

La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional

De Prof. Dr. Alejandro Kiss, La Haya*

El modelo de imputación penal denominado “responsabilidad del superior” ha sido concebido con la finalidad de cubrir ciertos casos que, a pesar de que no podrían ser criminalizados bajo las formas ordinarias de autoría y participación, merecerían una sanción penal. En este sentido, el modelo representa una extensión de la responsabilidad penal hacia conductas que de otro modo no serían punibles en el ámbito de los Tribunales Internacionales. Esta constatación justifica los renovados esfuerzos tanto en la literatura específica como en la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc y recientemente la Corte Penal Internacional por explicar su naturaleza, sus elementos y características. A pesar de estos esfuerzos, todavía gobierna al respecto una preocupante falta de claridad. En este artículo me propongo analizar los aspectos que plantean las mayores consecuencias prácticas, entre ellos: la relación entre el superior y el subordinado incluyendo el requisito de control efectivo, los deberes que se les imponen a los superiores, el requisito de causalidad y el elemento subjetivo.

I. Introducción

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la interpretación de los conceptos y nociones que explican la atribución de responsabilidad penal en el ámbito del derecho humanitario y el derecho penal internacional alcanzó un punto de inflexión. Los conceptos jurídicos con los que se operaba hasta ese momento no habían sido concebidos para tratar crímenes masivos cometidos por individuos en altas posiciones de poder. Es cierto que, en verdad, los parámetros para definir y diferenciar entre autores instigadores y cómplices no ofrecen soluciones claras ni siquiera con relación a la criminalidad ordinaria y esta dificultad persiste cuando se intenta aplicarlos en el ámbito de los delitos internacionales. A las dificultades propias de la materia se agrega la naturaleza predominantemente indirecta de la intervención, la complejidad de los delitos internacionales y la extensión del daño que resulta de éstos. Esta situación volvió necesario repensar estos conceptos lo que condujo a numerosos esfuerzos en el ámbito judicial y en el ámbito académico con la intención de definir sus contornos de una manera que favorezca una jurisprudencia coherente y justa. Es entendible, entonces, que las construcciones legales que han resultado de estos intentos sean sofisticadas.

La doctrina de la responsabilidad penal del superior ha evolucionado de forma paralela a esos esfuerzos. El diseño de esta forma de atribución de responsabilidad responde a las limitaciones que presentan los conceptos de autoría y participación para captar la responsabilidad del superior. A pesar de que existen numerosos precedentes jurisprudenciales en el ámbito de los tribunales Ad-hoc y una prolifera literatura académica¹ que se ocupa de sus aspectos más salientes,

todavía gobierna una preocupante falta de claridad al respecto. Esto justifica redoblar esfuerzos por definir sus contornos. Un método que se presenta como especialmente fructífero en este sentido es el de separar sus elementos y analizarlos uno por uno, sin perder de vista la función que detenta esta norma en el sistema de atribución de responsabilidad individual. Es lo que se intenta a continuación luego de un breve análisis de sus antecedentes y su evolución.

II. Antecedentes y evolución de la responsabilidad del superior

Existen antecedentes remotos² de este modo de responsabilidad que han contribuido a forjar sus características más salientes de una manera que, a pesar del paso del tiempo, todavía es perceptible en la actualidad.³ Tales antecedentes

Universidad de Münster, Alemania y Abogado (hon.), Universidad de Buenos Aires. E-Mail:

kiss_alejandro@yahoo.com

Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas al autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional ni las de ninguna otra institución. Le agradezco a *Chantal Meloni* sus observaciones y comentarios sobre este trabajo.

¹ *Meloni*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 619; *Bonafé*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 599; *Cassese*, International Criminal Law, 3^o ed. 2013, p. 200 ss.; *Arnold/Triffterer*, en: Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2^o ed. 2008, p. 795; *Ambos*, en: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1, 2002; existe una versión en español en ADPCP 52 (1999), 527 (disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298290.pdf> [30.10.2014]).

Ver también, *del mismo*, La parte general del derecho penal internacional, traducción de Ezequiel Malarino, 2005, p. 295 ss.

