

El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional

The subjective element in the responsibility of the superior for crimes under international criminal law

Yuri Antonio Santander Vásquez

 <https://orcid.org/0000-0002-6906-1026>

Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile

Correo electrónico: yuri.santander@uacademia.cl

Recepción: 17 de junio de 2024 | **Aceptación:** 1 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19193>

Resumen: El artículo examina los elementos de los crímenes de derecho penal internacional, mediante el análisis dogmático y la revisión doctrinal y jurisprudencial, a partir de una breve revisión de su estructura general, para posteriormente profundizar en el elemento subjetivo y sus características para responsabilizar a los superiores, distinguiendo si corresponden —o no— a militares y civiles, y cómo se presenta en la ley especial chilena. La investigación se centra en determinar el contenido concreto de dicho elemento subjetivo, analizando su interpretación en la doctrina y jurisprudencia, así como los requisitos de conocimiento compartido entre superior y subordinado que demanda el principio de culpabilidad. Atendidas las particularidades del *mens rea* respecto de la responsabilidad de los superiores, se busca examinar, a la luz del principio de culpabilidad, si el elemento subjetivo se debe compartir entre el autor directo y el superior observando, además de la normativa internacional, la ley chilena, paradigmática debido a que es una particular norma local que describe un estatuto especial de responsabilidad del superior.

Palabras clave: crímenes internacionales; responsabilidad de los superiores; derecho penal internacional; derechos humanos; Estatuto de Roma.

Abstract: The article examines the elements of international criminal law offenses, beginning with a brief overview of its structure and proceeding to a detailed analysis of the subjective element required for establishing superior responsibility. It distinguishes between military and civilian superiors and discusses how these concepts are applied in Chilean law through a

dogmatic analysis and a review of doctrine and jurisprudence. The research aims to clarify the specific content of this subjective element, examining its interpretation in legal doctrine and case law, as well as the requirements for shared knowledge between superior and subordinate as demanded by the principle of culpability. Given the unique aspects of *mens rea* in the context of superior responsibility, the study explores whether, under the principle of culpability, the subjective element should be shared between the direct perpetrator and the superior. This examination considers not only international standards but also the distinct provisions of Chilean law, which offers a unique approach through a specific statute governing superior responsibility. **Keywords:** international crimes; responsibility of superiors; international criminal law; human rights; Rome Statute.

Sumario. I. Introducción. II. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. III. La responsabilidad del superior ante el derecho penal internacional. IV. El elemento subjetivo (*mens rea*) en la responsabilidad del superior. V. La responsabilidad del superior en la ley chilena. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

La estructura base de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), consiste en la descripción de las conductas en los artículos 6o. (genocidio), 7o. (crímenes de *lesa humanidad*), 8o. (crímenes de guerra) y 8o. *bis* (crimen de agresión) del Estatuto de Roma, complementada por la norma general del artículo 30.1 relativa al elemento subjetivo para atribuir responsabilidad penal, cuya frase inicial “salvo disposición en contrario” expresamente permite excepciones, las que eventualmente podrían fundamentar una forma distinta de valoración subjetiva para la atribución de responsabilidad penal internacional.

Chile, al promulgar la Ley N° 20.357 que tipifica los crímenes de *lesa humanidad*, genocidio, los crímenes y delitos de guerra, comprende una norma especial (artículo 35), que establece la responsabilidad de las autoridades o jefes militares, o quienes actúen efectivamente como tales, en el caso de crímenes cometidos por sus subordinados, de manera de implementar al derecho nacional, con características propias, la prescripción del artículo 28 del Estatuto de Roma. Como problema de investigación, el artículo propone revisar las características complementarias y subsidiarias que se reconocen para la in-

teracción de ambos regímenes jurídicos, más allá de si a la estructura subjetiva general se atribuya dolo, o es suficiente una conducta negligente por el superior, determinando si subsiste un problema en relación con el principio de culpabilidad, ya que el elemento subjetivo, al momento de desarrollarse la conducta punible, debe ser compartido por el superior y su subordinado, pues de no ser así, el presupuesto para responsabilizar penalmente al superior necesariamente debe ser distinto.

II. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

1. La estructura de los crímenes

Aunque no podemos hablar de una teoría del delito unificada e indiscutida en derecho penal internacional, una jurisdicción penal internacional se construye a partir la tipificación de hechos graves de gran trascendencia para la comunidad internacional, configurados como conductas punibles que generan responsabilidad criminal. Las normas que establecen los tribunales penales internacionales *ad hoc*, sus resoluciones y prácticas, el Estatuto de Roma y sus normas complementarias, además de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, conforman un sistema de reglas, principios y elementos obligatorios para determinar los crímenes de competencia internacional y atribuir a los sujetos la responsabilidad por su comisión, que en la práctica funciona como una teoría del delito internacional. Esta idea distingue, en primer lugar, los hechos que fundamentan la responsabilidad penal (*offences*), que se compone de elementos materiales (*actus reus*) y elementos subjetivos (*mens rea*), y por otra parte, las circunstancias que excluyen la culpabilidad (*defences*), las que incluyen tanto las causas materiales de extinción de pena —legítima defensa o estado de necesidad— como los obstáculos procesales para la persecución del delito (minoría de edad penal o la prescripción).

Pese a ello, los conceptos propios de los grandes sistemas jurídicos no se trasladaron por completo al Estatuto, desarrollándose una arquitectura conceptual propia de delito con elementos del *common law* y del sistema jurídico europeo continental, resultando una estructura tripartita de responsabilidad

penal: *a)* los elementos de los crímenes (el tipo penal en sí mismo); *b)* las circunstancias que fundamentan la responsabilidad penal individual (del agente directo y del superior responsable) y, *c)* las circunstancias que excluyen dicha responsabilidad.

2. Elementos materiales de los crímenes

El artículo 1o. del Estatuto constituye una norma de clausura, según la cual el derecho aplicable a la investigación y juzgamiento de los crímenes de su competencia es, en primer lugar, su propio derecho positivo “el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba”, subsidiariamente, “cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”, y por último, “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”, sólo en cuanto no sean contradictorios con el Estatuto o el derecho internacional. En ese sentido, los elementos materiales están conformados por presupuestos objetivos que determinan la forma de aparición externa del hecho punible, y como en toda parte especial, pueden ser descriptivos o normativos y referirse al autor o a la conducta. Si bien para el Estatuto es claro cuál es el derecho aplicable, éste no contiene una regulación general de los elementos materiales, sin perjuicio que pueda ser construida; cuestión que sí acontece en relación de los elementos subjetivos.

Podemos reconocer cuatro componentes en los elementos materiales: primero, la conducta (*conduct*), que es la descripción del comportamiento humano presupuesto para la acción u omisión (Werle y Jessberger, 2017, p. 308) y para la cual se define el crimen del que se trate y las consecuencias (*consequences*), que comprenden “todos los efectos de la conducta punible” (Werle y Jessberger, 2017, p. 213), y que puede configurar un resultado de lesión efectiva de un bien jurídico; por ejemplo, “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona”, en el crimen de *lesa humanidad* de torturas, o la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido como “poner gravemente en peligro la salud de la víctimas en conflicto armado”, para el caso de crímenes de guerra.

Segundo, la causalidad (*causation*) entre las consecuencias y la conducta, que como presupuesto básico de la punibilidad requiere la aparición de una determinada consecuencia por la realización de una determinada conducta, debiendo existir una relación que vincule la conducta del autor con la consecuencia concreta. Por último, se exige la presencia de ciertas circunstancias adicionales (*circumstances*) que se configuran como requerimientos objetivos; por ejemplo, que las víctimas pertenezcan “a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” en el genocidio, o categorías normativas, como el cometer “violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales” para los crímenes de guerra.

