

LAS FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA FRENTE  
A LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL  
DERECHO PENAL CHILENO

**AUTOR:** REINALDO JOSÉ RÍOS CATALDO. General. ®.  
ABOGADO.  
MAGISTER CIENCIA POLÍTICA UCH.  
Postgraduate in Criminal Justice. Leicester University UK  
Santiago, Chile  
2022

## I.- INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto dar una mirada a la “responsabilidad penal” por omisión en las autoridades y mandos de las instituciones comprendidas en el control del Orden Público con motivo de las protestas comenzadas el 18 de octubre de 2019 en Chile.

Para lo anterior se ha analizado la posible aplicación de la Ley 20.357 en los crímenes de lesa humanidad, así como la responsabilidad individual por omisión establecida en el Art. 35° de la misma ley (**Cfr. Conc. Art. 1° Código Penal**).

La convocatoria de dicha legislación depende en primer lugar de la existencia en los hechos del denominado “elemento internacional” o “contextual”, el cual subyace ante la contingencia de confrontar un “ataque generalizado” o “sistemático; y en la existencia de una política tras la comisión de los actos, así como su comisión por parte de miembros de ciertas organizaciones.

En el supuesto que en los hechos no concurren crímenes de Derecho Penal Internacional, surge la figura de Omisión Impropia o Comisión por Omisión. La misma figura penal permite hacer responder a quien teniendo un deber jurídico que lo vincula, haya omitido prevenir (o denunciar) un resultado lesivo que podía ser evitado, estando en su conocimiento.

En la especie comenzaremos por analizar: **(a)** La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional y su recepción en Chile para continuar con el concepto de: **(b)** Responsabilidad por el mando; **(c)** La relación superior subordinado; **(d)** Mando o autoridad efectivos; **(e)** Naturaleza de la responsabilidad del superior; **(f)** Tipo por el que responde el superior; y, **(g)** La responsabilidad del superior como delito Especial, entre otros, todo lo cual, nos llevará a unas **CONCLUSIONES GENERALES** que nos darán una visión certera del criterio jurídico predominante de los Tribunales chilenos sobre la Ley Penal que aplica la Pena.

## II.- DESARROLLO

⇒ **DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN CHILE.-**

Con la ratificación de Chile del “**Estatuto de Roma**”,<sup>1</sup> se abre un proceso no exento de complejidad, pero observado como provechoso para la modernización del Derecho Penal en una Nación-Estado que todavía está tutelada por un Código que se promulgó en 1874.

Dicho proceso, es el de recepción de las normas contenidas en el “Estatuto de Roma” por nuestro Derecho interno.**(Cfr. Art. 5º, Inc2º, de la CPR80).**

Lo anterior, significó hacerse cargo y tipificar aquellos delitos establecidos en el “Estatuto de Roma” que, según los Juristas de ideología de izquierda representaban un profundo gravámen en nuestro “Derecho Penal”<sup>2</sup>, pero también, con gran influencia en “nuestra parte general”<sup>3</sup>.

Una de esas implicancias, según los juristas del área, lo constituye la interpretación de la regulación de la responsabilidad de los superiores, creando el verdadero sentido y alcance a que hace referencia el artículo 35º de la ley N° 20.357 de 18 de Julio de 2009, en términos tales como:

*“Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.*

*La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.”<sup>4</sup>*

---

<sup>1</sup> La Ley 20.352 de 30 de Mayo de 2009 estableció la reforma constitucional que permitió, con fecha 29 de Junio, la ratificación de Chile al Estatuto de la Corte Penal Internacional, para su entrada en vigencia el 1º de Septiembre del mismo año. Esto, tras un largo proceso que comenzó con la firma del tratado en 1998 y que se retrasó debido a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de fecha 8 de abril de 2002, que consideró necesaria una reforma constitucional para que Chile pudiera ser parte, basados principalmente en una supuesta vulneración a la soberanía del Estado. Para un análisis crítico a esta decisión del Tribunal Constitucional vid. en general, BASCUÑÁN y CORREA.

<sup>2</sup> La deuda era de larga data. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 entró en vigor el año 1951. En el artículo V de la misma se señala que: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.” Sin perjuicio de que Chile es parte de esa Convención desde 1953, recién con la Ley 20.357 de Julio de 2009 se sanciona esta figura, en el artículo 7º n° 1.

<sup>3</sup> Señala BASCUÑÁN que “Las relaciones de la adecuación de la parte general del derecho penal interno a la Parte General del derecho penal internacional, incluyendo los artículos 25 a 33 del Estatuto de Roma, es sin duda una cuestión exponencialmente más compleja que los planteados por la Parte Especial. Pues en este caso lo que está en juego es la rivalidad de paradigmas alternativos de atribución de responsabilidad penal.” Asimismo, señala que hay tres cuestiones generales que analizar al respecto:

Primero se refiere al problema de la comisión por omisión y el actuar en lugar de otro; en segundo lugar, a problemas relativos a las causales de justificación y de exculpación y, en tercer lugar, se refiere a problemas de iter criminis y participación criminal. Pues bien, los problemas que presenta en primer y en tercer lugar serán centrales en el análisis de este análisis. Cfr. BASCUÑÁN, páginas 121 y 122.

<sup>4</sup> Artículo 35 Ley 20.357.

La responsabilidad de “los superiores o responsabilidad por el mando”<sup>5</sup> se ha convertido en una de las más importantes instituciones del Derecho Penal Internacional, toda vez que, aunque normalmente son los soldados “rasos” o “de a pie (foot soldiers),” los autores directos de los crímenes, dada la naturaleza de los mismos, -éstos se extienden a la parte política y a las instituciones donde los superiores tienen el mayor grado de responsabilidad que los propios “ejecutores en la comisión de los actos punibles”.<sup>6</sup>

Este tipo de responsabilidad se vincula con la obligación del superior de evitar que sus subordinados cometan crímenes sancionados por el Derecho Penal Internacional, entendiéndose del Estatuto de Roma que, “aunque no hayan ordenado su comisión, serán responsables por su omisión de evitarlos”. (Cfr. Estatuto de Roma conc. Art. 5º, Inc. 2º CPR80).

En la práctica, la institución del Estatuto de Roma, no ha tenido la aplicación que debiera, toda vez que normalmente hay bastante evidencia para establecer “la responsabilidad del superior por hechos positivos”<sup>7</sup> y no en base a presupuestos ideológicos.

La forma en que es considerada la responsabilidad por el mando según la mayoría de los juristas, está indisolublemente unida al desarrollo moderno del Derecho Penal Internacional en desarrollo conforme a la política de los pueblos, y, por tanto, comparte con éstos sus dificultades y problemas.

#### ⇒ **EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.-**

Definir exactamente en qué consiste la responsabilidad del superior no es una tarea simple y va a estar determinada por las opciones respecto de las características de la institución que tomemos al analizar cada uno de sus elementos. La verdadera naturaleza de la responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando no es un tema que todavía esté resuelto y es, precisamente, la finalidad de este trabajo, hacer un aporte a esta discusión.

Valga en este punto, considerar que la responsabilidad por el mando se construye, al menos, sobre los siguientes elementos:

1. “Relación de superior-subordinado que implique mando y control efectivo;
2. Conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer los crímenes de base; y,

---

<sup>5</sup> Aquí se utiliza indistintamente las denominaciones “Responsabilidad por el Mando” o “Responsabilidad del Superior”, respecto a la razón para optar por una u otra, véase Infra Capítulo II, 4.

<sup>6</sup> Cfr. MARTÍNEZ, Página 639.

<sup>7</sup> Vid. BANTEKAS et al, Página 108

3. El superior omite tomar las medidas necesarias para evitar dicha comisión”;<sup>8</sup>

Estos elementos representan sólo la base de la responsabilidad por el mando. Asimismo, están expuestos sólo para otorgar un concepto que pueda ser comprensivo de distintas visiones de esta institución. Una configuración que no deje espacio a ambigüedades ni vaguedades sólo será posible al final de este estudio.

Como se puede observar, a diferencia de otras formas de imputación de un superior, en esta institución el rol del superior consiste en una omisión: no hacer todo lo que está a su alcance para evitar que los subordinados realicen los ilícitos.

Otro elemento es, la evitación del ilícito, ha sido considerado de manera diversa a la aquí señalada, estableciéndose como criterio de imputación el no ejercer de manera adecuada el deber de vigilancia.

### ⇒ LA RELACIÓN SUPERIOR SUBORDINADO.-

Con razón se ha dicho que “la relación superior - subordinado se encuentra en el corazón del principio de responsabilidad por el mando”<sup>9</sup>, no sólo porque ya en su denominación se evidencia que lo que justifica ese tipo de responsabilidad es la existencia de tal relación, sino que también por su íntima vinculación con la existencia de una organización compleja dentro de la cual o en vinculación con la cual se encuentren los subordinados y el superior. De ahí que el primer elemento que requiera ser analizado sea el de la relación superior-subordinado.

