

La obediencia del subordinado a las órdenes superiores en casos de crímenes de guerra. Análisis a la luz del Derecho Internacional*

Juan Pablo Pérez-León Acevedo**

1. Introducción

Una de las instituciones jurídicas que se puede considerar como característica del derecho internacional contemporáneo —en general— y del derecho penal internacional actual —en particular— es la responsabilidad internacional del individuo generada por crímenes de Derecho Internacional. En tal sentido, podemos afirmar que a diferencia del Derecho Internacional clásico, fundado básicamente en relaciones interestatales, el Derecho Internacional actual tiene como uno de sus objetivos fundamentales la lucha contra la impunidad,¹ al sancionar a los perpetradores de los

* El presente artículo —con las respectivas adaptaciones— forma parte de la tesis titulada «La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de Derecho Internacional, con énfasis en crímenes de guerra», con la que el autor obtuvo el título de abogado con mención sobresaliente por unanimidad en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Bachiller en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de los cursos Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la mencionada universidad.

¹ Según la Organización de Naciones Unidas, la impunidad es «[...] la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas». En «Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad». E/CN.4/Sub.2/1977/20/Rev.1., Definiciones. A.

más serios crímenes internacionales, conductas que vulneran gravemente los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Entre estas conductas tenemos a los crímenes de guerra que se producen en conexión con un conflicto armado y que en la actualidad, debido a la proliferación de conflictos armados no internacionales, ocupan un lugar importante en el escenario internacional. De esa forma, el Derecho Internacional contemporáneo se caracteriza por su humanización siendo que la figura del ser humano y su protección cobran un vigor cada vez más creciente.²

En este contexto, el artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), instrumento paradigmático del derecho penal internacional contemporáneo contempla, a diferencia de los crímenes de genocidio y lesa humanidad, la posibilidad que tienen los subordinados de invocar la obediencia debida como una defensa eximente de responsabilidad internacional individual en el caso de crímenes de guerra, si es que se cumplen los requisitos señalados en el mencionado artículo 33. El primero de estos requisitos es de orden formal, referido a la preexistencia de una relación jerárquica de subordinación de carácter civil o militar. El segundo es de naturaleza subjetiva, relativo al grado de conocimiento del subordinado, que no ha de saber que la orden es ilícita. El último es un requisito objetivo de orden sustantivo, que la orden no sea manifiestamente ilícita; el Estatuto de la CPI califica como tal las órdenes de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Como puede apreciarse, el Estatuto de la CPI admite la posibilidad de exonerar de responsabilidad internacional individual al subordinado por el cumplimiento de órdenes superiores, en el caso de crímenes de guerra, al no considerar a estos como manifiestamente ilícitos —responsabilidad condicional—. A través del presente artículo se tratará de demostrar que tal planteamiento se aparta de lo desarrollado en el Derecho Internacional consuetudinario —responsabilidad absoluta—. La existencia de Derecho Internacional consuetudinario, como se verá, es resultado de los siguientes factores: el diferente alcance del Derecho Internacional y el Derecho Interno; la no distinción entre crímenes internacionales a nivel de derecho internacional representado por los estatutos y el *case law* de los tribunales militares de Nüremberg y Tokio, tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda —en adelante TPEY y TPR, respectivamente—, así como los tribunales penales mixtos; los intentos para atenuar la responsabilidad absoluta demuestran su existencia; la falta de coincidencia en la aplicación de responsabilidad condicional por tribunales internos y; que la ausencia de una norma expresa en el Derecho Internacional Humanitario convencional se deba, a su vez, a razones de la naturaleza de estas normas y también a razones de temor políticos.

² En tal sentido, se ha pronunciado Juan Antonio Carrillo en su curso «Droit international et souveraineté des États». *Recueil des cours de l'Académie de Droit International Public*. Tomo 257, 1996-I, pp. 212 y ss.

2. Conceptos previos

2.1. La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de Derecho Internacional

En el Derecho Internacional contemporáneo, a diferencia del Derecho Internacional clásico, se reconoce una subjetividad jurídica internacional individual aunque limitada. Esta subjetividad está compuesta por una dimensión activa, la cual alude a que el ser humano puede reclamar de manera directa ante una instancia internacional por la vulneración de sus derechos,³ y una dimensión pasiva. Esta segunda dimensión implica la titularidad efectiva y directa de obligaciones internacionales, lo cual genera la posibilidad de juzgar al individuo, no solo en la esfera nacional sino también a nivel de jurisdicción penal internacional.

En este contexto, tenemos que en el Derecho Internacional contemporáneo existen normas que directamente imponen obligaciones a los individuos toda vez que involucran intereses vitales de la comunidad internacional en su totalidad. Tales reglas se generaron en un primer momento en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, a través de la imposición de responsabilidad internacional penal individual por las violaciones serias de las leyes y usos de la guerra. Con posterioridad, se ha atribuido responsabilidad internacional individual por crímenes de Derecho Internacional independientemente de su conexión con un conflicto armado, siendo el caso de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. De esa manera la dimensión pasiva de la subjetividad jurídica internacional implica, como apunta Cassese, a que los individuos están:

[...] at present under many international obligations, some solely relating to armed conflict, others (those on crimes against humanity, genocide, aggression, terrorism, torture) also concerning peacetime. These obligations are incumbent upon all individuals of the world; they are all obliged to refrain from breaching the aforementioned rules, if they do not do so, they are accountable for their, transgression [...].⁴

De lo anterior, se genera que los individuos puedan ser procesados y sancionados, como señaláramos, ante cortes nacionales de cualquier Estado como consecuencia de

³ En el sistema europeo de protección de derechos humanos, el individuo tiene acceso directo —*ius standi*— en caso de la vulneración de sus derechos, desde la entrada en vigor del Protocolo Adicional N° 11 al Convenio Europeo para la Prevención de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por su parte, si bien en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos el individuo no tiene acceso directo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sí posee un *locus standi in iudicio* que le permite participar como parte en todas las etapas del proceso —con la sola excepción de la presentación de la demanda ante la Corte Interamericana—.

⁴ CASSESE, ANTONIO. *International Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 144 y 145.

su responsabilidad internacional individual o también lo sean ante una jurisdicción penal internacional con competencia sobre los crímenes respectivos. De igual forma se deriva que la generación y sanción de responsabilidad internacional individual puede ser realizada ya sea que el individuo actúe como agente —de *iure* o de *facto*— del Estado o a título particular. A su vez, para la generación de la responsabilidad internacional individual se requiere la presencia de dos elementos, sobre los cuales nos referiremos en los siguientes parágrafos.

2.2.1. *La atribución de la acción u omisión al individuo (elemento subjetivo).*

La atribución de la acción u omisión al individuo reviste caracteres específicos que le dan autonomía propia, distinta de los principios aplicables en el Derecho Internacional a la responsabilidad internacional de los Estados. De esa manera, el Estado como entidad abstracta no es capaz físicamente de tener un comportamiento.⁵ En este supuesto el problema jurídico consiste en establecer qué comportamientos individuales pueden ser considerados como comportamientos del Estado y en cuáles circunstancias. Otro punto a tener en cuenta, según la teoría general de la responsabilidad internacional de los Estados, es que el Derecho Internacional no toma en consideración la existencia de causas de inimputabilidad de los Estados. Es decir que no puede ser establecido en el Derecho Internacional algún paralelismo con las causas que, en el derecho interno, originan que un individuo sea incapaz de cometer un delito.⁶ Para que un acto sea atribuible a un individuo y a la vez entrañe responsabilidad internacional individual, será necesario que se produzca la conjunción de varias circunstancias.⁷

En primer lugar, el resultado debe poder imputarse objetivamente a la conducta, por lo que es necesario que, no solamente la acción sea voluntaria y que exista una relación causal en sentido material, sino que el resultado sea objetivamente previsible y la acción sea adecuada para causarla. Entonces, lo relevante en esta parte, es además de la

⁵ Como en su momento lo estableciera Ago, la atribución al Estado de un acto o de una omisión es una operación que no es propia de la naturaleza del Estado —y no tiene que ver con el vínculo de causalidad natural— sino que es efectuada por el Derecho. Véase AGO, Roberto. «Deuxième rapport sur la responsabilité des États. Origine de la responsabilité internationale». Doc. A/CN.4/233, 20 de abril de 1970, p. 38.

⁶ Este principio está incorporado entre los principios generales del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (artículo 1). Véase AGO, Roberto. «Troisième rapport sur la responsabilité des États» Doc. A/CN.4/246, parágrafo 81. Asimismo, en la teoría clásica sobre la responsabilidad en el Derecho Internacional, en la medida en que ha sido elaborada para ser aplicada a los Estados, no hacía falta hacer la distinción entre la atribución de la acción delictiva y la imputación. Esta teoría no toma en consideración el vínculo natural que debe existir entre el autor y la acción delictiva. Esta laguna conceptual del Derecho Internacional se hace notoria cuando se pretende establecer la responsabilidad internacional del individuo.

⁷ El elemento mental —*mens rea*— desempeña un papel importante en la determinación de la responsabilidad internacional individual.

materialidad del acto y su resultado, la voluntad de cometerlo. Como un segundo nivel, se necesita que el acto pueda ser imputado a aquel que lo realiza. Entonces, se debe verificar que no exista ninguna causa por la cual y de conformidad con el Derecho Internacional, el individuo carezca de la capacidad de cometer un crimen. Finalmente, debe tratarse de un acto realizado intencionalmente o cuando sin prever el resultado perjudicial, pudo y debió ser previsto.⁸ Sobre este punto Dupuy sostiene que:

Intention is a constituent element in the individual offence; it can be noted that the recent case law of the two *ad hoc* Tribunals amply confirms this feature, in particular in relation to crimes against humanity (obviously including genocide).⁹

2.1.2. La violación de una obligación de Derecho Internacional (elemento objetivo).¹⁰

El Estado, como sujeto de Derecho Internacional, puede asumir una obligación de acuerdo al Derecho Internacional, siendo pasible de la imposición de obligaciones jurídicas internacionales. Por el contrario, el individuo no cuenta con una plena subjetividad jurídica internacional y, en principio, no está obligado directamente por el ordenamiento jurídico internacional. De igual forma, como regla general, no tiene la capacidad de ser obligado convencionalmente, de ahí que la imposición de obligaciones internacionales sea una excepción. Entonces, no es suficiente establecer de manera genérica la existencia de una obligación sino que son necesarias la determinación precisa de la fuente de Derecho Internacional que establece de manera directa la obligación y la especificación de su contenido.

Siendo una obligación cuya violación entraña responsabilidad penal, la tipificación del delito debe ser regulada en una norma convencional o consuetudinaria, de conformidad al principio de legalidad. Sin perjuicio de lo expuesto, en la actualidad «[...] se pueden encontrar disposiciones que claramente son exigibles directamente a las personas naturales, sean de origen convencional, consuetudinario o de principios generales del Derecho».¹¹ Ahora bien, cuando se ha hecho atribución directa al

⁸ ABELLÁN, Victoria. «La responsabilité internationale du individu». *Recueil des cours de l'Académie de Droit International Public*, vol. 280, 1999, pp. 276-277.

⁹ DUPUY, Pierre-Marie. «International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State». En Cassese, Antonio, Gaeta, Paola y Jhon Jones (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1094.

¹⁰ En términos de Méndez, el elemento de la responsabilidad internacional del individuo que a continuación se analiza consiste en la violación de una obligación establecida directamente por una norma de Derecho Internacional en vigor por la conducta de un individuo. MÉNDEZ, Elvira. «La responsabilidad internacional del Estado y del individuo por incumplimiento del derecho internacional humanitario». En Novak, Fabián (ed.). *Derecho internacional humanitario*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 471.

¹¹ MÉNDEZ, Elvira. Ob. cit., p. 471. En igual sentido se pronuncia Cassese cuando sostiene que: «It seems

individuo de violaciones de obligaciones internacionales, estas se han estimado como graves, en tanto afectan los derechos e intereses de la comunidad internacional en su totalidad.¹² La elaboración normativa que contiene las obligaciones que el individuo debe cumplir y las conductas tipificadas han pasado por un proceso de progresiva y lenta evolución; pero en la actualidad, como ya afirmamos, es posible encontrar tales normas.¹³

Como correlato podemos afirmar que, respecto a la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de Derecho Internacional, la conducta imputada debe estar en relación con la norma específica que califica dicha conducta como crimen de Derecho Internacional. No es suficiente una referencia abstracta del incumplimiento de la obligación. En tal sentido, se hace imprescindible determinar el elemento objetivo de la responsabilidad internacional individual, lo que implica la determinación del contenido material de la norma, en las diferentes categorías de los crímenes de Derecho Internacional.¹⁴

unquestionable that in recent times a number of international rules have come into being that directly impose *obligations* upon individuals [...]. Thus individuals are at present under many international obligations, some solely relating to armed conflict, others (those on crimes against humanity, genocide, aggression, terrorism, torture) also concerning peacetime. These obligations are incumbent upon *all individuals of the world*: they are all obliged to refrain from breaching the aforementioned rules; if they do not, they are accountable for their transgression. This is so regardless of whether the national legal system within which individuals live contains a similar or the same obligation (translated into national obligation). In other words, this is an area where the international legal systems enter into direct contact, as it were, with individuals, without the medium of national legal systems». CASSESE, Antonio. Ob. cit., pp. 144-145.

