

25

RMCP

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

Adolescentes en conflicto con la Ley



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Ordenar en el Derecho Penal Internacional y sus implicaciones para la política criminal

*Ordering in International Criminal Law and
its Implications on Criminal Policy*

● Francisco Javier Dondé Matute*

*Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Contacto: derpenalint@gmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9096-4265>

Ordenar en el Derecho Penal Internacional y sus implicaciones para la política criminal

Ordering in International Criminal Law and its Implications on Criminal Policy

Francisco Javier Dondé Matute

Universidad Autónoma de Tlaxcala

- Fecha de recepción: 14 de octubre de 2024.
- Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2024
- DOI: <https://doi.org/10.57042/rmcp.v9i25.853>

Resumen: La forma de intervención *ordenar* es propia del derecho penal internacional y no tiene un correlativo exacto en el nacional. Aunque hay figuras que se utilizan como equivalentes, no representan las relaciones de autoridad y la comisión de crímenes internacionales y violaciones a los derechos humanos cometidos de forma sistemática. Este artículo propone una revisión de la regulación e interpretación de los elementos constitutivos de *ordenar* en el Estatuto de la CPI, y destaca su importancia para la política criminal nacional y las obligaciones de investigar, procesar y, eventualmente, sancionar.

Palabras clave: Ordenar, Corte Penal Internacional, Formas de intervención, Política Criminal Internacional, Violaciones graves a los derechos humanos.

Abstract: *Ordering* is a mode of participation unique to international criminal law. There is no exact equivalent in local criminal law. While other traditional ways of committing crimes can be used nationally, the elements that relate to the hierarchy within organizations can only be highlighted by *ordering*, both in the commission of international crimes and in human rights violations. This article will look into the regulation and interpretation of the elements of *ordering* in the context of the Statute of the ICC, with emphasis on policy implications in national jurisdictions and the duty to investigate, prosecute and, eventually, punish human rights violations.

Keywords: Ordering, International Criminal Court, Forms of Intervention, International Criminal Policy, Grave human rights breaches.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Ordenar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. III. Responsabilidad del superior jerárquico. IV. Ordenar, proponer e inducir en el ECPI. V. Ordenar y aparatos organizados de poder. VI. Ordenar en la política criminal de la Fiscalía de la CPI. VII. Ordenar en el derecho internacional y su aplicación nacional. VIII. Ordenar en los tratados de represión penal. IX. Ordenar como una herramienta para combatir la impunidad por violaciones graves a los derechos humanos. X. Conclusión. XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En diversos tratados, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), se incorpora el *ordenar* como una forma de intervención. Se trata de una figura que no tiene referentes directos en el derecho penal nacional y parece muy propia del derecho penal internacional (DPI), es por lo que su estudio merece atención especial. Además, es una forma de intervención que refleja un aspecto muy importante de la política criminal internacional, como priorizar las investigaciones dirigidas a la participación de los líderes y superiores jerárquicos en la comisión de los crímenes internacionales.

La ausencia de *ordenar* en el ámbito nacional obliga a preguntarse si es necesaria su inclusión, si con las formas de autoría y participación que cotidianamente se incorporan en la ley penal es suficiente para llevar a cabo investigaciones en contra de los máximos responsables, o si es necesario incorporarla para llenar lagunas que no permitan cumplir con los objetivos de política criminal que marcan el DPI, y en particular, la Corte Penal Internacional (CPI).

En función de lo anterior, se analizará el alcance y contexto de *ordenar* en el ECPI, mediante el *actus reus* (elemento objetivo) y la *mens rea* (elemento subjetivo); es decir, usando el mismo método empleado por la jurisprudencia de la CPI. En este apartado se hará notar que *ordenar* es considerada una forma de inducción específica y una forma de participación (es decir, no es una forma de autoría), pero también se analizarán los alcances de esta interpretación jurisprudencial para la política criminal internacional.

Una vez establecido el marco normativo, se estudiará la política criminal de la Fiscalía de la CPI, donde cobra relevancia usar el *ordenar* para imputar responsabilidad penal a los máximos responsables.

Como se mencionó, el ECPI no es el único tratado que incluye *ordenar* como una forma de intervención, por consiguiente, es importante detenerse a analizar su relevancia para su aplicación en el ámbito nacional. Varios tratados de represión penal (*suppression treaties*) también incluyen cláusulas que obligan a los estados¹ a incorporar esta forma de intervención en la legislación nacional.

El *ordenar* también puede tener importancia para cumplir con las obligaciones de investigación de las graves violaciones a los derechos humanos. En particular, en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, la necesidad de llevar a cabo indagatorias contextualizadas y exhaustivas apunta a la necesidad de incorporar el *ordenar* a la ley penal.

II. ORDENAR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Este apartado tiene por objeto establecer los elementos de la responsabilidad penal internacional de las personas que ordenan la comisión de un crimen internacional. De una revisión del ECPI, se puede percibir que *ordenar* tiene dos naturalezas jurídicas. En primer lugar, está su regulación en el artículo 25 (b) como una forma de intervención. En segunda instancia, hay dos crímenes de guerra cuyo verbo rector es *ordenar* (ECPI, 2002): art. 8(2)(e) (viii) y 8(2)(b)(xii). En este apartado se analizará solo la primera, utilizando la metodología propia de la CPI; es decir, como forma de intervención y empleando el binomio *actus reus* y *mens rea*, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia de este tribunal penal internacional.