En el caso de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda la relación superior subordinado se formula en los siguientes términos:

*“El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto fuera cometido por un subordinado no libera a superior de responsabilidad penal.”<sup>10</sup>*

<sup>8</sup> Así lo han señalado las sentencias de la Cámara de Apelación y de la Cámara de enjuiciamiento, respectivamente, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en los casos contra Kordić y el juicio contra Delalić (Mucić et al.), por sus acciones en la prisión de “Čelebici”; así también se reconoce en Blaskić. Kordić (IT-95-14/2) Appeals Chamber, 17 de Diciembre de 2004, párrafo § 834; Čelebici (IT-96-21) Trial Chamber, 16 de Noviembre de 1998, párrafo § 346; Blaskić (IT-95-14) Appeals Chamber, 24 Julio de 2004, párrafo § 484. Los mismos elementos considera MARTÍNEZ: “(i) the existence of a de iure or de facto superior-subordinate relationship of effective control; (ii) the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; (iii) the superior failed to take necessary steps to prevent or punish the offences”, es decir, “(i) la existencia de una relación superior subordinado de control efectivo, ya sea de facto o de iure; (ii) el superior sabía o debía saber que el acto criminal iba a ser o había sido cometido; (iii) el superior omite tomar las medidas necesarias para prevenir o castigar el ilícito.”

Se diferencia con la formulación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia únicamente en que agrega que la relación superior subordinado puede ser de facto. MARTÍNEZ, Página 642.

<sup>9</sup> KITTICHAISEAREE, página 252. Posiblemente en referencia a Mucić et al., trial chamber párrafo 364, en que señala: “The Trial Chamber now turns to the issue which lies at the very heart of the concept of command responsibility for failure to act, the requisite character of the superior-subordinate relationship.”, es decir, “Ahora el tribunal de enjuiciamiento se vuelca al asunto que descansa en el corazón mismo del concepto de responsabilidad por el mando por omisión de acción, el requisito de la relación superior-subordinado”. Asimismo, se encuentra casi textual en Kayishema, Trial Chamber, párrafo 217: “This superior-subordinate relationship lies at the heart of the concept of command responsibility.”

<sup>10</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 7 n° 3: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility...”

Como se puede observar, no se establecen expresamente las características de la relación superior-subordinado que permitan imputar a aquél con el hecho punible de éstos, sino que, simplemente se señala que el superior será responsable por los crímenes del subordinado. Sin embargo, esta falta de especificación del concepto de superior ha sido resuelto por estos tribunales ad-hoc señalando que el “elemento fundamental es el mando o control sobre las tropas”,<sup>11</sup> pero se ha ideologizado en la mayoría de los casos.

Por otro lado, no se hace diferencia entre jefes militares y civiles, lo que no ha obstado a que el concepto “se haya aplicado a ambas clases de superiores”<sup>12</sup>. Por último, no se reconoce expresamente la posibilidad de que los superiores que sólo lo son de facto y no de iure sean responsables de los crímenes cometidos por sus subordinados, aunque nuevamente “la jurisprudencia se ha hecho cargo del asunto, señalando expresamente que los superiores de facto también pueden ser hechos responsables”.<sup>13</sup> O sea, nadie se salva.

#### ⇒ MANDO O AUTORIDAD EFECTIVOS.-

Tal como ha señalado **AMBOS**: “Uno puede argumentar que del hecho que una persona tenga subordinados claramente se sigue que tiene autoridad y control sobre ellos. Sin embargo, eso no es necesariamente cierto. El argumento es demasiado formal.”<sup>14</sup>

Hasta este punto hemos establecido en qué consiste una relación superior-subordinado, pero no hemos establecido en qué casos esa relación será suficiente para fundamentar la responsabilidad del superior.

El concepto de mando o autoridad y el control efectivo “que veremos a continuación”<sup>15</sup> es lo que en definitiva viene a establecer los casos en que el superior puede ser hecho responsable por responsabilidad por el mando.

---

<sup>11</sup> Así, en Mucic et al. se señaló que:“(in) order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences.” Es decir, “Para efectos de que el principio de la responsabilidad del superior sea aplicable, es necesario que el superior tenga control efectivo sobre las personas que cometen las violaciones base al Derecho Internacional Humanitario, en el sentido de que tengan la habilidad material de prevenir y castigar la comisión de esas ofensas”. Mucic et al., Trial Chamber, párrafo 378.

<sup>12</sup> “(Article) 7(2), clearly indicates that its applicability extends beyond the responsibility of military commanders to also encompass political leaders and other civilian superiors in positions of authority”. Es decir: “El artículo 7 (2) claramente indica que su aplicación se extiende más allá de los comandantes militares para incluir también a líderes políticos y otros superiores civiles en posición de autoridad”. Mucic et al. trial chamber, párrafo 356.

<sup>13</sup> “(a) superior, whether military or civilian, may be held liable under the principle of superior responsibility on the basis of his de facto position of authority,” “Un superior, ya sea militar o civil, puede ser perseguido por el principio de responsabilidad por el mando en base a su posición de autoridad de facto”. Mucic et al., trial Chamber, párrafo 378. También, “(formal) designation as a commander is not a necessary prerequisite for superior responsibility. Such responsibility may be imposed by virtue of a person’s de facto as well as de jure position of authority or power of control.” Es decir, “La designación formal como comandante no es un prerequisite necesario para la responsabilidad del superior. Dicha responsabilidad puede imponerse en base a la posición tanto de facto como de iure de autoridad y poder de control”. Blaskic, Appeal Chamber, párrafo 296.

<sup>14</sup> AMBOS, Superior Responsibility, página 838. “One may argue that it clearly follows from the fact that a person has subordinates that he or she also has authority or control over them. However, this is not necessarily true. The argument is too formal.”

<sup>15</sup> Vid. Infra, capítulo II, 8 y 9.

En ese sentido, la idea de mando y control efectivo viene a ser un límite a los superiores que pueden ser hechos responsable, a la vez que la inclusión de los superiores de facto había sido una forma de ampliarla.

Lo primero que hay que establecer es que mando o autoridad no representan lo mismo que el control, por lo que analizaremos los conceptos por separado, aunque “indudablemente están íntimamente vinculados”.<sup>16</sup>

El mando y la autoridad vienen a complementar a la relación superior subordinado. Con eso ya no sólo existen posiciones relativas distintas dentro de la organización, sino que se establece la facultad del superior de impartir órdenes respecto de los subordinados.

La noción de mando se diferencia de la de autoridad más bien en cuanto a la intensidad que a su naturaleza. En ambos casos lo que existe es la potestad del superior de impartir órdenes, pero en el caso del mando esas órdenes deben ser cumplidas por el subordinado y normalmente están acompañadas de una amenaza de sanción. La autoridad, tiene más que ver con un reconocimiento de estructuras normativas propias de la organización, donde se acepta que el superior puede impartir instrucciones al subordinado.

La desobediencia, en ambos casos, implica un conflicto con la organización, pero en el caso del mando pareciera que el conflicto escapa el ámbito del mero funcionamiento organizativo, afectando al individuo en un ámbito más amplio que el meramente laboral. Sin perjuicio de esto, en ningún caso puede entenderse que hay una dominación que coaccione la voluntad del individuo.

Las estructuras en que se dan situaciones de mando, como es evidente y así lo deja en claro el artículo 28º del Estatuto de Roma al hacer aplicable el mando solamente a los casos de jefes militares, son, precisamente, las organizaciones militares. Vinculado con el uso preponderante de armamento y el peligro que eso significa para los bienes jurídicos más importantes como lo son la vida y la integridad física es que las estructuras de poder se ven reforzadas ya sea con sanciones disciplinarias o incluso con tipos penales que castigan la desobediencia.

Más importante todavía es que, más allá de la amenaza concreta, hay una conciencia interna que reconoce la obligatoriedad de la obediencia. Esto implica, además, que el poder del superior con mando puede involucrar el comportamiento del subordinado incluso fuera de su ámbito de funciones.

---

<sup>16</sup> En la versión en castellano del Estatuto de Roma se habla de “mando (autoridad) y control efectivo”(artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). El hecho de que no se use el plural efectivos podría hacer pensar que la palabra sólo se vincula con el control y no con el mando. Esto se desvirtúa al revisar la versión en Inglés que habla de “effective command and control” donde el problema de interpretación podría producirse de manera inversa, es decir, considerar que sólo el mando debe ser efectivo. La versión francesa, en cambio, si utiliza el plural: “sous son commandement et son contrôle effectifs”. La explicación para estas diferencias es que el Estatuto de Roma, al menos en sus versiones en inglés y en castellano ha considerado el mando y el control como un solo concepto conjunto, que, como tal, tiene dos elementos.

El artículo 28º, al señalar en el literal a) que el jefe militar puede ser responsable por tener mando o autoridad, reconoce que dentro de las estructuras militares también son posibles relaciones de autoridad. Esto se entiende si se acepta que dentro de la estructura militar existen distintas formas de vinculación y relaciones de poder, dentro de las cuales algunas pueden representar una forma de autoridad, antes que una forma de mando.

**AMBOS** lo vincula al poder administrativo y operativo, estableciendo que el poder administrativo implica autoridad, mientras que el operativo, mando<sup>17</sup>. Lo normal será que el superior militar tenga ambas facultades, pero podría producirse situaciones en que no sea así. Es posible imaginar un superior militar que dadas las circunstancias tenga sólo poder administrativo sobre sus subordinados, por ejemplo, si maneja un centro de detención o, derechamente, tiene a su cargo a funcionarios que realizan labores administrativas.