² En “El arte de la guerra”, escrito por Sun Tzu en China en el 500 AC existen referencias a una forma rudimentaria de la responsabilidad del jefe militar; ver *Parks*, Military Law Review (1973), 1 (3).

³ En 1439, el Rey de Francia Charles VII de Orleans, llamado “el victorioso”, promulgó una ordenanza que reflejaba algunos de los aspectos que pueden observarse en los artículos 86 y 87 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del año 1977. Estas reglas, a la vez, han constituido pilares importantes en la evolución hacia el artículo 28. La ordenanza establecía lo siguiente: “El rey ordena que el Capitán o Teniente es responsable de los abusos, los daños y los delitos que cometan los miembros de su compañía y que tan pronto como reciba una queja de cualquier tipo relativa a un abuso debe poner al presunto delincuente ante la justicia para que sea castigado de una manera proporcional a su delito, según estas

* *Alejandro Kiss* es Letrado de la Corte Penal Internacional y Profesor Adjunto de Derecho Penal Internacional de la Universidad de La Haya. Es Doctor en Derecho y Master por la

han afirmado que el superior puede ser responsabilizado por no haber prevenido los delitos cometidos por sus subordinados⁴ y que debe responder como si él mismo hubiese cometido los crímenes.⁵

ordenanzas. Si omite hacerlo, oculta el delito o demora la acción, o si, por causa de su negligencia u otras razones, el delincuente se fuga evadiendo así el castigo, el capitán se considerará responsable de la infracción como si él mismo la hubiese cometido y será castigado de la misma manera en que lo habría sido el delincuente”. *Green*, *Naval War College Review* 50 (1997), 26.

⁴ La omisión de prevenir como fundamento de la responsabilidad penal puede ya encontrarse en precedentes antiguos como el del juicio contra Perter von Hagenbach, de 1474, que se llevó a cabo por los delitos de asesinato, violación, perjurio y crímenes contra las leyes de dios y el hombre ante un Tribunal Ad-hoc compuesto por veintiocho jueces del Sacro Imperio Romano. Perter von Hagenbach fue condenado por delitos que él, como caballero que era, tenía la “obligación de prevenir”. *Gordon*, *The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling history, historiography, and International Criminal Law* (2012), passim;

<http://ssrn.com/abstract=2006370> (30.10.2014) o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2006370> (30.10.2014).

⁵ La posibilidad de responsabilizar a un individuo en una posición de autoridad por la comisión de un delito ejecutado por otro individuo era conocida ya en el Derecho Romano. Según una de las reglas de Ulpiano, el compilador, quienes ordenaban la comisión de un asesinato debían ser responsabilizados como si lo hubiesen cometido ellos mismos (“mandator coedis pro homitida habetur”). Si un esclavo cometía un crimen que le ordenaba su amo debía considerarse que ambos lo habían perpetrado (*Mommsen*, *El Derecho Penal Romano*, p. 208). En el “Fuero Juzgo”, una traducción del “Liber Juridicum” que regía en la Península Ibérica durante la dominación visigoda, Libro VI.V. número XII indicaba que quienes le ordenaban a un sirviente que cometiera un crimen debían ser castigados con mayor gravedad que el sirviente que ejecutaba el asesinato: “[...] el que manda o conseia fazer omezillio, es mas enculpado que aquel que lo faze de fecho, por ende establecemos especialmiente que si el sirvo dize que so sennor le mandó matar [...] deve recibir c.c. azotes [...] é los seniores que lo mandaron fazer devenverr descabezados [...]” (*Dobranich*, *El Derecho Penal en el Fuero Juzgo*, 1924, p. 63). Tal como se indicó más arriba, en 1439 una ordenanza promulgada por el Rey de Francia indicaba que: “el capitán se considerará responsable de la infracción, como si él mismo la hubiese cometido y será castigado de la misma manera en que lo habría sido el delincuente”. Además, en 1775 el Código Militar de los EE.UU. establecía en el artículo XII: “Todo oficial que esté al mando [...] deberá mantener el buen orden y, en la medida de lo posible, corregir todos los abusos o desórdenes que cometa cualquier oficial o soldado bajo su mando: si recibe una queja de que sus oficiales o soldados han golpeado o maltratado de cualquier otra forma a una persona, o han cometido alborotos que hubiesen atemorizado