Existen circunstancias que relacionan los hechos individuales con la comunidad internacional, caracterizándolos como de aquellos que entran en mayor conflicto con ella. Llamados “elementos de contexto” (*contextual elements*), no son elementos accidentales dentro de la estructura del delito, útiles sólo para la determinación de la pena o una mayor precisión del injusto, sino que constituyen reales presupuestos objetivos de punibilidad.

Para el caso de distintas formas de autoría y participación, en especial las formas colectivas como en los casos de organizaciones y estructuras de poder, o los aparatos estatales o militares, es necesario poder definir si existen otras circunstancias que permitan establecer alguna de las formas de participación y de aparición del delito que contempla el artículo 25, en sus números 3 y 3 *bis*, o la responsabilidad de los jefes y otros superiores de conformidad con el artículo 28 del Estatuto (Cryer, Robinson y Vasiliev, 2019, pp. 368–377). Por el contrario, la existencia de otros presupuestos de punibilidad como la falta de circunstancias eximentes de responsabilidad penal no parecen formar parte de los elementos materiales u objetivos del hecho punible.

3. Elementos mentales o subjetivos del hecho

El derecho penal internacional en general, y el Estatuto de Roma en particular, exige no sólo el cumplimiento fáctico de lo prescrito para el tipo penal del que se trate, sino también un comportamiento culpable. Por tanto, la exigencia de elementos mentales o subjetivos (*mental elements, subjective elements, mens rea*) es un requisito —universalmente reconocido— que asegura el cumplimiento del principio de culpabilidad, ya que, no se requiere únicamente

que la conducta se constituya en la vulneración de una obligación internacional, sino que además es necesario que la ejecución de esa conducta proceda mediante cierto grado de intencionalidad, como es claro por cuanto dicha exigencia se encuentra expresamente regulada en el artículo 30 (Caro Coria, 2014, pp. 181-186).

El artículo 30.1 señala como fundamento de la responsabilidad penal que el autor haya realizado los actos con “intención y conocimiento de los elementos materiales” de un crimen, y lo que deja establecido como *material elements* es *conducta, consecuencia y circunstancia* todas relacionadas con el “curso normal de los acontecimientos”, que constituyen el *actus reus*, o tipo objetivo, y respecto del cual, el autor debe tener conocimiento. Esto se refuerza en el entendido que la expresión que abre el artículo 30.1, “[u]nless other wise provided” permite comprender que existen otras exigencias subjetivas del tipo, pero que son distintas de las reguladas en este artículo (Clark, 2008, p. 530).

Los elementos subjetivos —para el Estatuto y en general para el derecho penal internacional— son omnicomprensivos, a manera de un componente subjetivo unitario que pareciera derivar directamente hacia el dolo; ya que el artículo 30.2 del Estatuto entiende que actúa intencionalmente en relación con la conducta quien “se propone incurrir en ella” y en relación con la consecuencia, “se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. En ese sentido, es indudable que la conducta punible es esencial e inequívocamente voluntaria (Merenda, 2010, p. 88; Werle y Jessberger, 2017, p. 305).

4. *Los elementos de contexto*

Los elementos de contexto son requisitos comunes a los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional que constituyen presupuestos objetivos de punibilidad, relacionados con el ejercicio sistemático o masivo de la violencia, cuya función es relevar la conducta individual hacia una dimensión global, de interés de la comunidad internacional en su conjunto para su persecución y sanción. Los elementos de contexto no integran el hecho ni son agravantes de la conducta, y han de ser considerados como elementos materiales a la manera de *circunstancias* de las cuales habla el artículo 30 y no una mera condición habilitante para la competencia de la Corte.

Por ejemplo, es especialmente relevante en los crímenes contra la humanidad que los actos que conforman la conducta, se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, donde el elemento contextual está expresamente contenido en la misma definición de crimen de *lesa humanidad*; por tanto, la conducta que no se cometa bajo dichas circunstancias, una objetiva “ataque generalizado o sistemático” y otra subjetiva “conocimiento de dicho ataque” no será típica pues, ambas son circunstancias esenciales y condición necesaria de punibilidad (Cryer, Robinson y Vasiliev, 2019, p. 231).

Para que el tipo penal en tanto hecho individual o delito base sea sancionado bajo las características propias de un crimen de derecho internacional (y en particular de aquellos cuyo conocimiento se entrega a la CPI) los hechos deben haber sido ejecutados en un contexto de violencia organizada, o *hecho global*, que incluye consideraciones de orden descriptivo, normativo y subjetivo, las que le confieren características de *macrocriminalidad* (Werle y Jessberger, 2017, p. 303) a los hechos que constituyen los delitos. Algunas de estas exigencias de contexto son que sean “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”, elemento subjetivo específico para el crimen de genocidio, o que el acto subyacente “se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, elemento objetivo propio de los crímenes de *lesa humanidad*.

Es distintivo en los crímenes de derecho penal internacional, y sobre todo respecto de los crímenes de *lesa humanidad*, que sean cometidos por agentes cuyas acciones forman parte de una política interconectada respecto de una organización estructurada, no siendo acciones individuales o hechos aislados, lo que termina siendo un elemento discriminador —en la forma de un verdadero requisito esencial— para establecer la responsabilidad individual, tanto por el delito base como por la responsabilidad de los superiores.

III. La responsabilidad del superior ante el derecho penal internacional

Originalmente, la responsabilidad de los superiores estaba restringida al ámbito de la disciplina militar en los términos de las prácticas y normas propias del ejército, que para determinados hechos podría constituir responsabilidad penal. La sentencia del caso Yamashita por los hechos ocurridos en la “Masacre de Manila” (Filipinas), uno de los mayores crímenes cometidos por el ejército japonés en la Segunda Guerra Mundial, es considerada la primera resolución que contiene un estándar de responsabilidad por el mando (*command responsibility*). Por estos hechos, el general Tomoyuki Yamashita, fue juzgado por un tribunal militar norteamericano y condenado a muerte el 23 de febrero de 1946 (Ambos, 1999, p. 259). Con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad penal del superior surge como una construcción propia del derecho penal internacional, desde las normas y tribunales *ad hoc* establecidos para la sanción de crímenes de guerra o crímenes de *lesa humanidad*, y que carecían de consagración en los ordenamientos jurídicos domésticos (Cryer, Robinson y Vasiliev, 2019, pp. 115-126).

Una de las primeras normas sobre responsabilidad de los superiores por crímenes de derecho internacional se encuentra en el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Esta referencia a las “personas que hayan [...] ordenado cometer” alguna de las infracciones graves del artículo 147, constituye la instauración de la responsabilidad del superior. Dicho artículo sanciona, por ejemplo, el “privar [a un prisionero de guerra] de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente”, infracción que se comete mediante conductas omisivas de las autoridades.

El Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, de 1977, contempla expresamente en su artículo 87 los “[d]eberes de los jefes” como fuente de responsabilidad. En ese sentido, el primer deber de los jefes militares es impedir que se cometan los hechos que constituyen infracciones a los convenios o adoptar las medidas necesarias para que cesen y denunciar su comisión. Por demás, en su artículo 86.2, por primera vez se expresa normativamente la responsabilidad del superior en un instrumento de derecho internacional:

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

Otros instrumentos *ad hoc* que desarrollan la responsabilidad de los superiores, son el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 6.3 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda y el artículo 6.3 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. En el caso del derecho internacional humanitario, el Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) contiene, en su norma 153, la responsabilidad de superiores en una hipótesis que es el antecedente directo de la norma de responsabilidad del Estatuto de Roma:

Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables (Henckaerts, 2005).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Jelic vs Croacia* recogió una sentencia de un juez de primera instancia en la

que se condenó al “comandante de las fuerzas policiales en la zona más amplia de Sisak y Banovina y jefe adjunto de la policía de Sisak” por crímenes de guerra contra la población civil permitir la matanza de personas de origen serbio y no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir esos homicidios. La sentencia señala específicamente que es necesario distinguir entre las responsabilidades de los mandos de la de los subordinados, sobre todo en el contexto de las investigaciones sobre crímenes de guerra (Jelic vs. Croatia, 2014).