Esto significa que para determinar si existe mando o autoridad debe observarse la relación entre el superior y el subordinado, pudiendo tener mando respecto de algunos y autoridad respecto de otros.

La relevancia de la distinción tiene que ver con la exigencia de que puede ser objeto cada uno de los superiores, que serán mayores para quien tiene mando y menores para quien tiene autoridad. El superior con mando podrá tomar medidas más intensas contra el subordinado, a la vez que controlarlo en ámbito ajenos a la realización de sus funciones. Sin embargo, esto será relevante en relación al concepto de control efectivo, así como a la posibilidad de evitación del hecho. En definitiva, será un aspecto fáctico que deberá ser acreditado ante la Corte, más que un mero problema formal vinculado con los poderes otorgados al agente.

Será más importante, entonces, determinar cuáles eran las facultades concretas (y más aún el grado de control efectivo) que un individuo tenía, más allá de si es militar o no militar. En ese sentido, el tribunal de primera instancia en Mucic et al., citando la acusación de la fiscalía, ha señalado que:

“Ha sido sometido a consideración que la responsabilidad criminal del superior dependerá del grado y forma de control que ejercite y los medios a su disposición para controlar a sus subordinados.”<sup>18</sup>

La referencia aquí está hecha al control y no al mando o autoridad, sin embargo, ambos conceptos están íntimamente ligados toda vez que se determinan mutuamente. Si no se hace referencia al mando, es porque ya ha sido considerado dentro del concepto de control.

---

<sup>17</sup> Cfr. AMBOS, Superior Responsibility, página 839.

<sup>18</sup> Mucic et al., Trial Chamber, párrafo 349. “It is submitted that the criminal responsibility of the superior will depend upon the degree and form of the control which he exercises and the means at his disposal to control his subordinates.”

Llama la atención, en ese sentido, que en el literal **b)** del artículo 28º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, referido a los superiores que no son jefes militares, se establezca un límite a la obligación del superior que no existe en el caso de los jefes militares, en cuanto señala que el superior será responsable cuando “ii) Los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”.

Esto deja claro que el superior militar tiene facultades que van más allá de las simples funciones del subordinado, de modo que el superior puede ser hecho responsable por un agente que comete crímenes actuando, sobrepasando o fuera de esas funciones. A la vez, significa que el superior no militar cesa en su obligación cuando el subordinado está actuando fuera del ámbito de sus funciones organizacionales.

Sin embargo, lo dicho respecto al jefe militar sólo es cierto cuando el ámbito de funciones que ejerce son de mando, mientras que si son de autoridad, debiera aplicarse la limitación establecida para los superiores no militares.

Sin perjuicio de eso, por otras vías debiera llegarse a la misma solución, si consideramos que su autoridad no alcanza la conducta realizada por los subordinados o que en el ámbito en que el subordinado realizó las conductas no había control efectivo por parte del superior.

La disposición, en definitiva, debió haber estado referida a las relaciones de autoridad, en desmedro de las de mando, en lugar de estar referida a los superiores no militares, en desmedro de los militares.

De todos modos, la inclusión de la disposición otorga claridad respecto al límite de la responsabilidad de los superiores y es un aporte interpretativo que puede utilizarse igualmente en el caso de los superiores militares.

Por otro lado, este elemento también tiene un contenido relativo a la vinculación subjetiva entre un superior y determinados subordinados. El Estatuto de Roma se refiere a “fuerzas (subordinados) bajo su mando (autoridad) y control efectivo”. En ese sentido, la obligación de evitar las conductas de los subordinados sólo nace con una asignación organizativa de esos subordinados al superior determinado.

Desde la mirada del Derecho Penal, esto quiere decir que dentro de la organización existe una expectativa de que ese superior dirija el comportamiento de los subordinados, ya sea de manera directa (dando el mismo las órdenes) o de manera indirecta (por posición en la cadena de mando o por delegación de funciones).

Es posible que un individuo que está en una posición relativa superior a las fuerzas criminales que cometen ciertos ilícitos dentro de la organización compleja tenga el poder fáctico de impedir que cometan determinados ilícitos, pero que no tenga una vinculación directa con esos subordinados.

Por ejemplo, un comandante se encuentra asignado a una zona territorial y se entera que soldados de su ejército están cometiendo crímenes en una zona que no le ha sido asignada. Tal vez tenga el poder de evitar que esa comisión continúe. Podría viajar al lugar de los hechos y dar directamente órdenes a los subordinados, podría hablar con el comandante que está a cargo de esa zona o con sus superiores. Lo normal, en la práctica, será que aquí falte la capacidad de evitación, pero puede darse que la tenga. En estos casos no podemos decir que estemos ante un caso de mando o autoridad respecto de los individuos que están cometiendo los ilícitos (y mucho menos podremos hablar de que exista control efectivo).

Aceptar la tesis contraria equivaldría a extender la responsabilidad por el mando a todos los miembros de cierto rango en la organización. Lo cierto es que es sin duda deseable que todo superior busque impedir que subordinados, incluso que no están a su cargo, cometan crímenes, pero no es posible construir respecto de ellos una posición de garante que justifique su sanción por el Derecho Penal Internacional.

No es la mera pertenencia a la institución lo que explica el deber de garante, sino el hecho que, vinculado con la organización, “se tengan bajo su cargo (expectativa de ejercicio de la autoridad y control) a cierto grupo de subordinados”<sup>19</sup>.

Posiblemente, en estos casos, no existan más que meras faltas administrativas (si omite ciertos deberes de informar o denunciar), o incluso ninguna conducta que se le pueda sancionar al superior.

#### ⇒ NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR.

El artículo 28° del Estatuto de Roma señala que el superior “será penalmente responsable por los crímenes de competencia de la Corte que hubieren sido cometidos... en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas (que cometen los crímenes de base)...”<sup>20</sup>.

Esto lleva a plantearse cuál es la naturaleza de la responsabilidad de los superiores. Como señala la pregunta que da el subtítulo al artículo de NERLICH sobre el artículo 28°: ¿Por qué cosa exactamente es hecho responsable el superior?<sup>21</sup>.

Existe unanimidad en cuanto a reconocer que lo que describe el artículo 28° del Estatuto de Roma “es una conducta omisiva”.<sup>22</sup> Sin embargo, ese es el único acuerdo claro que hay respecto a la naturaleza de la conducta y el título al cual se imputa al superior.

---

<sup>19</sup> Se verá más adelante que esto no obsta a que el superior no sea directo, es decir, que haya un superior “intermedio”, entre aquél y los subordinados. Vid. *Infra* capítulo II,

<sup>20</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 28.

<sup>21</sup> Cfr. NERLICH, ya en el mismo título del trabajo.

<sup>22</sup> Cfr. AMBOS, *La Parte General...*, página 296, WERLE, página 226, BONAFE, página 604, MELONI, página 620.

La pregunta tiene varias aristas. En primer lugar, corresponde determinar si la responsabilidad del superior representa un tipo autónomo, es decir, el superior es hecho responsable por el delito de infracción al deber de vigilancia, o si, en cambio, es una forma de comisión o participación de los delitos señalados en el artículo 5º del Estatuto de Roma<sup>23</sup> que realizan de propia mano los subordinados. La implicancia de tomar una u otra posición será relevante en varios sentidos.

En primer lugar, tomar la primera opción implica que estamos frente a un tipo penal autónomo, en cambio la segunda posición significará considerarlo un autor o partícipe en los hechos de sus subordinados.

En segundo lugar, la gravedad del hecho difiere en uno y otro caso. Así, es más grave un partícipe en un crimen internacional que quien ha cometido una simple falta a sus deberes, lo que puede significar diferencias sustanciales en la cuantía de la condena.

Por otro lado, optar por la primera posición (tipo autónomo) permite explicar con claridad las obligaciones de castigo y denuncia, que son simplemente otras obligaciones que el superior puede incumplir, mientras que bajo la segunda interpretación --forma de participación—“serán totalmente incoherentes con la institución”<sup>24</sup>.

Por último, desde el punto de vista del tipo subjetivo, la segunda posición no puede conciliarse con una responsabilidad por culpa, dado que no se puede concebir la participación culposa en un hecho doloso. Todos estos temas serán analizados en este capítulo.

Luego de esto, se explicará como la conducta del superior no es un asunto simplemente formal, sino que requiere de la existencia de una posición de garante que fundamente su punibilidad y cuál sería la fuente de dicha posición de garante. Esto es lo que, en definitiva, le dará su verdadero alcance a la responsabilidad por el mando.

Por último, cabe preguntarse la conexión entre los crímenes de base y la conducta del superior: ¿Es el superior un autor de su propio delito, es un coautor en conjunto con los subordinados, es autor mediato de los delitos cometidos por los subordinados o un cómplice de ellos?

---

<sup>23</sup> Señala el artículo 5º del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “1. La competencia internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”a de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

<sup>24</sup> Esto lleva a NERLICH a sostener que estamos frente a “cuatro formas de responsabilidad del superior”, NERLICH página 667.

