tuvo suficientes razones para asumir que con sus actos estaba violando el Derecho Internacional Humanitario. La obediencia debida se rechaza como

¹⁷ Consiste en el incumplimiento de una orden o mandato, la orden de la autoridad o agente ha de ser expresa, concreta y estar dirigida a una persona, ha de ser dictada por autoridad competente y además, revestir las formalidades legales que correspondan. La desobediencia se diferencia de la resistencia en que no hay oposición, representada por el empleo de la fuerza, sino sólo una negativa a cumplir lo ordenado.

medio de defensa, no porque el subordinado obedezca una orden manifiestamente ilícita, sino que por obedecer a una orden que viola los convenios internacionales.

Por otro lado, a pesar de esta aceptación internacional de la voluntad del subordinado, el artículo 33° del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 1998) señala que, las órdenes del superior no relevarán a una persona de responsabilidad penal a no ser que se cumpla con una serie de requisitos:

1. Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate.
2. No supiera que la orden era ilícita.
3. La orden no fuera manifiestamente ilícita.

Al respecto, es necesario mencionar que el actuar en cumplimiento de un deber no puede justificar abusos de poder del superior y de igual manera, se deja un alto margen de discrecionalidad en las normas que establecen los límites para la obediencia debida en efecto, se ha establecido como causa de justificación a esta institución determinándola como un precepto permisivo que excluyen la antijuricidad del hecho. En estos casos, si se actúa típicamente en cumplimiento del deber de obediencia el hecho estará justificado. (Ugaz Heudebert, 2009).

El paralelo que puede existir entre las órdenes del superior que dan lugar a la obediencia debida y la responsabilidad del superior responden al principio de subordinación y jerarquía, En este sentido, es menester referirnos a las órdenes justificadas per se, que obedecen a la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico¹⁸ en efecto, estas órdenes han sido invocadas en la práctica militar estadounidense aduciendo que la orden de un superior, cualquiera sea su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento, de tal forma que quien la ejecuta obra siempre de manera justificada (Ugaz Heudebert, 2009).

Desde esta perspectiva, puede existir una extensión o no acatamiento de la orden del superior por ello, se han de contemplar dos supuestos:

¹⁸ Para esta teoría la orden de un superior, cualquiera sea su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento, de tal forma que quien la ejecuta obra siempre de manera justificada. El fundamento es el siguiente: la piedra angular del sistema militar Norteamericano consiste en que las órdenes impartidas por el superior jerárquico protegerán al subordinado que las cumple. No interesa que dichos mandatos no sean conforme a ley, teniendo los subordinados el deber de obedecer siempre las órdenes de los superiores, al extremo de no poder discutirlos o cuestionar su legalidad

1. Supuesto en que la orden es lícita y el subordinado obra ilícitamente.
2. Supuesto en que la orden es ilícita y el subordinado excede lo mandado por el superior jerárquico.

En el primer caso, el superior será responsable por omisión cuando el subordinado reciba una orden lícita y obre ilícitamente. De no existir este deber de vigilancia, el comportamiento del superior que emite la orden lícita estará enmarcado dentro de su rol, encontrándose su actuación dentro del riesgo permitido y tolerado por la sociedad. (Ambos, 2009). En el segundo supuesto, el subordinado excede lo mandado y el acto excesivo de los subordinados guarda relación con lo impartido, el superior ha de responder por estos excesos, al igual que sus subordinados debido al incumplimiento e infracciones al deber.

Sin embargo, al considerarse la obediencia debida como una institución diferente, las Convenciones internacionales han tomado una postura relativamente unánime para omitir los efectos de esta por ejemplo, en la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes (1987), en particular su artículo 2, prohíbe la invocación de la obediencia debida como justificación para la comisión de ese delito. La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994), sus artículos 8, 9 y 10 que se refieren a la inaplicabilidad de la obediencia debida, la exclusión de la jurisdicción militar y la no suspensión de estas normas por circunstancias excepcionales, establece claramente que los presuntos responsables de los hechos constitutivos de desaparición forzada sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado (CIDH , 2003).

En la actualidad, la jurisprudencia latinoamericana hace referencia a la institución de la obediencia debida (Fundación para el debido proceso legal , 2009) como arcaica y derogable principalmente en lo concerniente a los delitos internacionales de mayor gravedad en efecto, la consideración de eximente o atenuante queda en entredicho por el margen de ilegalidad de la orden:

Corresponde señalar que la innegable y manifiesta naturaleza ilegal de los hechos y, consecuentemente, de las órdenes cumplidas por el inculpado en el marco del sistema represivo ilegal en el que se enmarcan las conductas que se le asignan, impide eximir de responsabilidad al acusado por obediencia debida (art. 33, apartado 2 del Estatuto de Roma aprobado por ley 25.390). A la par, cabe agregar que la misma naturaleza

manifiestamente ilegal de las órdenes cumplidas por el agente impide considerar cualquier hipótesis que contemple el desconocimiento sobre la antijuricidad (Recurso de Casación penal, 2006).

En especial, la jurisprudencia argentina trata la inverosimilitud de las órdenes manifiestamente ilícitas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitiéndose a los fundamentos del Procurador General de la Nación, (Recurso de apelación- Jaime Lamont Smart, 1968) sostuvo que: “La orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley y constituye en sí mismo un crimen”.

En atención a los delitos internacionales, al ser ilícitos que causan gran conmoción a la sociedad, la jurisprudencia ha sido mayoritaria al referirse la siguiente manera:

La misma naturaleza de estos aberrantes delitos la práctica sistemática de la tortura, las detenciones ilegales, los centros clandestinos y la desaparición forzada de personas exige desechar el supuesto en que alguien pudo haber pensado que era legítimo prestar una colaboración en la ejecución de actos que significaban un absoluto menosprecio por la dignidad humana. El cumplimiento de una orden no puede resultar atendible para excluir la conciencia del injusto en hechos que tenían como objeto destruir la integridad moral y física del ser humano y anular su voluntad. La intención de justificar la realización de hechos en verdad, crímenes aberrantes que lesionaron derechos humanos fundamentales en el cumplimiento de una orden, obliga a descartar por completo el argumento intentado. En concreto: dichas órdenes, por su contenido material, debieron ser desobedecidas por los subordinados. (Fundación para el debido proceso legal , 2009, pág. 235)

En mi opinión, el argumento de la obediencia debida ha sido un obstáculo para el juzgamiento de responsables de crímenes graves para la humanidad, un ejemplo de ello es que hasta el año 2002 esta institución fue eximida para propagar la impunidad de los delitos cometidos en las dictaduras militares en Argentina, hasta que en ocasión al caso Conrado Gómez se dictaminó la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia debida el 29 de agosto del 2002. En este sentido, citando el dictamen de inconstitucionalidad de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de La Plata (Dictamen sobre inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida del Procurador en caso Conrado Gómez, 2002):

Ya sea que se adopte la postura en torno a que la ley de obediencia debida constituye una eximente más que obsta a la persecución penal de aquellas previstas en el Código Penal (...) *Lo cierto es que el análisis correcto de sus disposiciones debe hacerse en torno a los efectos directos o inmediatos que han tenido para la persecución estatal de crímenes de la naturaleza de los investigados y, en este sentido, analizar si el Poder Legislativo de la Nación estaba facultado para dictar un acto que tuviera esas consecuencias.*

Estas leyes, por su propia naturaleza, han impedido a los órganos de administración de justicia el ejercicio de la acción penal, ante la comisión de determinados hechos que constituyeron graves violaciones de los derechos humanos que quedaron a merced del gobierno de facto. En el Ecuador, se ha aceptado el artículo 33 del Estatuto que legisla acerca de la eximente de responsabilidad por los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, invocando obediencia debida, la Constitución de la República establece sin embargo que:

Art. 159.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución. Las autoridades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán responsables por las órdenes que impartan. La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten.

En principio, el tratamiento que se le daba a esta institución en el país radica en la teoría de la apariencia ya que, se parte del precepto que si la orden reúne los requisitos de apariencia de legalidad, es dada por autoridad competente que este en ejercicio de sus atribuciones, sin embargo la Constitución de la República (2008) manifiesta la nulidad de la obediencia debida cuando las ordenes sean contrarias a la Constitución e instrumentos internacionales.

2.3 Análisis de sentencias

2.3.1 Metodología de análisis jurisprudencial

Una vez establecidos los límites doctrinarios y los requisitos necesarios para imputar la responsabilidad al superior y precisar la posición acerca de la naturaleza principal de su tipología penal es necesario, elaborar un mecanismo adecuado para seleccionar y comparar las sentencias dictadas por los tribunales internacionales ad hoc respecto a esta institución para el efecto, se deben definir sus elementos constitutivos: control efectivo, conocimiento e incumplimiento de las medidas oportunas para el tratamiento del crimen, así como las propiedades y atributos de cada uno. Además, complementariamente observar el crimen base del subordinado y el tratamiento de la pena.

A partir de la congruencia de estos aspectos, se analizaran las sentencias utilizando el método comparativo para descubrir las relaciones empíricas de las variables, valorar su aceptación por el juzgador y establecer conclusiones generalizadas acerca de la pertinencia o no de estas valoraciones. La selección de estos casos depende de las semejanzas

aparentes que existen respecto a los requisitos de la institución y las diferencias que surgen dentro de su valoración debido al Tribunal competente (Anduiza Perca, Crespo Martínez, & Méndez Lago, 2009, pág. 123).

Por ello, se considera los casos presentados bajo la Ley N° 10 del 20 de diciembre de 1945 que juzgan los crímenes de guerra en la Segunda Guerra Mundial, con énfasis en la determinación del principio en la jurisprudencia estadounidense pues contiene un mayor desarrollo. Posteriormente, la selección enfoca las sentencias de los tribunales ad hoc de Yugoslavia y Ruanda, donde se agrega la responsabilidad de los superiores civiles.

Para la selección de casos se consideró la “*estrategia de similitud y diferencia*”, una identificación clásica de los casos paradigmáticos de la institución tales como: el caso Yamashita, Medina, Celebici, Aleksovski, Blaskic y Akayesu, en la que se observan claramente los elementos de la responsabilidad sin embargo, siguiendo a Pzeworski y Teune (Pérez Liñán, 2011, pág. 8), se enfatiza la necesidad de elegir los casos más allá de la similitud en la resolución de la sentencia, debido a que limitaría las conclusiones de la comparación, lo adecuado es la selección que presenta diferencias en el desarrollo y aceptación de las variables dentro del análisis del órgano competente.

El objetivo de la aplicación del método comparativo en estas sentencias, consiste en lograr una verificación de la teoría expuesta en el primer capítulo, como un marco de evaluación de la aplicación de la institución en la jurisdicción internacional que en algunas instancias, puede contribuir a la confirmación de la teoría o a su cuestionamiento. En consecuencia, el método comparativo puede develar sentencias confirmadoras de teorías o sentencias cuestionadoras de teorías y a su vez juzgar estas explicaciones opuestas (Collier, 1993, pág. 4).

En definitiva, la comparación permite la identificación de los mecanismos causales que están detrás de la institución de la responsabilidad del superior (Panebianco, 1999, pág. 99) es decir, más allá de la normativa o de la doctrina, es necesario explicar las motivaciones de la aplicación de la responsabilidad y la pena como respuesta a momentos históricos, sociales y políticos en la comunidad internacional.

Para la validación de este método y su aplicación eficaz en la investigación, se desarrolló una selección de los requisitos indispensables para la imputación de la responsabilidad al superior y las variables que pueden concurrir posteriormente, en virtud

de estos elementos, se adecuó un test de análisis mediante el cual serán cotejadas las sentencias para verificar la materialización de la responsabilidad imputable.

2.3.2 Conceptos, atributos y variables aplicables a la responsabilidad del superior

Tabla 1 Requisitos constitutivos de la responsabilidad del superior

| Requisitos constitutivos de la Responsabilidad del superior | | |
|--|--|--|
| Concepto | Atributo | Variable |
| Control efectivo | Posición jerárquica dentro de una organización | <ol style="list-style-type: none"> 1. Mando ejercido sobre los subordinados por una atribución legal dada por una institución organizada generalmente militar (de iure). 2. Autoridad ejercida por una autoridad civil debido al poder de influenciar sobre un individuo o grupo (de facto). Fuente: (Ambos, 1999) |
| | Capacidad material para prevenir y sancionar el crimen | <ol style="list-style-type: none"> 1. Poder de dirección del superior civil o militar mediante sus órdenes para obtener resultados sobre sus subordinados. 2. Obligación de su posición en la cadena de mando de, frente a un crimen del subordinado, tomar medidas necesarias para contrarrestarlo. Fuente: (Winter Etcheberry, 2009) |
| Conocimiento (mens rea) | Conocimiento efectivo | <ol style="list-style-type: none"> 1. Existe la certeza de que va a ocurrir un crimen, está ocurriendo un crimen o ha concluido. 2. Intencionalidad material deliberada de ignorar los hechos. Fuente: (Andreu-Guzmán, 2012) |
| | Conocimiento construido | <ol style="list-style-type: none"> 1. El superior tenía razones para saber de la existencia del crimen de los subordinados. 2. Este conocimiento puede inferirse por la generalidad de los hechos o por una obligación de conocimiento del superior en razón de su posición jerárquica. Fuente (Ambos, 1999) |
| Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance respecto el crimen de sus subordinados. (omisión) | Prevenir el crimen | <ol style="list-style-type: none"> 1. Frente a una sospecha razonable de la planeación del crimen puede sancionar a los subordinados anticipadamente. |

| | | |
|--|--|--|
| | | 2. Es posible mediante un sistema previo de información y comunicación entre el superior y el subordinado. Fuente: (Winter Etcheberry, 2009) |
| | Reprimir el crimen | 1. En el momento del crimen ordenar el cese de la infracción por todas las medidas posibles. Fuente (Pérez, 2007) |
| | Sancionar o denunciar al crimen | 1. Aplicación de una pena proporcional al crimen en razón de la competencia de su función. 2. Si el superior no tiene competencia para sancionar debe dar aviso a las autoridades competentes. Fuente: (Ambos, 2009) |
| Requisito de punibilidad del crimen del superior. | | |
| Crimen Base del subordinado | Crimen de guerra | 1. Conflicto armado de carácter internacional o interno. 2. Infracciones a las leyes, costumbres de guerra. Tratados de Derecho Internacional Humanitario. Fuente: (CICR, 2008) Fuente: (Sassòli, Bouvier, & Quintin, 2008) |
| Naturaleza de la institución. | | |
| Responsabilidad subsidiaria al delito base | El superior es responsable por el resultado de los crímenes del subordinado. | 1. Autor mediato 2. Cómplice. Fuente: (Winter Etcheberry, 2009) |
| Responsabilidad autónoma | El superior es responsable por su propia infracción, la omisión. | 1. Pena proporcional al crimen del superior, considerando que es una infracción grave. Fuente: (CICR, 1999) |

Tabla 2 Aplicación de los atributos de la responsabilidad del superior en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales

| | | Sentencias | | | | | |
|------------------|---|---------------------------|---|--|----------------------|---------------------------------------|--|
| <u>Concepto</u> | <u>Atributos y Variable</u> | Yamashita | Medina | Celebici | Alekovski | Blaskic | Akayesu |
| Control efectivo | Posición jerárquica | De iure | De iure | Múxic De facto | De facto. Director. | De iure | De facto Alcalde |
| | Capacidad para prevenir o sancionar el crimen | Si | Si | Si | Si | Si | Si |
| Conocimiento | Efectivo | No | No | No | No | No | No |
| | Construido | Generalidad de los hechos | No: No se valoró. Presencia en el lugar | No. Tenía listas de civiles no combatientes, en la prisión | Director del centro. | Zona del ataque. Conocimiento general | Sabía de lo que ocurría en las comunas y el nombre de los autores. |
| Incumplimiento | Prevenir | Si: desobediencia | No | No | No | No | No |

| | | | | | | | |
|--------------------------------|---|------------------------|--------------|----|------------------------------------|--------------|-----------------|
| | Reprimir | No | No | No | No | No | No |
| | Sanccionar o denunciar | No | No | No | No | No | No |
| Crimen de base del subordinado | Crimen de guerra | Si | Si | Si | Si | Si | Lesas humanidad |
| Responsabilidad subsidiaria | Responsable por el crimen del subordinado | Si. Condenado a muerte | No. Inocente | No | No. Pero la impone como agravante. | Complicidad. | Complicidad |
| Responsabilidad autónoma | Su propia infacción | No | No. Inocente | Si | Si | No | No |

2.3.3 Selección de casos

2.3.3.1 Caso Yamashita: Origen del estándar de responsabilidad del superior

1. Descripción de los hechos

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el general Tomoyuki Yamashita fue el dirigente del Grupo XIV del Ejército Imperial Japonés y el Gobernador Militar de las Islas Filipinas desde octubre de 1944 hasta septiembre de 1945 (Ladrum, 1989, pág. 3). En este período, Yamashita transfirió el mando operativo del ejército japonés de Manila, capital de Filipinas, a las montañas de Baguio que se encontraban a 125 millas de distancia (United States v Yamashita, 1946, p. 2). Sin embargo, las fuerzas militares de EE.UU ingresaron a la capital de Filipinas el 3 de marzo de 1945 y fueron depuestas las tropas japonesas, el general Yamashita fue tomado como prisionero (Hasting, 2008, pág. 144).

Yamashita fue acusado por el Departamento del Auditor General del Ejército de Estados Unidos por violaciones a las leyes y costumbres guerra. Las fuerzas bajo su mando habían perpetrado ataques a aproximadamente 25.000 ciudadanos filipinos en la provincia de Batangas además, de violaciones a la II Convención de la Haya de 1899 acerca del trato de prisioneros de guerra (United States v Yamashita, 1946, p.3). La responsabilidad imputable al General Yamashita se formula por:

Omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de los Estados Unidos, sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas. (Ambos, 1999, pág. 267)

Es decir, la sola omisión de Yamashita constituyó una violación al derecho de guerra, bajo la interpretación de que estas leyes imponen al comandante militar la obligación de tomar las medidas para controlar a las tropas bajo su mando y prevenir actos ilícitos por consiguiente, la ausencia de tales medidas puede acarrear responsabilidad al superior porque las leyes presuponen el control de las operaciones militares (Reel, 1949, pág. 300). En este sentido, la acusación a Yamashita se direcciona por estos lineamientos: a) es una violación a las leyes y costumbres de guerra, b) las leyes imponen al comandante el control de las operaciones de sus subordinados, c) la omisión del deber acarrea la responsabilidad del superior por las consecuencias del crimen del subordinado es decir, el superior comete el crimen del subordinado al no prevenirlo (comisión por omisión) (Casim, 1997, pág. 3).

El juicio fue llevado por la Comisión Militar de los Estados Unidos e inició el 7 de diciembre de 1945 posteriormente, se apeló ante la Corte Suprema de Filipinas que se declaró incompetente y la Suprema Corte de los EEUU acogió la apelación atendiendo únicamente a asuntos “*procedimentales*” (United States v Yamashita, 1946, p.5). El Tribunal que llevó el caso Yamashita consideró como elemento indiciario de responsabilidad el conocimiento presuntivo de los crímenes de los subordinados. En efecto, la sentencia abarca tres argumentos para fundamentar la pena de muerte: (United States v Yamashita, 1946, p.198).

1. El acusado tiene experiencia en combate y su asignación implicaba un cargo de responsabilidad en el que debía ejercer su autoridad sin embargo considerarlo como el perpetrador de los crímenes es absurdo.
2. En caso de que un comandante emita órdenes que conducen directamente a actos ilegales la responsabilidad penal es definitiva del General Yamashita.
3. Cuando el asesinato y la violación son delitos generalizados y el comandante no los detiene es penalmente responsable.

En este caso, se admitió que era la primera vez que se aplicaba la responsabilidad del superior por ello, es necesario analizar su contexto y origen a partir de los elementos indispensables de esta institución.

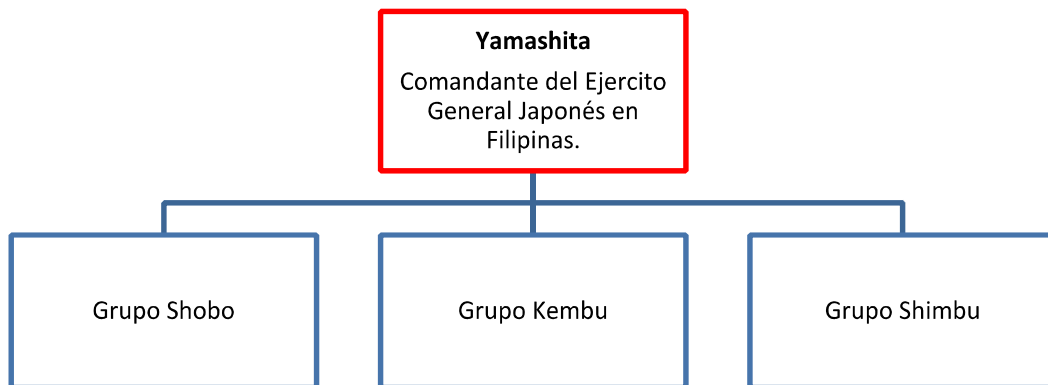
2. Aplicación del test de responsabilidad del superior
 - a. Control Efectivo

El Primer Ministro de Japón, Hideki Tōjō, designó el retorno del general Yamashita a la actividad militar para asumir la defensa de Filipinas en 1944, estuvo al mando de sus tropas por un período de 10 días (Equipo Nizkor, 1999), se le atribuye al general un control de iure pues es una disposición legal la que le coloca al frente de la Zona XIV del Ejército Imperial japonés en Filipinas (Reel, 1949, pág. 276).

En ejercicio de su posición jerárquica, Yamashita organizó a 262.000 soldados y los dispuso en el territorio de defensa de Filipinas dividiéndolos en tres grupos: Grupo Shobo bajo su mando directo defendía el norte de Luzón (152.000 soldados), Grupo Kembu defendía Bataan y la costa occidental (30.000 soldados) y el Grupo Shimbu defendía Manila y el sur de Luzón (80.000 soldados). (United States v Yamashita, 1946, p. 132)

Figura 1

Posición jerárquica de las tropas de Yamashita



Bajo el atributo del control efectivo, Yamashita era el superior dentro de la organización y contaba con capacidad de mando. Sin embargo, se debe analizar también el control efectivo como la habilidad material para prevenir y sancionar el crimen al respecto, el informe de la Comisión Militar señala que Yamashita ordenó la retirada de sus tropas de Manila a excepción de los encargados de la seguridad en el momento del ataque, orden que no fue acatada es decir, su mando y autoridad no tenían efecto sobre parte de sus subordinados (United States v Yamashita, 1946, p.187).

El testimonio del Teniente General Muto, jefe del Estado Mayor de Yamashita, respalda esta aseveración: existía reticencia por parte de algunos de los oficiales por lo que la retirada no pudo llevarse a cabo, solo 1500 de las tropas se encontraban en Manila (United States v Yamashita, 1946, p.188) es decir, que a pesar del control efectivo legalizado que le dotaba de la habilidad para prevenir y sancionar delitos, frente a algunos de sus subordinados no tenía un control fáctico entendido este como la coerción psicológica necesaria que le atribuye su cargo para obtener resultados de sus subordinados, quienes incurrieron en desobediencia. La posición de Yamashita en la cadena de mando le permitía ejercer un control efectivo aunque su autoridad fue cuestionada.

b. Conocimiento

La Fiscalía fundamenta el conocimiento de Yamashita por la generalización y extensión de los crímenes; el ataque en Manila era evidente, las perpetraciones eran tan notorias y flagrantes en relación al alcance y violencia que debían haber sido conocidas por el acusado, incluso ordenadas si estuviese cumpliendo las obligaciones que su posición

jerárquica implican y “si el en realidad no tenía conocimiento de los hechos es porque *tomo la decisión de ignorarlos*” (United States v Yamashita, 1946, p.167).

Asumir el conocimiento constructivo en este caso implica que Yamashita tenía una predisposición para considerar que su omisión constituía un tipo delictivo, tenía conciencia de la antijuricidad de su omisión (Ambos, 2009, pág. 344). Si no es probable un conocimiento efectivo de los hechos, la fiscalía asume una ignorancia deliberada de los mismos incurriendo de todas maneras, en una omisión de sus deberes de comandante e implicando su responsabilidad penal (United States v Yamashita, 1946, p.176).

La alegación de desconocimiento de los hechos por parte de la defensa por la falta de comunicación y la actuación de la guerrilla filipina, fue opacada por la afirmación de la fiscalía aduciendo que: aunque existan estas circunstancias, el superior simplemente “*debió haber conocido*”. La fiscalía calificó a este caso de negligencia criminal: “no se supone que han conocido los hechos de los que aparece que él ignoraba, pero si su ignorancia es *negligente o culposa (...) su ignorancia no es una defensa*” (United States v Yamashita, 1946, p.190). De esta forma se dejó sin efecto el estándar de convicción de la duda razonable pues se asume la posición jerárquica como indicio de conocimiento, argumento que fue altamente cuestionado debido a la carencia de evidencias que demuestren el vínculo entre los crímenes del subordinado y el conocimiento del superior para que la omisión fuera punible (Ambos, 1999, pág. 200).

c. Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance

Prevenir el crimen: La primera omisión que incurre el superior surge por la falta de un sistema de comunicación y control que le permita sancionar anticipadamente a los subordinados frente a la sospecha de planeación de un crimen (Winter Etcheberry, 2009, pág. 289). La distancia entre Manila, lugar de la masacre, y Baguio el centro de operaciones de Yamashita sin duda dificultó la comunicación sin embargo, al atribuirle un conocimiento constructivo, Yamashita debió suponer la planeación de un hecho ilícito y tomar las medidas necesarias para evitar la perpetración de ataques en Manila por parte de los soldados deliberantes (United States v Yamashita, 1946, p.190).