Entre estos precedentes, el artículo 3 de la (IV) Convención de La Haya de 1907 relativa a “las leyes y costumbres de la guerra terrestre” es de particular importancia. Esta disposición, que no estaba reflejada en la versión de 1889 de la Convención de La Haya, estableció el principio de mando responsable, según el cual “La parte beligerante [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”.⁶ Además, el artículo 1 (1) del Reglamento Concerniente a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre requería del ejército, las milicias y los cuerpos de voluntarios “[t]ener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos”.⁷ Como se verá más adelante, esta Convención constituye un hito importante en la evolución de la responsabilidad del superior.

Tal como se ha dicho en un trabajo académico que me parece especialmente cuidadoso y bien documentado “el jefe militar siempre ha sido considerado responsable, sin embargo, hay pocos ejemplos registrados antes del final de la Segunda Guerra Mundial en los que la responsabilidad haya tenido naturaleza penal o internacional”.⁸ En verdad, la situación no cambió de manera sustancial inmediatamente luego de la Segunda Guerra. Es cierto que en aquel momento ocurrieron significativos avances en relación con el establecimiento del derecho penal internacional y la codificación del derecho humanitario internacional. El Estatuto de Núremberg, la Convención de Ginebra de 1949 y la Convención contra el Genocidio de 1949 establecieron la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y ya se puede advertir en esta etapa un principio de delineación de sus contornos. Sin embargo, estos instrumentos no prevenían la responsabilidad penal del jefe militar y otros superiores.⁹ También es notable que no se haya mencionado la responsabilidad del jefe militar en los antecedentes del Estatuto de la CPI elaborados, en el marco de la Comisión de Derecho Internacional, entre 1949 y 1954.

Tanto los juicios de Núremberg como los procesos que le siguieron han resaltado que los crímenes contra el derecho internacional dan lugar a la responsabilidad individual.¹⁰

a los habitantes y se niega u omite tomar las medidas para que se haga justicia sobre el agresor o agresores y se repare a la parte o a las partes damnificadas en la medida en que lo permitan los salarios del agresor será, si ello se prueba debidamente con anterioridad, castigado según lo que ordene una corte marcial como si él mismo hubiese cometido los crímenes o faltas de los que recibió queja”. *Journals of the Continental Congress 1774-1779*, Vol. 2, 1905, p. 111 ss.; http://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.a_sp (30.10.2014).

⁶ Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18.10.1907.

⁷ Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre – Sección I, Beligerantes, Capítulo 1 Calidad de Beligerante.

⁸ *Parks*, *Military Law Review* (1973) 1 (19).

⁹ *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 803.

¹⁰ *Ambos*, *Revista Penal* 7 (2001), 5, disponible en:

Excepto por un puñado de casos, los jefes militares no fueron sancionados por no haber controlado a sus subordinados o no haber tomado medidas para prevenir los crímenes. Como se mencionó anteriormente, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg ni siquiera contenía una disposición explícita sobre la responsabilidad del jefe militar, y, en los contados ejemplos en los que se aplicó este modo de imputación los tribunales recurrieron a la Convención de La Haya de 1907 y su Reglamento que, como se dijo más arriba, establece que “La parte beligerante [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”.¹¹ La jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg se va a analizar con mayor detalle más adelante. Por ahora basta con decir que, después de Núremberg, la responsabilidad del jefe militar principalmente se consideró relevante en los casos en que no pudiera establecerse ninguno de los modos tradicionales de responsabilidad penal.¹²

El antecedente más prominente en el que se refleja este tipo de responsabilidad en el terreno internacional¹³ es el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del año 1977 (“PAI”). El artículo 86 del PAI crea la obligación reprimir y hacer que cesen las infracciones graves a la Convención, cuando éstas resulten del incumplimiento de un deber de actuar. El Protocolo también estipula que el hecho de que la infracción haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria a sus superiores si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción. Según el artículo 87, los jefes militares tienen la obligación de impedir, reprimir y denunciar infracciones ante las autoridades competentes. Con el fin de impedir y reprimir tales infracciones, los jefes han de tomar medidas para asegurar que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de los Convenios y el Protocolo. Si el jefe tiene conocimiento de que sus subordinados van a cometer o han cometido una infracción tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para impedirlos, y, cuando fuera necesario, está obligado a promover una acción disciplinaria o penal.