Es importante iniciar este rubro estableciendo la ubicación del *ordenar* dentro del ECPI y, en particular, dentro de su artículo 25(3). En lo conducente, este precepto señala:

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 este crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

¹ Desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional prioriza a las personas físicas, no a los estados, por lo que no hay justificación para que esta palabra se escriba con mayúscula inicial, como se acostumbra.

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de este crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa (...).

Según la línea jurisprudencial iniciada en *Lubanga* (2012: párr. 999), las formas de intervención previstas en el artículo 25.3.a transcrito constituyen formas de autoría, mientras que el resto del precepto (incluyendo el inciso b)) incluye formas de participación. La diferencia estriba en la contribución esencial de los primeros en la comisión del crimen, sin la cual este no se realiza, mientras que los segundos solamente tienen una contribución substancial, pero sin la cual el crimen puede llevarse a cabo. Dicho de otra manera, los autores del inciso a) cometen el delito, mientras que los partícipes de los siguientes incisos solamente contribuyen a la comisión del crimen (Lubanga, 2012: párr. 993-1000).

Todas las formas de participación previstas en el inciso b) caen dentro de la categoría de instigar y tienen como finalidad motivar o influir a otras personas para que cometan un crimen (Laurent Gbagbo, 2014: párr. 243). Sin embargo, *ordenar* se distingue de las otras formas de instigación por la existencia de un elemento adicional que es la relación de autoridad entre el partícipe y quien comente o intenta cometer el crimen (Charles Blé Goudé, 2014: párr. 159).

Establecido el contexto, se puede pasar a desarrollar los elementos de *ordenar* como una forma de intervención. Los elementos objetivos (*actus reus*) son: (1) que el partícipe se encuentre en una posición de autoridad; (2) que esta persona instruya a otra, ya sea (a) a cometer un crimen que se lleva a cabo o se intenta llevar a cabo o (b) a realizar un acto u omisión en la consecución de la realización del crimen o tentativa para cometerlo; (3) que la instrucción haya tenido un efecto directo en la comisión o tentativa para cometer el crimen (Sylvestre Mudacumura, 2012: párr. 63; Jean-Pierra Bemba Gombo *et al.*, 2016: párrs. 77-81).

Por su parte, el elemento subjetivo (*mens rea*) mínimo que se requiere es que la persona esté consciente de que el crimen será cometido en el curso normal de los acontecimientos, como consecuencia de la ejecución o implementación de la instrucción (Sylvestre Mudacumura, 2012: párr. 63). Este elemento subjetivo coincide con el umbral más bajo previsto en el artículo 30.3 del ECPI y, si bien no exige una certidumbre plena, sí plantea un grado de probabilidad muy elevando. Como consecuencia, el criterio de la CPI es que se trata de un dolo directo de segundo grado y no un dolo eventual como se ha sugerido (Olásolo, 2013: 641). Esta conclusión tiene

sustento importante en los trabajos preparatorios del ECPI, donde expresamente se excluyó este umbral subjetivo, así como la *recklessness* del *Common Law* (Lubanga, 2012: párr. 1007-1010).

Para efectos del presente estudio, debe destacarse que *ordenar* es una forma de participación, no de autoría, lo cual implica de inicio que la persona incurre en un grado de reproche menor a los autores (directos, coautores y mediatos) (Lubanga, 2012: párr. 998). Como se verá más adelante, esto puede tener implicaciones importantes en materia de política criminal internacional.

Otro aspecto que debe destacarse es que quien ordena debe tener autoridad sobre la persona que lleva a cabo o intenta llevar a cabo el crimen en cuestión. La jurisprudencia ha sido muy clara en precisar que *autoridad* no necesariamente implica una relación jerárquica propia de una organización o del estado. ¿Cómo podría darse una relación de autoridad sin esa relación de supra-subordinación?

Por ejemplo, en *Ntaganda* (2014: párr. 147) se estableció una relación de autoridad entre el acusado y los civiles de la etnia Hema, ya que el acusado les proporcionó armamento y, posteriormente, los instruyó para que participaran en el conflicto armado en la República Democrática del Congo, a pesar de que no había una relación jerárquica, organización o estructura que sustentara la emisión de órdenes.

En la situación de Costa de Marfil (Laurent Gbagbo, 2014: párr. 245), el expresidente Laurent Gbagbo emitió órdenes a miembros de las fuerzas armadas que simpatizaban con su causa después de la crisis política derivada de la violencia postelectoral en el país, aunque no había una relación formal de supra-subordinación entre los militares y el presidente derrotado en las elecciones. En esta misma situación, se comprobó que Gbagbo y sus simpatizantes emplearon mercenarios a los que se les ordenó llevar a cabo diversos ataques contra la población civil. En estos hechos tampoco hay una organización o estructura que sustenta la emisión de órdenes, en todo caso, sólo hay una relación contractual (aunque violatoria del derecho internacional) que serviría de fundamento para esta acción (Laurent Gbagbo, 2014: párr. 145-148).