Bajo estos elementos, se puede afirmar que Yamashita no tuvo un mando responsable y por ende una estructura que le permita realizar operaciones concertadas con sus subordinados al respecto, las alegaciones de la fiscalía incluyen una falta de interés por supervisar los centros de detención de prisioneros, es decir:

El acusado no hizo ningún esfuerzo especial para encontrar cuáles son las condiciones que prevalecieron en los campos de prisioneros bajo su control, y muchas de las atrocidades cometidas contra la población civil fueron perpetradas muy cerca de su cuartel general (United States v Yamashita, 1946, p.186).

En estas circunstancias, el general Yamashita desconoció sus deberes y el uso de medidas mínimas de prevención y reciprocidad de la información, si no hubo reportes adecuados de la situación de guerra no pudo prevenir el crimen (United States v Yamashita, 1946, p.133). El superior dio órdenes de defender Filipinas sin atender que debe dar seguimiento y supervisión para evitar los excesos de los subordinados, para la Comisión Militar no se hizo ningún esfuerzo posterior para conocer que ocurría en batalla por lo que minimizó los resultados obvios de su falta de diligencia que contribuyó de forma directa al resultado del crimen (United States v Yamashita, 1946, p.190).

Reprimir: La falta de control efectivo sobre sus tropas contribuyó a que el general Yamashita no tuviese la capacidad para reprimir el ataque en el momento de su perpetración, a pesar de la generalización temporal y espacial de los acontecimientos el imputado omitió su deber de tomar todas las medidas a su alcance para reprimir el crimen (United States v Yamashita, 1946, p.175). Si el conocimiento de los hechos criminales por parte del imputado estaba en entredicho, Yamashita no pudo ordenar el cese de las infracciones.

Sancionar o denunciar el crimen: el general Yamashita no sancionó la desobediencia de sus tropas, tampoco existen reportes sobre la denuncia de estas irregularidades antes de la perpetración de los crímenes. En efecto, después de la derrota del frente japonés, Yamashita fue tomado como prisionero por ello, no pudo efectuar estas acciones (sanción y denuncia) posteriores a los crímenes. La fiscalía argumentó: “era su deber de humanidad, por no hablar de su deber para con su país informar a sus superiores *de ese hecho por lo que podrían haber tomado medidas para aliviarlo*” (United States v Yamashita, 1946, p.192). No hubo pruebas de que lo hizo.

d. Crimen Base del Subordinado: Crimen de guerra

El escenario de la Segunda Guerra Mundial y concretamente la ocupación japonesa de Filipinas, con el posterior combate con la armada de Estados Unidos, dio lugar a un conflicto de carácter internacional en el que existieron violaciones a las leyes y costumbres de guerra y otros atentados al Derecho Internacional Humanitario conocido como la “*Masacre de Manila*”. En el período de ataque, los subordinados dirigidos por el almirante Iwabuchi Sanji sujetos al mando del general Yamashita incurrieron en los siguientes crímenes inscritos en el pliego de acusaciones (United States v Yamashita, 1946, p.20):

1. El hambre, la ejecución o la masacre sin juicio y mala administración en general de los internados civiles y prisioneros de guerra;
2. La tortura, la violación, el asesinato y la ejecución masiva de un gran número de habitantes de las Filipinas, incluidas las mujeres y los niños.
3. Destrucción, sin necesidad militar, de un gran número de hogares, lugares de trabajo, lugares de culto religioso, hospitales, edificios públicos e instituciones educativas.

e. Naturaleza de la infracción: Responsabilidad subsidiaria al delito base

La sentencia en contra del general Yamashita establece en principio la imposibilidad lógica de declarar al acusado como autor directo del crimen; “*Es absurdo tener en cuenta un comandante de un asesino o un violador porque uno de sus soldados, comete un asesinato o una violación*” (United States v Yamashita, 1946, p.201). Sin embargo, debido a la conmoción de los crímenes cometidos, se establece la responsabilidad por los actos ilegales de los subordinados al no poder establecer el control efectivo sobre las tropas y la supervisión sobre sus órdenes. Así se evalúa la omisión de Yamashita como una forma de comisión por omisión del crimen base del subordinado, aunque el implicado no dio una orden ilegítima; su rango jerárquico, su posibilidad de conocimiento de los hechos y su omisión de evitar o reprimir las acciones de sus tropas motivan una calificación de responsabilidad al mismo nivel de los autores directos del crimen en efecto, una pena rigurosa: pena de muerte (United States v Yamashita, 1946, p.190).

El juzgamiento a partir del estándar Yamashita está presto a la crítica, es injusto culpar al comandante por el crimen del subordinado equiparando el conocimiento culpable (*mens rea*) con el autor del delito. Las recomendaciones de la defensa a la Comisión implican que la pena fue adjudicada por un delito sin intención criminal probada “En su peor momento, el delito señalado por la Comisión era simplemente la culpa leve *intencional*” (United States v Yamashita, 1946, p.206) por ello, la pena fue considerada desproporcionada.

3. Motivaciones del juzgador

En la sentencia, se establece la necesidad de responsabilizar al superior jerárquico por omitir sus obligaciones frente a un crimen del subordinado (United States v Yamashita, 1946, p.200), en una organización es necesario que cada miembro cumpla las disposiciones y funciones asignadas especialmente en situación de guerra, cuya conmoción hace posible la ejecución de infracciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario. La omisión del superior viabiliza la impunidad del subordinado. al no existir ningún intento efectivo del comandante de descubrir y controlar los actos delictivos, el hecho de que las órdenes del superior y su falta de supervisión conduzcan a la materialización de los crímenes convierte al superior en imputable (United States v Yamashita, 1946, p.201).

La crítica a esta sentencia surge por la dificultad probatoria del conocimiento constructivo y la desproporcionada aplicación de la pena en efecto, las circunstancias generadas por la Segunda Guerra Mundial dieron lugar al escenario adecuado para un derecho penal máximo y la desmedida aplicación de la pena de muerte a todo aquel implicado en las perpetraciones, especialmente del frente Berlín-Roma-Japón. En este caso particular, se aducen argumentos como la discriminación racial e incluso venganzas personales entre el General MacArthur y el general Yamashita (Bein, 1989, pág. 30) que motivaron a la confirmación de la sentencia y el perjuicio de la defensa del imputado, son persistentes las críticas en las que califican el caso Yamashita como un “*chivo expiatorio*” de la guerra (Bein, 1989, pág. 35), pues bajo los mismos argumentos, no fue considerada la responsabilidad del Emperador de Japón ni de otros altos mandos militares.

4. Conclusiones

En base a los parámetros de análisis, la responsabilidad de Yamashita está establecida por la ausencia de control efectivo antes y durante la perpetración de los crímenes de los subordinados, obligación que le atribuía su rango jerárquico. La incapacidad material de dirección es una falta que trae como consecuencia, la desobediencia de los miembros de sus tropas, quienes no reconocen su autoridad. La posición jerárquica de Yamashita presupone una obligación de conocimiento y supervisión de los actos de los subordinados, al ocurrir la Masacre de Manila se le atribuye al imputado un conocimiento constructivo en virtud de la generalidad de los acontecimientos sin embargo, al no existir evidencia del mens rea de Yamashita, más allá de su obligación jerárquica, se realizan presuposiciones acerca del dolo de la omisión con la intención de condenar al superior bajo cualquier elemento, la decisión apunta a que el implicado voluntariamente desconoció los hechos y por ello omitió tomar las medidas necesarias para prevenir, reprimir o sancionar el crimen.

Esta presunción de conocimiento “*debió haber conocido*” responde a la gravedad de los acontecimientos, el razonamiento implica que la responsabilidad de Yamashita por omisión es parte de un ataque más amplio en el cual, la ausencia de control efectivo y supervisión del superior aumentan la peligrosidad de la conducta de los subordinados en efecto, Yamashita debió conocer de hechos relacionados con el ataque por ejemplo: la desobediencia de los subordinados, sin necesidad de poseer un conocimiento detallado de las circunstancias y violaciones de las leyes y costumbres de guerra pero esta presunción debe ser fundamentada (Ambos, 2012, pág. 17). Sin embargo, el mens rea (conocimiento culpable) no debe equipararse al de los subordinados quienes al perpetrar los crímenes y desobedecer el mando de Yamashita responden por su propio dolo más allá de la pertenencia a una organización jerárquica.

2.3.3.2 Caso Medina: Aplicación del precedente Yamashita

1. Descripción de los hechos

En el marco de la guerra de Vietnam (1959-1975), el capitán de infantería de la armada de Estados Unidos, Ernest Medina, dio instrucciones para atacar al batallón

enemigo cerca de la aldea de My Lai, pues se presumía que existían vietcongs¹⁹ en la zona, el territorio contaba con alrededor de 700 habitantes civiles. Según los informes: a las 7:22 am del 16 de marzo, la organización contaba con tres pelotones “el primer pelotón del teniente Calley y segundo pelotón Teniente Stephen Brooks para barrer a la aldea, *mientras que un tercer pelotón, Medina, y la unidad de la sede se mantienen en reserva*” (United States v Medina, 1974, p 12). En definitiva, el primer pelotón dirigido por Calley perpetró visiblemente un ataque sobre víctimas civiles: ancianos, mujeres y niños fueron asesinados en el transcurso de 11 horas, fueron descubiertas 3 fosas con alrededor de 500 habitantes (Equipo Nizkor, 1980).

Se acusó a Medina por su responsabilidad individual al cometer u ordenar crímenes de guerra y bajo la doctrina de la responsabilidad del superior. El general Medina declaró no tener conocimiento de los hechos perpetrados en Vietnam hasta después de la comisión de los crímenes sin embargo, fue imputado por asesinato de 102 civiles al ser el oficial al mando. Los cargos fueron (United States v Medina, 1974, p 19):

1. Informó a sus subordinados que la mayoría de habitantes habían abandonado el lugar y por ello los que se encontraban ahí eran vietcongs o simpatizantes.
2. Medina planeó, ordenó y supervisó la ejecución de la misión considerando que esta incluía la destrucción de propiedades, ganado y cultivos.
3. No evitó el cometimiento de crímenes por parte de sus subordinados.
4. El asesinato como autor de tres civiles.
5. Ocultó la información concerniente a la muerte de civiles.
6. No denunció ni solicitó una investigación.

Después de ser develados los crímenes ocurridos en My Lai el gobierno de EE.UU tuvo que ordenar una investigación especial sobre la masacre y el encubrimiento. La investigación, encabezada por el teniente general William Peers, dio a conocer en su informe de marzo de 1970 la recomendación de enjuiciamiento de 28 funcionarios, los superiores de mayor rango fueron absueltos de los cargos, excepto el comandante Calley, quien posteriormente fue indultado (Raimondo, 2000, pág. 13).

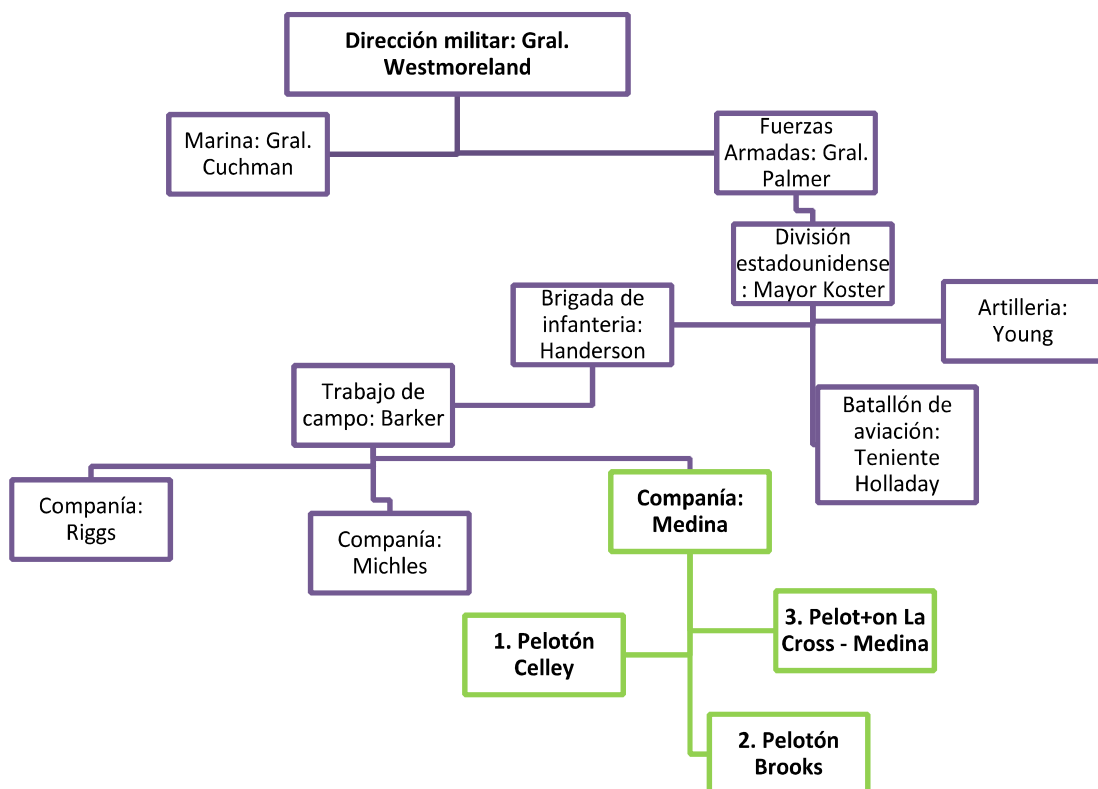
¹⁹Vietcong era el nombre peyorativo que le daban los enemigos al Frente Nacional de Liberación de Vietnam, fue una organización guerrillera formada en 1960 por toda la oposición a la dictadura.

El Tribunal encontró a Medina inocente de todos los cargos, incluso de aquellos que implicaban su responsabilidad individual aduciendo que en el campo de batalla constituían un “*homicidio justificable*” (United States v Medina, 1974, p 151). En estas circunstancias, el precedente directo de la aplicación de la responsabilidad del superior era el caso Yamashita sin embargo, el fallo fue diferente y la valoración de los elementos de la institución fue contradictoria por ello, es necesario analizar la dirección y las motivaciones del tribunal en este caso.

2. Aplicación del test de responsabilidad del superior
 a. Control Efectivo

Ernest Medina contaba con el mando conferido por una atribución legal (mando de iure), en ejercicio de su jerarquía asignó funciones específicas para establecer un “misión de búsqueda y destrucción a la aldea de My Lai” (United States v Medina, 1974, p.22). Según la distribución de los pelotones el acusado se encontraba, al momento de los crímenes, en el pelotón de reserva, en los alrededores de la aldea. El siguiente esquema muestra la relación jerárquica entre el pelotón de ataque dirigido por Calley y la posición de Medina con otros altos mandos:

Figura 2 Organización jerárquica en la Guerra de Vietnam



El comandante Medina, en virtud de su asignación legal contaba con autoridad frente a sus subordinados, los testimonios afirman que el implicado era “*popular*” ante las tropas, por ello una orden suya podía inferir positivamente en las acciones de los subordinados, Medina tenía la capacidad material para prevenir o sancionar el crimen (United States v Medina, 1974, p.36).

b. Conocimiento

La orden inicial de Medina comprendía una instrucción de “*búsqueda y destrucción*” (United States v Medina, 1974, p.12), la impresión general de los subordinados, frente a las indicaciones de Medina consistían en que no existían civiles en la zona. Al respecto, Medina tenía la obligación de supervisar el seguimiento de sus órdenes como deber general de todo superior frente a una misión, además de comprobar que las órdenes habían sido comprendidas por sus subordinados, las declaraciones de algunos soldados como el Sargento Hodges, Sargento Mayor Bacon, Sargento Charles West, Mayor Martín Fragan convergen en que después de la reunión informática impartida por Medina la opinión general era que la orden era “*matar a todos*” (United States v Medina, 1974, p.45).

En base al caso Yamashita y a la doctrina de la responsabilidad del superior es posible establecer un conocimiento efectivo o un conocimiento constructivo el cual, deviene de una posibilidad de conocimiento del implicado debido a la generalidad de los hechos u otros elementos probatorios, que determinen la ignorancia deliberada de los crímenes del subordinado. Bajo esta premisa, la fiscalía aduce estos argumentos acerca del mens rea: a) Medina era parte de la operación militar, se encontraba en el pelotón de reserva y por lo tanto cercano a la población de My Lai, b) mantenía comunicación por radio con sus subalternos sobre del desarrollo de la intervención militar c) algunos testigos lo ubican en el lugar de los hechos una hora antes de lo que indica su declaración. (United States v Medina, 1974, p.68),

En efecto, la acusación señala que Medina era consciente de las operaciones de sus subordinados debido a su presencia en el lugar de los hechos y a sus conversaciones con el Sargento Minh, las pruebas conducen a que este conocimiento se hizo posible desde las 9:30 am del 16 de marzo de 1968 y a pesar de ello, se negó a tomar las medidas necesarias

y razonables para reprimir o sancionar los crímenes. Sin embargo, los testigos de la fiscalía no pudieron establecer de manera fidedigna la intervención de Medina en el lugar de los hechos (United States v Medina, 1974, p.75).

El primer testigo era Ronald Haerberle, el ex fotógrafo de combate cuyas fotografías de las víctimas My Lai fueron difundidas, había sido testigo de los disparos pero no pudo colocar al Capitán Medina en el lugar de los hechos, lo mismo ocurrió con los otros testigos, James, Dursi, Gregori y Olsen que fueron incapaces de recordar la presencia de Medina al momento de la masacre, solo un artillero asistente John M Smail testificó ver a Medina en el lugar de los hechos cuando ocurrió un asesinato sin embargo, no aseguró la conciencia del comandante: "Capitán Medina estaba hablando con la cabeza hacia abajo y yo ni siquiera sé si vio el incidente" (United States v Medina, 1974, p.80).

La tesis de la defensa por la cual, Medina tuvo conocimiento de los hechos después de la perpetración y por ello, no pudo tomar las medidas necesarias para prevenirlo o reprimirlo fueron sustentadas por el testimonio del teniente Calley, que había sido juzgado con anterioridad por dirigir los crímenes en My Lai, el testigo cambió lo dicho en su propio juicio y argumentó que Medina no era consciente de los hechos y no estuvo en la escena del crimen además, no impartió las órdenes que motivaran los actos criminales de los subordinados (United States v Medina, 1974, p.122). Los testimonios difusos y la prueba del polígrafo que se le realizó a Medina, dieron un fundamento a la duda razonable sobre el conocimiento de Medina, los intentos por ocultar los hechos y omitir la sanción y denuncia de los responsables no fueron considerados en el juicio (Bigar, 1980, pág. 1).

c. Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance

Prevenir: La sentencia no evalúa la omisión del capitán Medina pues, al no considerar el conocimiento del imputado como parte del mens rea, la omisión es justificable y no acarea la responsabilidad penal sin embargo, el capitán Medina no tomó las medidas necesarias para prevenir la comisión de los crímenes de los subordinados debido a que no ejerció una supervisión adecuada del cumplimiento de las órdenes, en base al estándar Yamashita la obligación del superior es tal que implican el "*debió haber conocido*" a partir de ello, la obligación de prevenir parte de la supervisión sobre los

ataques generalizados y la comunicación que debió ejercer Medina sobre sus tropas en ataque (United States v Medina, 1974, p 412).

Reprimir: El Capitán Medina al no tener conocimiento de los crímenes al momento de su comisión, no era capaz de reprimirlos hasta después de las 11 am, tiempo en el cual las acciones criminales ya estaban consumadas y Medina ordenó el alto al fuego. (United States v Medina, 1974, p 87).

Sancionar y Denunciar: En este caso, no pudo juzgarse el encubrimiento de los hechos por parte de los superiores, incluido Medina, de los crímenes de los subordinados. La responsabilidad de Medina podía extenderse al tercer elemento de la omisión, pues después de la comisión del crimen dio reportes de que en el ataque la mayoría de los asesinados eran vietcong y los civiles habían sufrido las consecuencias del fuego de artillería. Los informes proclamaron una victoria: 128 muertos enemigos y un solo soldado americano herido (un soldado intencionalmente se pegó un tiro en el pie) (Cookman, 1980, pág. 6).

d. Crimen Base del Subordinado: Crimen de guerra

Los crímenes sobre los que se ejerce la responsabilidad del superior implican el asesinato premeditado en masa a civiles no combatientes, violaciones, crímenes contra los prisioneros de guerra. Las cifras de muertos ascienden entre 347 y 504 civiles desarmados en Vietnam del Sur el 16 de marzo de 1968, por soldados de Estados Unidos de la compañía "Charlie" del 1er Batallón-Regimiento de Infantería al mando de Calley (United States v Medina, 1974, p.123).

e. Naturaleza de la infracción: Responsabilidad subsidiaria al delito base

El planteamiento de la fiscalía implica responsabilizar a Medina por los delitos de los subordinados, la responsabilidad del superior surge porque el comandante tiene una obligación personal que la moral le exige, una obligación de superior debido a su rango jerárquico y la asignación legal le confieren. Este argumento surge porque la costumbre de las Fuerzas Armadas con respecto a la responsabilidad de mando está establecida: "El comandante militar tiene la responsabilidad completa y global de todas las actividades dentro de su unidad sólo Él es el responsable de todo lo que su unidad haga o deje de hacer" (United States v Medina, 1974, p 321). Esta responsabilidad se convierte en penal

cuando el comandante participa a sabiendas en los actos criminales de sus hombres o deja de intervenir y prevenir los actos criminales cuando él tenía la capacidad de hacerlo.

Los comandantes militares también pueden ser responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. “Cuando las tropas cometen masacres y atrocidades contra la población civil de un territorio ocupado o en contra de los prisioneros de guerra, la responsabilidad puede descansar, no sólo con los autores *materiales, sino también con el comandante*” (United States v Medina, 1974, p.111). Esa responsabilidad surge directamente cuando los actos en cuestión se han cometido en cumplimiento de una orden del comandante..

3. Motivaciones del Juzgador

La publicación de la Masacre de My Lai provocó una desestabilización del sistema militar y político de Estados Unidos que estaba dividido entre el juzgamiento de los criminales y su impunidad, por considerarse que sus acciones eran en cumplimiento del deber, para 1969 el presidente Richard Nixon fue informado de las acusaciones a los militares por los crímenes de My Lai, al momento se debía direccionar el juzgamiento para que no afecte el apoyo de los votantes a su política (Sánchez Hernández , 2005, pág. 4).

La división de los estadounidenses entre quienes apoyaban el ejercicio de las fuerzas en Vietnam y quienes no, provocó que los implicados fuesen juzgados pero que solo William Calley sea sentenciado por su responsabilidad en el asesinato intencional y premeditado de civiles. Las mismas presiones políticas y la desaprobación del público hicieron que esta sentencia se convirtiera en irrisoria rebajando la condena a 3 años y medio de arresto domiciliario y el posterior indulto del presidente Nixon (CBS, 2014).

El juzgador utilizó el primer elemento del conocimiento para establecer un mens rea univoco: el conocimiento efectivo, situación que facilita la determinación de la culpabilidad desde el punto de vista probatorio pero, contradice el espíritu de la institución al desestimar el conocimiento constructivo y los acontecimientos generalizados ocurridos en My Lai. El conocimiento constructivo establecido en el caso Yamashita, aunque resulte excesivo y contradiga varios principios del derecho Penal General como el principio de inocencia en la práctica, sus presunciones son más altas para salvaguardar a la comunidad internacional y evitar la impunidad aunque deba establecerse un límite en su interpretación.

4. Conclusiones

A partir del test de responsabilidad del superior, en virtud de los hechos ocurridos en My Lai, Medina podía ejercer control efectivo en el campo de batalla, al ser parte de una cadena de mando directa organizó la estrategia de ataque en efecto, su autoridad era reconocida y se prueba la relación de mando superior-subordinado. El conocimiento efectivo de los hechos es posible validando las vías de comunicación por radio y su cercanía con la población por ello, él pudo reprimir los crímenes y denunciarlos. Sin embargo, la verdad procesal fue diversa por la dificultad probatoria y la contradicción con el precedente Yamashita donde el conocimiento constructivo fue suficiente para establecer la responsabilidad al grado de autoría (Casim, 1997, pág. 9). La comparación casuística provoca la presunción que en cualquiera de los dos casos existió una injusticia.

La omisión de la sanción y denuncia a los autores de los crímenes es suficiente para establecer la responsabilidad del superior, las pruebas indican que Medina acordó el encubrimiento de la masacre, bajo este argumento su responsabilidad implica una forma de participación criminal mayor que la juzgada a Yamashita, pero no fue tratada en el proceso en efecto, más allá de desechar la responsabilidad del superior no se desarrolló los límites de esta institución creando una duda en la punibilidad de la omisión y de la veracidad del conocimiento constructivo.

2.3.3.3 Caso Celebici - Prosecutor vs Delalic y otros

1. Descripción de los hechos

La guerra civil en Yugoslavia se desarrolló bajo el argumento de limpieza étnica²⁰ entre las fuerzas bosnias-musulmanas y croatas y los habitantes serbios de Bosnia, los civiles serbios fueron sistemáticamente atacados, asesinados y las mujeres violadas, los sobrevivientes fueron trasladados a un depósito de la antigua base militar del ejército yugoslavo en Celebici, en el que ocurrieron graves crímenes de guerra en un territorio

²⁰ El concepto limpieza étnica se refiere a varios modos de eliminar de un territorio a seres humanos de otro grupo étnico. Se encuentra en un extremo del espectro en el que es virtualmente indistinguible de la emigración forzada, mientras que en el otro extremo se encontrarían la deportación y el genocidio. En general, se entiende como “limpieza étnica” la expulsión de un territorio de una población “indeseable”, basada en discriminación religiosa, política o étnica; o a partir de consideraciones de orden ideológico o estratégico; o bien por una combinación de estos elementos.

nacional cuyo conflicto fue internacionalizado²¹ por la gravedad de las masacres (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.7).

El campo de prisioneros Celebici era parte de la administración de Zejnil Delalic, quien era el comandante del Grupo Táctico de las fuerzas bosnio-musulmanas, la dirección del campo, entre mayo y noviembre de 1992 estaba a cargo del croata Zdravko Múxico al igual que del subcomandante bosnio-musulmán Hazim Delic. (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.23). Los ataques contra los prisioneros serbios eran conducidos por el odio religioso y consistían en repetir invocaciones islámicas, quemar cruces y otros símbolos serbios, además de crímenes de guerra como: la violación generalizada a mujeres, el maltrato y el asesinato (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.9).