Los tribunales *ad hoc* han enriquecido la interpretación de este modo particular de responsabilidad, y en general, está de acuerdo en que se requieren tres elementos para configurarla: a) la existencia de una relación de superior-subordinado; b) que el superior haya sabido, debía saber o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había cometido, y c) que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores (The Prosecutor vs. Dragomir Milošević, 1999; The Prosecutor vs. George Ndahimana, 2011; The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic, 2004).

Todo ello es recogido por el Estatuto de Roma en su artículo 28; aunque, de acuerdo con el derecho internacional humanitario y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la responsabilidad del superior de todas formas tiene carácter de norma consuetudinaria, y lo que hace el artículo 28 del Estatuto es codificarla y ajustarla para su aplicación en el procedimiento de la CPI. En todo caso, el punto de partida para la estructuración del modelo de responsabilidad del superior en el Estatuto de Roma se basa en un aspecto funcional, que establece que la posición de un superior debe implicar un deber de actuar; un aspecto cognitivo, que establece que un superior debe haber conocido o debería haber conocido los delitos cometidos por los subordinados; y un aspecto operativo, que establece que un superior debe haber dejado de actuar o incumplido su deber de supervisión (Situation in the Central African Republic II, 2019; Situation in the Republic of Côte D'Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, 2019b; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Separate opinion, Appeal Judgment, 2018; Van Sliedregt, 2009, p. 424).

1. La responsabilidad del superior en el artículo 28 del Estatuto de Roma

Dogmáticamente, no hay consenso en la categorización de la responsabilidad del superior, existiendo distintas posiciones sobre ella (Werle y Jessberger, 2017, p. 385). Por una parte, se considera como una “forma especial de omisión impropia (comisión por omisión)” (Werle y Jessberger, 2017, p. 385) basada en el ejercicio de la autoridad de los superiores.

Por otro lado, se le califica como una forma de responsabilidad directa por las órdenes emitidas para la comisión de actos ilícitos o hechos de violencia, sean o no típicos, lo que permitiría argüir por los subordinados la exención de responsabilidad de cumplimiento de órdenes dadas por superiores. También se estima que es una forma concreta de omisión que necesariamente hace referencia a una acción determinada, en este caso, las conductas que conforman la política, ante lo cual el superior es responsable por quebrantar los deberes asociados a su cargo (*de jure*) o a su posición (*de facto*). Por último, se entiende que el superior responde cuando no ha actuado para detener el curso de las acciones constitutivas de crímenes o si, tomando conocimiento de dichos crímenes, no ha adoptado la decisión de sancionar al agente o denunciar los hechos a la autoridad correspondiente (Yokohama, 2018, p. 282).

La norma que incorpora las distintas variables o perspectivas de responsabilidad de los superiores en el Estatuto de Roma es el artículo 28, que por su integralidad pareciera reflejar los avances *supra* expuestos, y en principio, es claro que sanciona la pasividad del superior, castigando el no actuar, antes o después de la comisión de los crímenes. La sanción por la acción directa de los superiores no constituye “responsabilidad del superior” sino más bien sería una forma de participación de las contempladas en el artículo 25, cómo la complicidad, la proposición o la inducción.

El fundamento último para la estructuración de la responsabilidad según el artículo 28 del Estatuto, es que los jefes civiles y militares detentan una posición única que los sitúa como fuente de peligro para la población civil, víctima de los ataques de violencia masiva tanto en períodos de paz, como en caso de conflictos armados. Es evidente que, en caso de conflicto armado o de rupturas institucionales, dicha responsabilidad aumenta considerablemente.

La CPI, en el caso Bemba, considerada claramente dicha posición única y la vincula con la situación de mando y la posibilidad de causar daños irreparables (*The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 2016), lo que muestra que el artículo 28 del Estatuto de Roma es más integral y complejo que las normas y decisiones de los tribunales *ad hoc*, aunque derive directamente de ellas, integrando los elementos que las componen.

2. Requisitos y fundamento material de la responsabilidad del superior

La responsabilidad del superior es una forma de intervención punible más bien compleja, o como la misma Corte lo ha considerado, una forma de responsabilidad *sui generis*, reconociendo que bajo ciertas circunstancias la conducta del superior puede satisfacer distintos modos de responsabilidad (*The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 2016). Por lo mismo, y no sólo por su ubicación sistemática, es una forma de responsabilidad distinta y alternativa a las autoría y participación reguladas en el artículo 25.3 del Estatuto y su estructura en torno a los sujetos activos abarca tanto a los comandantes militares —o a quienes efectivamente en los hechos actúan como tales—, como a las autoridades o superiores civiles.

En términos generales, se entiende que la responsabilidad del superior se funda en la existencia de una relación superior-subordinado, que el superior deba saber o ignorar de forma imprudente que el subordinado haya cometido o se proponga cometer un crimen de derecho internacional —requisito subjetivo— y que el superior haya omitido las medidas necesarias para evitar la comisión del hecho delictivo o para la persecución penal del autor. Además, agrega un cuarto requisito en consideración al artículo 28 a) y b), consistente en que el crimen se debió cometer por no haber ejercido el superior un control apropiado de la acción de los subordinados (Werle y Jessberger, 2017, p. 387). Respecto a los requisitos subjetivos, se pueden distinguir según si corresponden a exigencias para superiores militares y no militares, o sólo uno de ambos, y consisten en que el superior (militar o civil) conocía la existencia de los crímenes, o “hubiere debido saber” —el superior militar— que se estaban cometiendo dichos crímenes, y en el caso del supe-

rior civil *deliberadamente* hace “caso omiso de información que indicase claramente” la existencia de los crímenes (Kiss, 2016, pp. 60-62).

La sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el Caso Jadranko Prlic describe la relación superior-subordinado como: “Existe una relación superior-subordinado (i) cuando el subordinado que cometió el delito está sujeto al control efectivo del imputado, es decir, (ii) cuando el imputado tiene la capacidad material para prevenir el delito o sancionar el subordinado penalmente responsable.” De todas maneras, aun existiendo dicha relación, la conducta del autor material del acto subyacente se le imputa personalmente, de acuerdo con el artículo 25 del Estatuto: “[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

El artículo 28 del Estatuto no exige identificar específicamente a los subordinados, ni menos que el superior conozca dicha información. Esto es consistente con el artículo 7.2 de los elementos, según el cual “[n]o obstante, el último elemento [el conocimiento de dicho ataque] no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de [...] los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”; es decir, no es necesario que el superior dominase en detalle las circunstancias y los hechos cometidos por los subordinados, lo que además es más difícil de constatar al ir ascendiendo en las jerarquías de la organización (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

En segundo término, el artículo 28 a) requiere que la persona responsable sea un *comandante militar*, una persona formalmente investida para ejercer la función de mando en las fuerzas armadas regulares o en grupos armados, paramilitares, etcétera, o bien, que sea una persona que actúe en los hechos efectivamente como tal (*a military commander or person effectively acting as a military commander*). Además, el artículo 28 b), incorpora una forma de mando distinta a la *militar*, haciendo responsable también al superior que no tiene un nombramiento legal o formal, ni ejerce funciones militares de facto, siendo lo primordial que exista una relación de subordinación entre el superior y el agente directo (*superior and subordinate relationships not described in paragraph (a)*). Aquí es posible incluir a personas que forman parte de organizaciones ci-

viles o políticas que ejercen control a través de una relación jerárquica formal o informal, como el caso de los Presidentes de la República o los ministros encargados de la defensa nacional y el control del orden público, no siendo necesario que sea el superior inmediato de los autores directos, sino sólo que tenga el nivel de control exigido por la norma.