¹² MÉNDEZ, Elvira. Ob. cit., p. 471. En tal sentido, las conductas que califican como crímenes de Derecho Internacional son las que generan responsabilidad internacional individual. En términos de Antonio Cassese —basado en el caso Tadic ante el TPEY—, los crímenes de Derecho Internacional están dados por: a) las violaciones de Derecho Internacional consuetudinario cuyas reglas intentan proteger valores estimados como vitales para la comunidad internacional y por ende vinculan a todos los Estados e individuos o b) las violaciones de normas convencionales que explican en detalle, clarifican, desarrollan o a partir de las cuales se generan principios generales de Derecho Internacional consuetudinario. En Cassese, A. Ob. cit., p. 436. Asimismo, la prohibición de cometer —por acción u omisión— crímenes de Derecho Internacional —agresión, genocidio, terrorismo internacional, crímenes contra la paz y de guerra— son una categoría de las normas de *ius cogens* toda vez que afectan de manera seria intereses esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, como lo ha señalado Bassiouni, entre otros. BASSIOUNI, M. Cherif. «The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical framework». En Bassiouni, M. Cherif (ed.). *International Criminal Law*. Segunda edición. Vol. I. Nueva York: Transnational Publishers, 1999, pp. 40 y ss.

¹³ Las reglas consuetudinarias que imponen obligaciones a los individuos se han cristalizado primero en el área de los conflictos armados y subsecuentemente se han extendido a las otras categorías de los crímenes de Derecho Internacional.

¹⁴ Paralelamente al desarrollo de las conductas calificadas como crímenes de Derecho Internacional, los Estados han asumido obligaciones, en virtud de las cuales han incorporado esta clase de crímenes en su ordenamiento interno, permitiendo la sanción de los individuos que cometen estos crímenes dentro del territorio del

2.2. Crímenes de guerra

La categoría de crímenes de guerra es la más antigua de las categorías de crímenes de Derecho Internacional. Los crímenes de guerra fueron los primeros en ser perseguidos por el derecho internacional. Así tenemos que, en los juicios de Leipzig, como consecuencia del Tratado de Versalles,¹⁵ se encontraron culpables a soldados alemanes por la violación de «las leyes y costumbres de la guerra». La base en Derecho Internacional para la criminalización de tales ofensas fue la regulación anexa a la Convención IV de la Haya de 1907,¹⁶ aunque debe precisarse que este instrumento no contiene disposiciones precisas sobre la determinación de la responsabilidad internacional individual.

Décadas más tarde, los crímenes de guerra fueron tipificados en los estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio,¹⁷ dándose los respectivos juicios. Posteriormente el sistema de las infracciones graves —categoría de crímenes de guerra aplicables a un conflicto armado internacional— de los cuatro convenios aplicables y del protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra continuó con este desarrollo.¹⁸ La evolución de la tipificación de los crímenes de guerra ha seguido con los estatutos del TPEY,¹⁹ TPR —primer instrumento internacional que tipifica los crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional—,²⁰ el Estatuto de la CPI,²¹ el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona,²² la regulación especial para Timor Oriental,²³ la *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya²⁴ y el Proyecto de Código

Estado. Por lo tanto, en el marco de los crímenes objeto de análisis, el rol desempeñado por los ordenamientos internos resulta fundamental.

¹⁵ Tratado de Versalles, artículos 228-30. Citado por MALEKIAN, Farhad. «International Criminal Responsibility». En: Bassiouni, M. Cherif (ed.). Ob. cit., p. 163.

¹⁶ Nos referimos al reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907; reglamento anexo a la convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de la misma fecha.

¹⁷ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, artículo 6.b; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, artículo 5.b.

¹⁸ Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente; protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 8 de junio de 1977, artículos 11 y 85.

¹⁹ Estatuto del TPEY, artículo 2: «Infracciones graves a los convenios de Ginebra de 1949»; artículo 3: «Violaciones de las leyes o prácticas de guerra».

²⁰ Estatuto del TPR, artículo 4: «Violaciones del artículo 3 común a las convenciones de Ginebra y al protocolo adicional II a los convenios de Ginebra».

²¹ Estatuto de la CPI, artículo 8: «Crímenes de guerra».

²² Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, artículo 3 («Violaciones del artículo 3 común a los convenios de Ginebra y del protocolo adicional II a los convenios de Ginebra») y artículo 4 («Otras violaciones serias del derecho internacional humanitario»).

²³ UNTAET Regulation n° 2000/15 para Timor Oriental, sección VI (crímenes de guerra).

²⁴ *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya de 2001, artículos 6 y 7.

de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional.²⁵

En este punto nos parece oportuno dar una definición de crímenes de guerra, los cuales en términos generales constituyen serias violaciones del Derecho Internacional humanitario, y como bien señaló la Cámara de Apelación del TPEY, en el caso Tadic, están constituidos por los siguientes elementos:

- (i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law;
- (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met [...];
- (iii) the violation must be «serious», that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim [...];
- (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule [...].²⁶

Sobre el tratamiento específico de los crímenes de guerra en el Estatuto de la CPI debemos señalar que se distinguen dos grandes grupos. El primero, constituido por los crímenes de guerra cometidos en un contexto de conflicto armado internacional, está formado a su vez por las infracciones graves de los convenios de Ginebra²⁷ y las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales

²⁵ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, artículo 20.

²⁶ Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-AR-72, decisión de la Cámara de Apelación relativa a la moción de la defensa sobre la excepción preliminar de jurisdicción de 2 de octubre de 1995, parágrafo 94. Véase también CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 47. Nos parece interesante la clasificación de crímenes de guerra que hace este autor. Así tenemos: 1) crímenes cometidos contra personas que no toman parte o no toman más parte en las hostilidades; 2) crímenes contra combatientes enemigos y civiles cometidos al recurrir a métodos prohibidos de hacer la guerra; 3) crímenes contra combatientes enemigos o civiles cometidos al recurrir a medios prohibidos de guerra; 4) crímenes contra personas y bienes especialmente protegidos; 5) crímenes consistentes en la utilización inapropiada de signos y emblemas. Véase *ib.*, pp. 54-57. El TPEY en el caso Kupreskic —además de otros casos— determinó que la prohibición de la comisión de crímenes de guerra es una norma de *ius cogens*. Prosecutor vs. Kupreskic y otros, caso IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, parágrafo 520.

²⁷ Estatuto de la CPI, artículo 8.2.a. Véase también «Elementos de los crímenes», artículo 8.2.a, pp. 125-129. Esta categoría de crímenes de guerra —al igual que el artículo 8.2.c del Estatuto de la CPI— se refiere a las violaciones serias del denominado Derecho de Ginebra, el cual abarca las normas que buscan la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados. Esta área del Derecho Internacional Humanitario logró su mayor desarrollo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial con la adopción de los cuatro convenios de Ginebra y sus dos protocolos adicionales. Las infracciones graves —que prohíben el homicidio intencional, la tortura, la toma de rehenes, entre otros— requieren para su aplicación la existencia de un conflicto armado internacional y su perpetración contra personas o bienes protegidos.

dentro del marco establecido por el Derecho Internacional Humanitario.²⁸ El segundo grupo está constituido por los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional. Al respecto se debe precisar que el Estatuto de la CPI es el primer tratado multilateral que imputa responsabilidad internacional individual por crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional.²⁹ Dentro de este grupo se han criminalizado, por un lado, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra³⁰ y, por otro lado, las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados no internacionales dentro del marco establecido del Derecho Internacional Humanitario.³¹

Ahora bien, como rasgo esencial de los crímenes de guerra, tenemos que una conducta —acción u omisión— necesita haber sido cometida no solo durante un conflicto

²⁸ Estatuto de la CPI, artículo 8.2. b. Esta categoría de crímenes de guerra —al igual que el artículo 8.2.e del Estatuto de la CPI— se refiere a las violaciones serias del llamado Derecho de la Haya, rama del Derecho Internacional Humanitario que está formada por las normas que limitan los diversos medios —instrumentos a ser utilizados— y métodos de combate —formas en que se pueden conducir las hostilidades—. MERON, Theodor. «General Course on Public International Criminal Law». *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 301, 2003, pp. 86 y ss. Por otro lado, entre los principios cardinales del Derecho Internacional Humanitario —y en concreto del Derecho de la Haya—, la Corte Internacional de Justicia —en adelante CIJ— ha identificado el principio de distinción entre, de una parte, población y bienes civiles y, de otra, objetivos militares, así como el principio de prohibición de usar armas con efectos indiscriminados. CIJ. Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 8 de julio de 1996, párrafos 78 y ss.

²⁹ Se cristalizó, en su momento, la respectiva norma consuetudinaria que estaba en formación a partir de las resoluciones del Consejo de Seguridad, los estatutos y jurisprudencia del TPR y TPEY, así como la práctica estatal, expresada por el ejercicio de jurisdicción universal y por la legislación nacional. El Estatuto de la CPI refleja, entonces, la norma consuetudinaria aludida.

³⁰ Estatuto de la CPI, artículo 8.2.c. El Estatuto de la CPI es coherente con el Derecho Internacional consuetudinario respecto a la criminalización de las violaciones del artículo 3 común a los convenios de Ginebra y del artículo 4 del protocolo adicional II a los convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales de 8 de junio de 1977 —vínculo indisoluble— que por primera vez en el plano internacional hizo el Estatuto del TPR. Las violaciones del artículo 3 común constituyen la barrera que separa la civilización de la barbarie, toda vez que sus disposiciones son normas humanitarias mínimas tales como la protección a la vida, prohibición de la tortura y garantías indispensables del debido proceso. Sobre el artículo 3 común véase la jurisprudencia de la CIJ en, entre otros casos: caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 218 y caso del canal de Corfú, sentencia de 15 de diciembre de 1949, párrafo 215.

³¹ Estatuto de la CPI, artículo 8.2.e. El estatuto de la CPI cristaliza, aunque con limitaciones, el Derecho Internacional consuetudinario relativo a la criminalización de las violaciones serias de las leyes y usos de la guerra en un conflicto armado no internacional —Derecho de la Haya aplicable a un conflicto armado interno—, que se empezó a desarrollar con el TPEY. En este plano, el Estatuto de la CPI, criminaliza ciertas disposiciones del protocolo adicional II a los convenios de Ginebra y de otros instrumentos internacionales del Derecho Internacional Humanitario. Paralelamente, ha hecho aportes como una categoría autónoma de los crímenes de guerra sexuales.

armado sino también en conexión con él, tal y como se establece en los elementos de los crímenes del Estatuto de la CPI.³² Al respecto el TPEY, en el caso Tadic señaló:

The existence of an armed conflict or occupation and the applicability of international humanitarian law to the territory is not sufficient to create international jurisdiction over each and every serious crime committed in the territory of the former Yugoslavia. For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal, a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to the applicability of international humanitarian law.³³

Sobre el concepto de conflicto armado, consideramos pertinente citar al TPEY cuando definió esta categoría jurídica en los siguientes términos: «[...] an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State».³⁴ Finalmente, se debe precisar que los crímenes de guerra pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares, ya sea que actúen como agentes —de *iure* o de facto del Estado— o como particulares, de conformidad con lo señalado por Dörmann³⁵ y la jurisprudencia del TPR³⁶ y TPEY.³⁷

³² Elementos de los crímenes, artículo 8: «Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado y haya estado relacionada con él».

³³ Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, parágrafo 572. Véase también Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case), caso N° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 193; Prosecutor vs. Akayesu, caso N° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafos 630-634 y 638-644; Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana, caso N° ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, párrafos 185-199, 590-624; y Prosecutor vs. Musema, caso N° ICTR-96-13-T, sentencia de 27 de enero de 2000, parágrafo 163. Este requisito se vuelve especialmente complicado cuando los civiles cometen serias ofensas contra otros civiles. Entonces, si durante un conflicto armado, una persona tortura o asesina a otra en una relación meramente privada, es claro que no hay vínculo con el conflicto armado y por ende no es crimen de guerra. Diferente es el supuesto en el cual una parte en el conflicto establece centros en los cuales los civiles en representación o apoyo de esa parte cometen actos de brutalidad contra los detenidos que pertenecen a otro grupo considerado hostil. Véase Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, parágrafo 575. En este caso se puede apreciar el vínculo con el conflicto armado como estableció el TPEY en el caso Tadic, sin que se exija una conexión demasiado estricta. Véase Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, parágrafo 573.

³⁴ Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, parágrafo 628. Asimismo, el TPR en el caso Akayesu sostuvo que: «The term, armed conflict in itself suggests the existence of hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent». Prosecutor vs. Akayesu, caso N° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, parágrafo 620. También véase Prosecutor vs. Musema, caso N° ICTR-96-13-A, sentencia de 27 de enero de 2000, parágrafo 248.

³⁵ DÖRMAN, Knut. *Elements of War Crimes under Rome Statute*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 34-37 y 391-393.

³⁶ Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana, caso N° ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, parágrafo 175; Prosecutor vs. Akayesu, caso N° ICTR-96-4-A, sentencia de 1 de junio de 2001, párrafos 443 y 630.

³⁷ Prosecutor vs. Kunarac y otros, caso N° IT-96-23-T & IT-96-23 / 1-T, sentencia de 22 de febrero de

Por lo tanto, es contrario al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Penal Internacional que ciertas personas puedan ser exoneradas de responsabilidad internacional individual —o darse la atenuación de su responsabilidad— en función a su pertenencia a uno u a otro grupo.