## ⇒ TIPO POR EL QUE RESPONDE EL SUPERIOR

La primera pregunta que corresponde hacerse es por cuál tipo penal responde el superior. El artículo 5º del Estatuto de Roma señala que:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.”<sup>25</sup>

A través de esta disposición se limita la competencia de la Corte a cuatro delitos generales, que son, a su vez, los delitos más graves para la comunidad internacional: Genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión<sup>26</sup>. Los artículos 6º, 7º y 8º exponen que se entiende por esos crímenes, siguiendo el modelo anglosajón de entregar vastos ejemplos. En ninguno de esos casos se expone como delito autónomo la responsabilidad del superior. ¿Es posible sostener, de todos modos, que se trata de un delito especial? La controversia está correctamente expresada por **BONAFÉ**:

¿(Es) la responsabilidad por el mando un medio para sostener indirectamente la responsabilidad penal del superior por los actos criminales realizados por sus subordinados? O, más bien ¿Es el superior perseguible por su propia conducta punible, esto es, por no haber prevenido dichos crímenes o por no haber castigado a sus responsables?<sup>27</sup>

En definitiva, estamos frente a dos posiciones distintas: Una considera que en la responsabilidad de mando hay un delito especial que sólo puede cometer el superior y que consistiría en no ejercer de manera adecuada las obligaciones de vigilancia. La segunda posición considera que la responsabilidad por el mando es una forma de participación o un caso de coautoría del superior en el delito de los subordinados, es decir, es cómplice o coautor de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc. Esta segunda posición es la que se considera correcta para los juristas.

Optar por una u otra concepción no es un asunto de interés meramente dogmático: la gravedad del hecho difiere en uno y otro caso.

---

<sup>25</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 5.

<sup>26</sup> El número del artículo 5 del Estatuto de Roma señala que: “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.” Esta definición no se ha hecho, de modo que el crimen de agresión no se encuentra implementado aún.

<sup>27</sup> BONAFÉ, página 603. “...is command responsibility a means of indirectly holding a superior responsible for the criminal acts carried out by his or her subordinates? Or rather, is the superior criminally liable for his or her personal misconduct, that is, for not having prevented such crimes or for not having punished those responsible?”

Así, es más grave un partícipe en un crimen internacional que quien ha cometido una simple falta a sus deberes, lo que ha significado en la práctica que a ciertos superiores se les impongan penas bajas por la participación que tuvieron.<sup>28</sup>

Por otro lado, considerar que es un delito autónomo permite aceptar las obligaciones de castigo y denuncia, que suceden luego de cometido el hecho, mientras que bajo la primera interpretación serán totalmente incoherentes con la institución y deberán interpretarse acorde con ella.

Por último, desde el punto de vista del elemento interno, si se considera que es una forma de participación en el hecho de los subordinados, necesariamente tendremos que excluir hipótesis de responsabilidad por el mando culposas<sup>29</sup>.

### ⇒ LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR COMO DELITO ESPECIAL.-

Esta posición, aunque más reciente, está tomando cierta fuerza en la doctrina y “jurisprudencia de los tribunales ad-hoc”<sup>30</sup>. Señala **AMBOS** que: “El artículo 28º puede ser caracterizado como un crimen especial de omisión ya que permite perseguir al superior sólo por la ausencia de una supervisión y control adecuados de sus subordinados, pero no, la menos no directamente, por los crímenes que ellos cometan.”<sup>31</sup>

Luego, señala que dichos delitos se imputan directamente a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la omisión de prevenir que ocurrieran. Agrega que, entonces, estamos frente a una omisión simple y no ante una comisión por omisión<sup>32</sup>. Señala luego que: “Entonces, el artículo 28º es un crimen de omisión separado consistente, a nivel objetivo, en la omisión (failure) del superior de supervisar adecuadamente a sus subordinados.”<sup>33</sup>

A través de este capítulo se ha podido determinar la exacta naturaleza de la responsabilidad por el mando.

En primer lugar, no es posible sostener que se trata de un delito autónomo en que incurre el superior. Esto, principalmente por dos razones:

---

<sup>28</sup> Más adelante en este capítulo se comentará la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso de Hadžihasanović y Kubura.

<sup>29</sup> Este problema sólo se refiere al elemento cognoscitivo. Respecto al elemento volitivo no existe duda de que sólo se acepta la comisión dolosa. Esto se analizará en detalle Infra capítulo IV, 3.

<sup>30</sup> Vid. en general, Mucic et al, Kayishema.

<sup>31</sup> AMBOS, Superior Responsibility, página 833. “Article 28 can be characterized as a genuine offense of separate crime of omission, since it makes the superior liable only for a failure of proper supervision and control of his or her subordinates but not, atleast not “directly”, for the crimes they commit.”

<sup>32</sup> En este punto, parece aceptar el criterio de clasificación de la omisión en propia o impropia según si se le atribuye o no un resultado a la acción.

<sup>33</sup> AMBOS, Superior Responsibility, página 833. “Thus, Article 28 is a separate crime of omission that consists, on an objective level, of the superior’s failure properly to supervise subordinates.”

Primero, por el hecho de que los crímenes de base deben haberse cometido “en razón” de la omisión del superior, estableciendo una relación de causalidad con el hecho de los subordinados y, en segundo lugar, por el hecho de exigírsele conocimiento al superior, lo que no tendría sentido si no se le fuere a imputar el delito de los subordinados.

En base a esto, podemos decir que la omisión del superior es una forma de participación en el hecho de sus subordinados. Como tal, se ha establecido que existe una íntima vinculación en el hecho del superior y de los subordinados: Si no existe la antijuridicidad de la conducta de los subordinados, tampoco existirá la antijuridicidad de la conducta del superior.

Así, tenemos que la conducta del superior es accesoria a la del subordinado. Como conducta accesoria colabora, mediante su omisión, con la comisión del crimen de base. De este modo, se dan todos los requisitos para que se pueda establecer que la conducta del superior es una forma de complicidad con la comisión de crímenes de los subordinados.

#### ⇒ FORMAS DE PARTICIPACIÓN ATRIBUIBLES AL SUPERIOR.-

Ya se ha establecido que el superior responde no por un delito propio, si no por el delito que cometen los subordinados, sin embargo, todavía no se ha determinado a qué título se realiza dicha imputación. El artículo 25º del Estatuto de Roma recoge las formas de autoría y participación que se aceptan en Derecho Penal Internacional, sin establecer una verdadera escala de gravedad de las conductas. Se pueden distinguir hipótesis de autoría, coautoría y autoría mediata (art. 25º 3.a)<sup>34</sup>, de inducción e instigación (art. 25º 3.b)<sup>35</sup> y de colaboración o facilitación (art. 25º 3.c).<sup>36</sup>

Se analizarán las hipótesis empezando por la autoría mediata y la inducción, y luego se analizará la posibilidad de autoría (ejecutiva), para descartarlas todas y centrarnos luego en la coautoría y complicidad, en términos amplios, para terminar con una pequeña alusión al encubrimiento, que será desarrollada posteriormente.

Debe advertirse que este análisis tendrá algo de provisorio, toda vez que las categorías de participación obedecen a problemas normativos de derecho positivo y no a categorías ónticas anteriores a la ley. Al respecto, no puede decirse que haya hoy día una teoría acabada sobre la autoría y la participación en Derecho Penal Internacional, de modo que a medida que se vayan depurando las categorías y que se vinculen con los problemas propios de la imputación en la omisión es que la respuesta podrá darse entérminos más precisos.

---

<sup>34</sup> Señala el artículo 25 3.a del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; “

<sup>35</sup> Señala el artículo 25 3.b del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

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

<sup>36</sup> Señala el artículo 25 3.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

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

## ⇒ EL SUPERIOR COMO AUTOR MEDIATO.-

El autor mediato, es aquel que sin tomar parte en los hechos es el que tiene el control final de la acción por utilizar a otro como instrumento, aprovechándose de su inimputabilidad, error o a través de la utilización del aparato de poder para obtener sus fines<sup>37</sup> (que es la que constituye el núcleo de la autoría mediata en el Derecho Penal Internacional)<sup>38</sup>.

Esta última hipótesis tiene características diferentes a las demás, por lo que merece un comentario adicional. En cierto modo, la institución de la autoría mediata por utilización de aparato organizado de poder y la responsabilidad del superior tienen ciertas similitudes por una parte, y como se deduce de las opiniones de los juristas se está frente a la existencia de una estructura organizativa compleja que es parte de la esencia de la responsabilidad por el mando, tal como lo es un requisito primordial para estar ante una autoría mediata por dominio del aparato organizado de poder.<sup>39</sup>

Asimismo, en ambos casos, estamos en presencia de posiciones jerárquicas distintas dentro de la misma organización, en la que uno ocupa el lugar de superior. Donde el autor mediato es hecho responsable por hechos que el no ha ejecutado de propia mano, tal como el superior en la responsabilidad por el mando.

Sin embargo las diferencias son también muy evidentes: La autoría mediata es una forma de dominio de la voluntad ajena en que el autor mediato dirige el actuar del instrumento. Esto se contrapone, en general con cualquier tipo de conducta omisiva, de tal manera que sólo es posible ser autor mediato por una conducta positiva.<sup>40</sup>

En efecto, del superior que deja de impedir un crimen no se puede decir que está dominando las voluntades de sus subordinados para que realicen la conducta, ni que ha utilizado a la organización para el mismo fin.