Charles Blé Goudé, aliado de Gbagbo, formó un movimiento político de jóvenes comúnmente conocido como *Patriotic Galaxy* a quienes también financió. Blé Goudé no era miembro de dicha organización (la cual tampoco contaba con una estructura y jerarquía bien formada), pero como fundador y financiador, tenía una posición de autoridad sobre los integrantes,

por lo que los podía movilizar para cometer actos de violencia en contra de opositores (Blé Goudé, 2014: párr. 75).

Aunque estos ejemplos ilustran cómo puede darse esa relación de autoridad ante la inexistencia de una relación de supra-subordinación, quedan algunas dudas sobre el alcance del término *autoridad*. Si bien no es necesario que haya una estructura, organización o aparato que sustente la posición de la persona para emitir la orden, no queda claro cuál sería el umbral mínimo o en qué condiciones se puede identificar la existencia de esa relación de autoridad. En otras palabras, la informalidad de la relación no garantiza que la orden será acatada.

Ante esta ambigüedad, la relación causal entre la orden y la ejecución del crimen internacional (o la tentativa para cometerlo) cobra una importancia especial, pues ante la inexistencia de un concepto sólido de autoridad, no habría otra manera de vincular a quien emite la orden con quien comete el crimen. Otra consecuencia de esta afirmación es que si el autor material no comete el crimen internacional (o intenta cometerlo), quien emitió la orden no sería penalmente responsable.

Por último, *ordenar* es una acción, no una omisión, aunque la jurisprudencia de la CPI no destaca este punto, la doctrina especializada lo ha hecho notar (Ventura *et al.*, 2019). Como se verá más adelante, este también es un aspecto importante.

III. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

Este no es el momento para hacer una exposición amplia de la responsabilidad del superior jerárquico como forma de intervención; sin embargo, en este apartado se expondrán los elementos esenciales con la finalidad de establecer una comparación con el *ordenar*. De hecho, más que una comparación, lo que se busca es establecer cómo estas figuras se complementan.

El artículo 28 del ECPI divide de forma tajante la responsabilidad del superior jerárquico militar o su equivalente y los demás superiores, que comúnmente se entiende que son los civiles.

En cuanto a los primeros, el *actus reus* se compone de los siguientes elementos:

1. La persona debe ser un comandante militar o actuar efectivamente como tal;

2. la persona debe tener mando y control efectivo o autoridad y control efectivo sobre las tropas que cometieron crímenes competencia de la CPI;
3. los crímenes se cometieron como resultado de la falta de control efectivo ejercido por la persona;
4. la persona no tomó las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o falló en someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

Por su parte, el *mens rea* que se requiere es el conocimiento o que, debido a las circunstancias del momento, la persona debió haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o iban a cometer uno o más crímenes del ECPI (Bemba Gombo, 2009: párrs. 407-443; Bemba Gombo, 2016: párr. 170).

En el caso de la responsabilidad del superior jerárquico civil, los elementos del *actus reus* son los siguientes:

1. Tener autoridad y control efectivo sobre sus subordinados;
2. los crímenes cometidos son el resultado de la falla o inadecuado control efectivo;
3. los crímenes guardan relación con las actividades bajo el control efectivo;
4. la persona no tomó las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o falló en someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

Por lo que respecta al *mens rea*, la persona tenía conocimiento o deliberadamente hizo caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (ECPI, 2002: art. 28(b)).

Con base en este desglose de elementos, se puede hacer una comparación con *ordenar*, con el objetivo de establecer el impacto que estas figuras tienen en la política criminal internacional. Las diferencias más importantes son las siguientes:

- En la responsabilidad del superior jerárquico, es necesario que haya una estructura de poder, ya sea militar, equivalente a las militares o

de otro tipo (civil). Esta es la que permite que haya una relación de supra-subordinación entre la persona que ostenta el control efectivo y quienes materialmente cometen el crimen internacional.

- En el caso del *ordenar*, no es necesario que exista una estructura de poder.

Una conclusión derivada de la anterior distinción es que la responsabilidad del superior jerárquico requiere que haya una relación de supra-subordinación. Por el contrario, para describir la relación que existe con el *ordenar* se usa el término autoridad. Esta autoridad que existe entre quien emite la instrucción y quien la recibe puede implicar una estructura de poder y una relación de supra-subordinación, pero estos elementos no son necesarios. El elemento *autoridad* busca establecer una relación más flexible e informal entre las personas involucradas, como se describió en el apartado anterior.

Quizá la distinción más evidente es que la responsabilidad del superior jerárquico siempre implica la omisión del líder. Por su parte, la orden siempre es una acción. Podría afirmarse que la responsabilidad del superior jerárquico es una herramienta útil ante la imposibilidad de probar que se emitió una instrucción. En este sentido, ambas figuras podrían complementarse.

Por último, hay una diferencia en cuanto al elemento subjetivo. Para la responsabilidad del superior jerárquico es posible imputar responsabilidad penal por la comisión negligente o imprudencial, lo que constituye una excepción de las permitidas por el artículo 30 del ECPI. Por su parte, la orden se ajusta a la regla general prevista en dicho precepto y solamente puede cometerse con conocimiento; en otras palabras, que el crimen objeto de la orden se realizará en el curso normal de los acontecimientos.

Cabe destacar que esta excepción no aplica a la responsabilidad del superior jerárquico civil, ya que se ajusta a la regla general del artículo 30 del ECPI.