3. Teorías sobre la responsabilidad del subordinado por crímenes de guerra

3.1. Teoría de la responsabilidad condicional

Esta teoría, que ha sido adoptada generalmente por las legislaciones nacionales, sostiene que el recurso de la orden superior es como regla general una defensa completa. No obstante, el subordinado puede ser encontrado responsable junto con su superior, bajo ciertas circunstancias las cuales son que el subordinado conoció o debió conocer que la orden era ilegal o cuando la ilegalidad de la orden era manifiesta.

Como antecedentes³⁸ tenemos a los casos *Dover Castle* y *Llandovery Castle* ante el Tribunal de Leipzig,³⁹ en los cuales se hizo referencia al estándar relativo al conocimiento de la ilegalidad de la orden por parte del subordinado. Adicionalmente, se señaló que los subordinados no pueden evitar la responsabilidad internacional individual en casos en los que son concientes de haber obedecido órdenes ilegales.⁴⁰

2001, parágrafos 489 y ss.; Prosecutor vs. Kovka y otros, caso N° IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, parágrafos 137-139.

³⁸ Además de los dos casos que se señalan, tenemos como primera manifestación de esta teoría una decisión expedida por la Corte Militar Austro-Húngara en 1915, en la cual se enunció el estándar de manifiesta ilegalidad, señalándose que el subordinado es responsable si la acción ordenada está: «[...] manifestly in conflict not only with criminal law but also with the customs of war of civilized peoples». Corte Militar Austro-Húngara, decisión de 30 de diciembre de 1915. Citado por GAETA, Paola. «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law». *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, N° 1, p. 175.

³⁹ Corte Suprema de Leipzig. Caso *Dover Castle*, sentencia de 4 de junio de 1921; Corte Suprema de Leipzig. Caso *Llandovery Castle*, sentencia de 16 de julio de 1921. La diferencia con la sentencia austro-húngara citada radica en que mientras la jurisprudencia de Leipzig recoge el estándar de «conoció o debió haber conocido», la primera alude al criterio de manifiesta ilicitud. Véase *ib.*, p. 176.

⁴⁰ «If through the execution of an order pertaining to the service, a penal law is violated, then the superior giving the order is alone responsible. However, the obeying subordinate shall be punished as accomplice (1) if he went beyond the order given to him, or (2) if he knew that the order of the superior concerned an act which aimed at a civil or military crime or offence». Corte Suprema de Leipzig. Caso *Llandovery Castle*, sentencia de 16 de julio de 1921, p. 45. Citado por *ib.*, loc. cit.

Desde ese entonces, varios Estados han recurrido a esta teoría, lo cual es ejemplificado en los manuales militares de diversos Estados,⁴¹ como Alemania,⁴² Israel,⁴³ Italia,⁴⁴ Suiza,⁴⁵ Estados Unidos,⁴⁶ entre otros; adoptados después de la Segunda Guerra Mundial. Lo anterior también se verifica en la jurisprudencia sobre crímenes de guerra en los tribunales internos.⁴⁷

3.2. Teoría de la responsabilidad absoluta

Esta aproximación ha sido desarrollada principalmente en el contexto del Derecho Internacional, como se reflejó en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg por el cual, la obediencia a las órdenes nunca puede ser considerada como una defensa completa, en tanto solo puede mitigar la sanción siempre que sea conforme a la justicia.⁴⁸ Así, el Tribunal de Nüremberg señaló que «[...] une idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne

⁴¹ Las legislaciones a las cuales a continuación nos referimos han sido citadas por *ib.*, pp. 176 y ss.

⁴² Ley alemana de disciplina militar de 1990, artículo 16; Manual Militar alemán de 1992, artículo 144.

⁴³ Manual Militar Israelí, artículo 10.

⁴⁴ Regulaciones Italianas para la Disciplina Militar, artículo 25.2.

⁴⁵ Manual Suizo de Leyes y Costumbres de la Guerra de 1963, regla 201, parágrafo 2.

⁴⁶ Army Field Manual (The Law of Land and Warfare) de 1956, parágrafo 509(a): «The fact that the law of war has been violated pursuant to an order of a superior authority, whether military or civil, does not deprive the act in question of its character of war crime, nor does it constitute a defence in the trial of an accused individual, unless he did not know and could not reasonably have been expected to know that the act ordered was unlawful. In all cases where the order is held not to constitute a defence to an allegation of war crime, the fact that the individual was acting pursuant to orders may be considered in mitigation of punishment». Citado por *ib.*, loc. cit. Véanse también: United States Manual for Court-Martial de 1951, parágrafo 197 B, p. 351; International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations de la Fuerza Aérea de Estados Unidos de 19 de noviembre de 1976, 15/5-15/6; The Commander's Handbook on the Law of the Naval Operations de la Marina de Guerra de Estados Unidos de 1995, 6/4-6/5.

⁴⁷ Se puede distinguir entre el estándar de manifiesta ilicitud y el estándar de «conoció o debió haber conocido». El primer estándar es ejemplificado por la siguiente jurisprudencia: Corte Militar Canadiense establecida en Aurich, Alemania. Caso Hoessler y otros, sentencia de 6 de abril de 1946; Corte Militar de Bruselas. Caso Müller y otros, sentencia de 31 de enero de 1949; Tribunal Militar Territorial de Roma. Caso Wagener y otros, sentencia de 16 de octubre de 1948; y Corte Militar de Apelación de Roma. Caso Hass y Priebkle, sentencia de 7 de marzo de 1998, disponible en: <<http://www.giustiziamilitaire.difesa.it/Giustizia/IGrandiprocessi>>. Por su parte, el segundo estándar está representada por: Corte Suprema Alemana en la zona de ocupación británica. Caso J. y R., sentencia de 16 de noviembre de 1948; Corte Especial de Casación Alemana. Caso Zimmermann, sentencia de 21 de noviembre de 1949; Corte Especial de Casación de Holanda. Caso Bellver, sentencia de 20 de marzo de 1950; US Army Board of Review. Caso Walter Griffen, sentencia de 2 de julio de 1968; Corte Militar de Apelación de Estados Unidos. Caso Keenan, sentencia de 31 de enero de 1969.

⁴⁸ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, artículo 8. «The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires».

peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu du moment que l'État en donnât ce mandat a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international».⁴⁹

También ha sido recogida en el Estatuto del Tribunal de Tokio⁵⁰ y en los estatutos del TPEY⁵¹ y del TPR.⁵² Asimismo, se encuentra establecida en la regulación especial para el establecimiento de cortes especiales en Timor Oriental,⁵³ en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona⁵⁴ y en el *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya,⁵⁵ al igual que en las versiones del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional.⁵⁶

⁴⁹ Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Francia y otros vs. Goering y otros, sentencia de 30 de setiembre-1 de octubre de 1946, pp. 235-236.

⁵⁰ Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, artículo 7.

⁵¹ Estatuto del TPEY, artículo 7. Responsabilidad penal individual. «[...] 4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no lo exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia».

⁵² Estatuto del TPR, artículo 6. Responsabilidad penal individual. «[...] 4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no lo exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional para Ruanda lo estima conforme a la justicia».

⁵³ Regulación 2000/15 para Timor Oriental, sección 21. «Superior orders and prescription of law. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if a panel determines that justice so requires».

⁵⁴ Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, artículo 6. «Individual criminal responsibility [...] 4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Special Court determines that justices so requires».

⁵⁵ *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya de 2001, artículo 29. «[...] The fact that a Suspect acted pursuant to an order of the Government of Democratic Kampuchea or of a superior shall not relieve the Suspect of individual criminal responsibility».

⁵⁶ Así tenemos la versión de 1954, artículo 4: «The fact that a person charged with an offence defined in this Code acted pursuant to an order of his Government or of a superior does not relieve him of responsibility in international law if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order». Casi idéntica redacción es recogida en la versión de 1991, artículo 11.

Por su parte, la actual versión de 1996 establece, en su artículo 5 —orden de un gobernante o superior—, lo siguiente: «The fact that an individual charged with a crime against the peace and security of mankind acted pursuant to an order of a Government or a superior does not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if justice so requires». Se deduce claramente la semejanza del último texto transcrito con el texto de Nüremberg. La Comisión de Derecho Internacional al comentar este artículo señaló que la invocación de un soldado de la obediencia a las órdenes superiores para cometer acciones tales como matar o asesinar, nunca ha sido reconocida como una defensa. Véase Comisión de Derecho Internacional. «Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo», 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, pp. 31 y ss.

Asimismo, confrontar: Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Nüremberg, principio IV. A nivel de resoluciones de la Asamblea General de la Organización

La lógica de la responsabilidad absoluta, como acertadamente expone Gaeta, obedece a que «[...] a soldier is a reasoning agent, and is therefore capable of appraising the orders he receives. If an order is illegal, he is not duty bound to obey. If he elects to obey, he takes the risk of being punished, along with his superior, for committing a criminal act».⁵⁷

Por otro lado, esta posición considera que del contenido de la regla consuetudinaria, respecto a las órdenes superiores, tanto a nivel nacional como internacional, se deriva que las dos teorías enunciadas no son consideradas siempre como mutuamente excluyentes, toda vez que varias legislaciones internas han adoptado ambas. Aunque debe precisarse que a nivel nacional se utiliza la responsabilidad condicional para ofensas cometidas por nacionales o por aquellos que siguieron órdenes basadas en Derecho Interno. A su vez, se aplica la segunda aproximación a las conductas cometidas por nacionales enemigos o a aquellos que siguen órdenes basadas en un ordenamiento jurídico extranjero.⁵⁸

Ahora bien, a nivel internacional, se han producido intentos de sujetar la responsabilidad absoluta a los requisitos de la responsabilidad condicional y no solo desde la posición de la defensa sino también desde la fiscalía. Así tenemos que, en el juicio de Nüremberg, tres de los cuatro fiscales⁵⁹ señalaron que no se podía invocar el recurso a la obediencia debida, en tanto las órdenes eran manifiestamente ilícitas, en lugar de solo aplicar el artículo 8 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Consideramos que lo anterior no fue coherente con el espíritu y letra de la norma, que solo permitiría la atenuación de la sanción, si la justicia así lo requería.

de Naciones Unidas, como manifestaciones del *soft law* véanse: Código de Conducta para los Oficiales en Servicio Activo. Resolución A/RES/34/169 de 5 de febrero de 1980, artículo 5; Principios Básicos para el Uso de la Fuerza y las Armas de Fuego por Oficiales en Servicio Activo. Resolución del Octavo Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de Delinquentes, realizado del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, principio 26.

⁵⁷ GAETA, Paola. Ob. cit., p. 178.

⁵⁸ Véanse al respecto los siguientes ordenamientos internos: decreto francés de 1944, artículo 3; Código Penal francés, artículo 327; Ley Belga de 1947, artículo 3 (concordado con el Código Penal belga, artículo 70); War Crimes Act de Holanda de 1952 —concordado con el artículo 43 del Código Penal holandés—; Regulaciones de Estados Unidos para el proceso de crímenes de guerra (expedido por el cuartel general de operaciones en el Mediterráneo) de 23 de septiembre de 1945, parágrafo 9; Regulaciones de Estados Unidos respecto al proceso de criminales de guerra en el área del Pacífico de 1945, parágrafo 16; Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ses conventions, artículo 4, parágrafo 2: «Le fait que l'accusé a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas a responsabilité si, dans les circonstances existantes, l'ordre pouvait manifestement entraîner la perpétration d'une infraction grave aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et leur premier Protocole additionnel du 8 juin 1977». Citados por ib., pp. 178 y ss.

⁵⁹ Nos referimos a los fiscales francés, británico y ruso.

A nivel nacional también se han producido intentos de calificar la responsabilidad absoluta según requisitos propios de la responsabilidad condicional. En esta dirección tenemos la actuación de las cortes bajo la ley 10 del Consejo de Control Aliado⁶⁰ en los casos *Hostages*,⁶¹ *Einsatzgruppen*⁶² y *High Command*.⁶³ También tenemos la jurisprudencia americana, la cual alude al criterio de la manifiesta ilicitud o conocimiento por parte del subordinado. En años más recientes, en los debates —en el seno del Consejo de Seguridad— para la adopción de la resolución de creación del TPEY, la representante americana señaló que el recurso a las órdenes superiores debería rechazarse en el caso de órdenes manifiestamente ilícitas.⁶⁴

Por su parte, en el caso *Erdemovic* ante el TPEY, el juez Cassese sostuvo que es deber del soldado desobedecer las órdenes de sus superiores solo si tales órdenes son manifiestamente ilícitas bajo el Derecho Internacional «Superior orders may be issued without being accompanied by *any* threats to life or limb. In these circumstances, if the superior order is manifestly illegal under international law, the subordinate is

⁶⁰ Estas cortes aplicaron el artículo II, parágrafo 4.b de la ley 10 del Consejo de Control, que contenía una disposición sustancialmente idéntica al artículo 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg ya citado. Los casos que a continuación se mencionan han sido citados por GAETA, Paola, ob. cit., p. 182.

⁶¹ El tribunal confirmó que el Derecho Internacional nunca ha considerado el recurso de la orden del superior como una barrera en la persecución de los crímenes de guerra. En este caso se retomó parcialmente el criterio desarrollado en el caso *Llandovery-Castle*, en tanto el tribunal consideró que si la ilegalidad de la orden no habría sido conocida por el inferior, y si él no podría haber razonablemente conocido la ilicitud de la orden, no existe el elemento subjetivo —intención— necesario para cometer un crimen y por ende no se podría sancionar al acusado. Tribunal militar americano establecido en Nüremberg. Caso Estados Unidos vs. List y otros (caso *Hostages*), sentencia de 19 de febrero de 1948.