Los principios enunciados en los artículos 86 y 87 del PAI se ven reflejados en el ECPI y, por cierto, en términos

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/95/90> (30.10.2014); Kiss, Indret 2013, 23, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/964.pdf> (30.10.2014)

¹¹ Arnold/Triffterer (nota 1), p. 810.

¹² Arnold/Triffterer (nota 1), p. 814.

¹³ Con anterioridad, la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad reconoció en lo que respecta a “los representantes de la autoridad del Estado” la responsabilidad penal, más allá de las modalidades de participación tradicionales, en tanto “toleren su perpetración” aceptando así la responsabilidad por omisiones.

mucho más explícitos que sus antecedentes de los tribunales Ad-hoc, los cuales establecen la responsabilidad de los jefes militares con un texto prácticamente idéntico.¹⁴

El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había hecho, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores.

Los tribunales Ad Hoc han tenido varias oportunidades de interpretar este modo de atribución de responsabilidad. Se ha desarrollado una jurisprudencia conteste en cuanto a que los siguientes elementos son requeridos:

- (i) una relación de superior-subordinado,
- (ii) el superior debía saber o tener razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había cometido,
- (iii) el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores.¹⁵

III. El jefe militar y las fuerzas; los superiores y los subordinados

El Estatuto de Roma no criminaliza como superior a toda persona que omite prevenir un crimen a pesar de tener la capacidad para hacerlo. Además de la capacidad de prevenir se requiere detentar una posición especial con respecto a los bienes jurídicos protegidos, que se denomina “posición de garante”. Esta idea se ha expresado en los siguientes términos en la jurisprudencia de la Tribunales Ad-hoc:

“[L]a capacidad material de prevenir y castigar también puede existir fuera de las relaciones entre superior-subordinado que son relevantes para el artículo 7 (3) del Estatuto. Por ejemplo, un oficial de policía puede ser ca-

¹⁴ Ver el apartado 3 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (“TPIY”), el apartado 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”) y el apartado 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (“SCSL”). Existe una versión castellana, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm> (30.10.2014). El artículo 3 (2) del Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona presenta algunas diferencias adicionales.

¹⁵ TPIY, Appeal Judgment de 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaskic), párr. 484. Ver ICTR (Appeals Chamber), Judgement de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), párr. 484; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Prosecutor v. Milošević), párr. 280.

paz de ‘prevenir y castigar’ crímenes bajo su competencia pero esto en sí mismo no lo convierte en superior (en el sentido del artículo 7 [3] del Estatuto) en relación con quienes cometen hechos en el ámbito de su jurisdicción”.¹⁶

La posición de garante es tradicionalmente entendida en dos sentidos. En primer lugar, puede ocurrir que el garante tenga una obligación especial de asegurar la inocuidad de ciertos intereses, personas y objetos frente a diversos ataques. Si estos bienes jurídicos se ven menoscabados quien detenta la posición de garante puede incurrir en responsabilidad penal. En segundo lugar, el garante puede estar encargado de supervisar determinados objetos o personas que constituyen una fuente de peligro para los bienes jurídicos de terceros. Quien detenta la posición de garante puede incurrir en responsabilidad penal si de estas fuentes de peligro emergen daños para los derechos de terceros.¹⁷

Se ha dicho que los jefes militares y los superiores jerárquicos son sujetos pasivos de este tipo de obligaciones en los dos sentidos indicados aquí arriba. En primer lugar, se les imponen obligaciones en razón de la experiencia de que sus subordinados constituyen una fuente de peligro¹⁸ y esto podría volverlos garantes según la primera modalidad estipulada más arriba. En cuanto a la segunda modalidad, existe jurisprudencia en el ámbito internacional según la cual el superior es garante de la protección de intereses (es decir, no sólo con respecto a ciertas fuentes de peligro). En los casos de “ocupación militar”, se ha sostenido, el jefe militar tiene la obligación de mantener la paz, castigar la comisión de delitos y proteger la vida y la propiedad de las personas en la zona bajo su mando dentro del territorio ocupado.¹⁹