IV. ORDENAR, PROPONER E INDUCIR EN EL ECPI

En el mismo inciso donde se encuentra el *ordenar* como una forma de participación, se encuentran el *proponer* (*soliciting*) y el *inducir*, figuras que enmarcan dentro de una categoría más amplia llamada *instigación*. Se trata de tres maneras distintas de influir en una persona y cambiar su ánimo (*dolo*) para

que cometa algún crimen internacional (Bemba *et al.*, 2016: párr. 73; Blé Goudé, 2014: párr. 159). Las acciones para ejercer esa influencia pueden ser muy variadas y, en gran medida, dependen de las habilidades en la argumentación y retórica de la persona que resultaría penalmente responsable. En el caso del ordenar, estas destrezas pueden ser útiles, pero lo que le permite cambiar el ánimo del autor material es su posición de autoridad; por lo que la única acción posible es a través de la instrucción formulada (Bemba *et al.*, 2016: párrs. 76-77).

Otro elemento objetivo presente en los tres casos es el nexo causal que existe entre la orden emitida o cualquiera de las conductas que influyen en la persona que materialmente comete el crimen y la comisión de este (o la tentativa para cometerlo) (Bemba *et al.*, 2016: párr. 81; Ntaganda, 2014: párrs. 145 y 153).

El elemento subjetivo mínimo también es el mismo, como ya se dijo: que el crimen se cometa en el curso normal de los acontecimientos (Bemba *et al.*, 2016: párr. 82; Charles Blé Goudé, 2014: párr. 164).

También es importante destacar que en estos tres casos se trata de formas de participación, no de autoría, pues si bien se influye en el ánimo del autor material, la conducta por medio de la cual se comete el crimen internacional depende exclusivamente de este último, quien, a pesar de la influencia ejercida, decide si se realiza o no la conducta criminal (aunque sea solamente en grado de tentativa) (Bemba *et al.*, 2016: párr. 80).

En conclusión, el *ordenar* se distingue claramente de otras formas de instigación por la existencia de una relación de autoridad, por flexible e informal que esta sea, y por que solamente se puede realizar mediante la instrucción misma. No queda abierta a otras acciones que pueden influir al autor material, como en los casos de la propuesta y la inducción. Incluso se ha señalado que este elemento adicional la convierte en una forma de instigación agravada (Ventura, 2013).

V. ORDENAR Y APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

En este apartado se expondrán dos aspectos relevantes para destacar la importancia de *ordenar* como forma de intervención. En primer lugar, se expondrá la postura de un grupo minoritario de jueces de la CPI que no comparten la postura de utilizar la teoría del dominio del hecho y, por ende, la responsabilidad penal mediante aparatos organizados de poder

en esta jurisdicción internacional. Este criterio es relevante para el presente estudio, ya que, como consecuencia, el *ordenar* tendría un papel más importante del que se le atribuye actualmente.

Antes de iniciar con estos puntos, es importante tener presente los elementos de la autoría por aparato organizado de poder según la jurisprudencia de la CPI. Los elementos objetivos son los siguientes:

1. Un acuerdo o plan común entre la persona acusada y otras personas;
2. contribución esencial coordinada entre las personas que llevaron a cabo el acuerdo o participaron del plan común;
3. la existencia de una organización estructurada y jerarquizada;
4. control sobre la organización;
5. cumplimiento casi automático de las órdenes emitidas por la persona (la llamada fungibilidad de las personas integrantes de la organización) (Ntaganda, 2014: párr. 104; Ntaganda, 2019: párrs. 774-780).²

Los elementos subjetivos son los siguientes:

1. Tener los elementos subjetivos propios del crimen o crímenes que se cometieron;
2. la persona y quienes participaron del acuerdo o plan común deben saber que su implementación conducirá a la comisión de los elementos objetivos del crimen o los crímenes (Ntaganda, 2014: párr. 121; Ntaganda, 2019: párrs. 1174 y 1176);
3. la persona debe tener conocimiento de las circunstancias de hecho que le permiten tener control sobre la organización.

Existe una postura minoritaria originalmente propuesta por el juez Fulford en *Lubanga* (2012: párr. 6-8), y que fue complementada por la jueza Van der Wyngert en *Ngudjolo Chui* (2012: párr. 23), y el juez Chile Eboe-Osuji en *Ntaganda* (2014: párr. 29 y 95). En esencia, estos juzgadores adoptaron una interpretación literal del artículo 25(3), en virtud de la cual no hay una distinción entre autores y partícipes.

Un argumento importante para el presente estudio es que los jueces sostienen que hubo un esfuerzo durante las negociaciones en Roma para excluir formas de intervención que fueran propias de un sistema jurídico en particular (Fulford, Lubanga, 2012: párr. 10 y Van der Wyngert, Ngudjolo Chui,

² Véase *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2014, párr. 104).

2012: párr. 17) y, además, evitar sancionar conductas que tuvieran como base la creación de riesgos, como el dolo eventual o *recklessness* y la *conspiracy* (Van der Wyngcart, Ngudjolo Chui, 2012: párr. 13 y 15).