⁶² En este caso, el tribunal parece haber reconocido la posibilidad general de invocar el recurso de órdenes superiores cuando es posible demostrar una ignorancia excusable de su ilicitud. Asimismo, se consideró —incorrectamente— que las órdenes superiores eran una especie de coacción. Tribunal militar americano establecido en Nüremberg. Caso Estados Unidos vs. Ohlendorf y otros (caso *Einsatzgruppen*), sentencia de 10 de abril de 1949.

⁶³ El tribunal señaló que: «Military commanders in the field with far reaching military responsibilities cannot be charged under international law with criminal participation in issuing orders which are not obviously criminal or which they are not shown to have known to be criminal under international law». Tribunal militar americano establecido en Nüremberg. Caso Estados Unidos versus von Leeb y otros, sentencia de 28 de octubre de 1948, p. 511.

⁶⁴ «It is, of course, a defence that the accused was acting pursuant to orders where he or she did not know that the orders were unlawful and a person of ordinary sense and understanding would not have known the orders to be unlawful». UN Doc. S/PV. 3217, 25 de mayo de 1993. Ninguno de los miembros restantes del Consejo de Seguridad cuestionaron la interpretación de la señora Albright en lo relativo a la regla contenida en el Estatuto del TPEY, pese a que, de acuerdo a una interpretación basada en el sentido ordinario de los términos, se aprecia claramente que el artículo 7.4 del Estatuto del TPEY recoge la teoría de la responsabilidad absoluta.

under a duty to refuse to obey the order [...]».⁶⁵ En tal sentido, según Cassese,⁶⁶ el soldado no está obligado a desobedecer órdenes cuya ilegalidad no era obvia, salvo que su ilegalidad hubiese sido conocida por el subordinado a través de otros medios. Por lo tanto, si una orden no es manifiestamente criminal, los soldados deberán ejecutar las órdenes y podrían invocar el recurso a la obediencia como defensa. Por otro lado, los jueces Vorah y McDonald en el mismo caso, sostuvieron que la obediencia a las órdenes superiores no equivale a una defensa *per se*, toda vez que se necesita la utilización de otros recursos.⁶⁷ El TPEY, en este caso, en torno a la diferencia entre las órdenes superiores y *duress*⁶⁸ —actuación bajo coacción—, afirmó que:

[...] the complete defence based on moral duress and/or a state of necessity stemming from superior orders is not ruled out absolutely, its conditions of application are particularly strict. They must be sought not only in the very existence of a superior order—which must first be proven—but also and especially in the circumstances characterising how the order was given and how it was received.⁶⁹

La Cámara de Juicio al analizar la declaración de culpabilidad de Erdemovic,⁷⁰ señaló que la excusa derivada del sometimiento a una orden superior, es tratada de manera expresa en el artículo 7.4 del Estatuto del TPEY. Esta norma dispone que esta circunstancia puede ser considerada «de conformidad con la justicia» como un motivo de disminución de la pena pero que en ningún supuesto exonera al acusado de su res-

⁶⁵ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada y disidente del juez Cassese, parágrafo 15.

⁶⁶ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada y disidente del juez Cassese, parágrafo 15.

⁶⁷ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión conjunta y separada de los jueces Vorah y McDonald, parágrafo 34.

⁶⁸ En lo que respecta las decisiones nacionales, podemos citar sobre este tema el caso Finta, en el cual se le imputaron al acusado cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La Corte Suprema de Canadá señaló que la obediencia a las órdenes de un superior solo constituye un elemento factual a ser considerado en la determinación del *mens rea*: «Ces moyens de défense sont limités. Ils reposent sur l'honnêteté, sur le comportement raisonnable et sur l'absence de force excessive. Ils n'autorisent pas la perpétration d'un crime, ni ne permettent à un policier ou soldat de commettre un acte manifestement illégal à la suite d'un ordre d'un gouvernement, d'un sous-ministre ou d'un sous-secrétaire d'État qui s'écarter du droit chemin. Ces moyens de défense ne cautionnent pas la perpétration de crimes évidents au nom du gouvernement. Ces directives ne permettaient pas à l'accusé de plaider aux lois de son pays». Corte Suprema de Canadá. Asunto La Reine vs. Finta, sentencia de 29 de abril de 1992. En Sassòli, Marco y Antoine Bouvier (eds.). *Un Droit dans la guerre?* Vol. II. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, p. 931.

⁶⁹ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, parágrafo 19. Además el TPEY señaló que: «[...] si le jury conclut que l'accusé connaissait des circonstances factuelles qui érigeraient ses actes au niveau d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre, il serait fort peu probable que celui-ci puisse, pour justifier la perpétration d'actes inhumains, invoquer sa croyance erronée que la loi était valide».

⁷⁰ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, parágrafo 10.

ponsabilidad penal; mientras que en lo concerniente a *duress*, el Estatuto no establece nada. La Cámara de Juicio manifestó que la justificación de *duress* no estaba excluida, aunque sus condiciones debían ser particularmente estrictas. En su voto disidente conjunto, en la sentencia de apelación, los jueces McDonald y Vohrah indicaron que la obediencia a las órdenes del superior podría ser considerada meramente como un hecho fáctico para determinar si *duress* se produjo en el caso concreto. Más que un matiz, el recurso a las órdenes superiores *per se*, de acuerdo a los mismos jueces, ha sido rechazado de manera inequívoca como una defensa en el Estatuto del TPEY:

Superior orders and duress are conceptually distinct and separate issues and often the same factual circumstances engage both notions, particularly in armed conflict situations. We subscribe to the view that obedience to superior orders does not amount to a defence *per se* but is a factual element which may be taken into consideration in conjunction with other circumstances of the case in assessing whether the defences of duress or mistake of fact are made out.⁷¹

Al respecto se debe precisar que la defensa de *duress* es frecuentemente invocada junto a las órdenes superiores, pese a que no existe una necesaria conexión entre ellas, toda vez que las órdenes superiores pueden ser expedidas sin ser acompañadas por una amenaza a la vida o a la integridad. En tal contexto, si la orden del superior es manifiestamente ilegal —como ocurre en el caso de los crímenes de guerra—, el subordinado tiene el deber de rechazar la obediencia a la orden.⁷² En la evaluación de las circunstancias fácticas que resultarían ser relevantes para el análisis de *duress*, puede ser importante considerar la distinción entre los diversos rangos de la jerarquía militar o civil.⁷³ Como corolario se sigue que, si luego del rechazo señalado, la orden es reiterada bajo amenaza a la vida o a la integridad, la defensa de *duress* puede ser invocada y las órdenes superiores pierden relevancia legal. Asimismo, y como acertadamente señaló Cassese en su voto disidente en el asunto Erdemovic ante el TPEY: «Equally, duress may be raised entirely independently of superior orders, for example, where the threat issues from a fellow serviceman. Thus, where duress is raised in conjunction with manifestly unlawful superior orders, the accused may only have a defence if he first refused to obey the unlawful order and then only carried it out after a threat to life or limb».⁷⁴

⁷¹ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado conjunto de la jueza McDonald y del juez Vohrah, párrafo 34.

⁷² CASSESE, Antonio. Ob. cit., p. 246.

⁷³ Como bien apunta Cassese: «Clearly, the lower the rank of the recipient of an order accompanied by duress, the less likely it is that he enjoyed any real moral choice». En ib., loc. cit.

⁷⁴ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, voto separado y disidente del juez Cassese, párrafo 15. A su vez, el juez Cassese encontró que hay una regla en el derecho penal internacional que exige ciertos requisitos estrictos a efectos que la actuación bajo coacción sea considerada como una defensa. Estos requisitos son que: a) el acto imputado, sea realizado bajo una amenaza inmediata

4. Existencia de una norma consuetudinaria relativa a la prohibición del recurso a las órdenes del superior en crímenes de guerra

Nos parece oportuno recordar que para la formación de una norma consuetudinaria en el Derecho Internacional, debe cumplirse con los requisitos del elemento material o histórico —continuidad en el tiempo y generalidad en el espacio— y el elemento subjetivo o psicológico —*opinio iuris sive necessitatis*—, tal y como se ha establecido en la jurisprudencia internacional.⁷⁵ El elemento material, aplicado a nuestro tema, incluye no solo la práctica estatal *sensu stricto*, sino y de manera especial la consideración de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la cual, como el Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado en un reciente y completo estudio sobre Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, es de suma importancia para determinar la existencia de normas consuetudinarias.⁷⁶ Al mismo tiempo la jurisprudencia internacional, como el propio Comité Internacional de la Cruz Roja reconoce, puede contribuir a la aparición de nuevas normas consuetudinarias.⁷⁷

Ahora bien, si nosotros partimos de considerar que existe una discrepancia entre las dos teorías de responsabilidad del subordinado, resulta claro que es difícil establecer la existencia de una regla consuetudinaria en la materia debido a la ausencia de una *communis opinio* entre los Estados. Tal divergencia irreconciliable ha sido alegada por cierto sector de la doctrina, aunque sus argumentos no son convincentes.⁷⁸

de un daño severo e irreparable para la vida o la integridad; b) no exista un medio adecuado para evitar tal mal; c) el crimen cometido no sea desproporcionado al mal amenazado; y que d) la situación relativa a la actuación bajo coacción no haya sido voluntariamente propiciada por la persona coaccionada. Este cuarto requisito podría ser aplicable a aquellos que conciente y voluntariamente pertenecen a una unidad militar, organización o grupo comprometido con una actividad ilegal, incluso si las víctimas estuviesen destinadas a morir a pesar de la no participación del acusado. En tal sentido, a pesar que la actuación bajo coacción constituye una defensa frente a los cargos de asesinato en general, para un individuo quien voluntaria y conscientemente pertenece a una organización notoria por su continua violación del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, tal defensa es imposible. Así, por ejemplo, de acuerdo a los hechos del caso Erdemovic, tal conclusión puede ser calificada de apropiada. En efecto, Erdemovic fue integrante de manera (aparentemente) voluntaria del ejército serbio bosnio, el cual era conocido por la comisión de manera reiterada de crímenes de Derecho Internacional. Véase *Prosecutor vs. Erdemovic*, caso N° IT-96-22-A, voto separado y disidente del juez Cassese de 7 de octubre de 1997, parágrafos 15 y ss.

⁷⁵ A nivel de jurisprudencia véanse, entre otros, los casos: Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso Lotus (Francia vs. Turquía), sentencia de 7 de septiembre de 1927, p. 28; CIJ. Casos de la plataforma continental del mar del Norte, sentencia de 20 de febrero de 1969, pp. 29-30 y pp. 43-44; CIJ. Caso Continental Shelf (Libia vs. Malta), sentencia de 3 de junio de 1985, parágrafo 27 y ss.

⁷⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.). *Customary International Humanitarian Law*. Vol. I, Cambridge: Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2005, p. xxxiv.

⁷⁷ *Ib.*, loc. cit.

⁷⁸ En términos generales, se ha procurado dar argumentos a favor de una sola de las dos teorías. Esta «elección» ha originado la imposibilidad de buscar si realmente existe una norma consuetudinaria al respecto.

Es importante determinar si existe una norma consuetudinaria sobre la materia, en tanto que, al no existir una prueba contundente de la existencia de tal costumbre, los distintos ordenamientos internos podrían invocar el denominado principio del *respondent principle*,⁷⁹ y como consecuencia, los subordinados nunca serían encontrados responsables por los crímenes de guerra cometidos. De ahí que resulta útil determinar si es posible reconciliar las dos teorías y así establecer la existencia de una *communis opinio* entre los Estados. En tal sentido, un análisis detallado sugiere que las diferencias alegadas entre las dos aproximaciones serían solo aparentes. Siguiendo a Gaeta,⁸⁰ se pueden alegar los argumentos que a continuación se detallan.

Primero, se debe precisar que los ordenamientos internos y el Derecho Internacional poseen un alcance diferente, como apropiadamente nos recuerda Cassese: «National military manuals and laws approach the issue in the manner just outlined because they intend to cover any violation of military law, whether or not it amounts to an international crime. International rulers, instead, only regulate the more limited question of international crimes, and take it for granted that any such crime is manifestly unlawful [...]».⁸¹

Como consecuencia lógica de lo citado, se desprende que el subordinado que ejecute una orden de cometer un crimen de guerra no es menos responsable que su superior.⁸² En efecto, a diferencia del Derecho Internacional, las leyes nacionales abarcan una amplia categoría de delitos, que incluyen delitos comunes,⁸³ como ofensas militares, robo y violaciones menores de las leyes de la guerra.⁸⁴ En tal contexto, es necesario

⁷⁹ Relacionado con el cumplimiento de órdenes superiores.

⁸⁰ GAETA, Paola. Ob. cit., pp. 183 y ss.

⁸¹ CASSESE, Antonio. Ob. cit., p. 233.

⁸² La única excepción posible es cuando el Derecho en una materia específica es muy oscuro o altamente controversial, en cuyo caso la defensa del error de derecho podría ser invocada.

⁸³ En efecto, reglas nacionales relativas a órdenes superiores son incluidas en códigos penales «ordinarios» o en códigos penales militares. Como ejemplo del primero tenemos el Código Penal sueco, capítulo 22, parágrafo 8 o en el caso del Código Militar alemán, sección 5, parágrafo 1. En ambos casos esas reglas no se aplican específicamente a crímenes de guerra. Véase GAETA, Paola. Ob. cit., p. 184.