Después que se filtró la información acerca del campo Celebici, la ONU presentó documentación necesaria sobre los crímenes de guerra cometidos, conforme a la Resolución del Consejo de Seguridad N.780 del 5 de octubre de 1992 (United Nation, 2005, pág. 83), el campo fue cerrado y se procedió al juzgamiento de los implicados en las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario. El 10 de marzo de 1997 se acusó a los superiores del campo Celebici de la detención ilegal de civiles serbios que no eran combatientes en el conflicto (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.24).

Delalic, Múxic y Delic fueron acusados por la responsabilidad del superior, en virtud del artículo 7 numeral 3 del Estatuto constitutivo del tribunal de Yugoslavia, adoptado el 25 de mayo de 1993 que establece que un superior es considerado responsable si éste sabía o tenía razones para saber si el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron, además bajo su responsabilidad individual como autores directos cometieron algunos crímenes contra civiles.

²¹ El término conflicto armado internacionalizado describe hostilidades internas que se convierten en internacionales. Las circunstancias concretas que pueden dar lugar a esa internacionalización son numerosas y, a menudo, complejas: la expresión conflicto armado internacionalizado incluye las guerras entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes, las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldando a grupos enemigos y las guerras en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un Gobierno establecido. Algunos de los conflictos armados internos internacionalizados más evidentes de la historia reciente son la intervención de la OTAN en el conflicto armado entre la República Federativa de Yugoslavia.

En primera instancia, se consideró únicamente a Mucic responsable como superior jerárquico pero la sentencia fue apelada. La decisión final del tribunal encontró tanto a Delic y Landazo como responsables individualmente y a Mucic con responsabilidad individual y del superior en virtud de violaciones a los Convenios de Ginebra y a las leyes y costumbres de guerra, mientras Delalic fue declarado inocente (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.213).

2. Aplicación del test de responsabilidad del superior

a. Control efectivo

Consideración de responsabilidad del superior para Delalic: Zejnil Delalić, fue coordinador de las fuerzas croatas musulmanes y bosnio-croatas en la zona de Konjic lugar del campo Celebici y Comandante del Primer grupo táctico, se intenta probar su control efectivo sobre el campo Celebici y la capacidad de impedir crímenes por parte de los subordinados. En efecto, en primera instancia se determinó que Delalic y Delic no tenían autoridad superior en relación a la detención de civiles y los otros delitos perpetrados en Celebici.

Para la sala de apelaciones, Delalic tenía únicamente cargo de coordinador y se ocupaba “del apoyo logístico a las distintas formaciones de las fuerzas armadas, para que éstos consistía, entre otras cosas , el suministro de material, equipo, comida, equipos de comunicaciones, el acceso del ferrocarril, el transporte de los refugiados y la vinculación *de las redes eléctrica*” (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.352). Su posición jerárquica no infería un control de mando que influyera en el actuar del subordinado por lo tanto, no podía interferir en la detención de civiles, no contaba con control efectivo y no tenía autoridad para liberar presos.

Consideraciones de la Responsabilidad del Superior para Mucic: Zdravko Múic era el director del campamento Celebici, para la sala de apelaciones se debe probar si era su responsabilidad como superior, conocer si los civiles eran ilegalmente detenidos. En efecto, una persona que detenta un grado de autoridad directa sobre los subordinados y tiene la facultad de ejercerla tomando en cuenta; a) el poder para tomar decisiones dentro de su competencia como director del centro, b) tiene capacidad material para evitar la comisión de crímenes y c) es su obligación verificar el tratamiento procesal justo a los

prisioneros en virtud de las leyes y costumbres de guerra (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.849).

En primera instancia, se encontró a Mucic culpable debido a que: “*tenía la capacidad de afectar la continuación de la detención de los civiles en el campamento*” (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.109) es decir, el superior podía impedir el delito o frustrarlo, pese a las alegaciones de la defensa de que esa no era su función, la sala acertadamente manifiesta la responsabilidad del superior por omisión bajo los siguientes argumentos: a) el autor debe ser "parte de una unidad subordinada en un cadena de mando *directa bajo la superior*". b) cuando existe una relación de facto debe existir una jerárquica que abarque el concepto de control, la Sala de Primera Instancia determinó que en una relación de facto una posición de autoridad es suficiente para el propósito de atribuir la responsabilidad de mando (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.342).

El control es la base fundamental para juzgar a Mucic, no es necesaria una línea de mando, sino la prueba de la autoridad y el control efectivo sobre el subordinado. En consecuencia, la fiscalía amplía el concepto de control efectivo a “*cualquier persona con un importante grado influencia*” (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.654) que pueda ser considerado responsable en el contexto de responsabilidad de los superiores. En esta situación, el Tribunal Penal de Yugoslavia consideró que la exigencia de la relación superior-subordinado en sentido estricto y en estructuras formalizadas, es una concepción problemática que dificulta el juzgamiento de los criminales de guerra (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.678).

En este sentido, la sala de Primera instancia incluye que personas de estructuras más informales como el campo de concentración Celebici, con el poder de prevenir y sancionar los delitos de las personas como Mucic, en algunos casos puede ser considerado responsable de su fracaso para hacerlo (Prosecutor v. Delalic et al, 1998, p.345). En el caso Celebici finalmente se considera que un principio de "*influencia sustancial*" es un medio de control efectivo que requiere la posesión de capacidades materiales para prevenir los delitos de los subordinados o castigarlos.

b. Conocimiento: Límites del conocimiento constructivo

Mucic sostiene que en primera instancia no se probó el requisito del mens rea (conocimiento culpable) necesario para imputar su responsabilidad en efecto, se alega que:

Dado que no se sugiere remotamente que el apelante tiene, o ha tenido, cualquier experto u otro conocimiento de Derecho Internacional, sería un consejo de perfección imposible concluir que en 1992 podía haber sabido, o sabía, que había una posibilidad de que el confinamiento de personas en Celebici podría ser ilegal bajo una interpretación de una mezcla de los Convenios de Ginebra y el artículo 2 del Estatuto del Tribunal. (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.765)

Tanto para la fiscalía como para la sala de apelaciones el argumento es irrelevante, para la fiscalía la afirmación radica en que *el “conocimiento de la ley no es un elemento del mens rea”* (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.587) en efecto, en la actualidad la culpabilidad en el plano internacional implica un *“Intent and Knowledge”* (Merenda, 2010, pág. 8) es decir, la intención (que difiere de la voluntad) ²² y el conocimiento, en términos de la teoría finalista del delito se puede decir que el desconocimiento de la ley no implica un desconocimiento de la antijuridicidad del hecho, que junto con la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta son elementos de culpabilidad.

Posteriormente, se establece que Mucic tenía razones para conocer que la detención de los civiles era ilegal atribuyéndole el conocimiento constructivo de los hechos. Para el efecto, las pruebas concluyentes fueron a) El testigo D indicó que él trabajó junto con el acusado en la clasificación de los prisionero y que tenía una lista y b) se estableció una comisión para intervenir el campo Celebici que se reunió con Mucic, dicha comisión elaboró un informe en el que estimaba que las "condiciones en el campo de prisioneros, incluidos los malos tratos a los detenidos y la continuada privación de libertad de personas que eran civiles pacíficos" (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.603). El testimonio y la evidencia documental son pruebas del conocimiento de Mucic, quien si desconoció los hechos fue por una ceguera voluntaria.

La posición del conocimiento inferido “tenía motivos para saber”, establecida en el artículo 7 numeral 3 del estatuto constitutivo del tribunal, para la fiscalía abarcó dos aspectos: a) un superior tenía información que lo puso sobre aviso, o que le sugirió que los subordinados estaban a punto de cometer o habían cometido delitos y b) un superior carecía de tal información como resultado de una seria negligencia en el cumplimiento de su obligación de obtener la información dentro de su acceso razonable (Prosecutor v.

²² La intención es el segundo elemento que actuó en la formación de la voluntad pero no se lo debe confundir con el discernimiento que es la función que nos permite por ejemplo, distinguir entre el bien o el mal, la intención es optar por uno u otro.

Delalic et al, 2001, p.634). Para el caso, Mucic poseía la información sin embargo, la sala de apelaciones establece un límite en el conocimiento constructivo pues determina que en virtud del Estatuto, el tribunal es competente solo si el superior tiene conocimiento real o constructivo que le da motivos para saber de las acciones del subordinados y no incluye la omisión del conocimiento como un acto negligente del superior que si fue incluida en el análisis del caso Yamashita (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.277).

Al respecto, la sentencia afirma que el Estatuto se refiere a la responsabilidad de los superiores derivada de una omisión a partir del conocimiento. El descuido de un deber de adquirir esos conocimientos, no cuentan en la consideración como un delito autónomo, y un superior no es, por tanto, responsable en virtud de tal disposición, sino por no haber adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o castigar las acciones de los subordinados en virtud del mens rea del superior (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.321).

Es decir, el conocimiento no puede presumirse, si una persona en su calidad de superior falla en su deber de obtener la información relevante de un delito no implica la responsabilidad penal, pero puede ser un conocimiento constructivo necesario en la responsabilidad del superior si tiene los medios para obtener el conocimiento, pero deliberadamente se abstuvo de hacerlo.

c. Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance

Prevenir Reprimir Sancionar: En su calidad de autoridad superior Mucic, sabía o tenía razones para saber sobre los delitos de sus subordinados en el Campo Celebici, pero no pudo prevenir esos actos o castigar a los autores de los mismos. En efecto, para el tribunal el acusado toleró los crímenes de los subordinados y por ello proporcionó un estímulo adicional para cometer los crímenes. Las pruebas señalan que al ser un superior tenía la obligación de prevenir y controlar todos los actos de violencia pero Mucic se ausentaba con frecuencia y por ello evidentemente, omitió sus deberes de comandante (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.1252).

d. Crimen base del subordinado: Crímenes de guerra

La formulación de la sentencia se ocupa de la ejecución de crímenes de guerra por parte de los subordinados en especial, de la detención ilegal de civiles en el campo Celebici

además, la sala de primera instancia desarrolló la culpabilidad por delitos de agresión sexual de Hazim Delic a dos mujeres serbiobosnias que estaban presas en el campo y a Zdravko Mucic, por ordenar asesinatos, tortura, agresiones sexuales, golpes y otras formas de trato cruel e inhumano y por responsabilidad del superior.

Respecto a la detención ilegal, como crimen base del subordinado, los Convenios de Ginebra sostienen en primer término que el internamiento de civiles únicamente es permisible por excepción, cuando la seguridad de la potencia esté en riesgo en caso contrario la detención es ilegal. El civil o persona protegida que se encuentre detenida tiene derecho a poner su caso a consideración de un tribunal o consejo administrativo. Es decir, bajo el argumento de la fiscalía:

Si se aceptara que el confinamiento inicial de los individuos detenidos en el campo de prisioneros Celebici fue legal, el continuo confinamiento de estos civiles estaba en violación del derecho internacional humanitario, ya que los detenidos no se les concedió los derechos de procedimiento que exige el artículo 43 del IV Convenio de Ginebra (Prosecutor v. Delalic et al, 2001,p.211).

Es importante en este aspecto que se tome en cuenta que para el IV Convenio de Ginebra (1949) una persona protegida es: “Las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en *conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas*”.

En este sentido, los serbio eran considerados personas protegidas, civiles en poder del enemigo, teniendo como premisa el carácter internacionalizado del conflicto armado y las violaciones graves que el desacato a los Convenios de Ginebra pues se encontraban en el poder de un Estado al cual no pertenecían al respecto se señala que:

Tras considerar que el conflicto armado en Bosnia-Herzegovina tenía un carácter internacional por la implicación de la República Federal de Yugoslavia y de Croacia, el TPIY ha reconocido en los casos Tadic , Blaskic y Aleksovski que las víctimas civiles *musulmanas debían ser consideradas “personas protegidas” en el sentido del art. 4 del IV Convenio* a pesar de poseer la misma nacionalidad (la de Bosnia-Herzegovina) que las personas en cuyas manos se encontraban, ya que éstas –serbios o croatas- actuaban de facto como órganos de otro Estado, la República Federal de Yugoslavia o Croacia y, por tanto, las víctimas se encontraban en poder de las fuerzas armadas de un Estado del cual no eran nacionales. (Prosecutor v. Delalic et al, 1998).

e. Naturaleza de la infracción: Responsabilidad independiente de la responsabilidad individual

El caso Celebici concluyó que la responsabilidad individual y la responsabilidad del superior no son complementarias. La conclusión de que el acusado (Dalilic) es responsable individualmente por el delito de detención ilegal de civiles, en virtud de que se pruebe la responsabilidad del superior directa o indirecta carece de fundamento porque la responsabilidad penal individual radica en la autoría, complicidad o encubrimiento de un acto doloso independientemente de la calidad de la persona. La responsabilidad del superior detenta otros elementos por ello, los dos tipos de responsabilidad tienen naturaleza distinta. Al respecto, se mantiene que:

La responsabilidad en virtud del artículo 7 (1) se aplica a los autores materiales de crímenes y sus cómplices. Artículo 7 (3) se aplica a las personas de comandos o responsabilidad superior que ejercen. Como ya ha sido reconocido por la Cámara de Apelaciones en otro contexto, estos principios son bastante independientes y no depende de la ley sobre el otro (Prosecutor v. Delalic et al, 2001,p.340).

En efecto, en el caso Celebici se introduce la naturaleza independiente de la institución de la responsabilidad del superior en la aplicación de la pena, en consideración a la acusación sobre los crímenes de los subordinados Mucic es culpable de 11 cargos de crímenes de guerra por su responsabilidad indirecta y por su responsabilidad directa en el confinamiento de civiles en condiciones inhumanas. Por ello, se establece la pena de 9 años de prisión para el imputado (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.654). Para la sentencia, se consideró que Mucic no fue nombrado por los testigos como un participante activo ni por ordenar la comisión de crímenes en efecto, la responsabilidad que se juzga es la de superior jerárquico porque el tribunal considera que sus acciones fueron como consecuencia “*de la fragilidad humana en lugar de la malicia individual*” (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.934).

3. Motivaciones del juzgador

Las consideraciones de la sala de primera instancia y de la sala de apelación del tribunal penal para la ex Yugoslavia, en relación a Mucic, responden a la necesidad de establecer un fundamento jurídico para la persecución de la responsabilidad del superior que supere la calidad militar y se aleje del juzgamiento por tribunales militares que pueden constituir un límite a la imparcialidad y un camino a la impunidad (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.987).

El caso Celebici abre la brecha para juzgar altos mandos políticos, militares y policiales que frente a un crimen del subordinado, omiten tomar las medidas para prevenir, reprimir y sancionar el crimen en efecto, esta posibilidad converge con el modo en el que se desarrolló el conflicto yugoslavo como un conflicto interno que fue internacionalizado por la gravedad de los crímenes por ende, la mayoría de los autores eran civiles y se debió extender la aplicación de esta institución (Díaz Córtez, 2001, pág. 147).

La pena impuesta a Mucic, en su calidad de director del campo Celebici y como responsable de su administración general, se justifica por el deseo del tribunal de resaltar los deberes de un superior frente al crimen de un subordinado, su inacción es punible porque pudo tomar medidas y no lo hizo (Díaz Córtez, 2001, pág. 149). Además, toma una posición de prevención general de la pena al señalar esta obligación a cualquier superior dentro de un centro de detención en un conflicto armado, pues las violaciones de los derechos de los prisioneros son los crímenes más frecuentes en condiciones de guerra. Al respecto se señala que:

Queremos hacer hincapié en el deber de un comandante de cualquier centro de detención durante un conflicto armado. Sr, Mucic fue claramente negligente en su deber y permitió que quienes están bajo su autoridad cometer el más atroz de los delitos, sin tomar ninguna acción disciplinaria. Además, como comandante del campo de prisioneros Celebici, era la persona con la responsabilidad principal de las condiciones en que se encontraban los prisioneros. La Sala de Primera Instancia está consternado por la insuficiencia de la alimentación, los suministros de agua, y los servicios médicos que se proporcionaron a los detenidos, así como la atmósfera de terror que reinaba en el campo de prisioneros Celebici (Prosecutor v. Delalic et al, 2001, p.989).

4. Conclusiones

El caso Celebici, define los requisitos y expande los límites de la responsabilidad del superior jerárquico en un conflicto armado. El control efectivo imputable a superiores civiles en virtud de su capacidad de influir en las acciones de los subordinados sin necesidad de una institución formalizada, posibilita su juzgamiento. El mens rea atribuible en caso de conocimiento constructivo, en virtud de los medios para adquirirlo y no bajo la presunción del deber del superior es consecuente con el conocimiento criminal necesario para la responsabilidad penal a partir de ello, la omisión punible por no tomar las medidas adecuadas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen, hacen responsable a Mucic (Díaz Córtez, 2001, pág. 140).

Un aporte indispensable en el tratamiento de la institución, se realiza por la determinación de su individualidad frente a la responsabilidad activa del superior en efecto, la responsabilidad del superior no es necesaria para establecer la responsabilidad individual, no existe subsidiaridad y por ello no son excluyentes. De igual manera, al ser una responsabilidad independiente no implica una participación activa en el crimen del subordinado en efecto, en el Caso Celebici se establece una pena menor que la impuesta al caso Yamashita y Medina porque se considera la omisión como tal.

Además, resolvió que en caso de concurrencia de las dos responsabilidades al imponer la pena debe considerar que son diferentes sin embargo, de forma alternativa se puede considerar la participación directa como agravante de la responsabilidad del superior o la responsabilidad del superior como en razón de su calidad como agravante a la responsabilidad individual, lo que constituye una solución para la sentencia de los tribunales (Diaz Córtez, 2001, pág. 147).

2.3.3.4 Caso Aleksovski

1. Descripción de los hechos

En el marco de la guerra de Yugoslavia, se procesaron a varios comandantes y jefes miliares dirigentes de centros de detención, al igual que en el caso Celebici, se juzgó Zlarko Alekosovski como superior de la prisión de Kaonik. Alekosovski era director y posteriormente se convirtió en Jefe del consejo de Defensa Croata pero fue juzgado por crímenes de guerra bajo su responsabilidad individual y como superior jerárquico (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.11).

En efecto, en el periodo bajo el mando del acusado se perpetraron sistemáticamente tratos crueles e inhumanos sobre los prisioneros que incluyen: el asesinato y el uso de civiles como “*escudos humanos*”, trabajos forzados y en circunstancias peligrosas. Los cargos que fueron tratados fueron infracciones graves a las leyes y costumbres de guerra que incluyen:

1. El tratamiento inhumano de prisioneros
2. Causar deliberadamente grandes sufrimientos.
3. Atentar gravemente la integridad física o la salud, cometiendo graves crímenes contra prisioneros civiles del campo de su dirección

Bajo estos presupuestos, el acusado cometió infracciones graves de los Convenios de Ginebra, en aplicación al Estatuto constitutivo del tribunal, las partes acordaron que durante el período existía un conflicto armado entre las fuerzas de la comunidad musulmana de Bosnia y Herzegovina y los bosnio-croatas. Se aplicó los artículos 2 y 3 del Estatuto de tribunal en virtud de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

La sentencia de primera instancia fue apelada y se establece, dentro de la revisión de la condena, que existen argumentos para la punibilidad de la responsabilidad del superior, debido a que el superior en lugar de prevenir los crímenes de los subordinados participó en su ejecución y por ello es juzgado en virtud de la responsabilidad individual en los crímenes en los que fue cómplice y en responsabilidad del superior por no cesar los crímenes de los subordinados. En efecto, esta omisión puede ser considerada como agravante en relación con su responsabilidad individual cuando convergen los dos tipos de responsabilidades. Aleksovski fue condenado a 7 años (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.11).

2. Aplicación del test de responsabilidad del superior

a. Control efectivo: Autoridad civil

En el caso, la defensa manifiesta que el imputado no es responsable porque “su papel era administrativo y representativo, su autoridad no es análoga a la del superior *militar sobre los guardias de prisión*” (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.159). El tribunal reafirma lo expuesto en el caso Celebici respecto a la responsabilidad de superiores civiles.

El acusado, debido a su posición como comandante del centro de detención, tiene la facultad de dar órdenes pues, está dotado de autoridad y control efectivo para prevenir, reprimir o castigar un delito. El criterio del control efectivo implica más que una autoridad de iure una autoridad de facto, se entiende que el nombramiento responde a una imputación objetiva y no a la prueba de autoridad necesaria para que se establezca la responsabilidad, para el juzgamiento se debe buscar en todos los casos la habilidad material. Dados estos elementos el acusado, a juicio del tribunal, tenía autoridad sobre los guardias de la prisión:

El primer hecho es que tenía autoridad sobre los guardias de la prisión que fueron HVO policía militar, como demuestran sus poderes para emitir órdenes a ellos, su condición general elevado dentro la prisión Kaonik, y su derecho a informar al comando de la Policía Militar y la Tribunal Militar Travnik del que dependa la cárcel (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.345).

Al igual que en el caso Celebici, se sostiene el control de facto en el que la autoridad es suficiente para imputar la responsabilidad. Frente al parámetro del control efectivo la sentencia limita el grado de control necesario bajo dos criterios: a) el poder para prevenir o castigar los crímenes de los subordinados y b) y el poder de influencia (Caso Celebici). En efecto el concepto “superior” es lo suficientemente amplio, ese fue el espíritu de la norma en el Estatuto constitutivo del tribunal. En algunos casos, incluso para las autoridades militares, la designación formal no es una condición necesaria. (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.376)

b. Conocimiento: Conocimiento constructivo

El conocimiento necesario para establecer el elemento subjetivo, en el caso Aleksovski, se maneja bajo los criterios de conocimiento efectivo y el conocimiento constructivo, parámetro utilizado en el caso Yamashita, debido a que se presumirá que el superior ha tenido conocimiento de la infracción cuando los hechos son “*generalizados, notorios y ocurren durante un largo periodo de tiempo*” (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.129).

Para el efecto, se considera que la posición jerárquica es un indicio de conocimiento y el peso que debe darse a esta circunstancia en el juzgamiento depende de las circunstancias geográficas y temporales. (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.131) Es decir, mientras más distante este el superior del lugar de los hechos, más difícil será imputar el conocimiento de los mismos. Razonamiento que hubiese beneficiado al caso Yamashita por la distancia de Baguio y Manila, pero podía ser significativo en la culpabilidad del caso Medina. Por ello, el tribunal en esta sentencia indica que el conocimiento debe ser analizado en cada caso, dependiendo de las circunstancias (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.132).

Es necesario señalar que en la acusación, la fiscalía determina la responsabilidad individual “*acumulativa o alternativamente*” (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.96) a la responsabilidad del superior sobre los mismos hechos, lo que conduce a una difícil

determinación del conocimiento necesario para ser imputable dentro de una categoría de responsabilidad. Bajo los cargos de responsabilidad individual, se establece la participación en los crímenes de los subordinados al respecto, el superior tenía pleno conocimiento en el sentido que: "todos los actos de asistencia por medio de palabras o actos *que le dan el estímulo o apoyo*" (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.97) acciones que no se limitan a la presencia física de Aleksovski y presuponen también el conocimiento como requisito de responsabilidad del superior.

En este aspecto, se señala que la sola presencia cerca del lugar de los crímenes es una participación suficiente, si tiene un efecto significativo sobre la comisión del subordinado (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.121) en efecto, en este análisis la presencia del acusado puede interpretarse como una aprobación oficial de la conducta de los perpetradores. Es decir, en la responsabilidad individual y la responsabilidad del superior, la autoridad del imputado es un indicio de conocimiento para establecer su culpabilidad en grado de participación.

c. Medidas para prevenir, reprimir, sancionar o denunciar

El acusado es ubicado por algunos testigos en el lugar de los crímenes, dio órdenes para la agresión de dos prisioneros y estos ataques fueron continuos en ausencia del superior sin embargo, al no prevenir o reprimir los delitos se considera que contribuyó e instigó a que estos ocurrieran (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.231), Las perpetraciones eran cometidas todos los días cerca de su oficina por ello, él podía ser consciente de los hechos pero omitió los deberes que exige su posición por el contrario esta omisión era un signo de su aprobación. Al ser un superior civil no tiene la misma capacidad de sanción y no es necesaria en el ejercicio de imputación de responsabilidad, su autoridad le permite emitir informes a los superiores y denunciar los hechos, responsabilidad que el acusado también omitió (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.243).

d. Crímenes Base: Crímenes de guerra

Los crímenes ocurridos en el centro de detención de Kaonik contra prisioneros civiles, son calificados como graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949, que incluyen el trato inhumano o causar deliberadamente grandes además de atentados contra la "dignidad personal" (Droege, 2007, pág. 18) Es este el elemento general de las

violaciones en el campo Kaonik: la dignidad humana al respecto, los Convenios de Ginebra exponen a estos crímenes como un trato inhumano que abarca el ataque contra la integridad o la salud física. El comentario sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra los define como: “actos que, sin atentar directamente contra la integridad y el bienestar físico o mental de los individuos, tienen por objeto humillarlos, ridiculizarlos u obligarlos incluso a *realizar actos degradantes*”.

En este caso, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia concluye que los actos cometidos por los subordinados se adaptan al artículo 3 del estatuto del tribunal pues implican “*que el acusado intencionalmente haya cometido o participado en un acto o en una omisión que, en general, se consideraría que causa humillación grave, degradación o que, de otro modo, constituya un grave atentado contra la dignidad humana*” (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.121).

e. Naturaleza de la infracción: Responsabilidad subsidiaria al delito base

El planteamiento de la acusación en Primera Instancia, vincula la responsabilidad individual a la responsabilidad del superior y sugiere su aplicación alternativa sobre las acciones del acusado. La sentencia consideró que los hechos correspondían únicamente a su participación en grado de complicidad a los crímenes de los subordinados y no se tomó en cuenta la calidad de superior por ello en la apelación se mostró que el error fue dar importancia a la gravedad de la conducta activa en la imposición de la pena, bajo esta consideración la pena fue aumentada de dos años y medio a siete años. (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.245),

3. Motivación del juzgador

La sentencia de primera instancia cometió un error en la aplicación de la pena por los actos realizados por los subordinados y Aleksovski sin embargo, el objetivo de la primera sala era enviar una señal clara a “*cualquiera que trate de evitar sus obligaciones en una sociedad civilizada*” (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.234), Frente a los cargos plantados por la fiscalía, Aleksovski fue considerado inocente de las violaciones a los Convenios de Guerra por el trato a los prisioneros de guerra o la aprensión ilegal de civiles.