Por ello, el nivel de control en el artículo 28 se trata bajo el concepto de “mando y control efectivo o autoridad y control efectivo” (*effective command and control, or effective authority and control*) sobre los agentes que cometieron los crímenes (Situation in the Republic of Cote D'Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, 2019b), cuyo contenido es a la capacidad —material— para evitar o reprimir la comisión de crímenes o para remitir el asunto a las autoridades competentes, y su determinación es una cuestión fáctica, no de derecho. Ello implica que pueden existir varios responsables en las distintas jerarquías y niveles de la organización: “[...] la jurisprudencia penal internacional respalda la posibilidad de que varios superiores puedan ser considerados concurrentemente responsables de las acciones de sus subordinados” (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Ambas hipótesis, literales a) y b) del artículo 28, requieren que los actos subyacentes hayan sido cometidos “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” o “sobre esos subordinados”, cuestión íntimamente relacionada con el concepto de mando o autoridad y control efectivo. La jurisprudencia de la Corte ha construido la omisión de control como un incumplimiento de deberes directamente derivados de la relación superior-subordinado, que “debe leerse y entenderse a la luz del artículo 28(a) (ii) del Estatuto” (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

Para la Corte, los deberes que pesan sobre los superiores en relación con los crímenes consisten en adoptar “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”, contenidos en el artículo 28 a) ii) y 28 b) iii), aplicables a todas las categorías de superiores. Podemos diferenciar tres deberes en relación con el momento de la comisión de los crímenes: antes de la comisión del acto, durante y con posterioridad a ella; considerando que basta

el incumplimiento de cualquiera de ellos para configurar la responsabilidad del superior.

Prevenir la comisión del acto no sólo debe entenderse de manera restringida a la evitación del principio de ejecución, sino que la frustración del delito o la interrupción de la continuación en el caso de delitos permanentes o continuados puede hacer que se tenga el deber por cumplido, lo que dependerá de los hechos y del conocimiento del superior al respecto; *prevenir* la comisión de delitos en ejecución pareciera corresponder más bien al acto de *reprimir* la comisión de estos, lo cual para efectos prácticos no supone diferencias, y por lo mismo, la norma los plantea como alternativos.

De todas formas, si los crímenes ya se encuentran consumados, el superior sólo puede tener una reacción post delito, y lo único que cabe en esa temporalidad es *reprimir*, lo que generalmente equivaldrá a imponer sanciones a los subordinados. Por tratarse de crímenes de derecho internacional, dada la entidad y gravedad de los hechos, “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes” no debe ser una mera comunicación de la ocurrencia de los delitos en términos formales, sino que debe cumplir con los requisitos necesarios para que prospere una correcta investigación, incluyendo la remisión de pruebas que obren en su poder, los testigos que conozca e incluso su propia declaración, y de esta forma contribuir a que los autores sean efectivamente llevados ante la justicia.

Cuando el artículo 28 hace referencia a “medidas necesarias y razonables”, se refiere a que el superior debe actuar haciendo todo lo que esté a su alcance para prevenir, reprimir o denunciar efectivamente los crímenes. No exige que el superior esté obligado a lo imposible, pero sí debe entregar toda la información que maneje de manera veraz y adecuada, además de ejercer todas las acciones de la cual sea titular, siempre orientadas a lograr la verdad y aportar al logro futuro de rehabilitación y reparación de las víctimas. Por otra parte, si se entiende que el superior ha adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance, no puede ser considerado responsable de los crímenes, incluso si los autores directos consiguen impunidad, pues opera como una efectiva causal de exculpación, y de la misma manera, el superior que hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables no será responsable, aunque los subordinados sean efectivamente

declarados culpables (Situation in the Democratic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 2014).

IV. El elemento subjetivo (*mens rea*) en la responsabilidad del superior

El elemento subjetivo de la responsabilidad penal común o elemento de intencionalidad (*mental element*) general para los crímenes de competencia de la Corte se encuentra regulado en el artículo 30 del Estatuto. En concordancia con la excepcionalidad prevista por dicho artículo contenida en la frase “[s] alvo disposición en contrario”, el artículo 28 del Estatuto establece requisitos subjetivos especiales del tipo (Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini, 2009, pp. 183–187) relativos al conocimiento de los delitos o de la conducta de los subordinados, distintos a los exigidos en el artículo 30 (Werle y Jessberger, 2017, p. 393) y que la Corte ha considerado como de menor intensidad que la responsabilidad general (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Estos requisitos subjetivos especiales son distintos para el superior militar —*de jure* y *de facto*— y para los otros tipos de superiores.

Para Werle la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior es un delito independiente, excepcional, en el cual el superior *participa* de cierta forma del injusto de los hechos subyacentes (Werle y Jessberger, 2017, p. 387); en cambio, para Ambos, existe un delito de omisión propia, cuyo contenido va a ser llenado por la actividad y conocimiento exigida al superior dependiendo de cual *tipo* de superior se trate (Ambos, 1999, p. 565).

De todas formas, ambas posiciones no son irreconciliables *per se*, y la idea de un delito especial, propio del derecho penal internacional, no se contrapone con la estructura que propone Ambos, sino que esta es una descripción de las distintas exigencias prescritas para una misma responsabilidad. En el fondo, estamos en presencia de un delito especial propio, en el cual el sujeto activo, el superior civil o militar, tiene un deber específico respecto del bien jurídico y una obligación especial dada su propia situación *de jure o de facto*, frente a sus subordinados y frente al ataque (Situation in the Republic of Cote D’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Char-

les Blé Goudé, 2019b; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

1. *La exigencia básica de conocimiento actual, como elemento subjetivo (el superior sabía)*

Tanto en las hipótesis de jefes militares en lo formal o de otro tipo de superiores actuando en dicha calidad, el Estatuto atribuye responsabilidad al superior que *sabía*¹ (*knew*) que sus subordinados cometieron, o se disponían a cometer actos de aquellos tipificados como crímenes. Para la Corte el *saber* se ha definido como un “conocimiento actual” (*actual knowledge*): “[...] el artículo 28(a) del Estatuto comprende dos estándares de elemento de culpa. El primero, que se resume en el término “sabía”, requiere la existencia de un conocimiento actual” (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

Este “conocimiento actual” es más una cuestión probatoria y casuística que de sustantividad normativa, y como debe ser establecido mediante los elementos de prueba que se alleguen al procedimiento, aunque no existan pruebas directas del conocimiento de los delitos cometidos por los subordinados, dicho conocimiento para ser presupuesto de la responsabilidad por el mando no puede presumirse y a lo menos debe fundarse en evidencia circunstancial (Situation in Darfur, Sudan in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), 2009; Situation in the Republic of Cote D’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, 2019a; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Para la CPI los “[...] factores o indicios para llegar a una conclusión sobre el conocimiento actual del superior”, incluyen, entre otros

¹ La traducción oficial al español del Estatuto de Roma, en el artículo 28 a) i) exige respecto de los jefes militares o el que actúe como tal que “hubiere sabido” y en el artículo 28 b) i) sobre los otros superiores que “hubiere tenido conocimiento”, sin embargo, la versión en inglés sólo usa la conjugación “*knew*” esto es, “*sabía*”. Así el artículo 28 a) i) “That military commander or person either *knew* [...]” y el artículo 28 b) i) “The superior either *knew* [...]”.