⁸⁴ Debemos recordar que en el Derecho Internacional Humanitario, y específicamente en el contexto de un conflicto armado no internacional, además de las infracciones graves tenemos los actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario. Frente a los actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario solo existe la obligación genérica de adoptar medidas oportunas para que tales conductas cesen, lo cual se establece en el tercer parágrafo de los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro convenios de Ginebra: «Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio». En este contexto, no se aplican las consecuencias derivadas del régimen de infracciones graves. Como ejemplo de actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario tenemos lo recogido en el artículo 28 del Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949: «En todos los campamentos se

estudiar cómo se ha aplicado la responsabilidad condicional en la jurisprudencia de los tribunales nacionales con relación a los crímenes de guerra.

Se puede deducir que,⁸⁵ la aplicación del test en el Derecho nacional deja una amplia discrecionalidad al órgano judicial encargado de la aplicación y en general puede ser más difícil de aplicar. Frente a ello, el test en el Derecho Internacional es más sencillo y fácil de aplicar. No obstante consideramos, en consonancia con Cassese⁸⁶ que, en la práctica ambos *test* han generado los mismos resultados.

Como segundo argumento, y vinculado con el anterior, se puede apreciar que la jurisprudencia nacional casi siempre ha rechazado la defensa de las órdenes superiores cuando existieron cargos de crímenes de guerra.⁸⁷ Así, tenemos que en los Estados Unidos de América se rechazó la defensa de las órdenes superiores en dos casos relativos a crímenes de guerra cometidos por soldados americanos durante el conflicto armado en Vietnam.⁸⁸ Así, en el caso Calley se sostuvo que «Military effectiveness depends upon obedience to orders. On the other hand, the obedience of a soldier is not the obedience of an automaton. A soldier is a reasoning agent, obliged to respond, not as a machine, but as a person. The law takes these factors into account in assessing criminal responsibility for acts done in compliance with illegal orders».⁸⁹

Sin perjuicio de ello, también han existido casos en los cuales los acusados han sido absueltos pese a la manifiesta ilicitud de las órdenes que obedecieron y no obstante

instalarán cantinas donde los prisioneros de guerra puedan conseguir artículos alimenticios, objetos de uso común, jabón y tabaco [...]».

⁸⁵ Véase entre otros casos: Corte Militar de Apelaciones de Estados Unidos. Caso William L. Calley, Jr. Versus Estados Unidos, sentencia de 21 de diciembre de 1973. Disponible (fragmentos) en: SASSÒLI, Marco y Antoine BOUVIER (eds.). *How Does Law Protect in War?* Primera edición. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, pp. 785-790. En este caso se rechazó el recurso de la obediencia debida.

⁸⁶ En tal sentido, Cassese afirma que: «Indeed, the national law test has mostly been applied in cases where the act performed was in blatant breach of universally recognized rulers of international law. In those instances where instead the plea of superior order has been upheld by national courts under national law test, either the courts erred, or the relevant international rules were absolutely clear and probably international courts and tribunals would also have reached the same conclusion». CASSESE, Antonio. Ob. cit., p. 234.

⁸⁷ Entre otros casos, véanse: Corte de Casación italiana. Caso Cappai, decisión de 25 de julio de 1945, p. 113, Corte de Casación italiana. Caso Ventimiglia, decisión de 30 de octubre de 1946, pp. 155-156; Tribunal Militar Territorial de Roma. Caso Wagener y otros, sentencia de 16 de octubre de 1948; Tribunal Supremo Militar. Caso Wagener y otros, sentencia de 13 de marzo de 1950; Tribunal Militar francés de Toulouse. Caso Ackermann y otros, sentencia de 16 de abril de 1946; Tribunal Militar de Bordeaux. Caso Dammasch y otros, sentencia de 7 de septiembre de 1949; Tribunal Militar de París. Caso Petersen y otros, decisión de 19 de enero de 1950. Véase GAETA, Paola. Ob. cit., pp. 183-184.

⁸⁸ Corte Marcial de Estados Unidos. Caso Schultz, 1966; Corte Militar de Apelación de Estados Unidos. Caso Calley, sentencia de 21 de diciembre de 1973. Véase *ib.*, p. 184.

⁸⁹ Corte Militar de Apelación de Estados Unidos. Caso Calley, sentencia de 21 de diciembre de 1973. En Sassòli, Marco y Antoine Bouvier (eds.). Ob. cit., p. 788.

haberse invocado otras defensas.⁹⁰ En otros casos, el recurso de las órdenes superiores se invocó exitosamente como consecuencia de la falta de certeza de que la orden era ilícita⁹¹ o por ausencia del *mens rea* —elemento mental—.

Un tercer argumento implica que no hay una coincidencia en la manera por la cual los tribunales nacionales manejan la responsabilidad condicional. Entonces, si una orden constituye un crimen de guerra, como por ejemplo una infracción grave a los convenios de Ginebra, es muy difícil alegar que la orden no es manifiestamente ilícita, dada la naturaleza seria de tales conductas prohibidas por normas internacionales en la materia.⁹² En tal sentido, coincidimos nuevamente con Gaeta cuando sostiene que «[...] the two approaches under discussion lead to the same result in cases where a war crime charge is at issue, thereby depriving subordinates of the defence of obedience to orders».⁹³

Lo anterior se refuerza con la derogación de la responsabilidad condicional en leyes especiales sobre crímenes de guerra.⁹⁴ A su vez, el mantenimiento de ambas aproximaciones en ciertos ordenamientos estatales —diferentes a las leyes especiales citadas—, se relaciona con el ámbito de aplicación más extenso que poseen al considerar también a delitos comunes.

Un importante sector de la doctrina señala que existe entre los Estados una *opinio iuris*, la cual prohíbe en cualquier supuesto, la invocación de las órdenes superiores, como defensa en caso de crímenes de guerra. Asimismo, basándose, entre otros, en el caso Erdemovic ante el TPEY —antes analizado—, se señala que la invocación de las órdenes superiores no excluye la posibilidad de recurrir a defensas tales como la actuación bajo coacción o el error de hecho.

Ahora bien, usualmente se plantean tres objeciones frente a la regla consuetudinaria en el Derecho Internacional que excluye la defensa de las órdenes superiores, en caso de crímenes de guerra. La primera implica señalar que a nivel de Derecho Internacional

⁹⁰ Nos referimos a las defensas de error de hecho y de actuación bajo coacción o *duress*. Respecto al primero véase: Corte Militar británica en Hamburgo. Caso Grumpelt Gerhard (caso Scuttled U-Boats), veredicto de 13 de febrero de 1946. Con relación al *duress* véanse Corte de Casación italiana en los casos: Bernardi y Randazzo; Señora y Masetti. Estos casos han sido citados por el juez Cassese en: Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada y disidente del juez Cassese, párrafos 36-38.

⁹¹ En tanto, el contenido de la relevante norma de derecho internacional no es claro.

⁹² Cabe recordar que solo ciertas violaciones de derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra —por ejemplo tortura, asesinato o tratos inhumanos—. Véase al respecto Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-AR-72, decisión de la Cámara de Apelación relativa a la moción de la defensa sobre la excepción preliminar de jurisdicción de 2 octubre de 1995, párrafos 91-95.

⁹³ GAETA, Paola. Ob. cit., pp. 185-186.

⁹⁴ Lo cual genera que implícitamente sea asumido que los crímenes de guerra, al ser manifiestamente ilícitos, nunca pueden constituir una defensa.

se han dado intentos para atenuar la responsabilidad internacional absoluta. No obstante, tales iniciativas —motivadas por la natural inclinación de fiscales, jueces y diplomáticos hacia sus propios conceptos nacionales— no afectan el contenido del Derecho Internacional consuetudinario, en tanto no se ha ignorado el principio de responsabilidad absoluta en algún caso específico.

Un segundo cuestionamiento, consiste en objetar que los Estados fueron incapaces, pese a propuestas del Comité Internacional de la Cruz Roja, de acordar una regla relativa a las órdenes superiores durante la elaboración de los cuatro convenios de Ginebra⁹⁵ y del protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra.⁹⁶ Este argumento ha sido defendido entre otros por Zimmermann⁹⁷ y Garraway,⁹⁸ y probaría que no existe una regla consuetudinaria aceptada de manera universal. Sin embargo, debemos refutar tal postura.

⁹⁵ La disposición propuesta por el Comité Internacional de la Cruz Roja fue: «The fact that the accused acted in obedience to orders of a superior or in pursuance of a law or regulation shall not constitute a valid defense, if the prosecution can show that in view of the circumstances justify». No obstante, esta propuesta fue rechazada con el siguiente comentario: «The Diplomatic Conference is not here to work out international penal law. Bodies far more competent than we are have tried to do it for years». Comité Internacional de la Cruz Roja. Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, vol. IIB, p. 115. Citado por Dufour, Geneviève. «La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment?». *International Review of the Red Cross*, vol. 82, N° 840, 2000, p. 977.

⁹⁶ Una disposición similar a la transcrita en la anterior cita fue sometida a la Conferencia Diplomática que elaboró los protocolos de 1977. El texto del proyecto final del protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra incluía un artículo, el 77, cuyo contenido era el siguiente: «(1) No person shall be punished for refusing to obey an order of his government or of a superior which, if carried out, would constitute a grave breach of the provisions of the Conventions or of the present Protocol (2) The fact of having acted pursuant to an order of his government or of a superior does not absolve an accused person from penal responsibility if it is established that, in the circumstances at the time, he should have reasonably known that he was committing a grave breach of the Conventions or of the present Protocol and that he had the possibility of refusing to obey the order. It may, however, be taken into account in mitigation of punishment». Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, vol. III, p. 331. Citado por *ib.*, p. 978.

Aunque el texto fue aceptado por una mayoría, no alcanzó las dos terceras partes requeridas para su inclusión en el protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra, por lo que fue rechazado. Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, vol. IV, p. 308. Véase *ib.*, loc. cit.

⁹⁷ «[...] it is quite telling that on two occasions, i.e. during the drafting of the four Geneva Conventions in 1949 and during the Diplomatic Conference leading to the adoption of Additional Protocol I, no consensus could be reached with regard to the different proposals of the ICRC which would have generally excluded an offender from pleading the defence of superior order». ZIMMERMANN, Andreas. «Superior Orders». En Cassese, Antonio; Gaeta, Paola y Jhon Jones (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 965.

⁹⁸ GARRAWAY, Charles. «Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied». *International Review of the Red Cross*, vol. 81, N° 836, 1999, pp. 300-328.

En efecto, en lo concerniente a los convenios de Ginebra, aunque los expertos internacionales designados por el Comité Internacional de la Cruz Roja presentaron un proyecto de artículo relativo a las órdenes superiores, todo parece indicar que las delegaciones presentes en Ginebra no consideraron necesario incluir una disposición de esta naturaleza. Igualmente, en la negociación del protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra, el Comité Internacional de la Cruz Roja sometió un proyecto de artículo el cual prohibía la defensa de las órdenes superiores si la persona «[...] should have reasonably known that he was committing a grave breach of the Conventions or of the present Protocol».⁹⁹

La anterior propuesta del Comité Internacional de la Cruz Roja fue rechazada por los Estados sobre la base de temores políticos, en tanto pensaron que podría generar la insubordinación en sus fuerzas armadas al quebrar el deber de obediencia, puesto que el proyecto de artículos no se limitaba a los actos considerados como «manifiestamente ilícitos».¹⁰⁰ También se estimó que esta norma podía hacer difícil la ratificación del protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra.

Sin embargo, la falta de consenso no significa necesariamente que los Estados hayan estado en contra de la regla propuesta por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Lo que más bien revela es que «States wary of encouraging military disobedience through international agreements, chose to let sleeping dogs lie and to not tamper with the *status quo*».¹⁰¹

De esa forma, se puede sostener que la falta de acuerdo en un tratado no afecta el contenido de las normas consuetudinarias. Ello se refuerza con el hecho que, durante la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados (1974-1977) que originó el protocolo adicional I a los cuatro convenios de Ginebra, no se cuestionó el principio de responsabilidad absoluta planteado en Nüremberg.

Una tercera objeción, precisamente, establece que fuera del precedente de Nüremberg, además de las normas en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, no parecería haberse generado una regla de Derecho Internacional consuetudinario.¹⁰² No obstante, se debe señalar que a pesar de lo regulado en el Estatuto de la CPI, la teoría

⁹⁹ Citado por HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.), ob. cit., p. 565.

¹⁰⁰ Así tenemos las declaraciones de Argentina, Canadá, Israel, México, Noruega, Polonia, España, Siria, Reino Unido, Estados Unidos, Uruguay y Yemen, citadas por ib., loc. cit.

¹⁰¹ GAETA, Paola. Ob. cit., p. 188.

¹⁰² En desarrollo de esta idea Zimmermann señala que: «This is confirmed by the fact the leading scholars in the field themselves cannot agree as to what the standard should be de *lege ferenda* and even less what is de *lege lata*». ZIMMERMANN, Andreas. Ob. cit., p. 965.

de la responsabilidad absoluta fue nuevamente recogida por el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, la regulación especial para Timor Oriental y el *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya a la par de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, las legislaciones y jurisprudencia nacionales citadas. Por lo tanto, tal crítica es inexacta, al no existir tal «aislamiento jurídico».