El artículo 28 especifica quiénes están obligados, en virtud de su posición, a realizar la acción mandada por el deber. El jefe militar o el que actúe efectivamente como tal es garante, de conformidad con el artículo 28 párrafo (a), con respecto a los crímenes cometidos por fuerzas bajo su control. La responsabilidad de quienes se encuentren en una relación superior/subordinado distinta de las descritas en el párrafo (a), comúnmente llamados superiores civiles o no-militares, está gobernada por el párrafo (b) según el cual el superior es responsable por los delitos cometidos por los subordinados bajo su control.

¹⁶ ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 16.10.2007 – IT-01-48-A, (Prosecutor v. Halilović), párr. 59.

¹⁷ Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283 ss., existe una traducción al español de *Cuello Contreras/Serrano González de Murillo* publicada por la editorial Marical Popns en 2006.

¹⁸ Arnold/Triffterer (nota 1) p. 825; Ambos, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 159 (177); Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Foundation and General Part*, Vol. 1, 2013, p. 207.

¹⁹ US Military Tribunal Nuremberg, Judgment de 19.2.1948, (Hostage Case) = in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume XI/2*, p. 1271.

La distinción entre jefes militares, personas que actúen efectivamente como tales y otros superiores puede ser un tema de vital importancia en el marco del ECPI. La responsabilidad de los superiores no militares presenta elementos subjetivos y objetivos más exigentes que la de los jefes militares y las personas que actúan efectivamente como tales. Como se señala más adelante, la razón reside en que en los ámbitos militares existe un sistema de castigo estricto que le garantiza al superior un mayor grado de control sobre los subordinados.²⁰ Por lo general no existe un sistema de castigo semejante en el ámbito civil y esto reduce el grado de autoridad que se puede asumir respecto de los superiores no militares.²¹

A la hora de determinar si los superiores revestían la capacidad de mando necesaria la jurisprudencia de los Tribunales de Tokio y de Núremberg, así como la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, estimaron que lo decisivo era la posición que el superior detentaba de jure.²² Por el contrario, los Tribunales Ad-hoc se concentran más bien en la capacidad de mando real de los superiores y el control que detentan sobre los subordinados.²³ La posición que el superior detenta de jure es considerada, a lo sumo, como un indicio de control efectivo.²⁴

El “jefe” es la persona que, en el marco de una organización jerárquica, posee la capacidad estructural de darles órdenes a otras personas quienes, debido a esta estructura jerárquica, están obligados a cumplir con las órdenes.²⁵ Un

²⁰ Este sistema se ha inspirado en una propuesta de EE.UU. durante la redacción del ECPI.

²¹ Karsten, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 983 (988 ss.).

²² Ambos (nota 1), p. 831.

²³ ICTY, Appeals Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. [Čelebići case]), párr. 300.

²⁴ La Sala de Apelaciones del TPIY ha indicado que, en el precedente Čelebići, no se ha revertido la carga de la prueba. Por el contrario, se reconoció que la existencia de una posición de autoridad de jure constituye prueba prima facie de que el superior tenía control efectivo sobre el subordinado y se insistió en que la carga de la prueba la tiene la fiscalía; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 22 April 2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 21. Ver también ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 9.5.2007 – IT-02-60-A, (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), párr. 302; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 16.10.2007 – Case No. IT-01-48-A, (Prosecutor v. Halilović), párr. 85. En la jurisprudencia del TPIY, lo decisivo no es si la capacidad de mando emana de una posición de jure o de facto sino que el jefe, en virtud de su posición dentro de una estructura jerárquica formal o informal, haya sido un “superior” del autor del hecho y que haya ejercido sobre él un control efectivo. ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 16.10.2007 – Case No. IT-01-48-A, (Prosecutor v. Halilović), párr. 59. Ver también ICTY, Appeals Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A, (Prosecutor v. Delalic et. al. [Čelebići case]), párrs. 192 a 197.