Se podría considerar que es posible la autoría mediata por omisión, pero lo cierto es que los casos que se pueden plantear representan en realidad otro tipo de forma de imputación. Por señalar un ejemplo, el enfermero que deja al paciente mental cerca de otro para que lo ataque lo podemos ver de dos formas: o que es simplemente autor por no controlar la fuente de peligro que tenía a su cargo, lo que no es un problema de autoría mediata, sino que directa o que su actuar positivo, dejar al paciente cerca del otro, es lo que fundamenta su responsabilidad.<sup>41</sup>

La omisión es esencialmente el no intervenir en un suceso, permitiendo que siga un curso causal que ya se ha iniciado. Que el omitente se encuentre de acuerdo con ese curso causal no implica nada desde el punto de vista de su responsabilidad y mucho menos implica que a conducta se desarrolló por le ejercicio de su control. Si ha ejercitado su control sobre el instrumento, deja de ser una omisión y deja, por lo tanto, de ser responsabilidad por el mando.

---

<sup>37</sup> cfr. ROXIN, Autoría..., páginas 163 y 164, CURY, página 597, JESCHECK, pagina 919, JAKOBS, página 763.

<sup>38</sup> Cfr. ROXIN, El dominio..., página 12.

<sup>39</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., páginas 269 y 270.

<sup>40</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., página 509

<sup>41</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., página 509

Supongamos el caso que está en el núcleo de la responsabilidad por el mando: El superior recibe la noticia de que sus subordinados van a cometer crímenes contra una población civil, por ejemplo, van a matar a todos los habitantes de un pueblo. El superior tiene la posibilidad de evitar la comisión del ilícito, pero no lo hace. Aunque esté muy conforme con el plan de sus subordinados, no podemos decir que el tenga el control sobre los crímenes que ellos cometan, ni que los esté usando como instrumentos.

Estamos ante una situación completamente distinta, en que existe una forma de cooperación al retirar el obstáculo que implica intentar prevenir el hecho.

⇒ **EL SUPERIOR COMO INDUCTOR.-**

La doctrina<sup>42</sup> ha entendido que el inductor es aquel partícipe que hace nacer en otro la resolución delictiva.

Tal como lo que sucede con el caso de la autoría mediata, no es posible concebir la inducción mediante una omisión, toda vez que lo que se necesita de parte del inductor es, precisamente, que haga nacer el ejecutor la resolución delictiva. No es posible, mediante un no-hacer, generar dicha resolución delictiva.<sup>43</sup>

En el caso de la responsabilidad por el mando, se asume la existencia de la resolución delictiva de los subordinados y no se dice que el superior deba contribuir de alguna forma a generarla. Simplemente, debe evitar que esa resolución delictiva ya existente se concrete en un ilícito.

⇒ **EL SUPERIOR COMO AUTOR (EJECUTOR).-**

Entendiendo como autor ejecutor el que realiza de propia mano la conducta incriminada<sup>44</sup>, esta será la tesis que sostienen quienes consideran la responsabilidad por el mando como un tipo penal autónomo, distinto del delito cometido por sus subordinados. Bajo dicha concepción, por supuesto, considerar que el superior es un ejecutor es algo completamente coherente con la interpretación de la institución y el asunto requiere mayor análisis: si el tipo consiste en no cumplir adecuadamente el deber de vigilancia, entonces, el único que puede incurrir en la conducta es el propio superior que ha incumplido su deber de vigilancia y, por tanto, será autor del delito.

Sin embargo, podría plantearse que el superior es autor ejecutor (distinto que coautor, que lo veremos a continuación) incluso por quienes sostienen que el superior es responsable del delito de sus subordinados.

Esto parte de la base de considerar que no es posible la participación por omisión y que el omitente siempre será autor del delito. Así, el sicario que lanza a su víctima al mar para que se ahogue y el salvavidas que no se lanza a rescatarlo serían ambos autores del homicidio, pero no coautores.

---

<sup>42</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Derecho Penal, Tomo II, página 91, CURY, página 624, JESCHECK, página 957, WELZEL, página 139.

<sup>43</sup> Vid. CURY, página 624

<sup>44</sup> Cfr. WELZEL, página 120, ROXIN, Autoría..., página 149, CURY, página 595, ETCHEBERRY, Derecho Penal, Tomo II, página 88.

Sus responsabilidades irían por causas paralelas. Señala **KAUFMANN** que si cincuenta nadadores (o salvavidas) omiten salvar a un niño, cada uno es autor del delito, pero no puede decirse que lo hayan realizado “en común”<sup>45</sup>.

Si uno entiende la causalidad en la omisión como una forma inversa de la causalidad en la comisión se puede hacer el siguiente análisis: En el caso de la comisión, para determinar la causalidad, es necesario determinar qué elementos condujeron a que se produzca un determinado resultado.

Esto, normalmente, significará encontrar un solo curso causal. Ese curso causal estará constituido por infinitos hechos de los cuales se seleccionará los jurídicamente relevantes por diversos criterios (y luego eso se limitará por la aplicación de la imputación objetiva). Una vez hecho esto se determina a quién o a quiénes puede atribuirse ese curso causal. Luego, se excluye cualquier otro curso causal.

En la omisión, en cambio, se parte determinando un curso causal de la forma anterior, pero lo relevante serán los infinitos cursos causales que no se produjeron. Cada curso causal que no se produjo, que se complementa con un deber de haber realizado dicha conducta, es decir, una posición de garante, implica la existencia del delito. Así, cada curso causal negativo no excluye a otro. Esto lleva a que, en el ejemplo antes expuesto, no exista problema en determinar las autorías paralelas y así puede entenderse que existan cincuenta nadadores responsables paralelamente por no realizar el rescate.<sup>46</sup>

Esto significa que también es posible la concurrencia de una autoría por comisión con una (o varias) por omisión. Es el caso del sicario que tira a la persona al mar para que se ahogue (curso causal positivo) y del salvavidas que no lo socorre (curso causal negativo). Ambos pueden ser autores de manera paralela.<sup>47</sup>

Sin embargo, en base a este mismo análisis se puede observar que esto no servirá para fundamentar la autoría en todos los casos omisión. Si se piensa en el mismo caso del hombre en el agua, desde el punto de vista del salvavidas no importa si el sujeto ha caído al agua por la acción del sicario o por una causa fortuita no atribuible a ninguna persona. El caso de la responsabilidad por el mando es distinto, porque si las muertes, por ejemplo, que causan los subordinados fueran causadas por algo de una naturaleza distinta, como una enfermedad o el ejército enemigo, no sería posible fundamentar la responsabilidad del superior.

La conclusión de esto es evidente: la conducta del superior y los subordinados no tienen nada de paralelas, sino que están íntimamente vinculadas. Dado esto, no es posible fundamentar de manera dogmática que la responsabilidad de cada uno sea independiente o paralela a la de los otros y, por lo tanto, la explicación de las autorías paralelas no satisface la necesidad de una explicación de la participación del superior: Sólo dada la conducta punible de los subordinados es que existe la responsabilidad del superior, es decir, la conducta del superior es accesoria a la de los subordinados.

---

<sup>45</sup> KAUFMANN se está refiriendo a casos de omisión simple (omisión de socorro), por eso habla de nadadores, pero nada obsta a que utilicemos salvavidas, que es un caso de comisión por omisión. Cfr. KAUFMANN, página 202. Sobre esto en detalle, también Vid. BACIGALUPO, páginas 157 y siguientes

<sup>46</sup> Cfr. KAUFMANN, página 202 y siguientes.

<sup>47</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., página 508.

## ⇒ EL SUPERIOR COMO CÓMPLICE.-

Para que estemos frente a una autoría por omisión se requieren al menos dos requisitos: que por un lado exista un tipo que se pueda realizar por omisión y, por otro que exista un deber de garante.<sup>48</sup>

**ROXIN** señala que existen dos casos en que se puede ser cómplice por omisión, en caso de faltar alguno de los dos requisitos señalados.

(1) El primero de ellos es el caso en que el que no realiza una conducta no está en posición de garante, pero que cambia su comportamiento a efectos de facilitar la comisión del ilícito<sup>49</sup>. Cita el caso de una persona que sabe que unos asesinos matarán esa noche a su vecino. A la vez, esta persona sabe que los ladrones entrarán a su jardín para desde ahí, saltar al jardín del vecino y matarlo. Para facilitar la faena la persona, que odia a su vecino, no pone la llave a la puerta de su casa esa noche. No se puede decir que exista ahí una posición de garante, pero si una cooperación en el hecho ajeno.<sup>50</sup>

(2) La segunda posibilidad es que ético-socialmente no pueda considerarse que la omisión es equivalente a la comisión, es decir, que la realización del tipo no pueda atribuirse a una omisión.<sup>51</sup> **ROXIN** limita bastante esta segunda opción refiriéndose a tipos que por su naturaleza no pueden ser realizados por omisión.

Para caracterizarlos hace una suerte de ejemplificación taxativa<sup>249</sup>, donde incluye casos de delitos de propia mano, delitos de infracción de deberes personalísimos y delitos de apropiación, donde la apropiación se diferencia de la sustracción en cuanto al aprovechamiento económico que significa la disposición autónoma de la cosa.

El omitente no tiene ese poder de disposición. Así, por ejemplo, el guardia que no impide un hurto, faltando a su deber de garante.<sup>52</sup>

Sin embargo, este concepto de ROXIN puede extenderse un poco más sin que se pierda el espíritu del análisis. Debemos considerar que el problema no es que el tipo mismo pueda o no realizarse por omisión, sino que si la posición de garante respectiva y la omisión de ese actuar podría autónomamente generar la producción del resultado de manera omisiva.