Como conclusión creemos que, pese a los cuestionamientos antes señalados, existe una norma consuetudinaria en el Derecho Internacional Humanitario por la cual no se puede eximir de responsabilidad internacional al individuo perpetrador de crímenes de guerra que invoque el recurso a la obediencia a las órdenes superiores.¹⁰³ Esta norma ha sido enunciada por el Comité Internacional de la Cruz Roja en los siguientes términos «Norma 155. La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta».¹⁰⁴

A pesar que *prima facie* puede parecer que se recoge la teoría de la responsabilidad condicional, en nuestra opinión tal regla implica que los crímenes de guerra son desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario *per se* manifestamente ilícitos. En tal sentido, el propio Comité Internacional de la Cruz Roja en su comentario a esta regla sostiene que «Practice since the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, outlined below [véase lo señalado en párrafos anteriores y el principio de responsabilidad absoluta de Núremberg], has confirmed the customary nature of the rule that superior orders are not a defence».¹⁰⁵

Por lo tanto, tal recurso no es una defensa que *per se* puede exonerar de responsabilidad internacional individual ni mitigar *per se* la pena,¹⁰⁶ aunque puede ser considerada, junto con otras defensas, para la atenuación de la sanción si la justicia así lo requiere. Este último aspecto es recogido además de los cuerpos normativos inter-

¹⁰³ Por su parte Zimmermann, de conformidad con su posición basada en responsabilidad condicional, considera que existe una norma consuetudinaria en formación cuyo contenido es el siguiente: «[...] one is tempted to argue that under customary law, an offender might not be barred from claiming the defence of superior order unless he or she was aware of the illegality of the order or the order was manifestly illegal». *Ib.*, p. 966.

¹⁰⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.). *Ob. cit.*, pp. 565-567.

¹⁰⁵ *Ib.*, pp. 565-566.

¹⁰⁶ Estamos de acuerdo con Kai Ambos cuando sostiene que: «Esta formulación estándar demuestra que, la comunidad de Estados se inclina por una reducción de la pena en estos supuestos [se refiere a crímenes de guerra, genocidio y de lesa humanidad], pero deja la decisión de los casos individuales a las sedes jurisdiccionales respectivas». AMBOS, Kai. *El Nuevo Derecho Penal Internacional*. Lima: Ara Editores, 2004, p. 370; AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 253.

nacionales señalados¹⁰⁷ en numerosos manuales militares¹⁰⁸ y legislaciones,¹⁰⁹ lo que también forma parte del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario.

5. Artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

5.1. Trabajos preparatorios

En los trabajos del comité preparatorio de la CPI, pareció emerger un consenso de acuerdo al cual las órdenes superiores en ningún supuesto podrían liberar a una persona de responsabilidad internacional individual en casos de genocidio y lesa humanidad. Ahora bien, durante la Conferencia de Roma dos posiciones principales y antagónicas emergieron.¹¹⁰

Por un lado, el grupo liderado por Alemania abogó por una aproximación estricta del problema de las órdenes superiores.¹¹¹ En tal sentido, ellos alegaron que bajo ninguna circunstancia el subordinado debería ser exonerado de responsabilidad por acatar órdenes superiores, en el caso de cometer cualquiera de los crímenes de la competencia *ratione materiae* de la CPI. En este marco, esta propuesta siguió lo re-

¹⁰⁷ Como ha sostenido el Comité Internacional de la Cruz Roja, hay una extensa práctica por la cual la obediencia a una orden puede ser tomada en consideración para mitigar la sanción, si el tribunal competente así lo requiere. Esta práctica incluye los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio, TPEY, TPR, Corte Especial para Sierra Leona, Regulación Especial para Timor Oriental y el Law on the Khmer Rouge Trial de Camboya. Véase HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.). Ob. cit., p. 567.

¹⁰⁸ Manuales militares de: Canadá, Nueva Zelanda, Nigeria, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos. Véase ib., pp. 565-567.

¹⁰⁹ Legislaciones de: Australia, Bangladesh, Chile, Congo, Etiopía, Francia, Alemania, Nigeria, Suiza, Canadá, Israel y Polonia. Véase ib., loc. cit.

¹¹⁰ El actual artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha retenido principalmente el fraseo de la opción B propuesta —relativa al artículo 32 del proyecto de estatuto—. Esta opción señalaba lo siguiente: «(1) The fact that a person's conduct was pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve the person of criminal responsibility unless the order did not appear to be manifestly unlawful. [(2) In respect of the commission of the crime of genocide or a crime against humanity, a person shall not be exempted from criminal responsibility on the sole ground that the person acted pursuant to an order of a Government or a superior or pursuant to national legislation]». Cabe precisarse que el texto fue colocado entre corchetes porque se consideró que fue discutido en reuniones informales.

La otra opción contenida (opción A) fue elaborada por la delegación de Estados Unidos y señalaba lo siguiente: «The fact that a war crime has been committed pursuant to an order of a superior authority, whether military or civil, does not deprive the conduct in question of its character as a war crime, nor does it relieve the person of criminal responsibility, unless the person did not know that superior order was unlawful and the order was not manifestly unlawful». Véase A/CONF.183/C.1/WGPP/L.9 de 24 de junio de 1998.

¹¹¹ El Reino Unido, Alemania y Nueva Zelanda afirmaron que la defensa del superior como tal no existía, pero que podía servir para una defensa de coacción, de error de hecho o error de derecho. Véase A/CONF.183/C.1/WGPP/L.9 de 24 de junio de 1998.

cogido en los estatutos de los tribunales de Nüremberg, Tokio, del TPEY y del TPR. De esa manera, sostuvieron que la norma según la cual los subordinados son siempre criminalmente responsables por la ejecución de órdenes que involucren crímenes de Derecho Internacional, ha adquirido naturaleza consuetudinaria.¹¹²

Por su parte, otros Estados encabezados por los Estados Unidos de América, estuvieron de acuerdo en que los miembros de las fuerzas armadas que siguen órdenes de un gobernante o comandante militar no deberían ser encontrados responsables salvo que ellos conozcan la ilicitud de la orden o esta sea manifiestamente ilícita.¹¹³ Se basaron para ello en la práctica estatal en aplicación de sus propios ordenamientos internos.

La confrontación entre ambas posiciones fue bastante fuerte y se convirtió en una de las áreas de mayor debate al momento de redactar el Estatuto de la CPI. Finalmente, se arribó a una solución de compromiso,¹¹⁴ por la cual la responsabilidad absoluta fue aprobada para los crímenes de lesa humanidad y genocidio, mientras que la responsabilidad condicional fue escogida para los crímenes de guerra.¹¹⁵

A tal compromiso se llegó, entre otros factores, como consecuencia de la presión americana para salvaguardar sus intereses. En esta dirección, se buscó proteger de la generación de responsabilidad internacional individual a los efectivos de las fuerzas armadas americanas que actúan en diferentes escenarios a nivel mundial. Ello se

¹¹² Ib.

¹¹³ La propuesta americana relativa a las órdenes superiores señaló que: «In addition to other grounds for excluding criminal responsibility permitted by this Statute, a person is not criminally responsible if at the time of that person's conduct: [...] c) The person was a member of forces acting pursuant to the order of a Government or of a military commander, unless the person knew the order to be unlawful or that the order was manifestly unlawful». Véase A/CONF.183/C.1/WGPP/L.2, 16 de junio de 1998, propuesta formulada por los Estados Unidos de América relativa a una disposición singular que abarcara los puntos regulados por los artículos 31, 32, 33 y 34 del Estatuto de la CPI. La delegación americana, y particularmente el profesor Theodor Meron, trataron de convencer a las otras delegaciones de la existencia de la defensa de las órdenes superiores, con relación a los crímenes de guerra.

¹¹⁴ ZIMMERMANN, Andreas. Ob. cit., loc. cit.

¹¹⁵ Fue sobre la base de las propuestas de Francia y Canadá que se adoptó la versión que hoy conocemos, y que solo se logró luego de largos debates y de una reunión informal dirigida por las delegaciones americana y canadiense. Se debe precisar que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional no contenía ninguna disposición respecto de la defensa de órdenes superiores toda vez que entonces se enfatizaba en la aplicación del estatuto y en la competencia de la CPI. El Comité *ad hoc* de 1995 no trató este aspecto, y se limitó únicamente a mencionarlo dentro de la lista de las posibles excusas que podían hacer parte del Estatuto de la CPI. Este asunto se debatió ampliamente ante el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de la CPI. Véase UN Doc. A/50/22, 1996, vol. II y UN Doc. A/AC.249/1997/L9/Rev.1, 1997. El proyecto final del estatuto presentado a la Conferencia de Roma indicaba finalmente que la defensa de órdenes superiores no podía exonerar a una persona de su responsabilidad criminal, salvo si la orden impartida no era manifiestamente ilegal. Véase UN Doc. A/CONF/183/2/Ad.1.

evidencia en el caso en el que los subordinados, al obedecer órdenes superiores, no hayan podido evaluar la legalidad de las operaciones de combate.

Por otro lado, tal preocupación de los Estados Unidos de América no se manifestó en torno a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad; en el entendimiento según el cual aunque puedan ser perpetrados por militares, involucran casi siempre la presencia de altas autoridades políticas y militares. Es probable que, la delegación estadounidense haya supuesto que la comisión de crímenes de genocidio y lesa humanidad solo podría darse en Estados antidemocráticos. Por lo tanto, la adopción de la responsabilidad absoluta para los crímenes de genocidio y de lesa humanidad no afectaría a los efectivos de los Estados Unidos de América en el extranjero.

5.2. Análisis del artículo 33

El artículo 33 invierte la presunción generalmente hecha en numerosas legislaciones nacionales en las cuales se establece como regla la defensa de las órdenes superiores. En efecto, se parte de la presunción general por la cual la obediencia a las órdenes no es una defensa válida.¹¹⁶ En este plano, únicamente si se demuestra el cumplimiento acumulativo de los requisitos recogidos en el artículo 33, se puede generar la exoneración de responsabilidad en caso de crímenes de guerra.¹¹⁷ En los párrafos y en el punto siguientes, analizaremos los requisitos recogidos por el artículo 33 del Estatuto de la CPI:

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:
 - a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
 - b) No supiera que la orden era ilícita;
 - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

¹¹⁶ El precepto básico es el mismo del Estatuto del Tribunal de Núremberg, es decir la obediencia de las órdenes superiores no es una defensa. No obstante, como ya señalamos, a diferencia de los estatutos del Tribunal de Núremberg, TPEY, TPR y del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, el Estatuto de la CPI reconoce una excepción relacionada al error de derecho señalado en el artículo 32.2.

¹¹⁷ En este sentido, se podría señalar que las normas contenidas en este artículo tienen un alcance limitado, en tanto se requieren que se den de manera conjunta los siguientes supuestos: a) el subordinado haya actuado bajo una obligación legal; b) que él no haya conocido que la orden fue ilícita y c) que la orden no haya sido manifiestamente ilícita.

La noción de orden superior. Antes de estudiar los requisitos propiamente dichos, haremos un comentario sobre la noción de orden superior, en el contexto del artículo 33. La orden superior bajo consideración necesita haber sido emanada ya sea de un gobernante o superior. El que expide la orden necesita ser un miembro oficial del gobierno y necesita actuar dentro de su autoridad. Bajo cualquier circunstancia, la orden tiene que ser expedida desde una autoridad cuyo propósito es ejercer la autoridad oficial.¹¹⁸ En tal sentido, el artículo 33 no se aplica a circunstancias en las cuales una persona actúa bajo las órdenes de un individuo privado u organización privada.¹¹⁹

La existencia de una obligación legal en el artículo 33(1)(a) del estatuto. La posibilidad de exonerar de responsabilidad a un individuo que ha cometido un crimen de guerra, se da solo cuando esa persona está bajo la obligación legal de obedecer dicha orden. De esa manera, el Estatuto de la CPI se refiere al ordenamiento interno dentro del cual tanto el superior —o según el caso, el gobernante— como el subordinado actúan. Por lo tanto, la CPI tendrá que evaluar el efecto vinculante de tales órdenes según el ordenamiento interno específico.¹²⁰ En el caso en el que el subordinado crea que la orden fue vinculante cuando en realidad no contaba con tal naturaleza, se debe aplicar la figura del error.¹²¹

Conocimiento de la ilicitud de la orden, artículo 33(1)(b) del estatuto. Un acusado solo puede invocar la defensa de la orden del superior cuando no sabía que la orden era ilícita. Bajo esta lógica, debe resaltarse que la ilicitud deriva del hecho que el acto bajo consideración es *per se* un crimen sancionable bajo el Estatuto de la CPI. Entonces, es irrelevante determinar si el acto es o no sancionable según la legislación interna que regula la conducta del acusado.

¹¹⁸ De acuerdo con la jurisprudencia en el caso Celebici, la orden relevante puede ser expedida tanto por un militar como por un civil. En el segundo supuesto, el civil superior debe ejercer un grado de control similar al de un comandante militar. Por otra parte, las órdenes deben requerir claramente la realización de una determinada conducta. No son incluidos, por ende, meros actos de incitación. Véase *Prosecutor vs. Delalic y otros*, caso N° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 378.

¹¹⁹ Las órdenes, dentro del significado del artículo 33 del Estatuto de la CPI, podrían ser dirigidas a un individuo o a todos los miembros de un grupo dado, en cuyo caso todos los miembros de ese grupo podrían, *prima facie*, invocar el artículo 33.

¹²⁰ ZIMMERMANN, Andreas. Ob. cit., p. 969.

¹²¹ Estatuto de la CPI, artículo 32. Error de hecho o error de derecho. «1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. 2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto».