En efecto, se valoró con mayor rigurosidad la responsabilidad activa del superior dejando de lado la responsabilidad por omisión (Cassese & Delmas Marty, 2004, pág.

237). Esto se debe a que este tribunal expande los límites conceptuales de los requisitos de la responsabilidad del superior pero, se considera una responsabilidad alternativa, el intento de la fiscalía por responsabilizar al acusado por autoría o complicidad coloca al tribunal en una situación en la que debe valorar cual es la responsabilidad más relevante para aplicar la pena. Posteriormente en apelación, se considera el agravante de la posición del superior dispuesto esencialmente por los requisitos que cumplen las circunstancias de las omisiones del acusad (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.121).

Los crímenes en el centro de detención motivan al tribunal a establecer una norma de conocimiento que exige únicamente un nexo mental entre la omisión del superior y la acción del subordinado es decir, no es necesario que los responsables hayan tenido la intención de participar en la agresión, ni ser conscientes de que el acto obedece a una política es por ello, que se elimina la intención discriminatoria como requisito necesario para la punibilidad lo que permite extender la pena a 7 años, (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.314), tiempo que resulta a la vez mínimo en comparación con las violaciones perpetradas y con la valoración de la responsabilidad del superior en el caso de Yamashita.

4. Conclusiones

Los elementos más relevantes del caso Aleksovski, en relación al cumplimiento del test sobre la responsabilidad del superior radican en la confirmación del control efectivo para los superiores civiles, que con capacidad material para prevenir y reprimir el crimen omiten esta obligación, el superior civil no tiene el mismo poder de sanción que el superior militar sin embargo, debe denunciar las acciones a la autoridad competente.

En el plano subjetivo, se argumenta el conocimiento efectivo de los hechos o el conocimiento constructivo el cual debe ser probado, si el superior tenía los medios necesarios para adquirir el conocimiento o en su calidad jerárquica, se encontraba en el lugar de los hechos, su posición jerárquica presupone que la distancia en que se encuentre el superior del lugar del crimen es un elemento para que sea imputado (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 1999, p.12).

Frente a la presentación de la responsabilidad del superior como una imputación alternativa, se debe considerar la necesidad de individualizar la pena. Se estableció que

tanto la responsabilidad directa como la responsabilidad del superior deben valorarse consecuentemente con los hechos en efecto, la condena de la responsabilidad del superior responde a la gravedad del crimen cometido por el subordinado y a la gravedad de la conducta del superior por su falta de prevención o de represión del crimen. La responsabilidad del acusado en tanto superior, dirigente del centro de detención, se debía determinar agravada por su participación activa o viceversa (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.121).

2.3.3.5 Caso Blaskic

1. Descripción de los hechos

Tihomir Blaskic, era comandante de las fuerzas armadas HVO (Consejo de defensa croata), entre mayo de 1992 y enero de 1994, en la ciudad de Kiseljak. (Agirre, 1997, pág. 237) El Consejo de Defensa croata patrocinó y efectuó persecuciones al pueblo bosnio con propagandas para su erradicación, especialmente en el Municipio de Kiseljik, en este escenario se desarrolló el Plan Vance Owen como un mecanismo de paz para que Bosnia Herzegovina fuese organizada en 10 provincias con una igual distribución del poder para que *“se respete las minorías”* (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 13), aunque nunca se hizo efectivo el plan, en 1993 se dio un ultimátum a los musulmanes para que dejen las armas.

Con estos antecedentes, Tihomir Blaskic declaró que frente a un ataque musulmán se dio una orden a las HVO de responder. Sin embargo, la situación entre los dos pueblos se hizo insostenible, lo que dio lugar al conflicto de Lasva Valley, una zona estratégica, desde mayo 1992 a enero de 1993 en los que se perpetraron asesinatos a civiles, violaciones y destrucción a templos religiosos entre otros actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 21). En la zona de Ahmici, con población musulmán fue perpetrado el mayor ataque el 16 de abril, el pueblo fue totalmente destruido; hombres, mujeres y niños asesinados y sus propiedades incendiadas al igual que las mezquita, bajo este mismo modus operandi se atacó a las zonas de Nadioci, Pirici y Santici entre otros (Mateus Rugeles, 2006, pág. 21).

En virtud del artículo 7 numeral 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Yugoslavia, se acusó a Blaskic de no haber adoptado medidas razonables para prevenir los delitos o para castigar a los autores de los mismos, aunque sabía o tenía razones para saber

que los crímenes estaban a punto de ser cometidos o se habían cometido (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 132). El acusado fue condenado a 45 años de prisión imputándole la responsabilidad por ordenar la perpetración de crímenes en la zona de Lasva Valey y sobre la base de responsabilidad del superior sin embargo, la sentencia fue apelada en el 2005 y los argumentos del Tribunal desecharon 16 de los 19 cargos que se le impuso al acusado (Caso Prosecutor v Blaskic, 2004, p. 100).

2. Aplicación del test de responsabilidad del superior

a. Control efectivo: Cadena de mando temporal

En este aspecto, la sentencia se ocupa de determinar la capacidad material para prevenir el crimen, el superior es el único que puede tomar las medidas necesarias para intervenir y castigar a los autores en este caso, el acusado era la autoridad frente a otros grupos militares que irrumpieron en Lasva Valey. Sin embargo, para la defensa Blaskic tenía poder sobre algunos grupos y su responsabilidad debería limitarse a los crímenes de los subordinados directos, no tenía la autoridad para castigar a cualquier soldado de unidades autónomas (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 305).

En este sentido, el tribunal explica el argumento de la “*subordinación indirecta*” (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 308) contenida en el artículo 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra: el superior podrá incurrir en responsabilidad penal, por los actos cometidos por personas que no son formalmente subordinados suyos en la medida que puede ejercer un control efectivo sobre los mismos. Es así, que la prueba del control efectivo implica que incluso más de una persona considerada superior puede ser responsable por el mismo delito del subordinado. Blaskic pudo ejercer un control temporal sobre ciertas tropas al momento de las perpetraciones (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 306).

b. Conocimiento

En el juicio, la Fiscalía y Defensa acordaron que el conocimiento puede ser demostrado, ya sea a través de la evidencia directa o circunstancial (esas evidencias podían ser consideradas por el número, el tipo y el alcance de los crímenes del subordinado) para explicar un conocimiento constructivo “tenía razones para saber”. (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 182) Se retoma el razonamiento de la obligación del superior por conocer

las acciones del subordinado, si no tenía esa información es por una negligencia grave pues en su posición razonablemente pudo tener acceso a ella.

El caso Blaskic, extiende la interpretación del conocimiento constructivo a la obligación del conocimiento mediante una norma consuetudinaria, frente al caso Celebici que expone que el conocimiento no puede presumirse y el caso Aleksovski que implica la posición de superior y la generalidad de los hechos como indicio de conocimiento (Ambos, 1974, pág. 211), el presente caso sin embargo, entiende que la responsabilidad del superior es aplicable incluso en ausencia de conocimiento pues esta no puede ser argüida como defensa por lo tanto, el desconocimiento también es punible.

La interpretación de las sentencias del Tribunal Militar para el Lejano Oriente sobre el conocimiento implican que el superior debe asegurarse de mantener un sistema de información y si se descuida de su funcionamiento, el superior es culpable por haber fallado en adquirir conocimiento (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 550).

El tribunal cita el caso de Roehling (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 552) pues, el acusado afirma que no conocía de las condiciones de los trabajadores de la planta de Voelklingen pero el tribunal de primera instancia sostuvo que “era su deber como jefe de investigar el trato concedido a los trabajadores extranjeros y para los prisioneros de guerra cuya relación de trabajo en sus fábricas de guerra era, por otra parte, prohibido por las reglas de la guerra”(Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 554). A partir de este y otros casos el tribunal interpreta que después de los Juicios de la Segunda Guerra Mundial, se elaboró un estándar en el cual el superior puede ser responsable por los crímenes de los subordinados si "no ejerció los medios a su alcance para conocer el delito y, dadas las circunstancias, debería haber conocido y tal falta de saber constituye negligencia de *character penal*” (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 548). En opinión de la sala de primera instancia, debe interpretarse el conocimiento constructivo en sentido más amplio pues el superior no puede pretender ser ignorante de información.

En apelación, esta excesiva interpretación del conocimiento constructivo al grado de presunción es considerada como un error en los requisitos necesarios para imputar la responsabilidad del superior, es decir siguiendo el caso Celebici; un superior será responsable solo si la información está disponible para el superior, el desconocimiento no

es punible porque la imputación del superior es por omitir las medidas para prevenir, reprimir, sancionar o denunciar el crimen. (Caso Prosecutor v Blaskic, 2004, p. 157)

c. Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance

Prevenir, reprimir o sancionar: En este sentido, la sentencia de primera instancia expone las medidas que un superior debe tomar para prevenir delitos, estas se pueden definir como las medidas razonables que el superior estaba en condiciones de adoptar en las circunstancias vigentes en el momento, la falta de competencia legal formal no exime a los superiores de su responsabilidad penal (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 321). Las obligaciones de prevenir, reprimir y sancionar el crimen son independientes es decir, no puede compensar la falta de acción al no prevenir el delito por castigar a los subordinados después.

Para el tribunal, los esfuerzos realizados por el acusado para que los crímenes fuesen investigados fueron insuficientes, no se tomó ninguna medida para sellar el área y asegurar que la evidencia fuese preservada, a pesar de ser requerido para ello por el artículo 60 de los reglamentos de disciplina militar (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 598). El acusado declaró que él buscó la ayuda de las organizaciones internacionales, pero los observadores internacionales que dieron testimonio ante la Sala de Primera Instancia cuestionaron esta versión de los hechos (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 432). Los testigos Stewart y Morsink sostuvieron que el acusado nunca había pedido su ayuda por ello omitió todas las medidas a su alcance para prevenir, reprimir, sancionar o denunciar el crimen.

d. Crimen base: Crimen de guerra

Para la consideración de la gravedad de los delitos de los subordinados, la sala de primera instancia determina que un crimen contra la humanidad puede conservar una naturaleza diferente al de un crimen de guerra sin embargo, los crímenes contra la humanidad no son actos aislados cometidos al azar sino en un contexto de guerra, el autor es consciente del contexto y es más grave debido a su contribución adicional a un patrón generalizado de la violencia por ello, son delitos subyacentemente similares. (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 121).

e. Naturaleza de la infracción: Responsabilidad subsidiaria al delito base

En el razonamiento del tribunal se sostiene teóricamente, que sería ilógico que un comandante sea penalmente responsable de planificar, instigar u ordenar la comisión de delitos (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 337) y, al mismo tiempo, exista el reproche penal por no tomar las medidas para prevenirlo o castigarlos. Sin embargo, en la aplicación de la pena se manifiesta un elemento causal entre la omisión del superior como base de la responsabilidad individual por la complicidad o instigación en los delitos de los subordinados. Es decir, el jefe militar es responsable como un participante o instigador, si al no tomar medidas contra los subordinados que cometen crímenes de guerra, permite su comisión (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 340).

Este tema es discutido en la Apelación porque para esta sala existe un error de aplicación de la responsabilidad, estableciendo una condena simultánea en relación a los mismos hechos. En efecto, estas categorías de responsabilidad individual y del superior connotan distintas instituciones penales (Caso Prosecutor v Blaskic, 2004, p. 321).

3. Motivaciones del tribunal

La resolución de la Primera Sala sobre la condena del acusado a 45 años responde a una interpretación amplia de los requisitos de la responsabilidad del superior, con el objetivo de evitar la impunidad para quienes tienen un cargo jerárquico superior y omiten sus obligaciones. Esta valoración del conocimiento constructivo y de la aplicación simultánea de la responsabilidad individual y del superior implican que el acusado debe recibir una condena mayor que los subordinados que cometieron la infracción pues, la tolerancia y aprobación por parte de los superiores viabiliza la comisión de nuevos crímenes en tiempos de guerra, lo que fomenta las violaciones a los derechos de las víctimas (Caso Prosecutor v Blaskic, 2000, p. 556).

Por lo tanto, la omisión de comandante es considerada como un agravante para la sentencia porque es elemento causal para la acción de los subordinados. Sin embargo, la responsabilidad del superior no debe ser juzgada por la autoría en el delito base. Los fundamentos que motivan la aceptación de la apelación en el caso y la oposición de la decisión de la Sala de Apelación con lo resuelto en primera instancia radican en la relación de la responsabilidad individual por ordenar o instigar en el presupuesto del conocimiento

de un riesgo de la perpetración de crímenes por los subordinados y la omisión del superior frente a este riesgo.

4. Conclusión

A pesar de las fallas en la interpretación, sobre los límites de los requisitos de la responsabilidad del superior en el tratamiento del caso, los elementos demuestran que existía el control efectivo necesario sin necesidad de una restricción a la cadena de mando, Blaskic podía influenciar y tenía capacidad material para prevenir los crímenes. Si los hechos ocurridos en Lasva Valley fueron continuos y generalizados y el acusado se encontraba cerca del lugar con la concurrencia de la evidencia necesaria, era posible establecer el conocimiento constructivo para imputar la omisión de las medidas adecuadas para prevenir, reprimir y sancionar el crimen o viabilizar su persecución, conductas que no fueron realizadas por Blaskic.

Pero el error en la acusación, surge en el sentido de que si el superior ordenó o instigó el cometimiento de crímenes de guerra es responsable de los mismos y en su defecto (si no ordeno o instigó), el superior no tomó las medidas necesarias para reprimir o sancionar sobre los mismos hechos de los subordinados. Si existe la omisión, existe la aceptación de los crímenes de esta manera el superior siempre sería culpable por su puesto de mando y no por las evidencias expuestas en el juicio. La decisión de la Sala de Apelación fue escandalosa al determinar una baja de condena de 45 a 9 años de prisión, incluso el 23 de noviembre del 2006 se ingresó una solicitud de la fiscalía para que se revise la sentencia en virtud de nuevos elementos de juicio, petición que fue negada por el tribunal (Caso Prosecutor v Blaskic, 2004, p. 118).

2.3.3.6 Caso Akayesu

1. Descripción de los hechos

La población en Ruanda estaba constituida por los Hutus, Tutsi y los Twa, a lo largo de la historia los Hutus y Tutsi se enfrentaron por conseguir el poder, en 1961 los Hutus tomaron el control del gobierno y se reconoce a la República de Ruanda en 1962. (Equipo Nizkor, 2003). En 1990, el país se encontraba al mando de Habyarimana, en este periodo se desarrolló una guerra civil por grupos paramilitares hutus para eliminar la población tutsi, (Prieto San Juan, 2006, pág. 12).

En octubre de 1990, ruandeses exiliados opositores al régimen de Habyarimana, invadieron Ruanda con el apoyo de Uganda e iniciaron una guerra civil para derrocar al régimen. En 1994 Habyarimana fue asesinado, lo que desató la masacre de alrededor de 500 mil tutsi. En este contexto, Jean Paul Akayesu (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p. 6) era el alcalde de Taba, en su periodo al menos 2000 tutsi fueron asesinados. Akayesu como responsable de la población debió conocer sobre los crímenes y denunciarlos a las autoridades por la generalidad y el impacto de los mismos.

Los civiles tutsis fueron desplazados, las mujeres sometidas a repetidos ataques sexuales, violencia física y psicológica esto sucedía en los locales comunales donde se acercaban a pedir refugio es por ello que, se considera que el burgomaestre facilitó la comisión de delitos al no impedirlos adecuadamente (Prieto San Juan, 2006, pág. 14). De igual manera, se perpetró el asesinato de un profesor ciudadano de Taba, porque fue acusado de ser parte del frente opositor sin embargo, aunque se conocía el nombre del asesino Akayesu no tomo las medidas para aprehenderlo (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p.18). Además, bajo su mando se realizaron registros en las casas de Taba, los civiles fueron golpeados e interrogados. Paul Akayesu es responsable de genocidio, como autor, cómplice e incitador, crímenes de lesa humanidad. De igual manera es responsable por su omisión por su cargo superior (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p. 19).

2. Aplicación del test de responsabilidad del superior

a. Control efectivo

Este caso, nos muestra una posibilidad de adentrarnos en la autoridad de facto y sus limitaciones, determinar la responsabilidad de un superior militar es en definitiva más sencillo porque existe un indicio en razón de la imposición legal de su autoridad sin embargo, imputar este tipo de omisión a un responsable civil que no tiene entre sus obligaciones legales tomar las medidas adecuadas frente a la comisión de crímenes, requiere una investigación más profunda.

Según las consideraciones de la fiscalía y las pruebas testimoniales, Akayesu tenía poderes de facto frente a la población civil de su comunidad, las alegaciones del perito Alison Desforges indican “El burgomaestre era la autoridad más importante para los ciudadanos de a pie de una Comuna, que en cierto sentido, ejerce los poderes de un jefe en tiempos *pre-coloniales*” (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p. 21). La autoridad de

Akayesu era reconocida a tal punto que quienes perpetraron los crímenes lo obedecían cuando daba una orden, tenía la habilidad material también de impedir delitos.

Los testimonios abalan esta afirmación: “El burgomaestre fue considerado como el "padre" de toda la población en el que cada orden sería respetado. Testigo S fue más allá y afirmó que las personas normalmente siguen las órdenes de la autoridad administrativa, es decir, el burgomaestre, incluso si esas órdenes eran ilegales o ilícitas” (Caso *Prosecutor v Akayesu*, 1998, p. 89). Akayesu tenía popularidad y la facultad de influir en las decisiones de su comunidad, en esta realidad radicaban sus poderes de facto, su potestad de dar órdenes utilizando su posición no necesariamente de alcalde sino de consejero y dirigente.

Inconsecuentemente, el Tribunal en la parte resolutive observa que no hay una alegación inequívoca acerca de la relación superior-subordinado, no se puede hacer esta inferencia respecto al control efectivo de civiles para ser justos con el acusado por ello, no se considera estos elementos en virtud de la responsabilidad del superior sino que son parte de su responsabilidad individual al considerarlo cómplice de los actos criminales (Prieto San Juan, 2006, pág. 76). El tribunal se mostró renuente en la aplicación del control efectivo para superiores civiles y por ello se apoyó en la opinión disidente del caso *Hirota Kaki*:

En general, un tribunal debe ser cuidadoso al declarar culpable a una autoridad civil por la conducta del ejército en campaña. Sobre todo el tribunal existe para aplicar principios generales del derecho como existen con relación a la responsabilidad por omisión. Las consideraciones legales y políticas, la justicia y oportunidad indican que esta responsabilidad sólo debe ser reconocida en un sentido restringido.

b. Conocimiento

Para eliminar toda duda razonable, se debe acudir al segundo elemento de la responsabilidad del superior, como superior civil el acusado debía saber lo que ocurría en los locales comunales donde iban los tutsi y no tomó las medidas necesarias para impedirlo. En efecto, en este aspecto es importante determinar el mens rea exigido para las autoridades de mando civil. Respecto al mens rea es necesario que exista una intención criminal sin ello no surge responsabilidad penal individual.

Los asesinatos en Taba fueron abiertamente comprometidos y extendidos en el territorio por ello, Jean Paul Akayesu debía conocer acerca de ellos. El testigo C dijo haber oído al acusado: "No creo que lo que estamos haciendo es correcto. Vamos a tener que pagar por esta sangre que se está derramando" (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p. 54), una declaración que indica el conocimiento del acusado de la ilicitud de sus actos. Al igual que el conocimiento de la violencia sexual cometida por sus subordinados, las víctimas declararon que los crímenes eran cerca de su oficina o en su presencia e incluso que el acusado "supervisaba" los actos de violación (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p. 32).

A pesar de la denegación de la responsabilidad del superior en este caso, el tribunal se manifiesta sobre el mens rea del superior en efecto, la inclinación del tribunal responde a que el conocimiento no puede ser inferido de la condición de superior, sino que debe existir una intención criminal por parte de este o a su vez, una negligencia tan grave que puede considerarse una intención (Prieto San Juan, 2006, pág. 97).

c. Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance

Prevenir Reprimir Sancionar: Frente a los crímenes de los subordinados, Akayesu no tomó las medidas necesarias para reprimir o sancionar los crímenes, en su lugar los permitió y actuó como incitador en grado de complicidad. En este caso, la omisión del superior no es punible pues, se considera que estos actos fueron parte de la intención de Akayesu para realizar un aporte al crimen del subordinado.

d. Naturaleza de la infracción: Elemento de la responsabilidad individual.

La Sala considera que el acusado es responsable como un cómplice de genocidio, a pesar de que el propio acusado no tenía la específica intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tales. Esta aseveración se basa en la consideración de la responsabilidad individual que asume las acusaciones por la responsabilidad del superior para conglobar una sola interpretación de los actos criminales de Akayesu (Caso Prosecutor v Akayesu, 1998, p. 131).

3. Motivación del tribunal

La desestimación de la responsabilidad del superior para Akayesu ocurre por la inaplicabilidad del elemento de control efectivo a superiores civiles (Prieto San Juan, 2006, pág. 83), a pesar de las resoluciones precedentes en el tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en Ruanda no se contempló la interpretación del concepto de autoridad y capacidad de influencia sin embargo, esto puede justificarse porque los delitos de Akayesu como autor individual sobrepasan la esfera de su condición como superior jerárquico.

Frente a la gravedad del genocidio ruandés, Akayesu mantuvo reuniones con los líderes del gobierno interino (quienes habían planeado y orquestado el genocidio) celebrada el 18 de abril y frente a sus aspiraciones políticas inició una intervención principal en la comisión de delitos (United States Holocaust Memorial Museum, 2009). En efecto, los actos Akayesu fueron deliberados para incitar a los habitantes de la ciudad a que cometan crímenes contra los refugiados tutsis.

4. Conclusión

El caso Akayesu establece un parámetro de análisis frente a la imputación de responsabilidad a superiores civiles, el cuestionamiento sobre el grado de responsabilidad que debe tener un dirigente es importante para las posteriores legislaciones por ejemplo el artículo 28 del Estatuto de Roma establece los parámetros para responsabilidad a los superiores de facto observando las pruebas sobre su autoridad frente a un grupo específico.

La prueba de subordinación favorece para que no se dirija el razonamiento inmediatamente a la culpabilidad frente a alcaldes, presidentes o militares sino, que exista una determinación adecuada de la capacidad de incidir frente a los perpetradores de los crímenes para el efecto, es necesario diferenciar las acciones de instigación con las omisiones del superior pues, si el mens rea de Akayesu no estaba dispuesto al cometimiento de genocidio frente a la población tutsi, la valoración de la responsabilidad debía responder a su incumplimiento de tomar las medidas necesarias para prevenir el crimen o denunciarlo.

CAPITULO III

3. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LA NORMATIVA LATINOAMERICANA E INTERNA: PRECEDENTES Y PERSPECTIVAS JURÍDICAS

3.1 Aplicación interna de la jurisprudencia internacional

A partir del análisis de las sentencias de la responsabilidad del superior, se plantea en este apartado, la aplicación de este principio en el ordenamiento jurídico internacional y su incorporación interna en este contexto, los principios internacionales son parte del bloque de constitucionalidad o requieren su anexión en un cuerpo normativo sin embargo, no se agota en el texto de la ley, sino que la manera en que hayan sido interpretados forma parte de una unidad jurídica aplicable a casos concretos (Amado Rivadeneyra, 2009, pág. 342). La jurisprudencia provee sentido y alcance a los lineamientos de la institución e incluso su existencia por ello, las conclusiones que se generen sobre el análisis de casos del capítulo precedente son lineamientos válidos para la aplicación funcional de la responsabilidad del superior y pueden considerarse como pautas de decisión en casos semejantes (Gutierrez Posse, 2001, pág. 1).

Esta valoración de la jurisprudencia internacional corresponde a la autoridad que los órganos judiciales brinden a los precedentes a continuación, se abordan las consecuencias de la jurisprudencia internacional en razón de sus efectos: a) obligatorio o b) vinculante, respecto de casos subsecuentes. En virtud de esa aclaración, se proyectan las conclusiones generadas en el análisis de casos del Capítulo II para definir el alcance interpretativo de los atributos de la institución y posteriormente, integrarlos a las exigencias actuales de la aplicación de la responsabilidad del superior.

3.1.1 Consecuencias de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales

Las sentencias relativas a la responsabilidad del superior contribuyeron a la delimitación práctica del principio y a su vez, fueron una respuesta “*aleccionadora*”, con penas rigurosas como medida retributiva del crimen, frente a las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en conflictos armados (Tavernier, 1997). En este sentido, la jurisprudencia internacional es un precedente necesario para evaluar el estado de la

institución y su procedencia en el derecho interno e internacional (Portilla Gómez & Hernández y Rojas, pág. 2). El efecto jurídico que contenga el precedente jurisprudencial se determina en virtud de los mecanismos para su ejecución (Romero Pérez, 2011, pág. 16), se entiende que el efecto obligatorio recae sobre las partes en conflicto dentro de un proceso judicial, quienes deben cumplir las disposiciones del fallo pues, implica una obligación concreta de cumplir la parte resolutive de la sentencia que emitió el tribunal internacional (Romero Pérez X. , 2011, pág. 17). Por otro lado, el efecto vinculante implica el deber de los Estados de adoptar el sentido y razonamientos de la jurisprudencia internacional en casos análogos pues, se reconoce que la actuación del juzgador debe ajustarse a las directrices que se establecen en las sentencias en relación a su interpretación y aplicación (Romero Pérez X. , 2011, pág. 18).

a) Efecto obligatorio

Las decisiones firmes establecidas en los casos Medina y Yamashita fueron obligatorias en la jurisdicción estadounidense (Nino, 1996, pág. 21). En efecto, Yamashita fue condenado y Medina declarado inocente en aplicación del derecho interno. Una situación más compleja surge con la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, debido a las dudas generadas respecto a la competencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Raimondo F. , 2001, pág. 3). Sin embargo, el artículo 25 de la Carta de las Naciones señala la obligatoriedad de las partes de aceptar y cumplir las decisiones del Consejo entre ellas la competencia de los tribunales internacionales y la obligatoriedad de sus fallos (ONU, 1945).