Se puede observar esto mediante un ejemplo: el caso más simple de comisión por omisión que es el homicidio de la madre que deja de alimentar a su hijo. Es claro que el tipo se puede realizar de forma omisiva. En ese sentido, no parece ser posible concebir la participación por omisión.

Sin embargo, la situación es distinta si se exige una actividad típica y antijurídica de un tercero para que se configure la responsabilidad. Esto sucederá en todos los casos de garantes de evitar que individuos cometan delitos.

---

<sup>48</sup> Sobre esto en detalle, Vid. ROXIN, Autoría..., páginas 514 y siguientes.

<sup>49</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., página 514.

<sup>50</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., página 524.

<sup>51</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., página 514.

<sup>52</sup> Cfr. ROXIN, Autoría..., páginas 519

Como ya hemos dicho, en esos casos, no puede hablarse de autorías paralelas, toda vez que de no mediar la antijuridicidad típica de la conducta del tercero no sería posible fundamentar la responsabilidad del omitente.

Las conductas no son independientes. Dado que los subordinados, en el caso de la responsabilidad por el mando, también podrían matar, ¿en que se diferencia eso de la conducta de la madre que deja de alimentar a su hijo?

La madre está obligada a evitar el resultado dentro de lo que esté a su alcance: así, no será diferente si no impide que el niño gatee hasta el balcón y se lance mientras ella lo observa como si es un tercero el que toma al niño para lanzarlo del balcón (siempre que hubiera sido fácilmente evitable).

En el caso de los superiores jerárquicos se produce algo distinto: no deben evitar toda forma de peligro contra un bien jurídico (como la vida del menor), sino la que proviene de conductas típicas y antijurídicas de sus subordinados. Será totalmente distinto si a un grupo lo mata el ejército enemigo o lo matan los subordinados del superior. Así, a diferencia de los casos anteriores, la obligación de actuar del superior no dependerá de un hecho independiente de si está o no determinado por la conducta de terceros, si no que, necesariamente, requiere que haya una conducta antijurídica de los subordinados.

Esto implica que ambas conductas necesariamente están en una vinculación íntima y que la antijuridicidad de una (la de los subordinados) fundamenta la antijuridicidad de la otra (la del superior).

De esto llegar a la complicidad implica un paso de menor complejidad: la conducta del superior es accesoria a la de los subordinados, toda vez que la conducta de los subordinados constituye delito aún sin que hubiera existido el superior, mientras que la omisión del superior sólo es relevante dada la conducta de los subordinados: dicho de otro modo, no es posible concebir que el superior esté desarrollando él mismo una parte de la conducta típica.

Por último, la conducta del superior sí ha significado una forma de cooperación en el hecho de los subordinados, fundamento nuclear de la complicidad. Entender la cooperación por omisión, de manera abstracta es más complejo que la simplicidad con que se acepta en la práctica.

El caso más conocido es el del “ama de llaves” que no pone llave a la puerta sabiendo que su amante entrará ese día a robar a la casa de su patrón. Dicha conducta omisiva ha facilitado la comisión, esto es, causalmente, ha significado un aporte para que quienes iban a ejecutar el acto pudieran realizarlo. Lo mismo sucede en el caso del superior: mediante su omisión de evitar el ilícito ha permitido, precisamente, que este se configure la comisión de los crímenes de competencia de la Corte, lo que implica una cooperación en el hecho.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Esto, por supuesto, requiere de convergencia intencional, problema que será tratado a propósito del elemento interno, *Infra* capítulo III, 4.4 y 4.5.

⇒ **CASO DEL SUPERIOR COMO COAUTOR.-**

La regla general, entonces, es la complicidad, pero puede suceder que en ciertos casos estemos frente a hipótesis de coautoría.

Lo que caracteriza a la coautoría es la división del trabajo y la resolución conjunta.<sup>54</sup> Es decir, entre todos tiene el dominio del hecho o, mejor dicho, que tienen el dominio del hecho en conjunto. Esto será más bien simple en el caso de que cada uno realice una parte del hecho típico, aunque una sea nuclear y la otra periférica, como los individuos que realizan un robo, apropiándose de las cosas uno y realizando la intimidación o la violencia el otro. El delito se configura por la acción de ambos.

Pero puede suceder, en cambio, que uno realice la conducta típica y otro funciones de cooperación atípica. En esos casos puede pensarse que quien realiza la conducta atípica es un mero cómplice, pero la verdad es que en esos casos lo que ha sucedido es que según el plan del autor o de los autores la ejecución es compleja y han tenido que dividirse el trabajo para poder llevar a cabo el tipo. Explicado con un ejemplo, no parece ser relevante, si hubo concierto entre ambos, quién es el que le tocó tomar las bolsas con dinero, quién sostuvo la pistola para amenazar a las víctimas y quien condujo el auto en la huida: todos son igualmente autores.

Así, tenemos que la clase de colaboración, siempre que se vincule a la ejecución del hecho, no tendrá relevancia para hacer la diferencia entre coautoría y complicidad. Lo relevante, entonces, será la resolución conjunta o el concierto. El concierto requiere que exista un plan en el que cada uno de los involucrados tenga una parte que realizar.<sup>55</sup>

En el caso de la responsabilidad por el mando puede suceder perfectamente que los subordinados que se aprestan a cometer los ilícitos informen de esto al superior, solicitándole que se abstenga de realizar las conductas de prevención debidas. Si el superior adquiere el compromiso ha pasado a tener un rol dentro del plan, en que deberá omitir la prevención del hecho. Hay simplemente una división del trabajo.

Podría objetarse que la división no es aleatoria, es decir, que sólo el superior era el que tenía la obligación de impedir el hecho y por eso no es un simple división del trabajo, pero esto no tiene ninguna relevancia, como no la tiene que el que dispare a la víctima sólo pueda ser el que sabe ocupar una pistola o que el que inmovilice a la víctima sólo pueda ser el más fuerte, lo único relevante es que exista una resolución conjunta de llevar a cabo el hecho.

Normalmente la resolución delictiva provendrá del superior, caso en el que más bien va a estar utilizando el aparato de poder o dando una orden,<sup>56</sup> y donde la omisión de la prevención no tendrá ninguna relevancia (y no habrá responsabilidad por el mando), pero si es a la inversa y la resolución delictiva surge de los subordinados, quienes solicitan al superior que no intervenga, entonces estamos frente a un caso de coautoría.

---

<sup>54</sup> Cfr. CURY, página 610.

<sup>55</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Derecho Penal, Tomo II, páginas 94 y 95.

<sup>56</sup> Que se trata como equivalente a la inducción en el artículo 25 3 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

## ⇒ ¿LA DENUNCIA COMO HIPÓTESIS DE ENCUBRIMIENTO PUNIBLE?

Sólo esbozaremos acá un problema que trataremos al referirnos al deber de poner el asunto en conocimiento de la autoridad, pero cabe señalar que los códigos penales de la época clásica consideraban el encubrimiento como una forma de participación y vinculaban su punibilidad al delito encubierto, como lo hace todavía el Código chileno.<sup>57</sup>

Hoy en día el encubrimiento se considera como una forma de participación, sino que como un delito autónomo y así los códigos modernos lo tratan con una pena especial<sup>58</sup>.

Pues bien, la versión en español del Estatuto de Roma considera dentro de las formas de participación el encubrimiento<sup>59</sup>, pero no es posible<sup>60</sup> concebir la participación en un hecho si el hecho ya ha sido llevado a cabo y así se vincula el encubrimiento a quien “facilita la comisión de ese dogmáticamente, más bien, constituye una forma de complicidad. Esto se ve refrendado por el hecho de que las versiones en inglés y francés no se refieren al encubridor, si no que a otros colaboradores.<sup>61</sup>

Es posible que el deber de denuncia sea la forma de concebir el encubrimiento por omisión dentro del sistema del Estatuto de Roma, demodo que es inevitable entender que tendrá una necesaria incoherencia dogmática que analizaremos al tratar el deber de denuncia.<sup>62</sup>

## ⇒ LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN LA LEY CHILENA.

El análisis de la naturaleza de la responsabilidad por el mando presenta muchos menos problemas en el Derecho interno que en el Derecho Penal Internacional.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional no tiene penas específicas asignadas a cada delito, sino que un régimen general de penas sin un mínimo y con un máximo de encierro de 30 años que en casos calificados puede ser a perpetuidad.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> El artículo 14 del Código Penal Chileno señala: “Son responsables criminalmente de los delitos: 3º. Los encubridores.”

Esto se complementa con el artículo 52 que señala: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simples delitos frustrados y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito”.

<sup>58</sup> Así, el artículo 451 del Código Penal Español y los párrafos 257 a 260a del Código Penal Alemán.

<sup>59</sup> Artículo 25.3.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional: 3. “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión un crimen de la competencia de la Corte quien: c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;”

<sup>60</sup> Que se trata como equivalente a la inducción en el artículo 25 3 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>61</sup> En la versión en inglés, donde dice encubridor en la versión castellana, se utiliza el vocablo abets, que tiene que ver con colaboración en el hecho y no después de él. En la versión francesa pasa algo similar.