²⁵ Burghardt, *ZIS* 2010, 695 (705), p. 169 ss.; Ambos (nota 18 – Treatise), p. 209. Según una decisión del Superior

jefe “militar” es una persona dentro de una organización militar que tiene el poder de darle órdenes a las fuerzas bajo su mando, que están obligadas a obedecer.²⁶

En la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, el término “jefe militar” se le aplica a las personas designadas formalmente o conforme la ley para llevar a cabo la función de mando militar (llamados, los jefes militares de jure).²⁷ A la vez, en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional se ha interpretado que la noción de persona que “actúa efectivamente como jefe militar” se aplica a quienes no son elegidos por ley para llevar a cabo esa función pero, sin embargo, la desempeñan de facto.²⁸ Estos sujetos deben “actuar efectivamente” como jefes militares y no sólo desempeñar “funciones similares”.²⁹

Está claro que, para calificar a las fuerzas como “militares”, no es necesario que formen parte de las fuerzas armadas regulares de un Estado. Los grupos paramilitares e irregulares, así como los movimientos de liberación nacional pueden ser considerados “militares”. En efecto, durante los trabajos preparatorios del ECPI se aceptó expresamente que la letra del Estatuto incluye a personas que controlan las fuerzas irregulares.³⁰ Aún cuando estos grupos actúan al margen de la ley pueden designar formalmente, de conformidad con sus reglas o no escritas, un jefe militar.

La responsabilidad del jefe militar alcanza a los superiores en los máximos niveles de liderazgo, así como también a los comandantes con sólo unos cuantos hombres bajo su mando.³¹ La relación entre el superior y el subordinado no termina en el superior inmediato sino que puede extenderse atravesando distintos rangos y niveles en la jerarquía hasta alcanzar a aquellos en los niveles más encumbrados.³² Desde luego, el superior puede a la vez ser el subordinado de otro jefe militar.³³ Como resultado, puede existir una cadena de

responsabilidad sobre la cual sustentar la imputación de todos aquellos que no hayan cumplido con sus responsabilidades.³⁴ Al final de esa cadena estará el subordinado/ejecutor del delito. No es necesario, desde luego, identificar a las personas que ejecutaron los crímenes.³⁵ Lo único que es necesario es establecer que pertenecían al grupo que actuaba bajo el mando y el control efectivo del jefe militar.³⁶

No es inusual, en estos ámbitos, que el mando sea delegado en otro jefe. Sin embargo, quien delega el mando no elude automáticamente la responsabilidad penal. Se ha dicho que tal delegación tiene que ser parcial, precisa y específica y las personas en quienes se delega el mando deben estar realmente en condiciones de cumplir las funciones delegadas.³⁷ Además, para eximirse de responsabilidad, quien delega el mando debe conferirle autoridad a la persona en quien ese mando se delega y debe rescindir, mediante la delegación, su competencia para ejercer el control efectivo sobre los subordinados. De lo contrario, quien delega el mando todavía puede ser considerado responsable.

En ciertos casos puede ser dificultoso diferenciar entre jefes militares, personas que actúan efectivamente como tales y superiores no militares. El hecho de que el superior detente un rango militar no es por sí mismo determinante. En efecto, una persona sin rango militar puede actuar efectivamente como jefe militar. A la vez, detentar tal posición no conduce necesariamente a la responsabilidad como jefe militar con-

Tribunal Federal de Alemania son jefes militares quienes pueden, fáctica y legalmente, emitir órdenes vinculantes y asegurar su cumplimiento. BGH, decisión del 17.6.2010 – AK 3/10.

²⁶ *Meloni*, Command Responsibility in International Criminal Law, 2010, p. 155.

²⁷ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (de aquí en adelante “Bemba Confirmation Decision”), párr. 408. La palabra “ley” en esta jurisprudencia debe interpretarse en su contexto. Las regulaciones o las prácticas de los grupos armados no gubernamentales están incluidas.

²⁸ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párrs. 408 ss.

²⁹ Diferente – *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 824.

³⁰ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 22.6.1998, A/CONF.183/C.1/WGGP/L.7.

³¹ ICTY, Judgement de 22.2.2001 – IT-96-23-T (Prosecutor v. Kunarac et al.), párr. 398. Ver también el comentario al artículo 87 del PAI, párr. 3553;

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750113?OpenDocument> (30.10.2014).