En este sentido, las decisiones de los Tribunales Internacionales son obligatorias pero algunas posiciones plantean que su aplicación pugna con la aprobación previa de una legislación nacional (Tavernier, 1997). Es decir, las legislaciones nacionales pueden dificultar el juzgamiento y la pena impuesta por un tribunal internacional sin embargo, estas posiciones se desvirtúan por la obligación de cooperación de los Estados y la procedencia de los tribunales internacionales ad hoc frente a la comisión de crímenes internacionales (Portilla Gómez & Hernández y Rojas, 2008, pág. 12). Además, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (ONU, 1969), es inadmisibles la invocación de cualquier institución del derecho interno que pretenda impedir las decisiones de los tribunales internacionales, incluida la investigación y sanción

de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos (Solares Lipp, pág. 11), porque se violaría el propósito básico del Derecho Penal Internacional al no propiciar la justicia y promover la impunidad de los responsables.

Por otro lado, la teoría de los actos propios (estoppel), sanciona las actuaciones lícitas pero contradictorias respecto al comportamiento anterior del propio Estado (Barberis, 1994, pág. 144), en virtud del principio de buena fe, debe exigirse a las partes un comportamiento coherente en sus actos. En este aspecto, la decisión del Estado de acogerse a las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU, que estableció los tribunales internacionales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda implica la aceptación de las decisiones de dichos tribunales y su ejecución interna pues, se plantea la excepción de estoppel que impide al Estado volver contra sus propios actos cuando lesiones derechos o expectativas de la comunidad internacional (ONU, 1998, pág. 368).

b) Efecto vinculante

La jurisprudencia como fuente del Derecho Internacional Público, es un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, así lo establece el artículo 38 numeral 1 literal d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al igual que el de Ruanda, recurrió a la jurisprudencia internacional, especialmente de la Corte Internacional de Justicia para verificar el alcance de reglas de Derecho Internacional (Raimondo F. , 2001) lo cual no implica que estén obligados a asumir la línea interpretativa del precedente ya que, se debe interpretar las normas e instituciones dentro de su contexto legal y al caso específico (Prosecutor v Dusko Tadic, 1995, p.14). En efecto, el principio de iura novit curia indica que el juzgador puede variar su valoración de los hechos y de la prueba durante el proceso y llegar a conclusiones diferentes a casos análogos. Este principio se sujeta a la obligación que tiene el juez de motivar sus resoluciones, lo que incluye las normas jurídicas que aplica en la sentencia e incluso las razones por las cuales deja de aplicar otras normas del ordenamiento jurídico de relevancia en el caso (Binder, 2006, pág. 567).

El mismo TPIY respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia internacional en general y la propia, determinó que no existe la obligación de asumir el precedente pero los jueces deben tener consideración a los principios del Derecho Internacional, si un

precedente está firmemente basado en ellos, podrá ser la base para una resolución judicial posterior pero ello depende de la discrecionalidad de los juzgadores para que sus decisiones se adopten en beneficio del interés de la justicia (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000, p.96).

En este sentido, existen varias direcciones jurisprudenciales respecto a la responsabilidad del superior y de sus elementos determinantes. Tiene notoriedad la dificultad de valoración del conocimiento constructivo, incluso en casos análogos como Celebici y Aleksovski, el alcance del este requisito fue distinto²³. Por ello, si bien la jurisprudencia internacional no tiene carácter vinculante, deben establecerse lineamientos generales de interpretación que beneficien la unidad y consistencia del derecho internacional (Raimondo F. , 2001, pág. 27) .

3.1.2 Principios comunes de la jurisprudencia internacional sobre la responsabilidad del superior

En vista del valor jurídico de la jurisprudencia internacional, las decisiones respecto a la responsabilidad del superior permiten establecer límites de aplicación en razón de los atributos de la institución: control efectivo, conocimiento, medidas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen del subordinado además, plantea alternativas para la tipificación, interpretación y el tratamiento procesal (ONU, 2011, pág. 11). Las conclusiones que se extraen de la comparación de las sentencias en el estudio realizado, (Yamashita, Medina, Celebici, Aleksovski, Blaskic y Akayesu) se resumen en la siguiente tabla:

Tabla 3 Conclusiones generales de la jurisprudencia internacional

| <u>Conclusiones de la jurisprudencia internacional respecto a la responsabilidad del superior</u> | |
|---|---|
| Elemento de la institución | Línea interpretativa |
| Control efectivo: Capacidad material. | Influencia sustancial |
| Duda del alcance del conocimiento constructivo | a) El superior tenía información b) El superior no tenía información (negligencia) |

²³ En el caso Celebici, el conocimiento constructivo implica que la información que le permita concluir sobre la existencia del crimen de los subordinados está en las manos del agente o a su alcance, el caso Aleksovski mantiene que el desconocimiento negligente también es parte del conocimiento constructivo.

| | |
|--|----------------------------------|
| Medidas para prevenir, reprimir y sancionar el crimen del subordinado | Independientes |
| Responsabilidad del superior independiente a la responsabilidad individual | No es subsidiaria ni alternativa |
| Concurrencia de responsabilidad sobre el sujeto | Independiente o Agravante |

1. El control efectivo se califica por la capacidad material de prevenir y sancionar un crimen: Esta interpretación del alcance del control efectivo sobrepasa la calidad de superior militar para aplicar la institución a una autoridad civil pues, evalúa la posición jerárquica a partir del grado de influencia sobre los subordinados como un parámetro que le permite al superior afectar la comisión de un crimen (Ambos, 1999, pág. 213). El término de “*influencia sustancial*” fue usado en el caso Celebici (Prosecutor v. Delalic et al, 1998) para imputar el control efectivo a Múdic y fue considerado para juzgar el control efectivo para Aleksovski, Blaskic y Akayesu. Está ampliación del espectro de control efectivo, evita la impunidad de quienes a cargo de una función de autoridad (militar o civil) tienen la potestad de influir en las acciones de los subordinados en virtud de la cadena de mando y no lo hacen y en consecuencia omiten sus obligaciones como superiores.
2. Duda en el alcance del conocimiento constructivo: La interpretación del elemento cognitivo en la responsabilidad del superior no tiene un alcance definido. En efecto, se evalúan dos opciones a) el superior jerárquico tenía información que le permita concluir sobre un crimen y b) el superior jerárquico no tenía información y por lo tanto es negligente con sus funciones (Prosecutor v. Delalic et al, 1998). En el primer caso, la ubicación geográfica del superior respecto del lugar del crimen o temporal respecto de los hechos, es determinante para que acceda a información concluyente sobre los actos delictivos de sus subordinados, así se expuso en el precedente Yamashita y se amplió en el caso Celebici, Aleksovski y Akayesu. En el segundo caso, la posición del superior implica una obligación de supervisión de los actos de los subordinados y de su conocimiento, incumplir esta obligación es un acto de negligencia que acarrea la responsabilidad del superior por no tomar las medidas necesarias para prevenir, reprimir o sancionar el crimen del subordinado (Prosecutor v. Delalic et al, 1998). Sin

embargo, considero que esta extensión del conocimiento constructivo se contrapone con la intencionalidad de la omisión del superior.

3. Las medidas para prevenir, reprimir y sancionar el crimen son independientes y amplias: La omisión del superior radica en no tomar las medidas “razonables” para prevenir, reprimir o sancionar el crimen de los subordinados (Ambos, 2009, pág. 200). El superior jerárquico es responsable por la falta de acción en cada una de sus obligaciones (prevenir, reprimir, sancionar, denunciar independientemente pues, su respuesta al sancionar el crimen no le exime de su responsabilidad por no prevenirlo o reprimirlo, si tenía conocimiento o razones para saber sobre su preparación o ejecución. (Prosecutor v Blaskic, 2000)
4. La responsabilidad del superior es independiente a la responsabilidad individual activa La responsabilidad del superior por omisión de tomar las medidas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen implican una responsabilidad independiente que la de ordenar, instigar o cometer pues se juzgan sobre hechos y conductas distintas (omisión-acción) (Aponte, 2007, pág. 98). Las acusaciones de la fiscalía en los casos Aleksovski y Blaskic contenían una responsabilidad subsidiaria: en el caso de que el acusado no ordenó o instigó sobre los actos de los subordinados, él omitió tomar las medidas razonables sobre los crímenes de los subordinados (Prosecutor v Zlatko Aleksovski, 2000). Situación que el tribunal solucionó al resolver que no se puede poner una condena simultánea en relación a los mismos hechos pues, se juzgaría doblemente una conducta.
5. En el caso que concurran sobre un mismo sujeto la responsabilidad del superior y la responsabilidad individual, una puede ser agravante de la otra. Para la aplicación de la pena, la responsabilidad del superior puede ser considerada como agravante de la responsabilidad individual o viceversa, en razón de la consideración del juez sobre cuál es la conducta del superior más relevante y principal. Estas normas de aplicación fueron eximidas en el caso Celebici y tomadas en cuenta en la decisión de apelación del caso Aleksovski.

3.1.3 Incorporación de la jurisprudencia internacional en el Estatuto de Roma

La experiencia de los tribunales internacionales demostró a la comunidad internacional que si bien, las sentencias de estos tribunales cumplían con los fines del Derecho Internacional Penal, existe la necesidad de establecer un organismo único y supranacional que juzgue a los individuos responsables de graves violaciones a los derechos humanos, para que se constituya en un nuevo modelo de persecución de crímenes internacionales: a) creado por las partes a través de un tratado internacional, b) independiente y de carácter permanente, c) sea aplicable para hechos posteriores a su entrada en vigencia, debido a que la creación de tribunales ex post facto infringía el elemento temporal del principio de legalidad (*nullum crime sine lege*) (Tavernier, 1997).

Por ello, en 1998 se establece la Corte Penal Internacional es órgano judicial independiente, creado por la comunidad internacional de Estados y con carácter permanente con el fin de enjuiciar a los autores de los crímenes contra el derecho internacional más graves como: el genocidio, otros crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra” (Corte Penal Internacional, 1998). En consecuencia, la Corte Penal Internacional está facultada por las partes para ejercer jurisdicción sobre las personas procesadas por los crímenes más graves en contra de la humanidad, lo cual no implica una intromisión en la soberanía de cada estado o una ampliación o aceptación de la jurisdicción universal (Del Rosal Fernandez, 2005, pág. 154).

El Estatuto de Roma señala que la Corte tiene un carácter complementario a las jurisdicciones y normativa de cada país pero, obliga a las partes contratantes a incorporar sus disposiciones en armonía con el ordenamiento jurídico interno así como, eliminar cualquier elemento administrativo o judicial que limite la actuación de la Corte Penal Internacional para ello, el estado debe revisar su normativa constitucional y penal (Corte Penal Internacional, 1998).

El Estatuto acogió la institución de la responsabilidad del superior en el artículo 28²⁴ cuya tipificación incluye las precisiones generadas por la jurisprudencia internacional con el parámetro diferenciador entre superior militar y civil que se aplican a continuación:

²⁴ Art 28. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: 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

1. Distinción entre el jefe militar con mando o autoridad y el superior civil que tiene una cualidad de autoridad: Esta diferencia se genera por la importancia del grado oficial para establecer responsabilidades en la jerarquía militar. En la discusión del Estatuto, la delegada de Estados Unidos afirmó que esta diferencia también se debe a que el jefe militar está a cargo de una fuerza letal, mientras que el superior civil dirige lo que podría considerarse una burocracia por lo tanto, los atributos de la responsabilidad del superior deben atender a ciertas distinciones en el grado de aplicación a un superior militar con mayores condiciones para el control efectivo, el conocimiento y la consecución de medidas sobre el crimen del subordinado que un superior civil (Corte Penal Internacional, 1998, p.322) en consecuencia, su conducta tiene mayor grado de reproche penal.

2. Distinción entre el conocimiento inferido del superior militar y del civil: En el caso de los superiores civiles, la redacción del Estatuto planteó una variante en relación al conocimiento inferido, el superior civil “*deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información*” (Corte Penal Internacional, 1998), en el caso del superior civil no se puede exigir una obligación legal de conocimiento. Para el superior militar la redacción de “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido *saber*” (Corte Penal Internacional, 1998) implica aplicar una obligación de supervisión sobre las acciones de los subordinados inherente a su atribución legal por lo tanto en este caso, la falta de supervisión puede ser causa de sanción administrativa o penal (Lirola Delgado, 2004, pág. 22).

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

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

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

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

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

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

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

3. La conducta punible: Consiste en no tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o denunciar el crimen a las autoridades. La omisión alcanza a las medidas del superior para facilitar la investigación y el enjuiciamiento (Ambos, 2012, pág. 121).

A pesar de estas precisiones, el artículo 28 del Estatuto de Roma mantiene supuestos abiertos que han sido interpretados por la Corte Penal Internacional de forma discordante a las conclusiones de la jurisprudencia internacional de los tribunales ad hoc. En la confirmación de cargos en el caso Bemba²⁵ (The Prosecutor v Bemba Gombo, 2009), la sala de cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional presentó interpretaciones acerca del conocimiento constructivo y la relación causal entre el crimen del superior jerárquico y del subordinado que generan ambigüedad y bajo mi perspectiva, violan principios del Derecho Penal General, como el principio de culpabilidad y conceptos ya difundidos respecto a la no causalidad entre la omisión del superior y el delito base del subordinado por las siguientes razones:

1. La negligencia punible en el conocimiento constructivo: En el caso Celebici se consideró que el conocimiento constructivo solo era aplicable frente a la información que tiene el superior y no a una negligencia por falta de conocimiento (Prosecutor v. Delalic et al, 1998). Sin embargo, el criterio de “*debió haber conocido*” implica una falta al deber de supervisión del superior jerárquico sobre las tareas de los subordinados. En este sentido se señala que el artículo 28 debe interpretarse conforme al sentido natural de los términos “*debía haber sabido*”, que indica una obligación no satisfecha de obtener información por parte del superior militar sobre las acciones de los subordinados en ejercicio de sus funciones (Amnistía Internacional, 2009, p.10), actuación negligente y por la cual, debería responder como una infracción individual o si, por esta negligencia omite la prevención, represión o sanción de los crímenes de los subordinados.

Bajo este razonamiento, la negligencia es generadora de un delito doloso: frente a la falta de información del superior sobre los crímenes del subordinado, el superior

²⁵ Bemba fue Presidente y Comandante en Jefe del “*Mouvement de Libération du Congo*” (MLC) y es el ex-Vicepresidente de la República Democrática del Congo. El 15 de junio de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) II confirmó los cargos por crímenes de lesa humanidad (violación y asesinato) contra Bemba, refiriendo su caso a un juicio. Su juicio comenzó el 22 de noviembre de 2010 y está en curso.

es responsable por la omisión de no tomar las medidas necesarias sobre actos que no conocía, esta situación se contrapone al principio de culpabilidad pues, el delito doloso se materializa por la conciencia y voluntad para cometer el ilícito, sin estos elementos, el mens rea del superior sería insuficiente para determinar su responsabilidad (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 143). Esta extensión inadecuada de responsabilidad podría solucionarse con la creación de un tipo penal diferente que contemple “*la falta de supervisión debida*” y así limitar la responsabilidad del superior al conocimiento constructivo en razón de la presencia de información como elemento cognitivo probable (Ambos, 2004, pág. 265).

2. La omisión del superior, causal del crimen del subordinado: El elemento causal no es necesario para imputar la responsabilidad al superior jerárquico porque su omisión no constituye una generación de la comisión de los subordinados, esta afirmación fue concretada por la jurisprudencia internacional y se acoge en el Estatuto de Roma. Sin embargo, el art. 28 expone una redacción que puede interpretarse como causal (Amnistía Internacional, 2009, p.43). En este contexto, se deja abierta la posibilidad de satisfacer la causalidad de la redacción en razón a los fines del Estatuto, partiendo de la interpretación del riesgo que genera la omisión del superior a los bienes jurídicos protegidos y que posibilita la comisión de crímenes de los subordinados. Bajo el criterio del “*aumento del riesgo*” (Amnistía Internacional, 2009, p.45) el no prevenir, reprimir o sancionar crea un vínculo causal con la acción del subordinado debido a que aumenta la probabilidad de producir el resultado lesivo. Esta interpretación no es aceptada porque infringe la naturaleza de la responsabilidad del superior por lo que se debe atender al principio general de no causalidad entre la omisión del superior y la acción del subordinado.

A partir de los lineamientos que han generado la jurisprudencia internacional de los Tribunales Internacionales ad hoc, es pertinente dirigir el estudio a las motivaciones de la comunidad internacional para instituir la responsabilidad del superior como un principio fundamental de la persecución penal de crímenes internacionales e incluir disposiciones amplias respecto a la interpretación de los requisitos fundamentales de esta institución en este aspecto, considero que la respuesta surge por la protección de los derechos humanos frente al fenómeno macrocriminal.

3.2 Macrocriminalidad y prevención-sanción de violaciones a los derechos humanos

Al momento, el desarrollo de la responsabilidad del superior se ha extendido respecto a la valoración de sus requisitos y atributos en la doctrina y jurisprudencia internacional. No obstante, las respuestas para el fundamento y el juzgamiento de la institución deben evaluarse también, desde la posición que tiene el superior dentro de una organización colectiva – dirigente, cuyos actos delictivos violan los derechos humanos (Silk, 2001). En este contexto, la justificación de la institucionalización de la responsabilidad del superior se puede regir por tres aspectos fundamentales (Ambos, 2007, pág. 32) que considero, se vinculan entre sí para valorar la respuesta de la comunidad internacional frente a la persecución de crímenes internacionales y la responsabilidad del superior frente a estos crímenes, estos son:: a) la “macrocriminalidad” b) La prevención de los crímenes internacionales, y c) La protección de los derechos humanos.

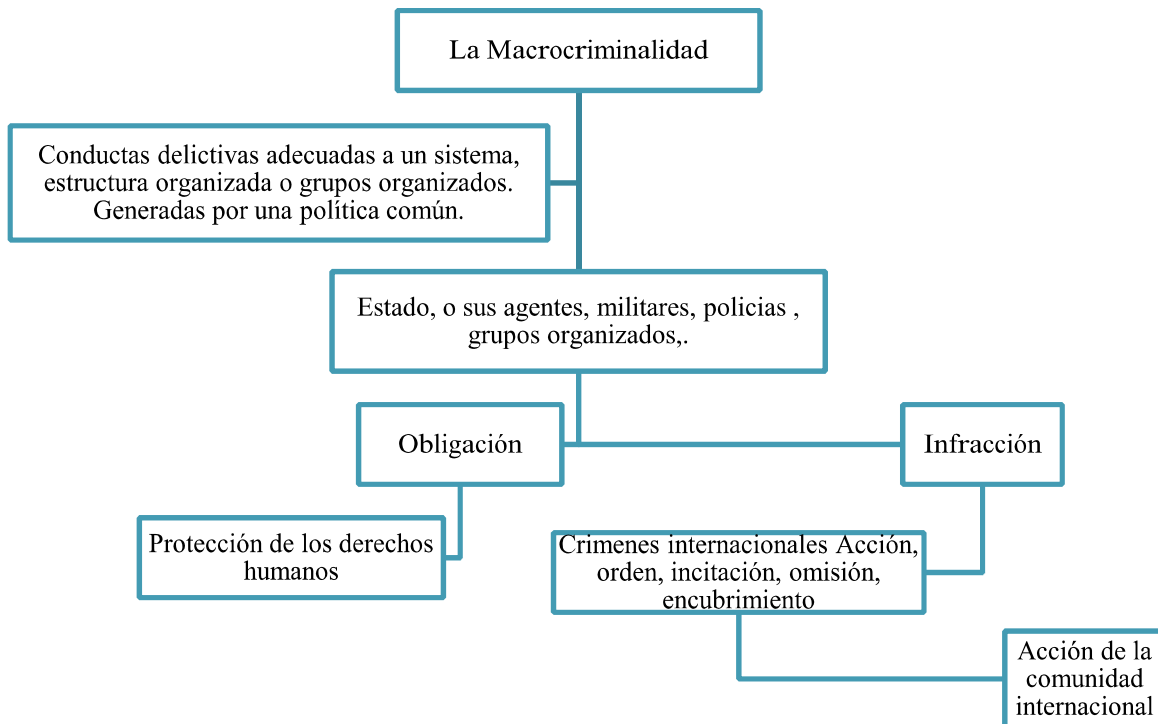
En el primer elemento, el concepto de “macrocriminalidad” es un criterio de política criminal, que vincula el Derecho Penal Internacional con la tutela de los derechos humanos fundamentales como bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional (Ambos, 2007, pág. 32), frente a las violaciones que puedan realizarse por grupos de poder o políticos. Las conductas “macrocriminales” son parte de un sistema, adecuadas a una estructura organizada, aparatos de poder o acciones colectivas en las que generalmente, interviene el Estado o sus agentes como partícipes activos o pasivos de los crímenes internacionales y que por su posición institucional, su juzgamiento está relacionado a la impunidad (Alpaca Pérez, 2003, pág. 5).

La macrocriminalidad está limitada a la “*criminalidad de los poderosos*” (Sandoval Mesa, 2010, pág. 7) bajo su concepción política incluye las acciones militares, policiales, de cuerpos de seguridad del Estado, grupos paramilitares, entidades que operan con el apoyo del poder público o por otros grupos de individuos que actúan conforme a un plan o una política determinada (Ambos, 2007, pág. 37). Las conductas punibles implican las acciones, ordenes, incitaciones, omisiones y el encubrimiento por parte de la autoridad y los gobiernos. Es el Estado, organismo obligado a proteger y garantizar los derechos humanos, el que los violenta por una acción u omisión.

Por esta razón, el disvalor de la conducta macrocriminal es mayor que el de un delito común y la conducta del superior jerárquico se configura en esta dinámica pues, al

omitir una obligación de actuar frente a crímenes de los subordinados violenta a bienes jurídicos protegidos, que en su posición debería salvaguardar como agente del Estado. A partir de ello, se genera un gráfico que resume la particularidad de la conducta macrocriminal.

Figura3 Las conductas macrocriminales



La violación de los derechos humanos, en esta esfera de poder macrocriminal, es contrarrestada por la acción del Derecho Penal Internacional que forma parte del “escudo de protección de los derechos humanos” considerados bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional (Ambos, 2007, pág. 45) y es un medio para el cumplimiento de objetivos determinados: la prevención del delito y la lucha contra la impunidad (Corte Penal Internacional, 1998).

En este sentido, es importante subrayar que esta doble dimensión en los objetivos del Derecho Penal Internacional actúa mediante la persecución y juzgamiento de los responsables de crímenes internacionales y una aplicación de la pena que se adecúa a la teoría de la prevención general positiva y negativa²⁶ (Elhart, 2008, pág. 19). Por ello, los

²⁶ El fin de la pena en el sistema internacional sostiene que su función es motivar a los ciudadanos a evitar poner en peligro bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional, puede darse una prevención

detractores de la justicia penal internacional critican el alcance desmedido de las instituciones como la responsabilidad del superior, al atribuirle una política criminal “*extrema*” o una “*ideología de punición infinita*” (Silk, 2001, pág. 18) situación que puede concretarse en los problemas de delimitación de los atributos de la institución como el alcance del conocimiento constructivo.

Sin embargo, la comunidad internacional justifica la acción de la justicia penal internacional como necesaria pues responde a la lucha contra el fenómeno macrocriminal y se direcciona con la protección de bienes jurídicos de titularidad universal lo cual, no significa que la imputación de responsabilidad deba sacrificar los derechos humanos del procesado pues, se restaría legitimidad al derecho penal internacional y a los tribunales que lo aplican (Pastor, 2009, pág. 65). Bajo ese razonamiento, la existencia del Derecho Penal Internacional y de la institución de la responsabilidad del superior sobrepasa ciertos límites con el fin ideal de proteger los derechos humanos.

Ahora bien, el tercer elemento de análisis consiste en el objeto de protección del Derecho Penal Internacional frente al fenómeno macrocriminal, ¿Por qué la protección de los derechos humanos fundamentales es la motivación que dirige a la comunidad internacional? (García Ramírez , 2004, pág. 21). La respuesta se halla en su propia definición, bajo esta perspectiva ideal, la comunidad internacional protege:

Derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma *jurídica*” (Ferrajoli, 2005, pág. 287)

La universalidad se funda, en que todos los individuos de la especie humana son destinatarios de estos derechos sin discriminación ni distinción de ninguna clase y por lo tanto, al ser universales obedecen a los atributos de integralidad, totalidad y globalidad (Victoria Ochoa, 2001, pág. 15). La internacionalización de los derechos fundamentales implica que más allá de su reconocimiento (constitucional) en un Estado, su carácter es supranacional porque su cumplimiento está vinculado al plano del Derecho Internacional, a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos los gobiernos se

general negativa cuando el fin de la pena se constituye en un mecanismo de intimidación que inhibe psicológicamente a los ciudadanos para que no cometan un acto delictivo, la pena es una amenaza en cambio, la prevención general positiva se constituye porque la pena es una certeza que hace posible la intangibilidad de los bienes jurídicos.

comprometen a adoptar medidas compatibles con estas obligaciones y en caso que los procedimientos nacionales sean insuficientes existen mecanismos y procedimientos regionales e internacionales para garantizar su efectividad (Amado Rivadeneira, 2009, pág. 4).