<sup>62</sup> Vid. Infra capítulo V, 4.

<sup>63</sup> Señala el artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o  
b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y

En el Derecho interno, en cambio, a cada delito se le asigna una pena, así, podemos entender que hay una forma de participación dependiente cuando la pena de un individuo depende de la pena del hecho de base y un delito independiente cuando existe una pena especial para ese delito.

En el caso de la responsabilidad por el mando se señala expresamente que el superior es responsable de los delitos que no ha evitado, mediante la fórmula “Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley...”<sup>64</sup>.

Así, consideramos que el legislador chileno ha tenido el buen criterio de recoger la institución en los términos en que debe ser interpretada como lo hemos sostenido a lo largo de este capítulo.

Sin perjuicio de esto, la ley señala que serán sancionados como autores, siendo que nosotros hemos señalado que son cómplices.

A esta aseveración no se le puede dar un alcance dogmático excesivo.

La unanimidad de los autores chilenos<sup>65</sup> reconoce que en el sistema general de autoría establecida en el artículo 15 del Código Penal<sup>66</sup> chileno se recogen formas de intervención que no son autoría, lo que más bien sería una agrupación en base a la punibilidad de la conducta del agente más que una caracterización de naturaleza dogmática.<sup>67</sup>

b) Se puede arribar a esta conclusión sin vulnerar la letra de ley debido a que el artículo 15 establece que “Se consideran autores...” y no que “son autores” los intervinientes que ahí se señalan.<sup>68</sup>

---

las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

<sup>64</sup> Artículo 35 de la Ley 20.357.

<sup>65</sup> Cfr., por todos, ETCHEBERRY, Derecho Penal, tomo II, página 86 y 87, CURY, página 585, 624 y 629, GARRIDO MONTT, tomo II, página 386.

<sup>66</sup> Artículo 15 del código Penal Chileno: “Se consideran autores:

1.° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2.° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3.° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.”

<sup>67</sup> Estamos de acuerdo con lo referido al inductor, pero no lo que señala CURY (cfr. página 629) respecto a los autores del 15 n° 3. Ellos son propiamente autores, en virtud del dominio funcional del hecho, entendido en los términos que lo expresa cfr. ROXIN, Autoría y dominio..., página 303 y siguientes, como bien lo aplica para el Derecho chileno, cfr. YAÑEZ, página 58 y siguientes

<sup>68</sup> Aunque no necesariamente en los mismos términos, cfr. ETCHEBERRY, Derecho Penal, Tomo II, página 87.

Lo mismo se puede decir respecto de la norma del artículo 35 de la ley 20.357, que señala que serán “sancionados como autores”<sup>66</sup> y no que “son autores”. Semejante fórmula no puede ser considerada como efecto del azar o una redacción deficiente, sino que, precisamente como una forma de no referirse a la forma de participación del superior, sino que sólo al quantum de la pena.

Así, tenemos que la penalidad de los superiores será la misma que de los autores, lo que es comprensible, dada la gravedad la conducta de los superiores, y entendiendo que la forma de participación tiene que ver con el dominio del hecho y no con una valoración de la gravedad de la conducta de los superiores.

De este modo, aunque la sanción sea la misma que la de los autores, para los demás efectos, debe considerarse como un partícipe (cómplice).

Mucho más compleja es la naturaleza del inciso segundo del artículo 35 de la Ley 20.357, que señala:

“La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados”<sup>69</sup>

Esta disposición tiene varios elementos que analizar. En primer lugar, no existe control efectivo por parte del superior: expresamente se establece que el superior no tiene capacidad de impedir el hecho. Dado que no existe la capacidad de evitación (control efectivo), no es posible imputarle la omisión de impedir el hecho, ni en términos de omisión simple ni de por omisión.<sup>70</sup>

En cambio, propiamente, lo que se le imputa es una infracción al deber de poner el asunto en conocimiento de la autoridad, una omisión simple.

Un caso con bastantes similitudes al encubrimiento de la forma en que lo trata el Código Penal chileno<sup>71</sup> y estableciendo, incluso, la misma pena<sup>72</sup>. Es posible, todavía, sostener otra posición: que la obligación sea una forma de prevención o de represión. Contribuye a esta interpretación el hecho de que se señale que sólo si no puede impedir (textualmente “no pudiendo”) el hecho será responsable. Así, podría entenderse que suma una forma especial de obligación de prevención, a través de la denuncia.

---

<sup>69</sup> Artículo 35, inciso segundo de la Ley 20.357.

<sup>70</sup> Ya nos referimos, supra Capítulo II, 9, a que un elemento para que exista omisión es que el hecho pueda ser llevado a cabo por el sujeto. Si no es posible, no existe tampoco la posición de garante y, por tanto, no hay omisión: no se puede tener la obligación jurídica de realizar un imposible.

<sup>71</sup> Se trata como una forma de participación en el artículo 14: “Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1.° Los autores.
- 2.° Los cómplices.
- 3.° Los encubridores.”

<sup>72</sup> Artículo 52 inciso primero del Código Penal chileno: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.”

Esto es errado, toda vez que sería confundir la obligación de impedir un hecho, que puede realizarse de las más diversas maneras, con el hecho de hacerlo de manera directa. En la práctica, en organizaciones complejas, la forma de impedir el hecho se hará muchas veces de forma mediata, llamando a miembros de la organización más cercanos a los delinquentes, a otros miembros de la organizaciones para que les lleven el mensaje o derechamente los enfrenten. Incluso, en un Estado de Derecho, avisar<sup>73</sup> oportunamente a las autoridades, es una forma clara de evitar el hecho y, en muchos casos, la más conveniente para la sociedad.

Que se establezca que el deber de denuncia surge cuando no se puede impedir el hecho se debe a que el legislador ha entendido que se refiere a dos delitos distintos, de modo que obligar al superior que, pudiendo, no evitó el hecho, además a denunciar, implicaría multiplicar excesivamente sus sanciones y hacerlo incurrir en una autoincriminación.<sup>74</sup>

Entonces, la obligación de denuncia cuya omisión es punible sólo existe cuando no es posible para el superior evitar, por cualquier medio (incluso la misma denuncia) la comisión de los crímenes por parte de los subordinados.

⇒ **EL ELEMENTO CONTEXTUAL EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD DE LA LEY 20.357.**

La Ley 20.357 en Chile implementa el Estatuto de Roma, regulando en su Título I los crímenes de lesa humanidad. La legislación nacional, constituye una “implementación modificatoria” de su par internacional, al desarrollar bajo sus propios términos distintas reglas sobre de la responsabilidad penal individual en los crímenes de derecho internacional.

Para efectos de interpretar y desarrollar las normas de la ley de implementación, corresponde tener como referencia obligada al Derecho Penal Internacional, tal como lo establece el Código Civil en su artículo 21, que señala que las expresiones de una ley que provienen de tratados internacionales deben interpretarse conforme al significado que se les da en el Derecho internacional, de donde provienen, “a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Ya nos referimos, supra Capítulo II, 9, a que un elemento para que exista omisión es que el hecho pueda ser llevado a cabo por el sujeto. Si no es posible, no existe tampoco la posición de garante y, por tanto, no hay omisión: no se puede tener la obligación jurídica de realizar un imposible.

<sup>74</sup> Vid. Infra Capítulo V, 4.

<sup>75</sup> Sobre este punto ver Cárdenas (2013) p. 130 y ss y Cárdenas (2020) p s. 136

Adicionalmente, y considerando un criterio técnico, a las palabras de la ley debe dárseles el sentido propio de la disciplina de la cual provienen, “en este caso el Derecho Penal Internacional”<sup>76</sup>. De ahí que en lo sucesivo y respecto de lo señalado sobre el elemento contextual “en la Ley 20.357 y la responsabilidad individual por omisión del Art. 35”,<sup>77</sup>

En términos similares, Roxin desarrolla una noción de organización dentro de una organización que se “descuelga” del Derecho, reemplazando su autoridad por una nueva. Este sería un elemento central para el desarrollo de su categoría de la autoría en virtud de aparatos organizados de poder, toda vez que permite establecer el poder de influencia de los superiores y sus órdenes o imperativos ilegales, **(Cfr. Ver Roxin (2015) p. 249 s.)**

El Artículo 1º de dicha Ley señala que constituyen crímenes de lesa humanidad los actos delictivos señalados en dicho cuerpo normativo cuando son cometidos como parte de “un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, mientras dicho ataque responda a una “política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, “bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

El Artículo 2º por su parte, detalla en qué hipótesis puede establecerse que existe un “ataque generalizado”, entendiéndose que el mismo está presente cuando “un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos”, afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.

Adicionalmente, el mismo artículo señala que debe entenderse por “ataque sistemático” toda “serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”.

La ley no entra en detalles acerca de cuándo puede estimarse que los actos responden a una “política” como sí lo hace con la definición de ataque “generalizado” o “sistemático”. Analizaremos a continuación por separado los requisitos característicos del ataque en el contexto de los crímenes de lesa humanidad comenzando por la característica de que el ataque sea (a) “generalizado”, o “sistemático”, así como la necesidad de que responda a una “política” (b) y provenga de una “organización” (c).