En este contexto, Van der Wyngcart hizo notar la importancia de *ordenar* como una forma de intervención; pues no considera que amerite un reproche menor que, por ejemplo, la autoría material (Ngudjolo Chui, 2012: párr. 23; Morrison, Ntaganda, 2014: párr. 3). En este sentido, otro de los jueces disidentes, Eboe-Osuji en *Ntaganda* sostuvo que el artículo 25(3) es un catálogo de formas de intervención que tiene por objetivo incluir todas las posibilidades de actuación para no generar brechas de impunidad, no se trata de una disposición diseñada para medir el reproche contra las personas que cometen crímenes internacionales (Ntaganda, 2014: párr. 49; Morrison, Ntaganda, 2021: párr. 10). Es más, la existencia del control sobre una organización puede ser relevante para comprobar que se emitieron órdenes para la comisión de un crimen internacional.

En el mismo sentido, según el juez Morrison, una revisión de los casos llevados a la CPI hasta ese momento evidencia que pudieron ser procesados por las formas de intervención expresamente previstas en el ECPI, como instigación o complicidad (*aiding and abetting*). Como consecuencia, no era necesario importar una figura no prevista en el tratado internacional con base en la teoría del dominio del hecho (Morrison, Ntaganda, 2021: párr. 7). De hecho, en el caso particular, se comprobó que Ntaganda ordenó ataques contra la población civil, pero se le imputó responsabilidad penal mediante un aparato organizado de poder.

Con estos argumentos se busca comprobar que no era necesario incorporar una forma de intervención no prevista en el ECPI para lograr el mismo objetivo que se puede conseguir con el *ordenar*. Para Van der Wyngcart, el *ordenar* implica un control mayor sobre la persona que materialmente comete el crimen internacional que la propia autoría mediata. Para ella, el elemento de fungibilidad se explica precisamente en virtud de la emisión de órdenes dirigidas a las personas subordinadas dentro del aparato organizado de poder (Ngudjolo Chui, 2012: párr. 56).

Como se mencionó, esta postura le hubiera dado al *ordenar* un papel mucho más importante que el que actualmente tiene, pues se consideraría como una forma de intervención con la misma importancia que los supuestos de autoría previstos en el artículo 25.3(a). En cierto sentido, sustituiría a la autoría por aparato organizado de poder en la política criminal internacional. Además, se complementaría de mejor manera con la responsabilidad del

superior jerárquico, ya que, como una estrategia del órgano acusado, se puede iniciar una investigación tratando de comprobar la acción de instruir, pero si esto no resulta posible, se puede recurrir a la omisión como parte de la responsabilidad del superior jerárquico.

VI. ORDENAR EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA FISCALÍA DE LA CPI

La Fiscalía de la CPI ha adoptado diversos criterios para la selección y priorización de situaciones y casos que serán eventualmente investigados y procesados. Los criterios son muy variados, pero destaca el concepto de máximo responsable y la identificación de grupos, organizaciones o entidades estatales que se utilizan para llevar a cabo los crímenes internacionales de su competencia. Es por lo que la responsabilidad penal internacional es de naturaleza grupal, lo que significa que, si bien las personas son individualmente responsables por sus conductas, la magnitud de los crímenes internacionales implica que siempre habrá grupos involucrados. Es prácticamente inviable (aunque teóricamente posible) que estos crímenes se cometan por una sola persona actuando de forma aislada (Dondé, 2018: 462-466).

En este contexto, *ordenar* como forma de intervención tiene un papel importante, pues como se señaló, parte del concepto de autoridad, que como no es tan rígido como la relación supra-subordinación implícita en la responsabilidad del superior jerárquico, tiene una mayor posibilidad de ser comprobada por la fiscalía. También el hecho de que *ordenar* sea una acción y la responsabilidad del superior jerárquico sea una omisión, permite que ambas formas de participación se complementen.

La política criminal de la Fiscalía de la CPI se analiza de forma clara en los diversos documentos que ha emitido para transparentar su actuación. Estos cuadernos de política criminal (*Policy Papers*) establecen los criterios para iniciar investigaciones, seleccionar casos, aplicar la perspectiva de género, entre otros temas.

De inicio, la fiscalía, en el cuaderno sobre política criminal de interés de la justicia, señala quiénes son los máximos responsables, personas cuyas investigaciones son prioritarias. Estas pueden ser las que tienen un estatus o nivel jerárquico importante o las personas que, sin necesariamente tener

una posición de liderazgo, cometen crímenes especialmente graves o notorios (Office of the Prosecutor, 2007).

En el cuaderno sobre política de selección y priorización de casos, la Fiscalía de la CPI señala que el primer paso que debe realizarse durante la investigación es identificar a las organizaciones involucradas en la comisión de crímenes internacionales. Esto implica investigar a los integrantes de nivel medio y bajo para eventualmente conseguir pruebas en contra de los máximos responsables (Office of the Prosecutor, 2012-2015: párr. 22). Aunque se reitera que los máximos responsables no necesariamente son los líderes de estas organizaciones, los criterios como el grado de participación o el abuso de poder son factores que se tomarán en cuenta. Estos apuntan a una posición de mando dentro de la organización (Oficina de la Fiscalía, 2013: párr. 64).

En este cuaderno se señala que la responsabilidad del superior jerárquico es una herramienta importante para lograr el objetivo de hacer valer la responsabilidad de mando y combatir la impunidad de quienes históricamente han sido exentos de investigaciones por crímenes internacionales (Oficina de la Fiscalía, 2013: párr. 44).