En definitiva, proteger a los derechos humanos fundamentales como expresión de la dignidad humana es la obligación principal de todos los Estados pues, es un mandato superior que debe constituirse en un principio integrador y hermenéutico de los ordenamientos jurídicos particulares e internacionales (Casal Hernández, 2008, pág. 65) A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se instituye este principio, al determinar que los Estados en cooperación con las Naciones Unidas se comprometen “al respeto *universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales*” (Organización de las Naciones Unidas, 1946) que posteriormente se adopta en tratados internacionales vinculantes para las partes contratantes como la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 1 establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (OEA, 1969). Así se refleja el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas comunes, con el fin de protegerlos y tutelarlos (Organización de las Naciones Unidas, 1946).

Los derechos humanos no son meros principios incoercibles es por ello, que la presencia del supuesto de una conducta y la consecuencia jurídica de una pena se fundamenta como un mecanismo de protección y un factor de cumplimiento de las obligaciones internacionales (Victoria Ochoa, 2001, pág. 15). La tipificación y persecución de la conducta del superior por el reproche penal que realiza la comunidad internacional, es parte de la exigibilidad del reconocimiento de los derechos fundamentales consecuentemente, la lesión a estos bienes jurídicos sobrepasa el campo de la acción a la omisión e incluye la prevención, represión y sanción de los crímenes para contener todos los elementos del iter críminis de la conducta del superior y del subordinado, con el fin de hacer efectivo un sistema de prevención y sanción penal internacional que juzgue a cualquier persona, grupo, o cuerpo organizado que indisponga estos derechos de titularidad universal (Pastor, 2009, pág. 111).

3.3 Concepción de la institución en la Jurisdicción Interna: Perspectivas Latinoamericanas

La obligación jurídica de los Estados de adoptar las disposiciones del Estatuto de Roma en su normativa interna, ha contribuido al perfeccionamiento de los crímenes internacionales, mediante una concepción más específica del injusto y la aplicación práctica de la pena (Aponte, 2007). En este sentido y antes de iniciar con un breve estudio de la aceptación del principio en legislaciones latinoamericanas, es importante acotar que:

La responsabilidad del superior es una creación jurídica originaria del derecho penal internacional la cual, si bien puede ser adjudicada en un plano absolutamente general a los modelos de imputación fundados en la vigilancia del superior *no tiene ningún paralelo directo en los derechos nacionales*” (Fundación para el debido proceso legal , 2009).

Los Estados tienen la potestad de: a) no aplicar la responsabilidad del superior en sus regulaciones internas o b) aplicar la responsabilidad del superior como una institución en sus propias legislaciones para lo cual, se puede adaptar lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de Roma o crear un tipo penal adecuado a las necesidades del país.

Los países que tienen una historia de conflictos armados y crímenes perseguibles internacionalmente han decidido aplicar la institución de la responsabilidad del superior realizando grandes esfuerzos técnico-jurídicos para asimilarla o adaptarla a otras instituciones como: la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder o la comisión por omisión, con el objetivo de dar contenido a las interpretaciones de los tribunales internos, evitar la impunidad y lograr un castigo penal o administrativo.

Bajo esta premisa, el análisis del tratamiento latinoamericano de la responsabilidad de superiores jerárquicos tiene dos consecuencias: a) La respuesta contenciosa cuyo baluarte son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el cumplimiento de sus disposiciones por el Estado y b) La respuesta legislativa que implica, la tipificación penal de la responsabilidad del superior, generada principalmente por la obligación de adoptar las disposiciones del Estatuto de Roma. A continuación, se abordan casos específicos que ejemplifican el estado de la institución a nivel regional.

3.3.1 La persecución del Superior Jerárquico en la Jurisprudencia latinoamericana a partir de la responsabilidad del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha colaborado con el propósito del Derecho Penal internacional al fundamentar en sus sentencias que, frente a la responsabilidad del Estado, se viabilicen los procesos internos para castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos v Perú²⁷, se considera que la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual son dos “*faces de la misma medalla*” contra la injusticia e impunidad. (Caso Barrios Altos vs Perú, 2001).

La Corte ha establecido en tres distintos casos estas conclusiones: a) la responsabilidad del Estado puede darse por una acción u omisión de sus agentes o particulares, b) la persecución y juzgamiento por parte del Estado de los responsables en jurisdicción penal y, c) la amnistía y la prescripción se contraponen con la Convención Interamericana de Derechos Humanos por lo tanto carece de efectos jurídicos. A continuación, se presenta el análisis de estos casos: Mapiripán, Barrios Altos y La Cantuta mediante el test elaborado en el Capítulo 2, para demostrar su concordancia o no con la institución de la responsabilidad del superior.

Tabla 4 Jurisprudencia regional relacionada a la responsabilidad del superior

| <u>Perspectivas Latinoamericanas</u> | |
|--|--|
| Respuesta Contenciosa | |
| Caso Mapiripán | |
| <ul style="list-style-type: none"> • Persecución Internacional <p>Órgano: Corte Interamericana de Derechos Humanos</p> <p>Caso: “Masacre de Mapiripán” v Colombia Serie C No. 134</p> <p>Fecha: 15 de septiembre del 2005</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Persecución Nacional <p>Órgano: Corte Constitucional de Colombia</p> <p>Caso: Acción de tutela contra la sala disciplinaria por el Consejo Superior de la Judicatura por vía de hecho. T-282730</p> <p>Fecha: 13 de noviembre 2001</p> |

²⁷ El 3 de noviembre de 1991 en los Barrios Altos-Perú, personas murieron y cuatro más fueron heridas por atacantes que posteriormente fueron identificados como miembros del Grupo Colina, un destacamento militar formado por miembros de las Fuerzas Armadas del Perú

| | |
|---|---|
| | Órgano: Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal Caso: Jaime Humberto Uzcátegui y otros Fecha 23 de noviembre del 2009 |
| Barrios Altos y La Cantuta | |
| <ul style="list-style-type: none"> • Persecución Internacional Órgano: Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso: Barrios Altos v Perú. Serie C. N.75 La Cantuta v Perú. Fecha: 14 de marzo del 2001 29 de noviembre del 2006 | <ul style="list-style-type: none"> • Persecución Nacional Órgano: Corte Suprema de Justicia Caso: Luis Antonio León Borja y otros contra Alberto Fujimori. A.V. 19-2001 Fecha: 7 de abril del 2009 |

3.2.1.1 Caso: Mapiripán v Colombia

1. Descripción de los hechos

En el año de 1997, un grupo paramilitar denominado Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) irrumpió en el Municipio de Mapiripán-Colombia con colaboración del ejército colombiano que facilitó su aterrizaje, transporte, indumentaria y armamento (Garay Carrillo, 2003, pág. 8). El objetivo del grupo era evitar, incluso con amenaza de muerte, que cualquier persona “pagara impuestos” a las FARC posteriormente, se apoderaron de la población y perpetraron varios crímenes que incluyen el secuestro, la tortura y el asesinato (Masacre de Mapiripán v Colombia, 2005, p.1). Los cinco días (15 a 20 de julio) de la actuación de los grupos paramilitares, se prohibió la libre circulación de los habitantes y posteriormente se obstruyó la recolección de evidencia. A pesar del conocimiento de las autoridades, las brigadas militares cercanas a la zona permanecieron inactivas frente a la masacre (Masacre de Mapiripán v Colombia, 2005, p.23).

El caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso en el cual, el estado colombiano reconoció su responsabilidad por las acciones de encubrimiento y omisión de sus agentes, al respecto:

En el marco de su compromiso con los derechos humanos, el Estado sí reconoce su responsabilidad por cuanto algunos miembros de sus Fuerzas Armadas, quienes no obraron como la ley les ordenaba, no protegieron a la población y su omisión resultó en la

violación de una obligación internacional; En efecto, el origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención (Caso de la Masacre de Maparipan vs Colombia, 2005, p.25)

Paralelamente al juicio de la Corte interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano procesó a los imputados en jurisdicción nacional, Para el efecto, la Corte Constitucional de Colombia manifiesta: en caso de violación de derechos humanos, la responsabilidad no constituye una omisión propia sino impropia pues, los deberes surgen de la posición de garante del superior sobre los subordinados, que en su ámbito de competencia puede evitar el resultado típico:

En una organización institucional como son las fuerzas armadas, en donde existen relaciones de jerarquía, el superior se encuentra en la obligación de desplegar actividades tendientes a restablecer el orden, cuando las personas que se encuentre bajo su mando o autoridad, cometan atropellos contra los derechos fundamentales, traducidas en vulneraciones claras y contundentes hacia los derechos humanos. De esta manera, sí el superior en una actitud negligente y despreocupada, no realiza ninguna actividad encaminada a evitar los resultados que atenten contra bienes jurídicos protegidos, o en general se cometa un delito de lesa humanidad, estando en posibilidad de hacerlo, por la *posición de garante que tiene este sujeto en la institución “se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional”, a título de omisión.* (Conflicto de Competencias entre el Comandante del Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación, frente al juzgamiento del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui R, 13)

La referida interpretación de la Corte Constitucional plantea la persecución penal por una omisión respecto de los actos de los subordinados, responsabilidad del superior, y se le atribuye una naturaleza de comisión por omisión. Situación que como se demostrará más adelante, no corresponde de manera íntegra a los atributos de la institución.

De manera específica, este análisis implica la responsabilidad en el caso contra Jaime Humberto Uscátegui Ramirez, comandante de la Brigada VII, el proceso se dirigió por el concepto de comisión por omisión por los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado, en virtud del Código penal de 1980 el artículo 21 estipuló “Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a *producirlo*”; y el código penal vigente de 2000, artículo 25 “...*Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal*”.

El 28 de noviembre del 2007, el Juzgado Noveno de lo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, absuelve al imputado de los cargos. Sin embargo, el Tribunal Superior de Bogotá, revocó la absolución y estableció una pena de 40 años de prisión por estos delitos (Apelación Jaime Humberto Uscátegui y otros, 2009, pág. 22). Actualmente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia resuelve un recurso de casación respecto de la sentencia del general Uscátegui. En medio de otro proceso judicial suscitado por la existencia de falsas víctimas de la Masacre de Mapiripán, Mariela Contreras Cruz, Zuly Herrera Contreras y Argemiro Arévalo Contreras, compensadas por el Estado colombiano, la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Bogotá determinó que el general Uscátegui cumple los requisitos para ser considerado como víctima en este proceso, al ser el imputado afectado por las declaraciones de las falsas víctimas (CARACOL NOTICIAS, 2014).

2. Aplicación del test de responsabilidad del superior

a. Control efectivo

La acusación realizada al comandante Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, dirigente de la Brigada VII, no es consistente con un crimen cometido por sus subordinados en donde se fundamenta el control efectivo, sino por una omisión de apoyo para adelantar una operación de salvamento en la zona de su competencia, debido a su posición de garante.

Al respecto, se determinó que el acusado tenía la obligación jurídica de actuar (posición de garante), como parte de una organización que involucraba: Batallón de Infantería BIPAR y la Brigada Móvil No.2, además de la VII Brigada que él dirigía. Esta obligación surge como una competencia que implica salvaguardar el orden público por ello, la fuerza militar debía obrar inmediatamente frente a la incursión del grupo paramilitar de las AUC (Jaime Humberto Uzcátegui y otros, 2009, p.31).

La diferencia con la responsabilidad del superior radica en la cadena de mando, entre el general Uscátegui y el grupo paramilitar no se materializa la capacidad del superior de influir sobre las acciones criminales sin embargo, el general Uscátegui tenía la obligación de ordenar a sus subordinados, previo conocimiento de los hechos, de tomar medidas para contrarrestar la masacre de Mapiripán (Jaime Humberto Uscátegui y otros,

2009, p.170). Son dos responsabilidades distintas la responsabilidad del superior, una omisión propia sobre los crímenes de los subordinados la otra, una omisión impropia en la que media de la posición de garante.

b. Conocimiento

El procesado tenía conocimiento de los hechos ocurridos en Mapiripán, esto lo demuestra el oficio 2919 de julio 15 de 1997, que según se explica en sentencia, de forma clara y precisa detallaba la ocupación de los grupos paramilitares y demandaba la intervención de las fuerzas armadas competentes (Jaime Humberto Uscátegui y otros, 2009, p.174) sin embargo, en este aspecto se incurre en otro delito, la falsedad de documento, pues se argumenta que este oficio fue alterado por el procesado para reducir la información sobre el ataque con una redacción incompleta (Jaime Humberto Uscátegui y otros, 2009, p.209).

c. Incumplimiento al tomar las medidas a su alcance

En su calidad de comandante de la Brigada VII, el general Uscátegui, tenía la obligación de enviar a las fuerzas bajo su mando para interferir en las operaciones de los grupos paramilitares en Mapiripán sin embargo, no lo hizo. Esta obligación consiste tomar las medidas para prevenir, reprimir y sancionar el crimen sin embargo, difiere de la responsabilidad del superior pues la omisión implica los delitos de los subordinados

d. Naturaleza de la infracción

La responsabilidad del general Uscátegui a partir de una omisión fundamentada en la calidad de garante, pasa a ser considerada como una acción en calidad de coautoría debido principalmente a la falsedad del documento, por lo que el Tribunal Superior determinó que el acusado realizo “los actos materiales necesarios y unívocos para la ejecución de la acción *criminal*” (Jaime Humberto Uscátegui y otros, 2009, p.236), por lo que la intervención (acción) y no intervención (omisión) posibilitó la ejecución de los crímenes de homicidio y secuestro.

3. Motivaciones del juzgador

El Tribunal Superior contempla la imputación al acusado desde la perspectiva de comisión por omisión fundamentado en la calidad de garante y en las acciones de los

acusados para colaborar con la ejecución de la Masacre de Mapiripán bajo esta perspectiva, el argumento de la comisión por omisión es imperante en el tratamiento de la responsabilidad de un superior sobre las acciones de otros y esto se debe en el caso a la vinculación que existía entre los miembros de las Fuerzas Armadas y los grupos paramilitares.

Al respecto, en el proceso seguido frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estado colombiano aceptó su responsabilidad por la conducta de sus agentes, quienes permitieron el ingreso de los grupos paramilitares AUC a la zona (Masacre de Mapiripán v Colombia, 2005, p.33), los paramilitares tenían armamento y vestimenta militar. La Fiscalía General de la Nación señaló que el ejército colombiano permitió el aterrizaje de las aeronaves sin practicar ningún tipo de control o registro para que los autores ingresaran libremente a los camiones militares que los trasladaron a la zona de la masacre (Masacre de Mapiripán v Colombia, 2005, pag.26).

Las relaciones entre los grupos militares y paramilitares son diversas, se puede señalar que en los años 1997, 1998 y 1999 se recopilaban pruebas de que el ejército colombiano colaboró con los grupos paramilitares bajo el mando de Carlos Castaño compartiendo información de inteligencia y realizando operaciones conjuntas además, del suministro de armas y municiones. El juzgamiento de las masacre de Mapiripán responde a esta realidad, con el objetivo de rechazar la justicia militar y tratar estos casos en justicia civil como lo señaló la Corte Constitucional y frente a graves violaciones de derechos humanos, los responsables de una omisión deben ser penados en la medida de que provocaron el resultado lesivo, se debe garantizar con ello que las Fuerzas Militares colombianas están sometidas al estado de derecho.

4. Conclusiones

El caso no plantea una responsabilidad del superior en sentido estricto, porque los perpetradores de los crímenes (paramilitares) no estaban bajo el mando de los imputados sin embargo, se demuestra que la figura de la comisión por omisión puede servir de justificación para establecer la responsabilidad penal individual en caso de no impedir el resultado por los crímenes de otros, que puede interpretarse bajo el supuesto del incumplimiento de medidas necesarias para prevenir, reprimir o sancionar el crimen, elemento de la responsabilidad del superior.

Esta interpretación, retoma la teoría de la causalidad y la imputación objetiva del resultado, situación que, como se ha señalado, guarda contradicciones con la naturaleza de la responsabilidad del superior sin embargo, es el alcance que se ha dado a la construcción de la comisión por omisión, no consistente con las instituciones internacionales, para adaptar la conducta del superior jerárquico.

3.3.1.2 Caso de Barrios Altos y Caso de la Cantuta v Perú

1. Descripción de los hechos

El gobierno de Alberto Fujimori estuvo condicionado con la intención de interferir en las acciones terroristas del Partido Comunista del Perú conocido como Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru para ello, se crearon organizaciones de represión estatal entre ellas, el Grupo Colina. El grupo Colina no estaban al margen de la institución militar, era un destacamento orgánico de la estructura del Ejército con recursos humanos y logísticos de la Dirección de Inteligencia y del Servicio de Inteligencia Nacional, que perpetró graves violaciones a los derechos humanos.

En el periodo de 1991 a 1992, el grupo Colina perpetró dos masacres: a) Barrios Altos, donde irrumpieron en un inmueble y obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo, dispararon a quince personas e hirieron a cuatro posteriormente huyeron en vehículos policiales (Barrios Altos V Perú, 2001) y b) La Cantuta o Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle donde un profesor universitario y nueve estudiantes fueron secuestrados por el Grupo Colina (La Cantuta v Perú, 2006).

Las autoridades judiciales iniciaron las investigaciones sobre estos actos desde 1995. Sin embargo, el Congreso peruano sancionó la Ley 26479 (Barrios Altos V Perú, 2001, pág. 4), una ley de Amnistía que exoneró a militares, policías y civiles que hubiesen cometido o sido partícipes de violaciones a los derechos humanos entre 1980 a 1995, esta ley tenía estatus constitucional y los jueces o fiscales que no la acataran podían ser procesados por prevaricato.

La respuesta dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al caso de Barrios Altos y la Cantuta acerca de la responsabilidad del Estado peruano, dejó sin efecto jurídico las leyes de amnistía que acarrear la impunidad y planteo la responsabilidad individual de los altos mandos, frente a la existencia del Grupo Colina como un órgano

adscrito al ejército, sus acciones estaban bajo el mando del ex presidente Alberto Fujimori y su cúpula como parte de una política de Estado al respecto, la Corte se pronuncia en este sentido:

Basta señalar (...) que la Corte considera reconocido y probado que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República (Caso La Cantuta vs Perú, 2006)

Posteriormente, parte de la formulación de cargos planteada al ex presidente Alberto Fujimori aborda lo caso de Barrios Altos y la Cantuta, la Corte Nacional de Justicia determinó que el ex presidente tenía conocimiento y había dado su aceptación a las acciones ilícitas del Grupo La Colina. Se establece la autoría mediata para Alberto Fujimori, la sentencia de la Corte realiza un análisis que deslinda la autoría mediata con la responsabilidad del superior.

2. Naturaleza de la infracción: Autoría Mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder

En este caso, es inaplicable el test de la responsabilidad del superior porque los actos del ex presidente Alberto Fujimori no tienen relación con la naturaleza omisiva de la institución sino con una acción al respecto, las conclusiones de la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia establecen la diferencia de la autoría mediata con otras modalidades de imputación en el Derecho Penal Internacional particularmente a la responsabilidad del superior.

La caracterización de la responsabilidad del superior se realiza bajo un comportamiento omisivo que genera responsabilidad a quien tiene mando o autoridad y tiene conocimiento de los actos de los subordinados, el superior es responsable por la falta de control y supervisión por ello, se establece el “*deslinde*” de la responsabilidad, por sus propias características y presupuestos la omisión es diferente a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder que, en esencia, es una comisión (Caso A.V. 19-2001 contra Alberto Fujimori, 2009, p.744).

3. Motivaciones del Juzgador

El razonamiento de la Corte Nacional de Justicia para atribuir la responsabilidad por autoría mediata y no de responsabilidad del superior, responde al análisis de la posición de Fujimori como el dirigente del Estado y del Sistema de Defensa Nacional que condujo la conducción política y militar para el enfrentamiento de las organizaciones terroristas. Los crímenes ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron parte de las acciones, estrategias y la táctica del gobierno que bajo el conocimiento del Presidente de la República fueron aceptadas y por lo tanto no se podía atribuir una omisión de tomar medidas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen sino una participación directa en la comisión de los mismos. Bajo esta perspectiva, las consecuencias jurídicas y sociales son más relevantes cuando se señala que es la primera vez que se ha extraditado a un ex jefe de estado para que responda por graves violaciones a los derechos humanos y que, en jurisdicción interna, este sea procesado y condenado.

4. Conclusiones

La individualización de las instituciones de autoría mediata por aparatos organizados de poder y la responsabilidad del superior plantea la aplicación del Derecho Penal Internacional en las instituciones del derecho interno y recuerda el principio esbozado en la jurisprudencia internacional de que la imputación de responsabilidad individual y responsabilidad del superior no pueden plantearse subsidiariamente sobre los mismos hechos.. Algunas de las posiciones presentadas como *Amicus Curiae* como la de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad George Washington asumían la posición de la responsabilidad del superior para justificar la imputación a Fujimori sin embargo, la posición adoptada por la Corte Suprema peruana responde directamente a la comisión de los hechos desde la dación de la orden a nivel estratégico por parte del acusado (Creación del Grupo Colina) hasta la ejecución concreta de los crímenes, además contempla una finalidad práctica pues, la autoría mediata consta en el ordenamiento jurídico peruano.

La aplicación del test de responsabilidad del superior en los casos precedentes demuestra una práctica latinoamericana en el juzgamiento del superior como autor cuya omisión se vincula directamente con la comisión del crimen base del superior situación que

no converge con la doctrina internacional al respecto, la siguiente tabla resume las conclusiones realizadas a partir del análisis jurisprudencial.

Tabla 5 Aplicación del test de responsabilidad del superior en la jurisprudencia latinoamericana

| <u>Análisis de la jurisprudencia latinoamericana</u> | | |
|--|--|---|
| Test de responsabilidad | Caso Mapiripán: Procesado: Jaime Humberto Uzcátegui | Caso Barrios Altos y La Cantuta Procesado: Alberto Fujimori |
| Control efectivo | <ul style="list-style-type: none"> • Inexistente sobre los perpetradores (paramilitares) • Control efectivo sobre los subordinados, omisión para iniciar una operación de salvamento | Inaplicable: Control sobre la organización política. |
| Conocimiento | Conocimiento efectivo: Oficio 2919 de julio de 1997 | Inaplicable: Conocimiento y aprobación de la conducta criminal. |
| Incumplimiento de tomar las medidas a su alcance | X | Inaplicable. Es una conducta activa, |
| Naturaleza de la infracción | Omisión impropia. Autoría por la calidad de garante | Autoría Mediata por aparatos organizados de poder. |

3.3.2 Adopción de la responsabilidad del superior en las legislaciones penales latinoamericanas

En vista de la dificultad de adoptar un disposición que se adecue a la conducta de un superior jerárquico civil o militar en el ordenamiento jurídico interno y a la obligación de los Estados de adoptar los principios y tipificar los delitos presentes en el Estatuto de Roma, algunos países latinoamericanos procedieron a establecer la conducta del superior una pena que sea armónica con el sistema legal de cada país, a manera ejemplificativa se considera a Uruguay y Chile que plantean estructuras cercanas a la omisión impropia y a Colombia con una legislación más cercana a lo establecido en el Estatuto de Roma.

Tabla 6 Figuras penales concernientes a la responsabilidad del superior a nivel regional

| <u>Perspectivas Latinoamericanas</u> | |
|--------------------------------------|---|
| Respuesta legislativa- Tipificación | |
| Uruguay | Responsabilidad del superior se establece por remisión al Estatuto de Roma Código Penal Art. 3° (...) No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo. |
| Chile | Ley 20352: Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo. La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados. |
| Colombia | La Ley Estatutaria 268: Art 32 Responsabilidad del superior militar o policial por las conductas de los subordinados. |

1. Uruguay

En el derecho penal uruguayo no existe una norma específica que establezca la responsabilidad del superior jerárquico, a diferencia de lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma sin embargo, en el año 2003 la Ley de Implementación del Estatuto de Roma plantea su aplicación por la vía de la remisión (González González, pág. 527). Según el ordenamiento jurídico uruguayo, al superior siempre podrá reprochársele el comportamiento omisivo, pero la remisión traslada los inconveniente del Estatuto respecto a los límites del conocimiento constructivo y la participación en el crimen base del subordinado (Galain Palermo, 2008, pág. 402).

La aplicación de la responsabilidad del superior se encuadra en la comisión por omisión, el Código Penal refiere *“la no evitación del resultado implique su causación”* elemento ampliamente discutible pues no comprende la naturaleza de la institución de la responsabilidad del superior. (Fuentes Barragán, 2010, pág. 212) Al respecto, se puede inferir que existen dificultades dogmáticas para armonizar la omisión propia del

ordenamiento jurídico internacional con la viabilidad de la aplicación de la omisión propia como parte de los cuerpos jurídicos latinoamericanos

2. Chile

En el año 2009, la Ley 20.352 permitió la ratificación del Estatuto de Roma a la Legislación chilena, el artículo 35 de la ley dispone:

Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo. La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.

En este caso, la extensión de la responsabilidad se sitúa en el campo de la autoría (comisión por omisión) al superior, si existe el requerimiento del conocimiento efectivo y una omisión deliberada. El segundo inciso es aún más severo al inferir que aunque no se pueda impedir el hecho también será determinada la autoría por la omisión de denunciar a las autoridades oportunamente. Al referirse al inciso dos, si no puede reprimir el hecho, no se cuenta con el control efectivo:

En primer lugar, no existe control efectivo por parte del superior: expresamente se establece que el superior no tiene capacidad de impedir el hecho. Dado que no existe la capacidad de evitación (control efectivo), no es posible imputarle la omisión de impedir el hecho, ni en términos de omisión simple ni de comisión por omisión. En cambio, propiamente, lo que se le imputa es una infracción al deber de poner el asunto en conocimiento de la autoridad, una omisión simple (Winter Etcheberry, 2009).

Bajo esta perspectiva, la responsabilidad del superior en el ordenamiento jurídico chileno no cumple con el test de responsabilidad del superior, al omitir sus requisitos constitutivos (control efectivo, conocimiento, omitir las medidas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen) la omisión se encuadra en la teoría de la causalidad que se contrapone con la doctrina internacional planteada.