[e]l número de actos ilegales, su alcance, si su ocurrencia es generalizada, el tiempo durante el cual se llevaron a cabo los actos prohibidos, el tipo y número de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el modus operandi de actos similares, el alcance y naturaleza del cargo y responsabilidad del superior en la estructura jerárquica, la ubicación del comandante y su ubicación geográfica al momento de los hechos. El conocimiento real también puede probarse si ‘a priori, [un comandante militar] es parte de una estructura organizada con sistemas establecidos de información y seguimiento. (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 2016)

Este estándar de conocimiento no requiere un detalle exhaustivo de los hechos, ni un acabado dominio de todas las circunstancias e identidad de los subordinados involucrados. De hecho, en la sentencia del TPIY en el caso contra Jadranko Prlić se determina que “cuanto más alejado físicamente esté el superior de la comisión de los delitos, más indicios supplementarios se requerirán para establecer el conocimiento real”, lo que constituye un ejemplo de construcción casuística del elemento subjetivo, contrario a la atribución normativa de la responsabilidad. Por lo mismo, el TPIY si bien señala que “[l]a autoridad sobre una jerarquía constituye un importante indicio de conocimiento, aunque no es determinante”, lo relevante es que se pueda acreditar en la investigación mediante los antecedentes que obren a la vista, y no puede obviarse su probanza o acreditación, “aunque el estándar de prueba necesario para probar el conocimiento real de los superiores con autoridad o poder de facto es más alto” (The Prosecutor vs. Jadranko Prlić, 2013).

A priori, el “conocimiento actual” parece remitirse al dolo directo, planteando que el superior *sabía* que los crímenes se iban a cometer o ya se estaban cometiendo, lo que se relaciona con el dolo requerido para los hechos subyacentes, que el artículo 30 establece como “intención y conocimiento” (*intent and knowledge*); es decir, si el superior conoce que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer crímenes de relevancia penal internacional, necesariamente conoce el asunto y comparte la intención que los animaba a cometerlos. La voz *sabía* pareciera orientarse a conocer la existencia de un riesgo dado por la comisión o eventual comisión de los crímenes y que ese riesgo provenga de los subordinados respecto de los cuales tiene

la relación de superior. Sin embargo, el verdadero riesgo que el superior está en condiciones de conocer es el creado por el contexto en que se desenvuelve la acción de los hechos subyacentes. En ese sentido, el superior es responsable por fallar en prevenir o reprimir los hechos subyacentes y, al mismo tiempo, es responsable por los delitos cometidos por los subordinados, sin que la responsabilidad de éstos se diluya, por cuanto se produce bajo el contexto descrito según los crímenes de que se trate (Ambos y Triffterer, 2002, p. 824).

Si se considera que *saber* y no adoptar las medidas para “prevenir” o “reprimir” acerca al superior a compartir el dolo de los subordinados, ya que el superior conscientemente no actúa, porque de haberlo hecho hubiera evitado el resultado lesivo o hubiese interrumpido la acción, entonces el superior tenía la intención de que el resultado se produjera contribuyendo decisivamente a la creación del riesgo mediante su incumplimiento. Pero esto conduce a una contradicción entre el dolo del subordinado y la negligencia del superior, ya que, si “el superior incumple negligentemente su deber de supervisión apropiada sobre quienes cometen sus delitos dolosamente”, la responsabilidad compartida sólo podría plantearse si el objeto mental (*mens rea*) es el mismo, y por lo tanto, debería extenderse el elemento subjetivo del incumplimiento del deber de supervisión del superior a la comisión dolosa de los subordinados.

Los crímenes de derecho penal internacional además tienen que cometerse en el contexto del crimen que se trate, es decir, que la conducta para el caso de genocidio haya sido perpetrada con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; en los crímenes de *lesa humanidad*, que se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; para los crímenes de guerra que se hayan cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, o que constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas en el caso del crimen de agresión. La responsabilidad del superior no se deriva de cada hecho subyacente considerado de manera aislada, pues no se puede exigir que el superior comparta todas y cada una de las intenciones y conocimientos respecto de las conductas, pero sí que comparten el conocimiento de los elementos de contexto en que se desarrollan dichas conductas. La vinculación entre la subjetividad del superior y la del subordinado surge en el contexto

de crimen de derecho internacional y no entre la relación de la subjetividad individual de cada sujeto activo, pues de otra forma se produce esa contradicción entre dolo y negligencia.

Que exista una relación superior-subordinado unida al elemento mental “conocimiento actual” de los crímenes, más bien coloca al superior en posición de garante respecto de las víctimas. La obligación de los superiores respecto a impedir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados siempre existe, lo que diferencia a los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional es que esa responsabilidad es mayor dado el contexto en que se cometen esos crímenes (*macrocriminalidad*).

El caso de no haber puesto el asunto en conocimiento de las autoridades competentes tiene la naturaleza de un delito autónomo de omisión propia en el que el superior es responsable por el incumplimiento de un deber específico expresamente establecido: “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”. Lo que se sanciona no es el no haber impedido o detenido la comisión de los crímenes, sino que se castiga directamente la inactividad del superior *ex post* a dicha comisión.

2. La responsabilidad por negligencia y el conocimiento constructivo (el superior “hubiere debido saber” o “debió haber sabido”)

El artículo 28, además de los requisitos comunes a todas las clases de superiores, introduce para los jefes militares un elemento subjetivo alternativo al “conocimiento actual”: el jefe militar “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían a cometerlos”.² En virtud de las funciones y deberes propios del mando militar y de su posición jerárquica, el estándar de conducta exigido es menor, semejante a la negligencia.

Durante el establecimiento del TPIY, el Informe presentado por el Secretario General (ONU) al Consejo de Seguridad equipara el estándar *had reason to know* a la “negligencia criminal”, como una forma de imprudencia, donde

² “[o]wing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes”.

los hechos se producen por la falta de diligencia al no adoptar las medidas — razonables y necesarias — para impedir o reprimir los delitos, pudiendo haberlo hecho, ya que debía saber que existía el riesgo de su comisión (Consejo de Seguridad Naciones Unidas, 1993).

El estándar “haber debido saber” tiene su correlato con otras normas de derecho internacional, que podrían contener un nivel incluso menor de exigencia. Por ejemplo, para el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra I (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), 1977), basta que el superior cuente con información suficiente acerca de la comisión o eventual comisión de los delitos. Los Estatutos del TPIY, del TPIR y del TESL establecen el estándar “tenía razones para saber”. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, señala que basta con que el superior tenga “información suficientemente alarmante” que lo notifique del riesgo que sus subordinados puedan llevar a cabo posibles actos ilegales, información suficiente como para justificar una investigación posterior, lo que habilita la responsabilidad (The Prosecutor vs. Pavle Strugar, 2008; The Prosecutor vs. Radovan Karadžić, 2016). Esta “información suficiente”, no constituye un criterio técnico, militar o jurídico, pues de lo contrario podrían aparecer lagunas de impunidad, donde la ausencia de detalles específicos de lo acontecido en el campo excusaría al superior de adoptar las medidas (The Prosecutor vs. Radovan Karadžić, 2016).