Esta misma importancia es aplicable en los casos de *ordenar*. Esta puede ser una figura importante para lograr el primer objetivo de la política criminal de la Fiscalía de la CPI. En los casos en los que se pueda comprobar la existencia de la orden, será posible identificar y vincular a las personas de medio y bajo nivel jerárquico con la comisión de un crimen internacional. Dado que serían meramente partícipes, sus investigaciones no serían prioritarias, pero ayudarían a identificar las estructuras de poder (inclusive las informales) y servirían como una forma de presión para ubicar a los máximos responsables, los cuales serían los autores de los crímenes. Estos probablemente serían autores mediatos o coautores, incluso a través de aparatos organizados de poder.

Aunque la responsabilidad del superior jerárquico puede ser muy útil, dado que no se requiere comprobar la existencia de la orden o alguna otra acción, la existencia de las órdenes se puede inferir de las acciones de las personas subordinadas. Por ejemplo, si los integrantes de las fuerzas armadas llevan a cabo los mismos actos de manera reiterada y lo hacen a través de un mismo *modus operandi*, es altamente probable que hayan seguido órdenes de sus superiores (Fiscalía, 2012: párr. 101).

Dadas las ventajas que representa *ordenar* como una forma de intervención, a la par de la responsabilidad del superior jerárquico, como

herramientas para avanzar la política de priorización de casos, sorprende que no se haya usado con mayor frecuencia ante la CPI. Se ha privilegiado el uso de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, lo cual ha generado diversas críticas, como las de los jueces disidentes de la propia CPI. Dicha crítica y la relación entre ambas figuras se analizará en el siguiente apartado.

VII. ORDENAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN NACIONAL

En este apartado se analizará el impacto que tiene *ordenar* como forma de intervención en la ley penal nacional, lo cual se da en dos aspectos particulares. En primer lugar, en los tratados de represión penal que incluyen formas de intervención que deben ser incluidas a nivel nacional para cerrar las brechas de impunidad. En segundo lugar, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular, en los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que tienen por objetivo que las graves violaciones de los derechos humanos sean investigadas, procesadas y, eventualmente, sancionadas penalmente (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988: párr. 132). Este fin se cumple llevando a cabo investigaciones amplias y exhaustivas que sancionen a todas las personas involucradas, en particular, los líderes de las organizaciones estatales.

VIII. ORDENAR EN LOS TRATADOS DE REPRESIÓN PENAL

En algunos tratados de represión penal es común encontrar *ordenar* como una forma de intervención. No parece haber algún patrón que identifique qué características tienen los tratados que la incluyen; sin embargo, está presente en la regulación internacional de la desaparición forzada de personas (Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 1994: art. 6.1.a) y tortura (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985: arts. 1 y 3.b). De igual forma, es parte de la regulación de las infracciones graves a los convenios de Ginebra, dentro del marco del derecho internacional de los conflictos

armados (Convenio I, 1949: art. 49.2; Convenio II, 1949: art. 50.2; Convenio III, 1949: art. 129.2; Convenio IV, 1949: art. 146.2).

Resulta interesante que desde 1949 se incluye *ordenar* como una forma de intervención en esta rama del derecho, pero no se encuentra presente en otros tratados que regulan crímenes internacionales como el genocidio (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948: art. III)³ y el *apartheid* (Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 1973: art. III).⁴ Esto hace suponer que era una figura vinculada exclusivamente a los conflictos armados internacionales y, como consecuencia, a las relaciones de supra-subordinación existentes en las fuerzas armadas (Gordon, 2020). No fue sino hasta 1987 que se incluyó en la Convención Interamericana contra la Tortura, lo cual implicó que se desvinculara de los conflictos armados, pero no de las estructuras de estado, pues las personas que cometen tortura deben ser funcionarios públicos o particulares actuando en coordinación con los primeros (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985: art. 3).

No obstante, esto no explica por qué *ordenar* no está presente en otros tratados relacionados con los derechos humanos, como la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas que, al referirse a las formas de intervención que deben aplicarse a nivel nacional, solamente menciona genéricamente *cómplices* (1994: art. I.b), o la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes que, de forma ambigua, solo dice: “complicidad o participación” (1984: art. 4.1). Tampoco parece haber una explicación de por qué la Convención contra el financiamiento al terrorismo incluye *ordenar* como una forma de intervención, aunque no se trate de un delito relacionado con las estructuras del estado (Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999: art. 2.5.a y 4.a).

Aunque sea complicado detectar patrones, estas disposiciones obligan a los estados a incorporar ciertas formas de intervención, como en su caso, el *ordenar* dentro de su ley penal. Por el contrario, en el ECPI, donde las formas de intervención previstas deben ser aplicadas en esa jurisdicción internacional, no se establece una obligación de recepción en las leyes penales.

Como consecuencia, es importante determinar el alcance del *ordenar* como forma de intervención y establecer si no hay alguna laguna con respecto a la

³ Solamente se distingue a los cómplices de forma genérica.