3. Colombia

En el caso colombiano se describe una infracción en el deber de garante en el art. 25 del Código Penal como una forma de omisión impropia (comisión por omisión), “para quienes tengan el deber legal de impedir atentados contra la vida, la integridad personal,

la libertad individual y la libertad y formación sexuales, todos ellos bienes jurídicos atinentes, entre otros, a los crímenes de guerra”.

En efecto, para probar el nexo causal propio de la comisión por omisión y fundamentar el deber de garante del superior, en esta legislación se exige que la omisión cause el delito comisivo de los subordinados al aumentar el riesgo del bien jurídico protegido. La coyuntura social y política que produce el conflicto armado colombiano con las organizaciones guerrilleras y paramilitares ha provocado el desarrollo doctrinal “el deber jurídico de protección y garantía” atribuible al artículo 25 del código penal. (Código Penal Colombiano, 2000)

Posteriormente, la Ley Estatutaria 268, en la que se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia, se regula lo concerniente al fuero militar y parte del proyecto se refiere al proceso contra miembros de la fuerza pública, en esta norma se establece claramente el presupuesto de la conducta del superior y la pena. Considero que esta descripción de la responsabilidad es un modelo adecuado para la incorporación de esta institución en la legislación interna de los Estados

Artículo 32. Responsabilidad del superior militar o policial por las conductas de los subordinados.

El superior militar o policial será responsable por las conductas de sus subordinados cuando se reúnan las siguientes condiciones concurrentes:

- a) La comisión de un delito ocurra en desarrollo de las hostilidades;
- b) El superior militar o policial tenga el mando y control efectivo sobre los autores del delito;
- c) El superior militar o policial hubiere sabido que se iba a cometer un delito, imputándose así a título de dolo; o en razón de las circunstancias del momento, hubiera debido saber que se iba a cometer un delito, caso en el cual se imputará y sancionará a título de culpa;
- d) El superior militar o policial omita la prevención del delito, teniendo la posibilidad fáctica de prevenirlo.

La responsabilidad penal del superior obedecerá a la naturaleza de la relación jerárquica, la cual será valorada en cada caso atendiendo las especificidades de las operaciones militares y policiales, y la capacidad efectiva de ejercer el mando.

Parágrafo 1.

En ningún caso será responsable el superior militar o policial por la sola posición formal de jerarquía sobre los autores del delito.

Parágrafo 2.

Se entenderá que el superior militar o policial hubiera debido saber que se cometió o se iba a cometer un delito si, en las circunstancias del momento, tenía información confiable que advertía sobre la alta probabilidad de la comisión del delito.

Respecto a las circunstancias concurrentes del artículo precedente, el desarrollo de hostilidades como marco de la conducta acoge el espíritu del Estatuto de Roma al sancionar crímenes contra la humanidad y especialmente, en caso de conflicto armado. El aporte más importante de este artículo, es la graduación de la responsabilidad y por ende de la pena. El conocimiento efectivo del crimen base, es un tipo doloso porque el superior con conocimiento no impide el delito, es una omisión conscientemente y voluntaria. El conocimiento constructivo es una posibilidad en virtud de las circunstancias, la legislación colombiana limita este atributo al conocimiento con “*información confiable*”, que le permita advertir sobre los actos criminales por ello, al no tener el dominio del conocimiento efectivo, se le atribuye un delito culposo imputable por la negligencia del superior.

3.4 Ecuador: Aplicación de la responsabilidad del superior como parte del ordenamiento jurídico interno

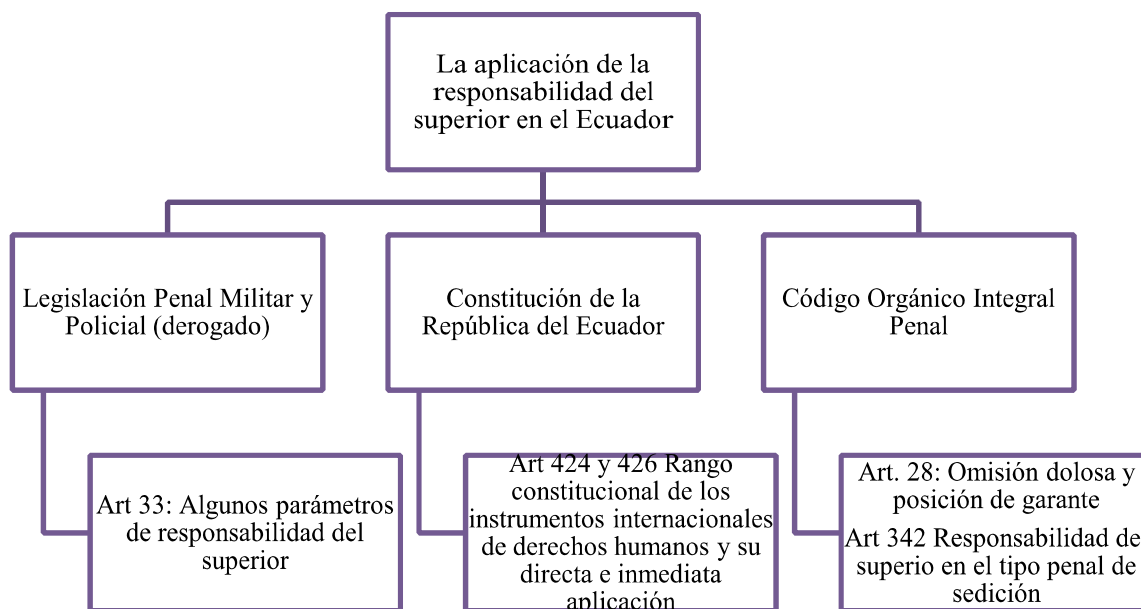
La ratificación del Estatuto de Roma por el Ecuador, en el Registro N°506 del Jueves 31 de enero del 2002, bajo la Administración de Gustavo Noboa Bejarano, es uno de los avances más significativos²⁸ que ha realizado el país, para promover la sanción de las infracciones a los derechos humanos (Trujillo, 2001), e iniciar un proceso de aceptación de la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (Salgado, 2001) y por otro lado, la incorporación de las disposiciones del Estatuto a la normativa interna para viabilizar la persecución de los responsables. Sin embargo, el ordenamiento jurídico del país requería una adecuación de varios cuerpos legales con los instrumentos internacionales, la carencia de una tipificación interna adecuada y completa hacía que las penas fuesen inexistentes para los responsables y fomentaba la impunidad (Avila Santamaría & Valencia Amores , 2008, pág. 188).

A partir de ello, en el presente apartado se pretende definir el estado de la aplicación de la responsabilidad del superior en el Ecuador, se pueden definir tres supuestos: a) La existencia de la responsabilidad del superior en el ordenamiento jurídico

²⁸ Antes del Estatuto de Roma, el país ya había ratificado tratados internacionales que permitían la persecución de crímenes de esta índole como: la Convención para la Prevención del Genocidio fue ratificada por el Ecuador en 1949 y los Cuatro Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales fueron ratificados por el Ecuador el 27 de marzo de 1954

interno b) La aplicación directa del Estatuto de Roma como norma de rango constitucional al no existir la responsabilidad del superior y c) Un paralelo funcional con otras instituciones de la normativa penal.

Figura 4 La aplicación de la responsabilidad del superior en el Ecuador



3.3.1 La existencia de la responsabilidad del superior en el derecho interno. Normativa penal militar y Derecho Internacional Humanitario

La Constitución Política del Ecuador asignaba a la jurisdicción militar y policial la tarea de juzgar a aquellos militares o policías, que en el ejercicio de sus funciones, hayan cometido delitos. (Pinay Romero, pág. 12), en efecto, se había considerado al régimen policial y militar como independiente de la justicia civil, distinción que en la mayoría de casos promovía la impunidad. Sin embargo, la legislación penal militar incorporó algunas disposiciones de los Convenios de Ginebra ratificados por el país el 27 de marzo de 1954 y de sus protocolos adicionales, es necesario considerar que bajo estos tratados internacionales el Estado debía reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias entre ellas, el principio de la responsabilidad del superior (Prieto , 2012, pág. 13).

En este aspecto, el Código Penal Militar (2007) mantenía que son infracciones: las acciones y omisiones comprendidas en el Código y la que los Comandantes publicaren en

situación de guerra y fueran necesarias para el desarrollo de la mismas, Dentro de las conductas omisivas la denominación de responsabilidad del superior se manifestó en el artículo 33 del cuerpo normativo: “Es imputable a todo superior la responsabilidad de las órdenes que diere y de los abusos, escándalos y peligros que resultaren de las omisión, negligencia o debilidad en el cumplimiento de sus deberes y en la falta de vigilancia sobre sus subordinados”.

Los elementos de la descripción que se destacan por su semejanza a la actual institución de la responsabilidad del superior radican: a) La responsabilidad del superior por las acciones de los subordinados (abusos, escándalos y peligros), b) La responsabilidad es imputable por una omisión o negligencia y falta de vigilancia sobre los subordinados, obligación que parte de la posición jerárquica del superior (indicio de control efectivo). Sin embargo, no cumple cabalmente con los requisitos de la institución: control efectivo, conocimiento y la omisión de las medidas para prevenir, reprimir o sancionar el crimen del subordinado aunque, este último puede relacionarse al artículo 120 que tipifica la omisión de los superior que no “*procuren contener y sancionar*” infracciones de los subordinados pero referidas a actos de insubordinación.

A partir del 2010, las reformas legales en el Código Penal que incluyeron las conductas penales referidas al ejercicio militar y policial, no desarrollaron la responsabilidad del superior en su lugar se tipifican conductas punibles con dos características: a) las acciones u omisiones deben encontrarse en relación con la función y posición del militar y policial, ambas dignidades implican un cargo de responsabilidad cuyos deberes incumplidos pueden ser juzgados penalmente, y b) estas conductas, pueden ser crímenes en tiempos de guerra y paz (Código Penal , 2013).

3.4.2 La aplicación directa del Estatuto de Roma como norma de rango constitucional, al no existir la responsabilidad del superior

En este sentido, es necesario señalar que las disposiciones del Estatuto de Roma tiene rango constitucional (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2008), al ser considerado un tratado internacional de derechos humanos, lo cual implica que tiene supremacía sobre otra norma jurídica o acto del poder público (Art. 424). Esta determinación jerárquica se debe a que la protección de los derechos humanos es la más

significativa obligación del Estado y la norma constitucional debe contemplar los lineamientos que direccionen el actuar estatal frente a esta obligación.

Las obligaciones del Estado contemplan que en materia de derechos humanos el Estado o sus agentes a través de sus acciones u omisiones debe abstenerse vulnerar o limitar los derechos humanos de las personas y debe generar mecanismos jurídicos, políticos o administrativos que prevengan o impida la violación de derechos humanos así como determinar los mecanismos de procesamiento y sanción de los responsables. En síntesis, la norma constitucional plantea en esta materia que el estado debe: prevenir, investigar, sancionar los crímenes y reparar a las víctimas (Salgado M. , 2012).

Por ello la Constitución dispone que el Estado tiene el deber de garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (Art.3), b) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación (Art.11), d) Las acciones y penas por los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada y crímenes de agresión son imprescriptibles y no serán objeto de amnistía (Art.80), e) Ninguna servidora o servidor público estará exento de responsabilidad por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones. (Art 233).

La imputación de responsabilidad al superior, no puede aplicarse sin el cumplimiento de los atributos que la componen (García Ramírez , 2004) que a su vez, deben ser confrontados con los hechos y la presentación de las evidencias necesarias (test de la responsabilidad del superior). Aunque no exista un tipo penal adecuado de responsabilidad en el país se deben señalar dos realidades a). La política del estado ecuatoriano al reconocer al Estatuto de Roma como un tratado de derechos humanos, cuya aceptación tiene como consecuencia que sus disposiciones sean de directa e inmediata aplicación por los jueces nacionales (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2008) y, b) la existencia de jurisprudencia internacional que confirma la aplicación del principio de responsabilidad del superior (Andreu-Guzmán, 2012).

En este sentido, el vacío legal podría subsanarse con el supuesto de: “*No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Lo cual, puede

colocar al juez en la disyuntiva de no procesar al superior jerárquico por inexistencia del tipo penal o puede ocurrir que se aplique el Estatuto de Roma o el Derecho Internacional Humanitario por su rango constitucional (Avila Santamaría, 2007, pág. 21).

3.4.3 Un paralelo funcional con otras instituciones de la normativa penal: La responsabilidad del superior jerárquico en el Código Orgánico Integral Penal

La incorporación del principio de la responsabilidad del superior no se ha realizado en la legislación ecuatoriana incluso es hasta la aprobación del Código Integral Penal donde se tipifica las infracciones internacionales y contra el Derecho internacional Humanitario que aún tienden a ser tipos penales abiertos. Sin embargo, al tenor de las corrientes latinoamericanas existe la posibilidad de la figura de la comisión por omisión como mecanismos de imputación de la responsabilidad al superior jerárquico por los crímenes de los subordinados. Ahora bien, este paralelo funcional de la responsabilidad del superior con la omisión impropia, desnaturaliza la institución primaria ligada por el plano internacional a una omisión propia (Andreu-Guzmán, 2012, pág. 13).

Con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal²⁹, (2014) se tipifican nuevas conductas penales con el fin de adaptar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones internacionales y a los tratados ratificados por el país entre ellos, el Estatuto de Roma para el efecto, se introducen los delitos contra la humanidad y las infracciones graves contra los derechos humanos, A partir de ello se debe considerar, que el sistema que establece la normativa penal destaca por la imputación objetiva del resultado, determinada en el artículo 22 en el que las acciones u omisiones penalmente relevantes son las que “ponen en peligro, producen resultados lesivos descriptibles y demostrables” (Código Orgánico Integral Penal, 2014), opuesta a la naturaleza definida por el Estatuto de Roma respecto a la responsabilidad del superior.

En el campo de la omisión, el Código Orgánico Integral Penal, sostiene la omisión dolosa y la teoría de la posición de garante, el responsable deliberadamente prefiere no evitar un resultado lesivo, situación que el juez podría identificar con la responsabilidad al superior jerárquico con los problemas ya señalados con anterioridad. El delito de omisión es específico al tratar las violaciones contra el derecho internacional humanitario, el

²⁹ Publicado en el Registro Oficial N 180 del 10 de febrero del 2014. Entra en vigencia 180 días después de su publicación.

artículo 134 trata la omisión de las medidas de socorro y asistencia humanitaria y el artículo 135 sobre la omisión de medidas de protección de la población civil, se establece en ambos casos una pena de 5 a 7 años al responsable por su posición de garante sin embargo, no se determina la calidad de superior jerárquico.

Otras disposiciones, que guardan una distante relación con la figura de la responsabilidad del superior, es la omisión de la denuncia por la cual la persona en calidad de servidor o servidora pública y en ejercicio de sus funciones, conoce sobre un hecho que puede configurar un delito y no lo pone en conocimiento de la autoridad competente además, el artículo 291 establece la elusión de responsabilidad para los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional cuando la omisión cause daño a una persona (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Sin embargo, la figura de la sedición mantiene la estructura similar imputable al superior jerárquico y se agrega una distinción respecto a los conflictos armados en el artículo 342 ahora, el problema surge por el bien jurídico protegido pues restringe la responsabilidad del superior a la protección del orden institucional y no se extiende a otros tipos penales.

La o el servidor militar o policial que no adopte las medidas necesarias o no emplee los medios racionales a su alcance para evitar la sedición en las unidades o servicios a su mando o que, teniendo conocimiento de que se trate de cometer este delito, no lo denuncie a sus superiores, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año(...) *Si los hechos tienen lugar, en situación de conflicto armado, estado de excepción, peligro para la seguridad de la unidad, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años* (Código Orgánico Integral Penal, 2014) .

Desde esta perspectiva, la nueva normativa penal no dispone de un principio general sobre la responsabilidad del superior, en circunstancias de violaciones a los derechos humanos, conflictos armados o acciones delictivas comunes. Es decir, en el caso de que un superior omita su deber de actuar frente a los crímenes de los subordinados el camino del juzgamiento podría ser determinado por la autoría mediata o la comisión por omisión (omisión dolosa). En esta consideración, es estrecha la relación jurídica del omitente con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, aunque esa posición, previamente descartada, vulnera al procesado al atribuírsele el mismo conocimiento y voluntad de los perpetradores (subordinados).

En conclusión, la responsabilidad del superior, debe acogerse a la legislación nacional para una imputación más adecuada o en su defecto, el proceso penal contra un superior jerárquico por el simple hecho de serlo activa un Derecho Penal máximo y represivo. El país no es ajeno a actos criminales que violen derechos humanos fundamentales, cometidos por entidades organizadas y en los cuales cabe el supuesto de que el superior jerárquico militar, policial o civil no tome las medidas para prevenir, reprimir o sancionar un crimen de los subordinados sin embargo, la nacionalización de estas disposiciones aún es incipiente y debe analizarse a partir de las decisiones que emitan los jueces competentes con posterioridad pues actualmente, no existen sentencias que se adapten de manera íntegra a este tipo de responsabilidad. Por ello, se puede determinar un vacío legal y jurisprudencial respecto al tema.

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Al concluir este estudio, es necesario recalcar la importancia de imputar responsabilidad penal al superior tomando en cuenta las particularidades de la institución y su debida delimitación, precautelando establecer una pena adecuada a los responsables de graves crímenes contra los derechos humanos con el fin de evitar la impunidad. En efecto, esta disertación abordó un análisis teórico y casuístico para contemplar la viabilidad de la aplicación actual de la institución en el ordenamiento jurídico nacional e internacional a partir de ello, se realizan las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad del superior es una institución del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario que consiste en una omisión del superior militar o civil, quien al tener: a) autoridad o control efectivo sobre sus subordinados y b) conocimiento efectivo o conocimiento posible de los actos criminales y c) no toma las medidas a su alcance para prevenir, reprimir o sancionar los crímenes.
2. La naturaleza de la institución corresponde a una omisión propia del superior, relevante penalmente porque existe una relación de jerárquica y subordinación en la que el superior debe supervisar las acciones de sus subordinados. Por ello, la conducta es perseguible por la omisión, pero no directamente por los crímenes que los subordinados cometan. Es una institución independiente en la que los delitos de los subordinados son sólo una condición de punibilidad por lo cual, se descarta formas de participación en el crimen base del subordinado como la autoría mediata y la complicidad.
3. El análisis comparativo de sentencias de los casos: Yamashita, Medina, Celebici, Blaskic y Akayesu mediante el test de responsabilidad elaborado en base a los atributos de la institución permitió concluir que: la atribución de responsabilidad del superior es posible para superiores militares o civiles en conflicto armado internacional o no internacional.

4. Respecto a los límites de los atributos de la institución se desprende que: a) el control efectivo parte de la posición jerárquica como la capacidad del superior para prevenir, reprimir o sancionar el crimen por la influencia que puede ejercer sobre las acciones de los subordinados, b) el elemento subjetivo o mens rea comprende el conocimiento efectivo (certeza) y el conocimiento constructivo (posibilidad); respecto al conocimiento constructivo considero que se debe aplicar si el superior tenía información que le permita concluir sobre la existencia del crimen y c) la omisión de tomar medidas para prevenir, reprimir y sancionar el crimen constituyen conductas razonables en razón de los hechos e independientes.
5. Las observaciones a la jurisprudencia internacional demuestran un análisis a los elementos constitutivos de la institución y de las motivaciones jurídicas y fácticas del tribunal en efecto, se fundan soluciones respecto a la aplicación de la responsabilidad del superior en el ordenamiento jurídico interno y la imposición de la pena. En caso de que concurra la responsabilidad individual por una acción, orden o incitación y la responsabilidad del superior por una omisión, sobre hechos distintos, la sugerencia de la jurisprudencia es aplicar una como agravante de la otra para efectos de la pena.
6. El fundamento de la aceptación de la responsabilidad del superior y su incorporación en los ordenamientos jurídicos actuales responde a la obligación de la comunidad internacional y de los estados particularmente, de proteger los derechos humanos y perseguir a los responsables de su vulneración en especial, cuando sea parte de una organización macrocriminal, en la que los sujetos activos son parte de una política, una jerarquía institucional o agentes de Estado.
7. El artículo 28 del Estatuto de Roma contiene la institución de la responsabilidad del superior con sus respectivos requisitos. El problema que surge con esta descripción es el criterio del conocimiento constructivo que extiende sus límites a una conducta negligente cuando el superior no tiene conocimiento sobre los crímenes de los subordinados en efecto, el superior a pesar de no tener información es imputable bajo la institución de la responsabilidad del superior.

8. Al respecto, la incorporación de la Responsabilidad del Superior en Latinoamérica surge por la ratificación del Estatuto de Roma. En países como Colombia y Perú, existen precedentes acerca de la persecución penal de superiores jerárquicos como el caso del General Jaime Humberto Uzcátegui en el caso de la Masacre de Mapiripán y de Alberto Fujimori respecto a los caso de la Masacre de Barrios Altos y La Cantuta sin embargo, los razonamientos respecto al análisis de los hechos se han alejado a la institución de la responsabilidad del superior para establecer una omisión impropia o la autoría mediata.
9. La respuesta legislativa responde a dos formas de persecución de la responsabilidad del superior a) La comisión por omisión u omisión impropia que imputa la responsabilidad por la autoría de los crímenes de los subordinados al no impedir el resultado y b) la tipificación de la responsabilidad del superior cuya materialización se ha realizado en el ordenamiento jurídico colombiano, Ley Estatutaria 268, artículo 32, que adaptó la estructura del artículo 28 del Estatuto de Roma y delimitó el alcance de los atributos de la institución, al definir que el conocimiento efectivo es imputable a título de dolo y el conocimiento constructivo es relevante, solo si el superior tiene información confiable e imputable, a título de culpa.
10. En el Ecuador se plantea tres situaciones en la aplicación de la responsabilidad del superior: a) La existencia de la responsabilidad del superior en el artículo 33 del Código Penal Militar y Policial que establece la responsabilidad por omisión por la falta de vigilancia de los subordinados sin embargo, la descripción no aborda los atributos de la institución y el cuerpo normativo fue derogado. Frente a la inexistencia de una descripción de un principio general de la responsabilidad del superior en la normativa penal existen dos posibilidades: a) El análisis de los artículos 424 y 426 de la Constitución dan a los instrumentos internacionales de derechos humanos prevalencia sobre cualquier norma jurídica o acto del poder público y que los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos aplicarán lo establecidos en estos instrumentos internacionales directamente, lo cual posibilita la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma referente a la responsabilidad del superior y los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales que sustentan esta figura y han sido ratificados por el Estado. b) El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 28 describe la omisión dolosa como

una omisión deliberada en virtud de la posición de garante lo cual, puede significar un paralelo con la omisión del superior jerárquico en consideración a lo establecido en otros países como Chile sin embargo, esta aplicación desnaturaliza la institución de la responsabilidad del superior.

11. A partir de ello, se puede establecer un vacío jurisprudencial y legal en el país que puede propiciar la impunidad en el caso que las omisiones de los superiores supongan una persecución penal debido a las graves violaciones de los derechos humanos ocurran en una situación normal o de conflicto armado por ello, el legislador y los jueces deben observar la posibilidad de aplicar esta forma de responsabilidad en virtud de las precisiones doctrinarias, jurisprudenciales y legales que han sido elaboradas por el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario.

4.2 Recomendaciones

La presente disertación fue elaborada con el objetivo de determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior y establecer en virtud del análisis de casos, la factibilidad de su aplicación por el Derecho Penal Internacional y el derecho interno por este motivo, me permito realizar las siguientes recomendaciones.

1. Los legisladores y jueces deben comprender la diferencia existente entre la responsabilidad por el mando que corresponde a una orden y la responsabilidad del superior que implica una omisión con sus propias particularidades y requisitos por lo cual debe entenderse a esta como independiente de otras instituciones similares.
2. Al momento de aplicar la institución de la responsabilidad del superior, los jueces deben abstenerse de interpretar de manera desmedida el alcance de sus atributos en especial, en lo referente al conocimiento constructivo pues, al determinar la relación existente entre conocimiento y la intencionalidad de la omisión se desprende que para configurar la conducta punible el superior, por lo menos, debe contar con información que le permita concluir sobre la existencia de un crimen, sino el elemento subjetivo del delito estaría incompleto y no se puede determinar la

culpabilidad de la conducta si el superior desconoce su antijuricidad frente a los hechos.

3. Los países que recepta en su ordenamiento jurídico interno la institución de la responsabilidad del superior, deben mantener su naturaleza de omisión propia y de carácter independiente al delito base de los subordinados pues, no es posible equiparar mens rea del superior al omitir con el mens rea del subordinado al cometer los crímenes de persecución internacional.
4. El Ecuador, al no contar con este principio en su ordenamiento jurídico interno, debe incorporarlo a través de la aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos con la finalidad de evitar la impunidad de los superiores jerárquicos, en una situación normal o en conflicto armado, corresponde al juzgador delimitar en base al análisis de sus requisitos, el alcance de la responsabilidad y su pena.
5. Posteriormente, siguiendo el ejemplo de la Ley Estatutaria 268 en Colombia, el Ecuador debe considerar la implementación de la responsabilidad del superior y definir los lineamientos establecidos en el Estatuto de Roma respecto a esta situación para que se adapten a la realidad jurídica del país pues, en la actualidad se han abierto varios casos respecto a graves violaciones a los derechos humanos debido a las investigaciones de la Comisión de la Verdad y el Ecuador no es ajeno al conflicto armado existente en el vecino de país de Colombia por lo cual, la institución de la responsabilidad del superior sería una forma adecuada y propia para perseguir a los responsables en altos cargos que omitieron tomar las medidas para prevenir, reprimir y sancionar los crímenes de los subordinados cuando tenían el conocimiento y el control efectivo para hacerlo.

Quito, 26 de julio del 2014

Yo, Cumandá Estefanía Martínez Puente con CI: 1722387667, autora de la Disertación previa a la obtención del título de abogada: “La responsabilidad del superior en los casos de crímenes de guerra en la jurisdicción internacional” declaro:

1. Tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en virtud del Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT una copia de la referida disertación en formato digital para que sea integrada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior para su difusión pública, con respeto a los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca PUCE a difundir la presente disertación en observancia de las políticas de propiedad intelectual de la universidad.