La Corte Penal Internacional reconoce una diferencia entre el criterio “tenía razones para saber” propio de los estatutos del TPIR, el TPIY y el TESL, y el estándar “debería haber sabido” del artículo 28 a) del Estatuto (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016); por lo cual, el criterio común se asemeja a la “negligencia inconsciente”, en el sentido que el superior, dada su posición, está obligado a evaluar todos los antecedentes necesarios para concluir que los subordinados están cometiendo o están a punto de cometer crímenes, aunque no tenga dicho conocimiento en concreto:

El requisito de “debería haber sabido” establecido en los Elementos de los Crímenes —que debe distinguirse del requisito de “debería haber sabido”

o conocimiento constructivo—cae dentro del concepto de negligencia [...] - En consecuencia, el requisito de “debería haber sabido” previsto en los Elementos de los Crímenes en relación con los artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) es una excepción al requisito de “intención y conocimiento” consagrado en el artículo 30 del Estatuto. (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2007)

Pero también este criterio “debería haber sabido” se ha llenado en su contenido con la idea de que, ante la dificultad de comprobar el conocimiento efectivo, pero dada la posición del superior, es altamente improbable que haya ignorado o la comisión o el contexto: el conocimiento debe ser imputado *constructivamente* en razón de la información que el superior tenía disponible para establecer la existencia de los crímenes, lo que configura un alto estándar de negligencia, casi al límite del dolo, “El concepto del llamado conocimiento constructivo debe también ser entendido como el requerimiento de información confiable y concreta que permita al superior conocer sobre la comisión de los crímenes” (Ambos y Triffterer, 2002, p. 847). La opinión disidente de la jueza Herrera Carbuccia, en el caso contra Ruto y Sang, lo expresa con claridad:

De igual modo, el conocimiento puede también extenderse, dependiendo de las circunstancias y hechos de un caso, al concepto de “conocimiento constructivo”, que existe cuando el autor es consciente del riesgo de que su conducta pueda ser interpretada objetivamente como parte de un ataque más amplio. (The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, 2016, párr. 66)

El criterio “debió haber sabido” implica que el superior tiene un deber especial de recabar información en virtud de su posición —e incluso deberes positivos— en torno a generar un sistema de vigilancia e información que sea efectivo. Tal como lo plantea la Corte (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016), puede estimarse que un superior sabía, cuando tenía a su disposición información general que lo puede poner en aviso de que los delitos están siendo cometidos por sus subordinados o incluso de su posibilidad de ocurrencia. Un superior que ante esa información general no recaba más detalles sería el caso típico;

pero incluso, si ese superior no recibe ninguna información porque no fue capaz de establecer un mecanismo mínimo de vigilancia o de información, también es responsable y en ese caso el criterio es derechamente negligencia.

3. *El caso del superior (distinto al superior militar)* *que deliberadamente hizo caso omiso de información sobre* *los crímenes*

El artículo 28.b i) sanciona también al superior (distinto al jefe militar) que “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”, lo que implica que *decide* no tener conocimiento actual respecto de lo que está sucediendo bajo su control y comando. Hay poca discusión respecto a que en este caso nos encontramos en el ámbito de la “ceguera intencional” (*wilful blindness*), aunque no aparezca explícitamente del texto del Estatuto. El TESL en el caso Taylor señala que “[...]o que se requiere es que el superior sea consciente de la información que debería haberlo impulsado a adquirir más conocimientos” (The Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor, 2012).

La ceguera intencional no pareciera ser *mens rea* propiamente tal, sino más bien un instrumento que permite concluir que existe información mínima para formar el conocimiento en el superior e imputar la evitación de actuar como intencional. Hay un primer momento de representación del peligro, que se niega de manera consciente en un segundo momento, lo que permite construir la intencionalidad, ya que, para hacer caso omiso de manera deliberada, el sujeto debe estar en presencia de una creencia subjetiva seria y de entidad suficiente —información— y realizar conductas tendientes a evitar adquirirlo, constatarlo o profundizarlo. En realidad, tiene la forma de una regla procesal destinada a evitar que la impunidad se construya sobre la mera ausencia de conocimiento, en virtud de las circunstancias y la posición del imputado. En ese sentido, la omisión deliberada de antecedentes parece ubicarse entre la imprudencia (*recklessness*) y el conocimiento actual, pero se sanciona como éste último porque existe una intención manifiesta del autor de construir su propio estado de ignorancia, aunque se ha representado de manera suficiente el riesgo de la producción del daño.

4. Conocimiento y culpabilidad. ¿El superior debe “saber” lo mismo que el subordinado al momento del hecho?

Cómo se ha visto hasta ahora, el elemento volitivo se puede resumir en la realización intencional de la conducta en los términos del artículo 30.2 a) y b) del Estatuto. El problema se presenta a efectos de determinar cuál es elemento cognoscitivo en concreto del superior, por cuanto la conducta en específica de cada hecho subyacente la ejecuta el subordinado, y en concordancia con el artículo 25.2, el principio de culpabilidad nos indica que “[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

En el mismo sentido, la Corte ha resuelto que “[d]e acuerdo con el artículo 66(2) y (3), la carga de la prueba (que incumbe a la Fiscalía) y el estándar de prueba (más allá de toda duda razonable) se relacionan con la «culpabilidad del acusado»” (Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, 2021). Los hechos subyacentes son parte del tipo y, por tanto, tienen que ser objeto de sus elementos, incluyendo el elemento subjetivo, de otra forma se vulneraría el principio de culpabilidad. Entonces, el subordinado que está ejecutando el *actus rea* debe compartir el *mens rea* del superior, y viceversa, lo que ciertamente es muy difícil establecer con certeza ya que además debe serlo al momento que se ejecuta la conducta.

En ese sentido, la Corte, en la decisión de confirmación de cargos para el caso Kenyatta, resolvió que “[r]especto del “conocimiento” requerido, el artículo 30 del Estatuto especifica que éste requiere la “conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos” (párr. 411) (Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, 2012). Acá el acento debe estar puesto en el concepto de *circunstancia* que como vimos *supra*, puede —y en este caso, debe— referirse a los elementos de contexto como ataque con características de *macrocriminalidad*, por cuanto es lo único que realmente puede establecerse a ciencia cierta que el superior *sabía* (*knew*) en términos de *conocimiento actual*, esto, sobre todo en los cargos más altos de la organización y por lo mismo, más alejados de la realización material de la conducta.

Lo anterior indefectiblemente implica que el contenido del elemento conocimiento (*knowledge*) que acompaña a la intención (*intention*) es distinto para el subordinado que, para el superior; es decir, el subordinado conoce los elementos materiales del hecho subyacente en tanto tipo penal, pero no necesariamente conoce las características de *macrocriminalidad* en el que se desarrolla la conducta típica. A la inversa, el superior no está en posición de conocer los elementos de cada uno de los hechos subyacentes de cada subordinado, pero si debe saber que se cometan en el contexto de *macrocriminalidad* y siempre en relación con lo prescrito en el artículo 28. Por ello, más bien pareciera ser un delito especial propio que una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, donde el contenido del elemento subjetivo del tipo está dado por lo que el superior *sabía, hubiere debido saber o debió haber sabido*, incluyendo aquel conocimiento respecto del cual hizo caso omiso.

V. La responsabilidad del superior en la ley chilena

El artículo 35 de la Ley N° 20.357 sobre responsabilidad de los superiores, funciona como una implementación del artículo 28 del Estatuto de la CPI para la legislación nacional, aunque con particularidades que se manifiestan en algunas diferencias importantes. Sanciona como “autores de los delitos” a las autoridades, civiles o militares que ejerzan de derecho o *de facto*, cuando tenían conocimiento del hecho y pudiendo impedirlo no lo hicieron. Así, la conducta del superior bajo la ley chilena se acerca más a una forma de comisión dolosa en el supuesto de que el superior tiene un conocimiento actual de los hechos cometidos por sus subordinados, apartándose de los estándares de responsabilidad por negligencia contenidos en el artículo 28 del Estatuto. Notoriamente en un inciso diferente, la omisión de “dar aviso oportuno a la autoridad competente” es una conducta separada y recibe una sanción menor, rebajada en uno o dos grados; lo que también es una diferencia evidente respecto del Estatuto de Roma.

1. *Elemento subjetivo: el conocimiento de la comisión por otro*

Que el artículo 35 inciso primero de la Ley N° 20.357 exija al superior que tenga conocimiento de la comisión por otros —subordinados— de los delitos importa construir una hipótesis general bajo un criterio subjetivo de responsabilidad penal en comisión por omisión, dolosa, sin distinguir ni la posición del superior —jefe militar o civil— ni los distintos supuestos de conocimiento y deber de conocimiento, sin incorporar los criterios “hubiere debido saber” o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” de la información disponible, respecto de la comisión de los delitos por parte de los subordinados. Esto tiene una importante consecuencia ya que, al exigir que el superior, “teniendo conocimiento de su comisión por otro”, no impidiese los hechos subyacentes, pareciera implicar que dicho conocimiento debe incluir todos los elementos objetivos del tipo específico relativo al delito base —comisión por otro— y también los derivados de la posición de superior como la existencia del riesgo y la posibilidad de actuar para impedir los crímenes o de evitar el resultado, lo que haría prácticamente imposible la atribución de responsabilidad a los superiores.