### ⇒ ANÁLISIS JURÍDICO POLÍTICO A LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

En esta materia resaltan los siguientes elementos de la esencia: **(1)** La presente Ley que incorpora el Estatuto de Roma en su aplicación a la responsabilidad de mando en Chile; **(2)** Orienta sus sanciones a los autores directos que tienen una relación de subordinación y dependencia; y, **(3)** A aquellos que tienen una relación directa de mando.

---

<sup>76</sup> Cárdenas (2013) p. 130 y ss y Cárdenas (2020) p. 136 y s.

Sea de crucial relevancia tomar en cuenta la jurisprudencia y doctrina en el contexto del Derecho Penal Internacional.

<sup>77</sup> Acerca del surgimiento de una “política” en general, tomando casos específicos de tortura, ver Kelman (2009) p. 26 ss.

La jurisprudencia en esta materia se acerca con fuerza a la Doctrina Nuremberg y Yamashita para los lineamientos sobre los juicios y sus resoluciones. Sin embargo, la Teoría sobre el particular, ha demostrado que las condiciones y contratos jurídicos son distantes en cada caso en la actualidad.

En la especie, --caso chileno--, se estima que en los hechos no concurren crímenes de Derecho Penal Internacional. Para los Fiscales del Ministerio Público surge como relevante la categoría de la **Omisión Impropia o comisión por omisión**, ideologizando la instrucción procesal en la mayoría de los casos.

La misma permite hacer responder a quien teniendo un deber jurídico que lo vincula, ha omitido prevenir (o denunciar) un resultado lesivo que podía haber sido evitado. Esta categoría, propia del Derecho Penal Doméstico, es una alternativa para exigir la responsabilidad de los mandos en este caso, sin que sea necesaria la prueba del denominado “elemento contextual” propia de los crímenes de Derecho Penal Internacional.

En este sentido, se toma en consideración la aplicabilidad del Art. 150 letras A y D del Código Penal chileno, que contempla asimismo una variante de responsabilidad del superior por omisión.

### III.- CONCLUSIONES GENERALES

En base al análisis de todos los elementos de la responsabilidad por el mando, se puede llegar a entenderla de modo de darle la posición que realmente le corresponde en el Derecho Penal Internacional, sin el sesgo ideológico puesto en su aplicación por algunos miembros del Ministerio Público.

**Una primera conclusión** nos informa que no se puede entender a la responsabilidad por el mando fuera de la organización compleja, donde debiera estar ausente de ideologías contrarias al estado de derecho de las personas.

**Una segunda conclusión** nos señala que a través de este estudio se ha podido determinar la exacta naturaleza de la responsabilidad por el mando donde en primer lugar, no es posible sostener que se trata de un delito autónomo en que incurre el superior. Esto, principalmente por dos razones:

Primero, por el hecho de que los crímenes de base deben haberse cometido “en razón” de la omisión del superior, estableciendo una relación de causalidad con el hecho de los subordinados; y,

En segundo lugar, por el hecho de exigírsele conocimiento al superior, lo que no tendría sentido si no se le fuere a imputar el delito de los subordinados.

**Una tercera conclusión** determina que el superior será quien dentro de la organización ocupe la posición más alta en la jerarquía institucional, pero que, a la vez, pueda imponerse a los subalternos en virtud de tener mando (o autoridad) sobre ellos, es decir, que puede dar órdenes respaldadas por la institución. A tal efecto, será irrelevante si esa vinculación es formal o informal (superior de facto) mientras sea la organización la que reconozca esa posición.

**Una cuarta conclusión**, nos conduce a imponernos que es fundamental entender que desde el punto de vista del tipo objetivo, sólo podrá ser objeto de responsabilidad por el mando el superior que tenga control efectivo –capacidad de evitar que cometan los crímenes de base- sobre sus subordinados. Si no es así, su conducta será impune.

**Una quinta conclusión** nos lleva a establecer que hay una vinculación entre los delitos de base y la conducta del superior por dos razones: al superior se le exige conocimiento de lo que los subordinados van a hacer o están haciendo y porque se exige que los crímenes de base sean cometidos en razón de la conducta del superior.

**Una sexta conclusión**, nos lleva a entender que no es posible concebir la actuación del superior como un delito autónomo, sino que una forma de participación en el crimen de base. Así, se concluye que el superior desarrolla una conducta accesoria a la de los subordinados, configurándose una forma de complicidad, dado que la omisión del superior es una forma de cooperación con el crimen de base.

Observando el elemento interno, la única forma de entender que la exigencia es coherente con una forma de participación es la exigencia de que la conducta del superior sea realizada en forma dolosa.

**Una séptima conclusión**, se condice con la regla general del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y con la determinación específica del elemento cognoscitivo del artículo 28º, en cuanto señala que el superior tener conocimiento o que de acuerdo a las circunstancias del momento haya debido saber de las conductas de los subordinados. Este segundo elemento, entendido de manera correcta, constituye regla probatoria que permite extraer el conocimiento del superior de las circunstancias que rodean el hecho.

En cuanto a los superiores no militares, la regla es la ignorancia consciente, es decir, hacer caso omiso de la información, lo que también es una conducta dolosa.

**Una octava conclusión** impone que el superior debió prevenir o reprimir la comisión de los hechos que llegaron a su conocimiento dentro del plazo legal. Esto se condice con la estructura de la responsabilidad por el mando, toda vez que son conductas que tienden a evitar que se cometan los delitos. Esto es evidente en el caso de la prevención, pero también debe entenderse de la represión, toda vez que implica la intervención en un hecho en proceso.

Sólo la obligación de poner el asunto en conocimiento de las autoridades es impropia a la responsabilidad por el mando, toda vez que implica una intervención posterior a la realización del hecho, que, por lo tanto, no puede significar una forma de cooperación.

Mediante el presente análisis es posible observar que la responsabilidad de los superiores es una institución de suma importancia dentro del Derecho Penal Internacional, bien aplicada y no instrumentalizada ideológicamente.

## ⇒ **BIBLIOGRAFÍA**

- (1) **AMBOS**, Kai, Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility, Oxford, Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5 (1), 159-183, Enero de 2007 .
- (2) -----, La parte general del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática, Montevideo, ed. Konrad-Adenauer- Stiftung e.V., Duncker und Humblot y Editorial Temis S.A., 2005, Traducción de MALARINO, Ezaquiel.
- (3) -----, Superior Responsibility, en Cassese et al. (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, p.823.), 805-851, 2002.
- (4) **BACIGALUPO**, Enrique, Delito Impropios de Omisión, Madrid, editorial Dykinson, 2005.
- (5) **BANTEKAS**, Ilias, **NASH**, Susan, **MACKAREL**, Mark, International Criminal Law, Londres, Cavendish Publishig, 2001.
- (6) **BARROS BOURIE**, Enrique, "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- (7) **BASCUÑÁN**, Antonio, El Derecho Penal Chileno ante el Estatuto de Roma, Santiago, Revista de Estudios de la Justicia, Número 4, 111-122, 2004.
- (8) **BINDER**, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, 2ª reimpression, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, 2002.
- (9) **BONAFÉ**, Beatrice I., Finding a proper role for Command Responsibility, Command Responsibility between Personal Culpability and Objective Liability, Oxford, Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5 (3), 599-
- (10) **COBO DEL ROSAL**, M. y **VIVES ANTÓN**, T.S., Derecho Penal, Parte General, Valencia, Universidad de Valencia, 1985.
- (11) **CURY**, Enrique, Derecho Penal, Parte General, octava edición Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- (12) **DURKHEIM**, Emile, La División del Trabajo Social, Volumen II, Barcelona, Editorial Planeta Agostini, 1985, Traducción de POSADA, Carlos G.
- (13) **ETCHEBERRY**, Alfredo, Derecho Penal, IV Tomos, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- (14) -----, Hacia el fin de los Delitos de Comisión por Omisión, en **GARCÍA VALDÉS**, Carlos, **VALLE MARISCAL DE GANTE**, Margarita, **CUERDA RIEZU** Antonio Rafael, **MARTÍNEZ ESCAMILLA**, Margarita, **ALCÁCER GUIRAO** Rafael

- (coordinadores), en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 1, Madrid, Edisofer s.l., 2008, pags. 879-902.
- (15) HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Chileno, Tomo II, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2002.
- (16) IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J., El Sistema Penal en el Estatuto de Roma, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- (17) IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristobal, Comisión por Omisión. Algunas Consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 2, Santiago, 2006.
- (18) MARTÍNEZ, Jenny S., Understanding Mens Rea in Command Responsibility, From Yamashita to Blaškić and Beyond, Oxford, Oxford Journal of International Criminal Justice Volumen 5 (3), 638-664, Julio de 2007.
- (19) MARTSON DANNER, Allison y MARTÍNEZ, Jenny S., Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law, Marzo 2004. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 04-09; Stanford PublicLaw Working Paper No. 87.
- (20) MELONI, Chantal, Command Responsibility, Modo of liability for the Crimes of Subordinates or separate Offence of the Superior?, Oxford, Oxford Journal of International Criminal Justice Volumen 5 (3), 619-637, Julio de 2007.
- (21) MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte,m General, 4º Edición, Barcelona, PPU S.A., 1996.
- (22) NERLICH, Volker, Superior Responsibility Under Article 28 ICC Statute, For What Exactly is the Superior Held Responsible? Oxford, Oxford Journal of International Criminal Justice Volumen 5 (3), 665-682, Julio de 2007.