⁴ Se incluye *incitar* como una forma de intervención, pero no específicamente *ordenar*.

ley penal en vigor. Si existiera dicha laguna, entonces sería necesario incorporar el *ordenar* para darle cumplimiento a las obligaciones internacionales (Chile Eboe-Osui, Ntaganda, 2014: párrs: 68-70).⁵

IX. ORDENAR COMO UNA HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA IMPUNIDAD POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS

Es ya parte de los criterios firmes de la Corte IDH que el estado tiene la obligación de investigar, procesar y, eventualmente, sancionar a quienes cometen violaciones graves a los derechos humanos como tortura, ejecuciones extrajudiciales o desaparición forzada de personas. Estas investigaciones deben ser exhaustivas, lo cual significa que se deben considerar todas las líneas de investigación, sin que se estimen agotadas con los procesos en contra de los autores materiales.

Cuando los casos implican grupos como paramilitares o agentes estatales, se debe analizar el delito desde esta perspectiva compleja que tome en consideración las estructuras de poder y las cadenas de mando, para identificar la eventual participación de los superiores jerárquicos de los autores materiales (Corte IDH, Deras García y otros vs. Honduras, 2022: párr. 98). Esta idea se expresó en Cepeda Vargas:

La Corte estima que la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida del Senador Cepeda Vargas no solo se encuentra comprometida por la acción de los dos suboficiales ya condenados por su ejecución, sino también por la acción conjunta de grupos paramilitares y agentes estatales, lo que constituye un crimen de carácter complejo, que debió ser abordado como tal por las autoridades encargadas de las investigaciones, las que no han logrado establecer todos los vínculos entre los distintos perpetradores ni determinar a los autores intelectuales. La planeación y ejecución extrajudicial del Senador Cepeda Vargas, así realizada, no habría podido perpetrarse sin el conocimiento u órdenes de mandos superiores y jefes de esos grupos, pues respondió a una acción organizada de esos grupos, dentro de un contexto general de violencia contra la UP. (Corte IDH, 2010: párr. 124)

Los criterios de política criminal de la Fiscalía de la CPI resultan útiles para que los estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos

⁵ No es posible detectar un patrón, dado que esto implicaría imponer normas de sistemas jurídicos en particular, por lo que el listado es simplemente ilustrativo de las formas de intervención necesarias para cerrar las brechas de impunidad.

humanos, principalmente ante la exigencia de que se investigue a los mandos dentro de las estructuras de poder. Ciertamente, la teoría del dominio del hecho y los aparatos organizados de poder pueden ser ventajosos, pero no debe perderse de vista la utilidad de *ordenar* como una forma de intervención. En ambos casos, las investigaciones deben llevar a desentrañar las estructuras de poder que permitieron las violaciones a los derechos humanos. En particular, se debe destacar que, con la mera instigación, no se alcanzaría dicho objetivo, por lo tanto, la identificación de una relación de autoridad como la que encontramos con el *ordenar* como forma de intervención puede ser de mucha utilidad, sobre todo cuando los agentes estatales actúan en el contexto de entidades clandestinas o en común acuerdo con la delincuencia organizada, ya que en estos casos, no podrán identificarse las estructuras, pero posiblemente sí, una relación de autoridad. Cabe recordar los ejemplos de la CPI mencionados para imaginar cómo podría operar esto en el ámbito de las violaciones a los derechos humanos.

Cabe destacar que la Corte IDH no indica qué formas de intervención deben ser empleadas por el estado, pero al exigir que se realicen investigaciones exhaustivas y contextualizadas, queda claro que la coautoría mediata por aparato organizado de poder y el *ordenar* tienen un papel relevante. La diferencia es que mientras que la primera ha sido reconocida y adoptada en el derecho penal nacional, el *ordenar* como forma de intervención no ha sido adoptada en la ley penal nacional.

X. CONCLUSIÓN

En este estudio se realizó un análisis de la forma de intervención de *ordenar*, prevista en el ECPI y en diversos tratados internacionales. El objetivo es entender de mejor manera las implicaciones de esta figura que forma parte de las aportaciones del DPI. En efecto, es una forma de intervención que no tiene su origen en el ámbito nacional, sino en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, lo cual tiene sentido, por el carácter militar de esta rama del derecho.

No obstante sus orígenes, el desarrollo se ha dado con mayor precisión y de forma más sistematizada en el DPI, en particular en la CPI. Aquí se inserta, junto con otras formas de intervención previstas en el ECPI, como la responsabilidad del superior jerárquico y otras desarrolladas jurisprudencialmente, como la autoría mediante el aparato organizado de poder. En

su conjunto, se convierten en una herramienta de gran utilidad para establecer la responsabilidad penal de los máximos responsables. Además, cada una de estas formas de intervención cuentan con elementos distintivos que le permiten a la Fiscalía de la CPI optar por la que considere más adecuada en cada caso, pero con la intención de cumplir con sus objetivos de política criminal.

Cabe notar que estos objetivos de política criminal no son un capricho de la fiscalía, sino que se han vuelto una guía para la investigación y proceso de crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos. Se trata de identificar el contexto en el cual se realiza la conducta criminal y buscar encausar la investigación rumbo a la identificación de los máximos responsables. Además de que los órganos jurisdiccionales de la CPI han avalado este criterio de política criminal, la práctica ha trascendido a los derechos humanos, donde, por lo menos conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, es esencial investigar, procesar y eventualmente, sancionar a los líderes estatales que cometan graves violaciones a los derechos humanos.