Sin embargo, y considerando lo que hemos revisado para el caso del artículo 28 del Estatuto de Roma, no es posible sostener que se necesita el conocimiento singular sobre cada delito cometido, las circunstancias específicas de su comisión, o la identidad, rango o vinculación a alguna determinada unidad de los perpetradores. Tampoco se requeriría información acerca de la identidad de las víctimas en tanto el superior sepa que se están cometiendo “delitos internacionales” por sus subordinados; es decir, bajo el ámbito de *macrocriminalidad* otorgado por los elementos de contexto definidos en el artículo 1o.

Entonces, ¿Qué constituye la exigencia de conocimiento en el artículo 35? El artículo 37 de la Ley 20.357 señala que es suficiente el conocimiento de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil y que responde a un plan o política del Estado o sus agentes, sin que se requiera un conocimiento detallado acerca de dicho plan o política, ni de los aspectos precisos de los actos subyacentes. La profesora Claudia Cárdenas señala que “la política no necesariamente debe ser explícita, sino que su existencia puede ser inferida de una serie de factores, y que ella puede emanar de cualquier organización que disponga de la capacidad

necesaria para llevar adelante un ataque, promoverlo o apoyarlo” (Cárdenas Aravena, 2021, pp. 304–306). Según esto, para resolver la exigencia subjetiva de conocimiento, el superior debe conocer los “elementos contextuales”, ya que no sólo son requisitos de la responsabilidad de derecho penal internacional, sino que conforman presupuestos objetivos y, por ello deben ser conocidos por el agente para que emerja la responsabilidad.

Entonces, el superior no sólo debe ser consciente de que los crímenes de sus subordinados forman parte del ataque masivo o sistemático, sino que además debe ser consciente de la magnitud del ataque. Y al menos, el superior debe saber que existe un riesgo de que sus subordinados cometan delitos bajo la concurrencia de los elementos de contexto, para que efectivamente pueda producirse la responsabilidad por no haberlos impedido pudiendo hacerlo, de otra forma sólo sería exigible su conducta *ex post*, lo que contravendría la obligación de impedir la comisión de los crímenes, lo que necesariamente debe hacerse *ex ante*.

La obligación que pende sobre el superior en la ley chilena podría resumirse en el deber de tomar control del riesgo que sus subordinados cometan los hechos subyacentes y de adoptar todas las medidas posibles para evitar que se cometan, lo que involucra el conocimiento de que las acciones que debe tomar estarán específicamente orientadas a la evitación de los crímenes. Según Juan Pablo Mañalich, ya que el término *knowledge* deber ser interpretado a la luz del Estatuto de Roma, “la exigencia de conocimiento ha de ser entendida en el sentido de que ella se vea satisfecha a través de una adscripción de dolo eventual” (Mañalich, 2021, p. 63), pues el superior, conociendo el riesgo involucrado, deja que acontezcan las actuaciones de los subordinados sin adoptar medidas para impedirlo, un saber y dejar hacer.

2. La prueba del conocimiento del superior

En Chile, el estándar de condena está establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, según el cual sólo se puede condenar a una persona toda vez que más allá de toda duda razonable, exista la convicción de que realmente cometió el hecho punible y tuvo una participación culpable y penada por la ley, formando esa convicción en virtud de las pruebas producidas en el juicio, y por ello, el conocimiento como elemento subjetivo para establecer

esa participación culpable también será objeto de la prueba vertida en el juicio.

La definición del artículo 30.3 del Estatuto acerca del conocimiento como “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos” no ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia, como lo ha sido la manera en que debe ser probado. Lo que es cierto es que hay acuerdo en la dogmática y la jurisprudencia internacional de que el conocimiento, si bien no puede ser presumido, puede ser derivado de evidencia circunstancial o indirecta (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

Uno de los problemas derivados de la diferencia estructural entre el Estatuto de Roma y la ley N° 20.357 es la diferencia entre la prueba del conocimiento por medio de evidencia indirecta o circunstancial, y el uso de esquemas de atribución como el *conocimiento constructivo*, ya que este último implica la existencia de un deber de conocimiento como estándar objetivo semejante al que se requiere respecto de los delitos de omisión. En ese sentido, el artículo 35 de la ley N° 20.357 contendría un estándar probatorio más exigente que el artículo 28 del Estatuto de Roma, al menos en sus variantes de “hubiere debido saber” o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información”, ya que “es necesario probar el conocimiento del delito, y en el caso de un delito ya consumado resulta necesario, además, que el superior no haya podido impedirlo” (Cárdenas Aravena, 2010, p. 37). Sin embargo, de los mismos antecedentes del contexto en que se desarrollaron los hechos es posible obtener indicios (Cárdenas Aravena, 2021, p. 305), e incluso prueba directa del conocimiento, y como lo ha señalado la jurisprudencia, para obtener los antecedentes o indicios se puede acudir a distintos factores o variables:

Otros indicios incluyen el número, la naturaleza, el alcance, la ubicación y el momento de los actos ilegales y otras circunstancias prevalecientes; el tipo y número de fuerzas involucradas; los medios de comunicación disponibles; el modus operandi de actos similares; el alcance y la naturaleza de la posición y la responsabilidad del comandante en la estructura jerárquica; la ubicación del comando en el momento; y la notoriedad de los actos ilegales, por ejemplo si fueron reportados en la cobertura de los medios de comunicación de los cuales el acusado

estaba al tanto. (Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, 2016; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016)

Dada la masividad, notoriedad y exposición de los hechos subyacentes, diferenciándolos del ataque en general, la prueba del conocimiento del superior será menos compleja, sobre todo cuando existen registros que dan cuenta de una dimensión y ocurrencia tal de los crímenes que impiden negar que una persona en la posición del superior podía conocerlos.

VI. Conclusiones

1. Los superiores deben conocer el contexto de los ataques para ser responsables. ¿Por cuál hecho es culpable el superior? ¿Por los delitos de los subordinados o por un hecho suyo? Como el principio de culpabilidad tiene entre sus fines impedir la atribución de responsabilidad por la sola producción del hecho, los rasgos personales del autor o la mera peligrosidad de este, es importante vincular la idea de culpabilidad a la responsabilidad del superior, para vincular el injusto a esta clase particular de autores y establecer los límites sancionatorios a los que se enfrenta.

A efectos de una estructura de imputación correcta, que no implique una violación del principio de culpabilidad, el conocimiento exigido es el conocimiento de los elementos de contexto o *macrocriminalidad*, y que los hechos subyacentes se cometan en dicho contexto, aun cuando se exija cierto nivel de conocimiento de la conducta de los subordinados. Porque ¿qué otra cosa podría conocer un superior civil o militar? Cuando se crea el riesgo, un resultado causado por el agente solo se puede imputar si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

2. El elemento subjetivo en la imputación al subordinado no puede ser el mismo que respecto al superior. En el caso de los delitos de derecho penal internacional, respecto del autor directo se realiza una imputación objetiva del delito base, existe un riesgo y se realiza el tipo de cada acto individual en dicho riesgo, pero respecto del superior la imputación objetiva se traduce en

la creación del riesgo en el contexto de *macrocriminalidad* (crea el riesgo en los elementos de contexto) y es la actividad de los subordinados, la que es conocida —aunque no en detalle— o al menos debería haber sido conocida por el superior.