Cumandá Estefanía Martínez Puente
CI 1722387667

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros:

- AGUIRRE, X. (1997). Yugoslavia y los ejércitos: la legitimidad militar en tiempos de genocidio. Los Libros de la Catarata, 1997.
- ALBERDI, J. B. (1920). El crimen de guerra. En J. B. Alberdi, Obras selectas , Nueva edición ordenada, revisada. (pág. 1). Buenos Aires: La Facultad.
- ALPACA PÉREZ, A. (2003). Macrocriminalidad y Derecho Penal Interaccional. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- AMBOS, K. (2000). Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional. En K. Ambos, Persecución Penal de crímenes internacionales (pág. 26). Bogota: Kodrad .
- AMBOS, K. (1974). La parte general del Derecho Penal Internacional . Montevideo : Konrad Adenauer Stiftung.
- AMBOS, K. (1999). La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional. Dialnet, 528.
- AMBOS, K. (2004). Estudios de derecho penal internacional . Universidad Católica de San Andrés.
- AMBOS, K. (2007). Derechos humanos y Derecho Penal Internacional. Madrid: Instituto de Altos estudios universitarios.
- AMBOS, K. (2009). La imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Bogotá: Temis.
- AMBOS, K. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. Revista General de Derecho Penal , 30.
- AMBOS, K. (2012). Inmunidades en Derecho Penal nacional e internacional. Anuario de derecho constitucional latinoamericano.
- ANDREU-GUZMÁN, F. (2012). Responsabilidad del superior jerárquico y crímenes internacionales. Bogotá: Comisión colombiana de Juristas.
- ANDUIZA PERCA, E., Crespo Martínez, I., & Méndez Lago, M. (2009). Metodología de la ciencia política. Madrid: Covelo. Colección cuadernos metodológicos.

- APONTE, A. (2007). La figura de la omisión: jurisprudencia reciente en contexto de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Toledo.: Centro Internacional de Toledo para la Paz. Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la ley de justicia y paz.
- AVILA SANTAMARÍA, R., & VALENCIA AMORES , J. (2008). Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario, estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas de DIH. Quito: Corporación de Estudios y publicaciones.
- BACIGALUPO, E. (2006). Delitos impropios de omisión. Dykinson.
- BANTEKAS, I. (2003). InternacionaI Criminal Law. Cavendish Publishing.
- BEIN, P. (1989). General MacArthur and the Yamashita decision: September 1944-February 1946. Department of command leadership and management.
- BERNAL CUELLAR, J., & MONTEALEGRE LYNETT, E. (2013). El Proceso Penal. Tomo I. Fundamentos Constitucionales y Teoría General, Volumen 1. Bogotá: Universidad de Esternado de Colombia.
- BINDER, A. (2006). Derecho Procesal Penal. Escuela de la Judicatura.
- BUENO ARÚS, F., & ZARAGOZA, J. (2003). Manual de Derecho Penal Internacional. Madrid. Camara de senadores.
- CÁCERES, L (2000) La Corte Penal Internacional: El estatuto de Roma, Madrid-España, Editorial Visión Net.
- CASSESE , A., & DELMAS MARTY, M. (2004). Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales. Norma.
- CLAUSEWITZ, K. (2002). De la guerra.
- COLLIER, D. (1993). Método comparativo. California: Universidad de Berkeley.
- DEL ROSAL FERNANDEZ, J. (2005). Tratado de Derecho Penal español. Madrid: Temis.
- DIAZ CÓRTEZ, L. (2001). Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias, I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales : 26, 27 y 28 de octubre de 2009. Universidad de Salamanca.

- DIEZ DE VELZCO, M. (2007). Instituciones del Derecho Internacional Público (Decimo sexta ed.). Madrid: Tecnos.
- DROEGE, C. (2007). El verdadero Leitotiv: la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos en el Derecho Internacional Humanitario. *International Review of the red cross.*
- EL ZEIDY, M. (2002). The principle of complementarity in the internatinal criminal law: origen development and practice. Michigan: Michigan Journal of International Law.
- ELHART, R. (2008). Lineamientos para discernir el fin de la penal en la Corte Penal Internacional:Apreciaciones y develamientos desde una perspectiva funcionalista sistémica. *Sup Act.*
- FERRAJOLI, L. (2005). Los fundamentos de los Derechos Fundamentales. Trotta.
- FOUCAULT, M. (1988). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología*, 20.
- FUENTES BARRAGÁN, W. (2010). Delitos de comisión por omisión. *Investigaciones Jurídicas Unam*, 21.
- FUKUYAMA, F. (2002). El fin del hombre: consecuencias de la revolución biotecnológica. Ediciones B
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL . (2009). Digesto sobre jurisprudencia Latinoamericana sobre crímenes de Derecho Internacional. Washintong D.C: Fundación.
- GARAY CARRILLO, R. (2003). La Masacre de Mapiripán. Bogotá: Regar Editores.
- GARCIA MONTAÑO, D. (2006). El uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- HENCKAERTS, J., & DOSWALD-BECK, L. (2007). El derecho internacional humanitario consuetudinario. Norma I. Buenos Aires: Comite Internacional de la Cruz Roja.
- JACKOBS, G. (1996). La imputación objetiva en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad Hoc.
- JAKOBS, G. (1995). Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teorías de la imputación. Madrid: Temis.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1990). Tratado de Derecho Penal (Vol. VI). Madrid: Morllas Cuenva.
- KALSHOVEN, F., & ZEGVELD, L. (2001). Restricciones en la conducción de la guerra. Ginebra: Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina – CICR.
- MAIER, J. (2005). El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas. Buenos Aires: Editores del puerto.
- MALARIANO, Ezequiel. (2005) Temas actuales de Derecho Penal Internacional: Contribuciones de América Latina, Alemania y España. Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer.
- MATEUS RUGELES, A. (2006). Genocidio y responsabilidad penal militar: precisiones en torno al artículo 28 del Estatuto de Roma. Buenos Aires: Universidad del Rosario.
- MIR PUIG, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho penal. Revista de Ciencia Penal y criminología , 6-7.
- MONROY CABRA, M. G. (2006). Introducción al Derecho Penal Internacional (Segunda ed.). Buenos Aires: Temis.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005). Teoría General del Delito. Madrid: Temis.
- NOVAK, F. (2001). Derecho diplomático: comentarios a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas. Fondo editorial PUCP.
- ONU. (2003). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. United Nation Publication.
- ONU. (2011). Protección jurídica internacional de los Derechos Humanos. New York: Naciones Unidas. derechos humanos.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). Analyse historique des faits relatifs à l'agression. United Nations publications.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2011). El método comparativo: fundamentos y desarrollos recientes. Buenos Aires.

- PÉREZ, J. (2007). La responsabilidad del superior "sensu stricto" por crímenes de guerra. En J. Pérez, La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra (pág. 237). Lima: Ara Editores.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. (2008). La responsabilidad internacional. Crímenes de Estado y-o individuos? Madrid.
- PHILIPPE, X. (2002). Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión. International Review of the red cross.
- PORTILLA GÓMEZ, J., & HERNÁNDEZ Y ROJAS, A. (2008). La evolución y la efectividad de los tribunales ad hoc. Biblioteca jurídica UNAM, 28.
- PRIETO SAN JUAN, R. (2006). Akayesu:el primer juicio internacional por genocidio. Pontificia Universidad Javeriana.
- RÉMIRO BROTONS, A. (2007). La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad. En Derecho Internacional Público y relaciones internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rights and Democracy. (2001). Corte Penal Internacional. Manual para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma. Costa Rica: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas.
- RIPOLLÉS, Q. (1965). Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal. Madrid: Instituto San Francisco de Victoria
- RODRIGUEZ CARRIÓN, A. (2009). Lecciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.
- ROMERO PÉREZ, X. (2011). Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana. U. Externado de Colombia.
- ROXIN, C. (1970). Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho . Buenos Aires: Panadille.
- ROXIN, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. Revista de Estudios de la Justicia N°7, 11.
- SÁNCHEZ, R. E., FORERO RAMÍREZ, J. C., RUGELES, A. M., & PALACIOS, M. T. (2009). Formación Especializada de investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Bogotá.

- SANDRO SOL, I. (2012). La ignorancia deliberada del Derecho Penal ¿Dolo o culpa? Tesis licenciatura, Universidad de Belgrado, Buenos Aires.
- SASSÒLI, M., BOUVIER, A., & QUINTIN, A. (2008). How does law protect in war? Comite Internacional de la Cruz Roja.
- SCHÜNEMANN, B. (2002). Responsabilidad en el marco de la empresa. Dificultades a la individualización de la imputación. Madrid: Temis.
- SILK, J. (2001). La Justicia Penal Internacional y la Protección de los Derechos Humanos: . Facultad de Derecho, Universidad de Yale.
- TERRAGNI, M. (1997). Omisión impropia y posición de garante. Santa Fe: Centro de Publicaciones Universidad del Litoral.
- TERRAGNI, M. A. (2012). Tratado de Derecho Penal (Vol. I). Buenos Aires: La Ley.
- UGAZ HEUDEBERT, J. (2009). La eximente de la "obediencia debida" en el Derecho penal peruano. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- UNITED NATION. (2005). Repertorio de la Práctica del Consejo de Seguridad: Suplemento 1989-1992. United Nations.
- VELASQUEZ, J. C. (2010). Derechos humanos y Derecho Internacional Penal: Una perspectiva interdisciplinaria. Congreso internacional de Derecho Internacional de los derechos humanos (pág. 14). Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- VERGARA ACOSTA, B. (2002). Ecuador y la implementación del Estatuto de Roma en el Derecho Interno u otras cuestiones de derecho penal internacional . Quito.
- VICTORIA OCHOA, D. (2001). Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario . Bogotá: Leyer.
- WALZER, M. (2001). Guerras justas e injustas, un razonamiento moral con ejemplos históricos. Madrid: Paidós Ibérica.
- WEBER, M. (1996). Economía y Sociedad. Sociedad, poder y legitimación. Buenos Aires : Fondo de Cultura económica.
- ZAFARONNI, E. R. (2003). Derecho Penal. Parte General (Segunda ed.). Buenos Aires: Ediar.

2. Artículos.

- Amnistía Internacional. (2000). Corte Penal Internacional: Lista de requisitos para la aplicación del estatuto de Roma. Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de los derechos humanos . (2003). Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1983). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en el trigésimo período de sesiones . Naciones Unidas.
- Comisión de Seguridad de las Naciones Unidas. (21 de abril de 1998). Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Recuperado el 27 de octubre de 2013
- Comité Internacional de la Cruz Roja . (2003). Represión penal del castigo de los crímenes de guerra. Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario,
- Comité internacional de la Cruz Roja. (2007). El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. En J. M. Henchaerts. Buenos Aires.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2008). Cuál es la definición de "conflicto armado" según el Derecho Internacional Humanitario. Documento de opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2008). Cuál es la definición de "conflicto armado" según el Derecho Internacional Humanitario. Documento de opinión.
- AMADO RIVADENEYRA. (2009). Proceso de internacionalización de los Derechos Humanos: reconocimiento de sujetividad internacional del individuo en torno a los derechos humanos.
- ARCOS CABRERA, C. (2010). Sobre la guerra: diálogo entre clásicos. Iconos-Flacso, 1-8.
- AVILA SANTAMARÍA, R. (2007). ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal". Foro. Revista de Derecho M 8. UASB, 36.
- BIGAR, H. (1980). Prosecution says that Medina 'Chose not to intervene'at My Lai. Special to The New York Times.
- CASAL HERNÁNDEZ. (2008). Los derechos humanos y su protección: (estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales).

- CASIM, M. (1997). La doctrina de la responsabilidad de comando.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2006). La responsabilidad penal del individuo: un gigante con pies de barro. Valencia.
- COLLIER, D. (1993). Método comparativo. California: Universidad de Berkeley.
- COOKMAN, C. (1980). A American atrocity: The My Lai massacre concretized in a victims face. Journal of American History.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1999). La inducción y la complicidad como formas de participación punible. Buenos Aires.
- DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas en Derecho Internacional. En UNAM, Anuario Mexicano de Derecho Internacional (pág. 700). México: UNAM.
- DÍAZ, M. (2008). Autoría y Participación. Revista de estudios de la Justicia N°10, 21.
- ESTUPIÑAN SILVA, R. (2012). Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales. En UNAM, Anuario Mexicano de Derecho Internacional (pág. 134). Mexico: UNAM.
- FUENTES BARRAGÁN, W. (2010). Delitos de comisión por omisión. Investigaciones Jurídicas Unam, 21.
- GALAIN PALERMO, P. (2008). Uruguay. En dificultades políticas y jurídicas para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional .
- GALÁN MUÑOZ , A. (2004). La transposición a la normativa penal española de las diversas formas. Jornadas sobre la implantación de la Justicia.
- GARCIA MONTAÑO, D. (2006). El uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- GARCÍA RAMÍREZ , S. (2004). La Corte Penal Internacional. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- GARIBIAN, S. (2012). Acerca de la existencia del ius cogens internacional . Publicación Université de Genève.
- GREPPI, E. (1999). La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el Derecho Internacional. Revista internacional de la Cruz Roja.
- HASTING, M. (2008). Némesis: La derrota de Japón: 1944-1945. Málaga: Crítica.

- HEINRICH JESCHECK, H. (2000). El tribunal Penal Internacional . Revista Penal , (pág. 7). Palermo.
- LADRUM, B. (1989). The Yamashita war crimes trial: Command responsibility then and now. 7.
- LAVERDE PALMA, J. (15 de febrero de 2014). El Espectador. Recuperado el 29 de abril de 2014, de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-dividida-condena-al-general-r-usategui-articulo-475245>
- LIROLA DELGADO, I. (2004). La creación de una corte penal internacional como mecanismo de sanción de la responsabilidad del individuo. Estudios Jurídicos.
- LUBAN , D. (1999). Legal Ethics and Human Dignity. Cambridge Studies in Philosophy and Law.
- MELZER, N. (2010). Participación directa en las hostilidades. Comité Internacional de la Cruz Roja, 11.
- MERENDA, I. (2010). Criterios de imputación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal
- PANEBIANCO, A. (1999). Comparación y explicación.
- PASTOR, D. (2009). Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2011). El método comparativo: fundamentos y desarrollos recientes. Buenos Aires.
- RÍOS RODRÍGUEZ, J. (2007). Límites y beneficiarios de la inmunidad de los gobernantes . Revista electrónica de estudios internacionales, 18.
- RÍOS RODRÍGUEZ, J. (2007). Límites y beneficios de la inmunidad de los gobernantes. Revista electrónica de estudios internacionales.
- RIPOLLÉS, Q. (1965). Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal. Madrid: Instituto San Francisco de Victoria
- SALGADO, H. (2001). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", 21 de febrero de 2001. En C. I. Roja, Cuestiones planteadas con respecto al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por las Cortes Constitucionales, las Cortes Supremas y los Consejos de Estado nacionales (pág. 13). Quito: CICR.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ , C. (2005). Nixón, o la arrogancia del poder: Treinta años después del Watergate(1974-2004). Nómadas-Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid.
- TRUJILLO, J. (2001). Estatuto de Roma y Constitución ecuatoriana. La Corte Penal Internacional y los países andinos (pág. 5). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- UGAZ HEUDEBERT, J. (2009). La eximente de la "obediencia debida" en el Derecho penal peruano. Tesis licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- VELASQUEZ, J. C. (2010). Derechos humanos y Derecho Internacional Penal: Una perspectiva interdisciplinaria. Congreso internacional de Derecho Internacional de los derechos humanos (pág. 14). Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- VERGARA ACOSTA, B. (2002). Ecuador y la implementación del Estatuto de Roma en el Derecho Interno u otras cuestiones de derecho penal internacional . Quito.
- WINTER ETCHEBERRY, J. (2009). La responsabilidad por el mando en el Derecho Internacional. Tesis licenciatura , Universidad de Chile, Santiago de Chile.

3. Sitios web

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (3 de diciembre de 1973). Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Recuperado el 30 de agosto de 2013, de Principios de cooperación internacional en la identificación, detención y extradición o castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad : http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifici_uni/instru_crmenes_guerra/princi_coopera.pdf
- CARACOL NOTICIAS. (26 de mayo de 2014). Uscátegui víctima . Obtenido de <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/general-uscategui-reconocido-como-victima-en-el-caso-de-las-falsas-victimas-de-mapiripan/20130208/nota/1944025.aspx>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (8 de agosto de 1945). Juicios de Nuremberg. Recuperado el 23 de septiembre de 2013, de Estatuto constitutivo del tribunal de Nuremberg: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (24 de febrero de 1999). Omisión y responsabilidad de los superiores. Recuperado el 12 de octubre de 2013, de Tomado de

Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario: Carpeta informativa: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmr3.htm>

- Comité Internacional de la Cruz Roja. (21 de abril de 2004). Recursos Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado el 21 de agosto de 2013, de Represión Nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5y9m5g.htm>
- Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra. (12 de agosto de 1949). Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado el 12 de octubre de 2013, de IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>
- Equipo Nizkor. (12 de junio de 1980). United States v Ernest Medina. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de Estandar Medina: <http://www.derechos.org/nizkor/>
- Equipo Nizkor. (22 de junio de 1999). Estandar Yamashita. Recuperado el 13 de octubre de 2013, de Yamashita trial: <http://www.derechos.org/nizkor/>
- Equipo Nizkor. (12 de julio de 2003). Caso Akayesu. Recuperado el 1 de noviembre de 2013, de Primer juicio sobre crímenes de lesa humanidad-violación: <http://www.derechos.org/nizkor/>
- Gómez Benítez, J. (2003). Portal UCLM. Recuperado el 10 de mayo de 2013, de El dominio del hecho en la autoría: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gomez%20benitez.pdf.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. (13 de julio de 2008). Corte Penal Internacional. Recuperado el 23 de marzo de 2014, de <http://cancilleria.gob.ec/corte-penal-internacional/>
- Procuraduría General del Estado. (2012). Prevención del delito. Recuperado el 21 de septiembre de 2013, de <http://www.pgje.chiapas.gob.mx/prevencion/>

4. Normativa

- Código Penal Colombiano, Ley 544 (Congreso Nacional 2000).
- Código Penal Militar (Congreso Nacional 2001).
- Código Orgánico Integral Penal (2014)

- La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. Recuperado el 21 de octubre de 2013, de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Recuperado el 12 de octubre de 2013, de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos humanos : <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>
- Constitución Política de la república del Ecuador (Congreso Nacional 1998).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Nacional del Ecuador.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2004) Nueva York. Corte Penal Internacional. (28 de julio de 1998). Estatuto constitutivo de la Corte Penal Internacional . Recuperado el 12 de septiembre de 2013
- Estatuto constitutivo del Tribunal de Núremberg . (1946). Núremberg.
- Ley estatutaria N 268. Cámara de senadores. (2013).
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). Recuperado el 1 de octubre de 2013, de Oficinas del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo1.htm>
- Ratificación del Estatuto de Roma, Registro Oficial 56 (Congreso Nacional 31 de enero de 2002).

5. Jurisprudencia

- Amira Monje de Rojas y otros Vs. nación - Ministerio de Defensa Nacional y ejército nacional, CE SIII E 13440 (Consejo de Estado 23 de febrero de 2009).
- Caso A.V. 19-2001 contra Alberto Fujimori, A.V. 19-2001 (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 7 de abril de 2009).
- Caso Barrios Altos vs Perú, Serie c N 83 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de septiembre de 2001).
- Caso Luis Fernando Campuzano Vásquez, Proceso No 24448 (Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal 23 de julio de 2007).

- Conflicto de Competencias entre el Comandante del Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación, frente al juzgamiento del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui R, SU 1184 de 2001 (Corte Constitucional 2001 de noviembre de 13).
- Corte Internacional de Justicia. Actividades armadas en el territorio del Congo contra Uganda. 19 de diciembre de 2005.
- Dictamen sobre inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida del Procurador en caso Conrado Gómez, 153 (Asamblea Permanente de Derechos Humanos de La Plata 29 de agosto de 2002).
- Jaime Humberto Uzcátegui y otros, Rad. 2004-0114-03. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal 23 de noviembre de 2009).
- La Cantuta v Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006).
- Masacre de Mapiripán v Colombia, 134 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de septiembre de 2005).
- Prosecutor v Bemba Gombo, ICC-01/05-01/0 (Corte Penal Internacional 15 de junio de 2009).
- Prosecutor v. Delalic et al, IT-96-21-T (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia 1 de julio de 1998).
- Prosecutor vs Akayesu, ICT3-96-4-T (Tribunal Internacional Penal para Ruanda 2 de septiembre de 1998).
- Prosecutor v Tadic, IT-94-1-A (Tribunal internacional penal para la ex Yugoslavia 15 de julio de 1999).
- Prosecutor v Blaskic, IT-234-31 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia 3 de marzo de 2000).
- Prosecutor v Alfred Musema, ICTR-96-13-A (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia 27 de enero de 2000).
- Prosecutor v Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-A (Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia 24 de marzo de 2000).
- Prosecutor v Clement Kayishema, ICTR-95-I-A (Tribunal internacional penal para Ruanda 1 de junio de 2001).

- Recurso de Casación penal, Voto del Juez Mariano Hernán Borinsky (Corte Suprema de Justicia 2006).
- Recurso de apelación- Jaime Lamont Smart, 1c (Corte Suprema de Justicia de la Nación abril de 1968).
- United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al., XII (US Military Tribunal Nuremberg, 27 de octubre de 1948).
- United States v Keitel, 211 U.S. 370 (Corte Suprema de Estados Unidos 14 de diciembre de 1908).
- United States v Medina, 50F.2d.1303 (Corte Suprema de Estados Unidos 3 de mayo de 1974).
- United States v Keitel, 211 U.S. 370 (Corte Suprema de Estados Unidos 14 de diciembre de 1908).
- United States v Yamashita, 672 (Corte Suprema de Estados Unidos 6 de octubre de 1946).



Pontificia Universidad Católica del Ecuador
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

E-MAIL: jurisprudencia@puce.edu.ec
Av. 12 de Octubre 1076 y Roca
Apartado postal 17-01-2184
Fax: 593 - 2 - 2991632
Tel: 593 - 2 - 2991630/1
Quito - Ecuador



**INFORME CUALITATIVO SOBRE LA DISERTACIÓN
"LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LOS CRÍMENES DE
GUERRA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL", ESCRITA POR
LA SEÑORITA CUMANDÁ MARTÍNEZ PUENTE**

ASPECTOS FUNDAMENTALES

- La disertación de la señorita Martínez constituye una interesante aproximación doctrinaria, a la luz de las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, a la institución de la reponsabilidad penal del superior jerárquico por actos delictivos cometidos por personas bajo su mando.
- La disertante desmenuza desde el punto de vista doctrinario la institución de la responsabilidad del superior e ilustra las diferentes opciones con casos de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.
- El trabajo de la señorita Martínez aborda también el tema de su disertación desde la óptica del derecho comparado en la región Latinoamericana, para, más adelante, incursionar en el derecho ecuatoriano y señalar sus falencias en cuanto a la tipificación de la institución en cuestión.
- El tema analizado es de actualidad y además es novedoso en nuestro medio.
- El análisis jurídico es riguroso y la utilización de las destrezas adquiridas a lo largo de la carrera es amplia y pertinente.
- Las conclusiones que esboza al final del trabajo me parecen puramente recapitulativas.

ASPECTOS FORMALES

- La redacción de la tesis no está acorde con el nivel esperado de una egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.
- El andamiaje metodológico es sólido y la bibliografía especializada, amplia.

EVALUACION

Sin perjuicio de todo lo dicho y de lo que añadiré durante la defensa de la disertación, el trabajo de la señorita Martínez merece, a mi entender, la calificación de nueve sobre diez (09/10).

RSU

Quito, a 20 de agosto de 2014

Roberto Lucy 22/10/2014

Quito, 21 de agosto de 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas
Decano Facultad de Jurisprudencia
Presente.-

**Ref. informe disertación
Cumandá Estefanía Martínez Puente**

Señor Decano,

En relación al encargo de leer, informar y calificar la disertación de Cumandá Estefanía Martínez Puente, titulada "La responsabilidad del superior en los casos de crímenes de guerra en la jurisdicción internacional", expreso:

1. La disertación trata un tema del derecho poco abordado, con detalle, y con suficientes fuentes doctrinarias y jurisprudenciales.
2. En lo formal, cumple con los requisitos propios de un trabajo académico. Además, está bien escrita.

Sin embargo, tengo algunas observaciones:

3. Me parece que no se demuestra de forma clara que el tema de la responsabilidad superior forma parte del derecho consuetudinario. Simplemente se afirma, pero no se pasa por el test de la *opinio iure* y la práctica.
4. Me hubiese encantado una visión más crítica sobre el tema. En algunas partes se comenta sobre las sentencias, las contradicciones y hasta las motivaciones, como en el caso del Tribunal de Tokio. Pero en general se asume acríticamente que la doctrina emanada por el CICR y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales es válida. Al final, en la práctica, hay justicia de vencederos. De ahí los resultados diferentes en el caso Yamashita y Medina.
5. Me hubiese encantado alguna reflexión sobre la teoría del delito y la omisión. Algo, de manera muy superficial se menciona cuando se trata de la imputación objetiva. La figura responde a la teoría funcional, causal o finalista del delito.
6. También me hubiera encantado mayor análisis en relación al sistema jurídico ecuatoriano, incluyendo la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la dificultad de la deficiente adecuación normativa que consta en el COIP.
7. La metodología utilizada es interesante y refleja un trabajo analítico interesante. Creo que pudo haberse realizado un mayor ejercicio de comparación entre los casos y los tipos de jurisprudencia. En algunos casos, como Akayesu, si la persona es autora de las atrocidades, no tenía mucho sentido analizar la omisión.

Recibido ley 25/08/14/14

Por todas estas razones, considero que la disertación merece la calificación de 9/10 (nueve sobre diez).

Le saludo cordialmente,


Ramiro Avila Santamaría