Aquí está el reto que debe seguir a este trabajo. *Ordenar* es una forma de intervención propia del DPI, pero algunos tratados de represión penal obligan a que sea incorporada a nivel nacional. Esta misma obligación no está presente en el derecho internacional de los derechos humanos, pero resulta conveniente hacerlo para cumplir con la obligación de garantizar la protección de los derechos humanos a través del poder punitivo estatal.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Serie C No. 213, Sentencia del 26 de mayo de 2010.
- Corte IDH: Caso Deras García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 462. Sentencia del 25 de agosto de 2022.
- Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Serie C No. 4. Sentencia del 29 de julio de 1988.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Naciones Unidas. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Naciones Unidas. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2010). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973). Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1426.pdf>
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-prevention-and-punishment-crime-genocide>
- Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949). Naciones Unidas. <https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/gci-1949>
- Convenio (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (1949). Naciones Unidas. <https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/gcii-1949>
- Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949). Naciones Unidas. <https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/gcii-1949?activeTab=>
- Convenio (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. (1949). Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189>
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999). Naciones Unidas. https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf
- Dondé Matute, Javier (2018). “Responsabilidad penal internacional: los nuevos escenarios dogmáticos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(18), 451-478. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2018.18.12107>

- ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional (2002). <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Estatuto-de-Roma.pdf>
- Gordon, Gregory S. (2019). "Putting the Offense of Ordering in Order: Toward a Theory of Inchoate Liability". En Prevrac Dojčinović (ed.), *Propaganda and International Criminal Law: From Cognition to Criminality*. Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429443695>
- Office of the Prosecutor (2007). Policy paper on the interests of justice ICC-OTP-2007, Septiembre. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf>
- Office of the Prosecutor (11 octubre de 2013). Strategic Plan junio 2012-2015. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>
- Oficina de la Fiscalía (noviembre de 2013). Documento de política general sobre exámenes preliminares. ICC-OTP-2013. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>
- Oficina de la Fiscalía (noviembre de 2012). Situación en Colombia, Informe Intermedio. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>
- Olásolo, Héctor (2013). *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (30 marzo de 2021). ICC-01/04-02/06 A A2, Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr. Ntaganda's appeal in Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled, 'Judgment', Appeals Chamber.
- Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (9 de junio de 2014). ICC-01/04-02/06, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II.
- Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (8 julio de 2019). ICC-01/04-02/06, Judgment, Trial Chamber VI.
- Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (9 junio de 2014). ICC-01/04-02/06, Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji in the Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II.

- Prosecutor vs. Charles Blé Goudé (11 diciembre de 2014). ICC-02/11-02/11, Decision of the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I.
- Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo *et. al.* (19 octubre de 2016). ICC-01/05-01/13, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber VII.
- Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo (21 marzo de 2016). ICC-01/05-01/2016, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber III.
- Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo (15 junio de 2009). ICC-01/05/01/08, Decision Pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II.
- Prosecutor vs. Laurent Gbagbo (12 junio de 2014). ICC-01/11-01/11, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, Pre-Trial Chamber I.
- Prosecutor vs. Mathieu Ngudjolo Chui (18 diciembre de 2012). ICC-01/04-02/12-3, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II.
- Prosecutor vs. Sylvestre Mudacumura (13 julio de 2012). ICC-01/04-01/12, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, Pre-Trial Chamber II.
- Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo (14 marzo de 2012). ICC-01/04-01/06-2842, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I.
- Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo (14 marzo de 2012). ICC-01/04-01/06-2842, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford in the Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I.
- Ventura, Manuel J. (2019). "Ordenamiento". En Cupido, Margolien, Yanev, Lachezar, Van Sliedregt, Elies, Roth, Robert, y De Hemptinne, Jérôme (eds.), *Modes Of Liability in International Criminal Law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108678957>

DOSSIER

El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española

> Sergi Cardenal Montraveta

Justicia para adolescentes en México: una perspectiva integral, interdisciplinaria y sistémica

> Sofía M. Cobo Téllez

La prevención social en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal

> Rubén Escobedo Cabello

> Gerardo García Silva

Procedimiento abreviado en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

> Edgar Ramírez Valdés

Perspectiva criminológica sobre las adolescentes: examinando los modelos teóricos de la delincuencia femenina

> Aura Itzel Ruiz Guarneros

Tópicos de armonización entre la justicia penal para adolescentes y el juicio de amparo

> Alejandro Vilchis Robles

VARIA

Ordenar en el Derecho Penal Internacional y sus implicaciones para la política criminal

> Francisco Javier Dondé Matute

Reflexiones críticas en torno a la Ley de Amnistía (análisis deconstructivo)

> Alberto Herrera Pérez

> Eduardo Alberto Herrera Montes

RESEÑA

Sobre la responsabilidad penal por producto defectuoso

> Gabriela Monserrat Espejo Pinzón

Revista Mexicana de Ciencias Penales

Número 25 / Publicación cuatrimestral

Enero-abril 2025 / Año 8 / Segunda época

ISSN: 0187-0416 / e-ISSN: 2954-4963

\$200.00 MXN

Versión OJS

revistaciencias.inacipe.gob.mx



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

INACIPE
49
AÑOS
1976 • 2025

ISSN: 0187-0416