Si consideramos que los requisitos de la responsabilidad del superior son la relación superior-subordinado, la omisión de medidas necesarias y razonables para evitar o reprimir la comisión de crímenes o la puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes para su investigación y juicio y como elemento subjetivo el conocimiento que el crimen perpetrado por el subordinado se produce en ese contexto, podemos señalar que constituye un delito independiente, con su propia tipicidad, aunque su ocurrencia esté estrechamente ligada a la ocurrencia de los hechos subyacentes. La diferencia más importante entre el artículo 28 del Estatuto de Roma y el artículo 35 de la Ley N° 20.357 se encuentra, justamente, en relación con el elemento subjetivo, ya que este último no considera todas las hipótesis de intervención punible que se contemplan en el Estatuto en relación con el conocimiento del superior. La ley chilena no distingue los diferentes estándares de dolo, y en principio la conducta estaría satisfecha tanto mediante dolo directo como dolo eventual.

Acá es donde el artículo 35 chileno parece converger con el artículo 28 del Estatuto de Roma, en el sentido que en ambos casos el superior conoce los hechos (“teniendo conocimiento” en el caso chileno, “hubiere sabido” en el caso del Estatuto), y, aunque la perpetración de los delitos no constituye su objetivo, al saber que la acción se desarrolla bajo los elementos de contexto, necesariamente se lo ha debido representar como una consecuencia posible, y sin embargo acepta que las acciones sigan su curso. En ese sentido, en ambas normas el conocimiento del contexto es necesario para fundar la responsabilidad.

3. El estándar de conocimiento que se exige a los superiores, tanto en el artículo 28 del Estatuto de Roma como en el artículo 35 de la ley chilena, respecto de los hechos que constituyen el delito base, necesariamente debe ser distinto, e incluso menor. Como vimos, según el artículo 30, para el Estatuto “conocimiento” significa “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los

acontecimientos”.³ Sin embargo, dado que la responsabilidad del superior se genera en cuanto tuvo conocimiento, o a lo menos debió tenerlo, respecto de los crímenes cometidos por los subordinados, debe ponderarse minimizando los estándares subjetivos para los autores directos de los delitos subyacentes respecto de los superiores. Exigir el mismo nivel de conocimiento para determinar la responsabilidad por los crímenes tendría consecuencias complejas.

En primer lugar, de ser el mismo estándar el requerido, nos encontraríamos frente a graves lagunas de impunidad, ya que materialmente es imposible que una persona que generalmente se encuentra lejos del lugar de los hechos, los conozca. Y, sobre todo, como acontece con los mandos superiores tanto civiles como militares, considerando que los crímenes de derecho penal internacional tienen como característica importante la masividad de los hechos que conforman los delitos base, es inexigible la misma intención y conocimiento a quien no participa materialmente de un sinnúmero de actos, que por demás pueden ser simultáneos.

Y también, porque configuraría una asimetría en el derecho al acceso a la justicia y a la igualdad material, debido a que las personas que detentan los altos mandos, o jefaturas civiles son personas *poderosas*, que se encuentran muchas veces amparadas por fueros, o que se rigen por reglas específicas y distintas a la de la mayoría de la población en cuanto a la persecución penal, e incluso pertenecientes a élites difícilmente alcanzadas por la actuación regular de los sistemas penales, principalmente en aquellos casos de crímenes cometidos en contexto de dictaduras o gobiernos *de facto*, o por aparatos organizados de poder donde la propia estructura de la organización, se caracteriza por resguardar o proteger a los mandos superiores, e incluso, se podría decir que existen para ello.

VII. Referencias

Amati, E., Caccamo, V., Costi, M., Fronza, E., y Vallini, A. (2009). Introducción al Derecho penal internacional. <https://iris.unitn.it/handle/11572/94949>

³ “[a]wareness that a circumstance exists or consequence exists or consequence will occur in the ordinary course of events”.

- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 52(1), 527-594.
- Ambos, K., y Triffterer, O. (2002). The Rome Statute of the International Criminal Court. Oxford University Press. https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2021/03/Ambos_ICC_Art-98-978-3-406-74384-9_Vorablesprobe.pdf
- Cárdenas Aravena, C. (2010). La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357. *Revista de derecho*, 23(2), 23–44. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502010000200002>
- Cárdenas Aravena, C. (2021). El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de derecho*, 34(1), 297-317. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100297>
- Caro Coria, D. C. (2014). El elemento subjetivo del crimen imputado en el caso Lubanga. Análisis de La Primera Sentencia de La Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga, 177.
- Clark, R. S. (2008). Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings. *Criminal Law Forum*, 19(3-4), 519–552. <https://doi.org/10.1007/s10609-008-9074-9>
- Consejo de Seguridad Naciones Unidas. (1993, mayo 25). Informe presentando por el Secretario General de Conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad.
- Cryer, R., Robinson, D., y Vasiliev, S. (2019). An introduction to international criminal law and procedure (4a. ed.). Cambridge University Press.
- Henckaerts, J. M. (2005). Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: Una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados.
- Jelic vs. Croatia, 57856/11 (European Court of Human Rights October 13, 2014).
- Kiss, A. (2016). La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court). *Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS, 1. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3128109

- Mañalich, J. P. (2021). La responsabilidad del superior bajo la ley 20.357. *Revista de Ciencias Sociales*, 1(76). <https://doi.org/10.22370/rcc.2020.76.2811>
- Merenda, I. (2010). Criterios de imputación subjetiva del ilícito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Nuevo Foro Penal*, 74, 81.
- 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) (1977).
- Situation in Darfur, Sudan in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ('Omar Albashir'), ICC-02/05-01/09 (International Criminal Court, 2009).
- Situation in the Central African Republic II, ICC-01/14-01/18 (International Criminal Court December 11, 2019).
- Situation in the Democratic of The Congo in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda., ICC-01/04-02/06 (International Criminal Law, 2014).
- Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (International Criminal Court, 2007).
- Situation in the Republic of Cote D'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red (International Criminal Court, 2019).
- Situation in the Republic of Cote D'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red (International Criminal Court July 16, 2019).
- Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali., ICC-01/09-02/11 (International Criminal Court, 2012).
- Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Anx-tENG (International Criminal Court March 23, 2016).
- Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (International Criminal Court, 2021).
- The Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-T (Special Court for Sierra Leone May 18, 2012).
- The Prosecutor vs. Dragomir Milošević, IT-98-29/1-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations

- of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 November 12, 1999).
- The Prosecutor vs. George Ndahimana, ICTR-01-68-T (International Criminal Tribunal for Rwanda December 30, 2011).
- The Prosecutor vs. Jadranko Prlić, IT-04-74-T (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 May 29, 2013).
- The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo - Judgment Pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08 (International Criminal Court March 21, 2016).
- The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo - Separate Opinion, Appeal Judgment, ICC-01/05-01/08-3636-Anx3 (International Criminal Court June 14, 2018).
- The Prosecutor vs. Pavle Strugar, IT-01-42-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 July 17, 2008).
- The Prosecutor vs. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-T (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991 March 3, 2016).
- The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic, IT-95-14-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 July 29, 2004).
- The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-2027-AnxI (International Criminal Court 2016).
- Van Sliedregt, E. (2009). Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense? *New Criminal Law Review*, 12(3), 420-432. <https://doi.org/10.1525/nclr.2009.12.3.420>

- Werle, G., y Jessberger, F. (2017). *Tratado de derecho penal internacional* (3a. ed.). Tirant Lo Blanch.
- Yokohama, K. (2018). The Failure to Control and the Failure to Prevent, Repress and Submit: The Structure of Superior Responsibility under article 28 icc Statute. *International Criminal Law Review*, 18(2), 275-303. <https://doi.org/10.1163/15718123-01802002>

Cómo citar

IIJ-UNAM

Santander Vásquez, Yuri Antonio, “El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 239-273. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19193>

APA

Santander Vásquez, Y. A. (2024). El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 239-273. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19193>