Por lo tanto, para invocar el artículo 33 el acusado necesita desconocer que la orden era ilícita. En principio, se puede pensar que es una ventaja para el acusado toda vez que bastaría que aquel invoque tal desconocimiento. Sin embargo, la carga de la prueba recae en él, en tanto necesita probar, como cualquier hecho, a través de prueba circunstancial o por otros medios probatorios que él no reconoció la ilicitud de una orden manifiestamente ilícita.¹²²

El estándar de manifiesta ilicitud en el artículo 33(1)(c) del estatuto. Mientras el elemento antes analizado es de tipo subjetivo, el estándar de manifiesta ilicitud es de naturaleza objetiva. Este elemento entraña una percepción objetiva de la situación bajo consideración desde la percepción de un hombre promedio. Cuando evaluamos si en la situación concreta el acusado encontró por sí mismo que la orden era manifiestamente ilícita, todas las circunstancias relevantes tienen que ser tomadas en consideración.

En tal sentido, se deben evaluar si las circunstancias en las cuales una persona promedio colocada en la situación del acusado generan o no la conciencia de la situación. Como acertadamente señala Zimmermann, «Thus, the question to be put is whether an ordinary person in the situation of the accused would have seen that the order was plainly unlawful».¹²³ Es oportuno precisar que la determinación de la ilicitud debe hacerse según los parámetros del derecho internacional y no del derecho interno.¹²⁴

5.3. La distinción entre crímenes de guerra y crímenes de genocidio y de lesa humanidad en el artículo 33.2

Un primer punto a resaltar es que se ha descartado la posibilidad de interponer el recurso de las órdenes superiores, cuando se cometen los crímenes considerados como más serios, es decir, los crímenes de genocidio y lesa humanidad, los cuales involucran ataques generalizados contra la población civil. Tal calificación de la seriedad de los crímenes de derecho internacional citados fue abordada en la jurisprudencia del TPEY y del TPR. En tal sentido, el TPR en el asunto Kambanda, jerarquizó los

¹²² En adición a lo señalado, Zimmermann apunta que: «This threshold is, however, raised by the further requirement that the order must-given the formula used in Article 33(1)(c) (“was not manifestly unlawful”) as compared to (b)-objectively not have been manifestly unlawful». ZIMMERMANN, Andreas. Ob. cit., p. 970. Se desprende que únicamente en un caso excepcional, a la luz de esta norma, un acusado podría alegar no haber reconocido la ilicitud de una manifiesta orden ilícita.

¹²³ Ib., loc. cit.

¹²⁴ En tal sentido, dado que se debe aplicar la percepción de una persona ordinaria, se necesita considerar que incluso un individuo sin algún conocimiento básico de Derecho Internacional Humanitario o Derecho Penal Internacional debería haber considerado la acción como ilícita y por ende como un crimen sancionable.

crímenes de Derecho Internacional¹²⁵ considerando al crimen de genocidio como más grave incluso que los crímenes de lesa humanidad:

Par contre, il lui paraît plus difficile d'établir une hiérarchie entre le génocide et le crime contre l'humanité quant à leur gravité respective [...]. [no obstante] Le crime de génocide se singularise par son dol spécial, qui requiert que le crime ait été commis dans l'intention de «détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel», ainsi que le stipule le Statut en son article 2; aussi, la Chambre considère que ce crime constitue le «crime des crimes» et décidera de la peine en conséquence.¹²⁶

Con relación a los crímenes de lesa humanidad, el TPEY en el caso Erdemovic sostuvo que los crímenes de lesa humanidad «transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterizes crimes against humanity».¹²⁷

No obstante, en el mismo caso el juez Li sostuvo que los crímenes de lesa humanidad no son crímenes más serios que los crímenes de guerra: «Nevertheless, it must be pointed out that the Charter, in providing for crimes against humanity, does not create a crime more serious than a war crime, for the same acts of extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts against any civilian population [...]».¹²⁸

Por su parte el TPR, en los casos Kambanda, Akayesu y Serushago,¹²⁹ sostuvo que, en principio, los crímenes de lesa humanidad son más severos que los crímenes de guerra —específicamente las violaciones del artículo 3 común y del protocolo adicional II a los convenios de Ginebra—. ¹³⁰ No obstante, la cuestión sobre si los crímenes de

¹²⁵ El TPEY opinó que la finalidad de jerarquizar los crímenes radicaba en la necesidad de establecer sanciones o penas más severas según, la gravedad del crimen: «The Trial Chamber is strongly of the view that, in order to implement the Tribunal's mandate, it is crucial to establish a gradation of sentences, depending mainly on the magnitude of the crimes committed and the extent of the liability of the accused». Prosecutor vs. Aleksovski, caso N° IT-95-14/1, sentencia de 25 de junio de 1999, parágrafo 243.

¹²⁶ Prosecutor vs. Kambanda, caso N° ICTR-97-23-T, sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafos 14 y 16.

¹²⁷ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, parágrafo 28.

¹²⁸ Prosecutor vs. Erdemovic, caso N° IT-96-22-A, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada y disidente del juez Li, parágrafo 21. Véase también el parágrafo 26 de esta opinión.

¹²⁹ Respectivamente: Prosecutor vs. Kambanda, caso N° ICTR-97-23-T, sentencia de 4 de septiembre de 1998; Prosecutor vs. Akayesu, caso N° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de octubre de 1998; Prosecutor vs. Serushago, caso N° ICTR-98-39-T, sentencia de 5 de febrero de 1999.

¹³⁰ En el caso Kambanda esta afirmación se dio de manera expresa: «Il ne semble pas douteux à la Chambre que les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, malgré leur gravité, soient considérées comme des crimes moindres que le génocide ou le crime contre l'humanité». Prosecutor vs. Kambanda, caso N° ICTR-97-23-T, sentencia de 4 de septiembre de 1998, parágrafo 14.

lesa humanidad son intrínsecamente más serios que los crímenes de guerra no fue desarrollada en detalle. Por lo tanto, la conclusión reseñada debe ser entendida como un *obiter dictum*. Lo anterior se ve reforzado por lo que expresa el TPEY, en el caso Tadic, a través de una sentencia más reciente:

After full consideration, the Appeals Chamber takes the view that there is in law no distinction between the seriousness of a crime against humanity and that of a war crime. The Appeals Chamber finds no basis for such a distinction in the Statute or the Rules of the International Tribunal construed in accordance with customary international law; the authorized penalties are also the same, the level in any particular case being fixed by reference to the circumstances of the case.¹³¹

En la misma sentencia, el juez Cassese, en su opinión separada, señaló que no se puede inferir a partir de las normas que establecen penalidades, el hecho que una ofensa criminal sea más seria que otra.¹³² Asimismo, fue concluyente al manifestar que a nivel de Derecho Internacional no existe *a priori* tal jerarquía de crímenes «[...] one cannot say that a certain class of international crimes encompasses facts that are more serious than those prohibited under a different criminal provision. *In abstracto* all international crimes are serious offences and no hierarchy of gravity may *a priori* be established between them».¹³³ Tal posición ha sido seguida por el TPEY, en los casos Blaskic¹³⁴ y Furundzija, en el segundo de los cuales se concluyó que no existe diferencia en la gravedad entre los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.¹³⁵

¹³¹ Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1, sentencia de condena en apelación de 26 de enero de 2000, parágrafo 69.

¹³² Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1, sentencia de condena en apelación de 26 de enero de 2000, opinión separada del juez Cassese, parágrafo 6. En el mismo parágrafo Cassese también expresó que: «Thus, faced with two different offences falling under the same provision (for example, “extermination” of civilians and “persecution” [of civilians] on political, racial or religious grounds both covered by Article 5 of the Statute [Estatuto del TPEY], one cannot say *a priori* which of them is more serious and must therefore entail a heavier penalty, for instance plunder of private property as a war crime and taking civilians as hostages as a grave breach of the 1949 Geneva Convention. This is all the more true given that some categories of crimes which, in theory might be considered as less serious than other categories, may in practice instead prove inherently much graver: suffice is to mention war crimes such as the bombardment of an undefended town or the killing of hundreds of enemy combatants through the use of prohibited weapons. It goes without saying that there instances of war crimes may in practice turn out to be more inhumane and devastating than some instances of crimes against humanity such as the deportation or imprisonment of civilians [...]».

¹³³ Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1, sentencia de condena en apelación de 26 de enero de 2000, opinión separada del juez Cassese, parágrafo 7.

¹³⁴ «The Trial Chamber will therefore confine itself to assessing seriousness based on the circumstances of the case». Prosecutor vs. Blaskic, caso N° IT-95-14-T, sentencia de 3 de marzo de 2000, parágrafo 802.

¹³⁵ Prosecutor vs. Furundzija, caso N° IT-95-17 /1-T, sentencia de 21 de julio de 2001, párrafos 240-243.

Consideramos que la distinción no está basada en el Derecho Internacional consuetudinario ni tampoco en el Derecho Interno. En ese aspecto, tal distinción, como señala Zimmermann,¹³⁶ es criticable, en el sentido en que establece dos tipos de estándares distintos entre crímenes de Derecho Internacional. Por otro lado, además de lo manifestado con relación a los intereses americanos, haremos dos comentarios adicionales sobre la distinción. Primero, aun en el supuesto en que el párrafo 2 del artículo 33 no hubiere sido adoptado, una orden superior de cometer crímenes de lesa humanidad o actos de genocidio podría haber sido declarada por la CPI, incluso en esta hipótesis, como manifestamente ilegal *ipso facto*.

Asimismo, y sin perjuicio de lo señalado, se ha alegado que los crímenes de lesa humanidad y genocidio son diferentes en naturaleza de los crímenes de guerra¹³⁷ respecto a la ilicitud. Ello principalmente sobre la base que puede resultar sumamente difícil para un acusado que cometió lesa humanidad o genocidio alegar que no estaba conciente de su ilicitud. No obstante, creemos que debido a la clase de conductas que forman parte del catálogo de los crímenes de guerra en el Estatuto de la CPI, tal conciencia de ilicitud también puede aplicarse a esta categoría de crímenes de Derecho Internacional. Es así que, *a priori*, no existe una gradación de los crímenes de Derecho Internacional. Por lo tanto, se deberán analizar las circunstancias concretas de cada caso específico a efectos de establecer la mayor o menor gravedad de las conductas y la aplicación de las penalidades respectivas.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 33 contiene la discutible postura por la que los crímenes de guerra poseen un grado menor de seriedad que los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, incluso cuando el número de personas asesinadas sea el mismo.¹³⁸ De esa forma, el acusado puede exonerarse de responsabilidad internacional

¹³⁶ ZIMMERMANN, Andreas. Ob. cit., p. 971.

¹³⁷ Así tenemos que, por ejemplo, Micaella Frulli, a través de una comparación del elemento mental o *mens rea* entre los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra llega a la siguiente conclusión: «[...] in the case of crimes against humanity the perpetrator not only intend to commit a crime, but he or she is also aware of being part of a systematic and massive plan of violence which, in the case of genocide, becomes a plan to destroy in whole or in a part a group on discriminatory grounds». FRULLI, Micaela. «Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?». *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, N° 2, p. 336.

Basándose en la diferencia respecto al elemento mental, Frulli sostiene que existe la siguiente jerarquía entre los crímenes de Derecho Internacional (en orden de gravedad): «[...] (1) genocide; (2) crimes against humanity of a persecution-type; and (3) crimes against humanity of a murder type». Para fundamentar su posición invoca el siguiente párrafo de la sentencia del TPEY en el caso Kupreskic: «The *mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than genocide [...] it can be said that, from the view point of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution». Prosecutor vs. Kupreskic y otros, caso N° IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2001, párrafo 636.

¹³⁸ En consecuencia, se puede deducir que, en principio, las víctimas de crímenes de guerra contarían con un grado de protección menor que las víctimas de crímenes de lesa humanidad o de genocidio.

individual por la comisión de crímenes de guerra cuando se cumplan los requisitos del artículo 33.2 del Estatuto de la CPI, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad y genocidio, frente a los cuales la obediencia al superior nunca puede ser utilizada como defensa válida.

Frente a este último punto, es importante considerar que en ciertos supuestos la misma conducta califica como crimen de guerra y a la vez como crimen de lesa humanidad o genocidio.¹³⁹ En tales casos, pese a que el individuo escape de su responsabilidad por crímenes de guerra, puede ser juzgado por alguna de las otras dos categorías de crímenes de derecho internacional señaladas.¹⁴⁰

No obstante, debemos tener en cuenta una situación que se puede presentar al respecto. Por ejemplo, si en un caso particular ante la CPI el fiscal en su acusación caracteriza la misma ofensa tanto como crimen de lesa humanidad como de guerra, puede suceder como bien apunta Cassese que «[...] the defence of superior orders could be urged and relied upon with respect to the offence as a crime against humanity, whereas it would not automatically hold should the same offence be classified as war crime».¹⁴¹

¹³⁹ En efecto, así tenemos: la tortura que de manera expresa está recogida en el Estatuto de la CPI tanto como crimen de lesa humanidad (artículo 7.1. f.) y crimen de guerra, ya sea en contexto de conflicto armado internacional (artículo 8.2. a.) ii.) o en conflicto armado no internacional (artículo 8.2. c.I.), y también se encuadraría como crimen de genocidio (lesión grave a la integridad física o mental, artículo 6. b.); crímenes sexuales, es decir violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, que califican tanto como crímenes de lesa humanidad (artículo 7.2. g.) y crímenes de guerra ya sea en un contexto de conflicto armado internacional (artículo 8.2. b.) xxii) y de conflicto armado no internacional (artículo 8.2. c.) vi); el asesinato calificado como crimen de lesa humanidad (artículo 7.1. a.) y crimen de guerra (homicidio intencional) tanto en un conflicto armado internacional (artículo 8.2. a.) i) como en un conflicto armado no internacional (artículo 8.2. c.) i); matanza calificada como genocidio (artículo 6. a.) y crímenes de lesa humanidad (exterminio, artículo 7.1. b.). En tales casos estaríamos ante lo que se denomina un concurso ideal de delitos —una conducta que encaja en dos o más tipos penales—.

¹⁴⁰ En tal sentido, pese a la dificultad estudiada, Zimmermann sostiene que «Even where in such a situation the offender might be able to rely on the defence of superior order with regard to Article 8 of the Statute (war crimes), he could still be punished under Article 7 and/or Article 6 of Statute for having committed a crime against humanity or an act of genocide. Accordingly the possible scope of application of the defence provided for in Article 33 is fortunately limited to choose situations where the offender has committed war crimes only». ZIMMERMANN, Andreas. Ob. cit., p. 972.

¹⁴¹ CASSESE, Antonio. Ob. cit., p. 241. Sobre el tema de la acumulación de cargos, el TPR, en su jurisprudencia, señaló que esta práctica es justificable cuando: a) las ofensas alegadas tienen diferentes elementos; b) cuando las normas que establecen las ofensas protegen diferentes intereses; c) cuando es necesario registrar una convicción para ambas ofensas en orden a describir plenamente lo que el acusado realizó. A partir del Estatuto del TPR, los jueces de este tribunal concluyeron que el genocidio, crímenes de lesa humanidad y las violaciones del artículo 3 común y protocolo adicional II a los convenios de Ginebra tienen diferentes elementos con relación a la misma conducta criminal. Véanse *Prosecutor vs. Akayesu*, caso N° ICTR-96-4-T, sentencia de 2

La distinción señalada difícilmente puede considerarse como consistente con el objeto y fin del Estatuto de la CPI, que radica precisamente en su intención de poner fin a la impunidad de los sujetos responsables de los crímenes más serios.¹⁴² En tal sentido, si aplicamos las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la cual se señala que un tratado debe interpretarse de acuerdo a la buena fe, según el sentido corriente de sus términos y en consideración del objeto y fin del mismo, podemos concluir que es difícil sostener la distinción de gravedad aludida entre los crímenes competencia *ratione materiae* de la CPI.¹⁴³ Como acotación final debemos señalar que sin perjuicio de lo expuesto, autores como Frulli sostienen que existe una gradación en los crímenes basándose, entre otras fuentes, en las normas del Estatuto de la CPI, entre las cuales se cita precisamente, el artículo 33.2.¹⁴⁴

de septiembre de 1998, párrafos 461-470; Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana, caso N° ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, párrafos 625-650.

Por su parte, el TPEY ha considerado que la acumulación de los cargos puede darse cuando los artículos del Estatuto buscan la protección de diferentes valores y cuando la prueba de un elemento legal no es requerida por otros artículos. El TPEY también señaló que la materia es relevante en tanto puede afectar el establecimiento de la penalidad. Véase Prosecutor vs. Tadic, caso N° IT-94-1, Decision on Defence Challenge to the Form of the Indictment de 15 de mayo de 1998.

El TPEY ha expedido sentencias para ofensas las cuales fueron acumulativamente imputadas con relación a un conjunto de hechos. Véanse Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case), caso N° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998; Prosecutor vs. Furundzija, caso N° IT-95-17 /1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998; Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case), caso N° IT-96-21-T, sentencia de 20 de febrero de 2001, párrafos 400 y ss; Prosecutor vs. Kunarac y otros, caso N° IT-96-23-T & IT-96-23 / 1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafos 544 y ss; Prosecutor vs. Kordic y Cerkez, caso N° IT-95-14/2-T, sentencia de 26 de febrero de 2001, párrafos 810 y ss.

¹⁴² Estatuto de la CPI, preámbulo.

¹⁴³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, artículo 31.1. «Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

¹⁴⁴ Frulli señala que en el Estatuto de la CPI, existen tres normas que demostrarían la tesis de una mayor seriedad de los crímenes de lesa humanidad con relación a los crímenes de guerra. La primera es la contenida en el artículo 31.1.c, en el cual se establece como causal de eximente de responsabilidad penal individual que la alegación de defensa propia, en caso de crímenes de guerra, también comprende la protección a un bien que fuese esencial para realizar una operación militar. La segunda norma es precisamente la contenida en el artículo 33.2. La última es la disposición del artículo 124 que permite, a través de una declaración de los Estados partes del Estatuto de la CPI, la no aceptación de la competencia de la CPI sobre crímenes de guerra por un período de siete años. FRULLI, Micaela. Ob. cit., pp. 338-340.

Entre las otras fuentes que Frulli cita tenemos el comentario de la Comisión de Derecho Internacional al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 el cual estableció que: «Based on the view that crimes against the peace and security of mankind are the most serious on the scale of international offences and that, in order for an offence to be regarded as a crime against the peace and security of mankind, it must meet certain additional criteria which raise the level of seriousness. These general criteria are provided for in the *chapeau* of the article (20): the crimes in question must have been committed in a sys-

6. A manera de conclusión

En esta última sección haremos referencia, primero, a los aspectos positivos del artículo 33 del Estatuto de la CPI, para luego sintetizar la crítica a esta disposición. Bajo esta óptica, se pueden señalar tres méritos, los dos primeros ya desarrollados en las páginas anteriores. En efecto, nos referimos a la exclusión del recurso a la obediencia debida a órdenes superiores en los casos de genocidio y lesa humanidad, así como la inversión de la presunción de la legislación nacional la cual adopta, principalmente, la teoría de la responsabilidad condicional.

Nos parece oportuno explicitar un tercer elemento importante el cual consiste en que el solo hecho de alcanzar un acuerdo con relación a la temática del artículo 33 representa un avance notable. Este aspecto es de especial valía ya que, ante la ausencia de un tratado sobre la materia, se activó uno de los propósitos del Estatuto de la CPI, consistente en trasladar los principios generales del Derecho Penal Internacional a una *lex scripta*, protegiendo a la vez los derechos del acusado. En este contexto, la antes explicada falta de acuerdo sobre órdenes superiores, producida tanto en la elaboración de los convenios de Ginebra como en sus protocolos adicionales —en concreto, el protocolo adicional I a los convenios de Ginebra—, no tuvo un mayor efecto negativo.

Podemos afirmar que tal falta de acuerdo se originó como consecuencia del hecho que los instrumentos internacionales citados no tenían como objetivo establecer un mecanismo internacional para la persecución y castigo de los crímenes de Derecho Internacional a diferencia de la CPI.¹⁴⁵ En efecto, su objetivo fue clasificar como criminales ciertas conductas y dejar a los tribunales nacionales la persecución y castigo. En el caso de la CPI, fue necesario tal acuerdo, toda vez que habría sido muy difícil que los Estados aceptasen su jurisdicción sin conocer anticipadamente el tratamiento de las órdenes superiores, en el entendimiento que sus propios soldados podrían ser juzgados ante la CPI.

A continuación formulamos la crítica del artículo 33, crítica que en términos generales está dada por el distanciamiento del Estatuto de la CPI con relación al Derecho Internacional consuetudinario. Las palabras de Cassese son nuevamente concluyentes en la materia, cuando expresa que:

It follows from the above that Article 33(2) of the ICC Statute (whereby «orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful») is at odds with

tematic manner or on a large scale». Comisión de Derecho Internacional. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 39.

¹⁴⁵ GAETA, Paola. Ob. cit., p. 190.

customary international law, since it does not include, in this category of manifestly unlawful orders, those concerning war crimes. This inconsistency is all the more striking because, while one could consider that traditional international law was not crystal clear about the list of prohibited war crimes, at present the ICC Statute enumerates in detail the various classes of such crimes.¹⁴⁶

En adición a lo citado, es necesario recordar que el texto de los elementos de los crímenes del Estatuto de la CPI especifica de manera detallada los diversos elementos objetivos y subjetivos de cada crimen integrante de la competencia *ratione materiae* de la CPI, por lo que se espera que los subordinados reconozcan la comisión de tales crímenes. De esa manera, el alejamiento del artículo 33 con relación al Derecho Internacional consuetudinario se acentúa si consideramos la tipificación de los crímenes de guerra¹⁴⁷ en el artículo 8 del Estatuto de la CPI.

Si bien el artículo 33 proporciona una defensa válida en casos de crímenes de guerra, bajo la perspectiva por la cual las órdenes de cometer crímenes de guerra pueden no ser manifiestamente ilícitas, y por lo tanto, los subordinados pueden invocar la ignorancia de tal ilicitud, se debe tener en cuenta que el artículo 8 contiene una exhaustiva lista de crímenes de guerra, la cual cubre actos que son incuestionable y totalmente criminales. Entonces, nos resulta difícil aceptar que los subordinados puedan alegar que tal entidad de crímenes no sea manifiestamente ilícita o que no puedan reconocer su ilicitud.¹⁴⁸

Tal contradicción resulta evidente si consideramos el fin del Estatuto de la CPI, señalado en su preámbulo y que es expresión de la voluntad de los Estados que adoptaron el texto del Estatuto de la CPI: «*Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo [...]. *Decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes».¹⁴⁹

Se aprecia con facilidad que no se establecen jerarquías entre los crímenes de Derecho Internacional. Como consecuencia, es difícil aceptar que el cumplimiento de una orden superior de cometer un crimen de guerra, calificado como uno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, puede

¹⁴⁶ CASSESE, Antonio. Ob. cit., p. 241.

¹⁴⁷ La cual, como ya afirmamos, es la más extensa en el derecho internacional.

¹⁴⁸ Al respecto Ambos señala que, con relación a la responsabilidad del subordinado, si se trata de hechos reconocidos como crímenes de Derecho Internacional: «[...] en particular por el Derecho de Núremberg y su continuación a través de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y por el Estatuto de Roma, se rechaza una exclusión de la punibilidad. En lo que aquí concierne, existen tres grupos de delitos: crímenes de guerra (Derecho de la Haya y de Ginebra), genocidio y crímenes contra la humanidad». AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 365.

¹⁴⁹ Estatuto de la CPI, preámbulo, párrafos cuarto y quinto.

generar total impunidad, al exonerar de responsabilidad internacional individual al perpetrador.

Afortunadamente, como ya se señaló, las más recientes experiencias en la creación de tribunales especiales mixtos en Timor Oriental, Sierra Leona y Camboya se alejan de la opción recogida por el Estatuto de la CPI. Se espera que la inconsistencia entre el Derecho Internacional convencional —Estatuto de Roma— y el Derecho Internacional consuetudinario sea superada por la futura jurisprudencia de la CPI, la cual, como sugiere Dufour¹⁵⁰ será de especial importancia. Es decir, en casos en los cuales se hayan cometido crímenes de guerra basados en órdenes superiores, la CPI deberá considerar tales conductas *per se* como manifiestamente ilícitas no permitiendo la invocación por los subordinados de las órdenes superiores como defensa.

Asimismo, en el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario se ha establecido el deber que tiene todo combatiente de desobedecer una orden manifiestamente ilícita,¹⁵¹ como corolario de la regla que establece que la orden superior no es una defensa frente a una conducta calificada como crimen de guerra. En tal sentido, es importante el diseño de un mecanismo accesible a los subordinados. Sobre el particular, nos parece interesante la recomendación del XIV Congreso de Derecho de la Guerra, que implica un procedimiento de negativa individual: «Les règlements de discipline militaire devraient prévoir une procédure permettant aux subordonnés d'exercer, sans dommage pour eux et dans le respect de la discipline, leur droit et leur devoir de ne pas obéir aux ordres dont l'exécution entraînerait manifestement la réalisation d'un crime de guerre».¹⁵²

¹⁵⁰ «Il est des lors clair que l'article 33 est destiné à passer une étape d'interprétation, tant au niveau des critères subjectifs qu'en ce qui concerne la procédure et le mode de preuve à adopter. Il s'agit d'un article difficile à interpréter, surtout lorsqu'on le confronte aux autres articles du Statut. Les juges de la future Cour pénale internationale auront un travail de taille à accomplir s'ils veulent essayer de concilier le droit existant avec le libellé de l'article 33 puisque, comme nous l'avons vu, en plus d'être beaucoup plus complexe que d'autres dispositions du Statut des tribunaux pénaux internationaux ou encore du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité [...]». DUFOUR, Geneviève. Ob. cit., p. 990.

¹⁵¹ «Norma 154. Los combatientes tienen la obligación de desobedecer una orden que es manifiestamente ilícita». HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.). Ob. cit., p. 563.

¹⁵² XIV Congreso de Derecho de la Guerra, celebrado en Atenas en mayo de 1997. Citado por VERHAEGEN, Jacques. «Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels. Pour une procédure accessible aux subordonnés». *International Review of the Red Cross*, vol. 84, 2002, N° 845, p. 48. Este autor rechaza soluciones tradicionales al problema del ejecutante de una orden criminal como los «procesos catarsis» —escogida principalmente por líderes políticos para procesar y sancionar a un individuo sin tener en cuenta los hechos del caso—; las absoluciones ambiguas —que buscan beneficiar a los perpetradores cuando existieron errores y limitaciones que pudieron afectar el comportamiento de aquellos—; y las inmunidades penales generalizadas. En tal sentido, consideramos que se debe apuntar en primera instancia a agotar las fuentes de la orden criminal, es decir adoptar al máximo las adecuadas medidas preventivas.