³² *Ambos* (nota 1), p. 856.

³³ *Ambos* (nota 1), p. 856.

³⁴ Esta situación genera una serie de dificultades con relación a la comprobación de la (cuasi) causalidad. La causalidad requiere que se establezca que los delitos no se habrían cometido si se agregase mentalmente la acción mandada por el deber. Si el mando es ejercido por un órgano colegiado o deviene confuso, tal como ocurre usualmente en un conflicto armado, puede ocurrir que los crímenes pudieran haber sido cometidos a pesar de que algunos de los superiores cumplieran con sus obligaciones. Si se le aplica este test a cada superior por separado ninguno de ellos sería responsable de los delitos cometidos como resultado de su omisión de ejercer control efectivo. Este problema, que es bien conocido en relación con los delitos de omisión, podría ser resuelto por aplicación de las reglas de la atribución mutua cuando se cumplen los requisitos de la coautoría. Pero no está claro que pueda recurrirse a la coautoría en casos de responsabilidad del jefe lo cual, combinando los artículos 25 (3) (a) y 28, crearía algo así como una co-responsabilidad de los superiores.

³⁵ ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 9.5.2007 – Case No. IT-02-60-A (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), párr. 287; ICTY (Trial Chamber), Judgement de 15.9.2008 – Case No: IT-04-83-T, (Prosecutor v. Delić), párr. 56; ICTY (Trial Chamber), Judgement de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 305; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 35.

³⁶ ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 35.

³⁷ *Ambos* (nota 1), p. 859.

forme el párrafo (a) del artículo 28.³⁸ Ello así, pues los delitos pueden ser cometidos por subordinados que no califiquen como “fuerzas” bajo el mando de un individuo que reviste un estatus militar. Es más, un superior puede ser responsable como jefe militar y como no militar, incluso con respecto a los mismos delitos base, si por ejemplo son cometidos conjuntamente por fuerzas bajo su mando y subordinados bajo su control.

En la doctrina se ha propuesto que entre los indicadores a tomar en cuenta para decidir si se trata de un “jefe militar” o un “superior no militar” hay que atender a la naturaleza de la institución, unidad y la organización en la cual el superior detenta su posición. Ciertas organizaciones o entidades pertenecen indiscutiblemente a las fuerzas armadas, como ser las milicias oficiales de un Estado. Otras instituciones realizan funciones que por naturaleza son claramente no militares, como ser los partidos políticos o los órganos administrativos y burocráticos del Estado y empresas privadas (como por ejemplo una estación privada de radio). Estos ejemplos dan lugar a responsabilidad como superiores civiles.³⁹

Esta idea proporciona un criterio cuya utilidad práctica es limitada. Sin embargo, las dificultades para caracterizar ciertos ejemplos no desaparecen, incluso con respecto a algunos que no son inusuales en el ámbito de la responsabilidad de los superiores tales como los guardias de campo y la policía civil. Según esta tesis, es relevante considerar si la entidad u organización:

- (i) tiene por finalidad participar en un conflicto armado; o bien
- (ii) plantea un riesgo de degenerar en crímenes internacionales.⁴⁰

³⁸ *Karsten*, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 983 (992 ss.).

³⁹ *Ambos* (nota 1), p. 848; en cuanto a la responsabilidad de los líderes de un partido político ver el fallo ICTR (Trial Chamber), *Judgement de 3.12.2003 – ICTR-99-52-T* (Prosecutor v. Nahimana et al.), párr. 976. Se sostuvo que en los partidos políticos, a diferencia del gobierno, las fuerzas armadas, o una empresa no existe una sujeción de sus miembros en el sentido de que están gobernados por el órgano que toma las decisiones del partido. Entonces, en principio, los líderes no son responsables de los delitos que cometan los afiliados. Sin embargo, cuando y en la medida en que los miembros actúen en cumplimiento de las instrucciones del partido quienes emitan las instrucciones son responsables de su implementación. Esta condena fue revocada en apelación pero, aparentemente, por razones que no tuvieron que ver con esta interpretación del Tribunal de Juicio; ICTR (Appeals Chamber), *Judgement de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A* (Prosecutor v. Nahimana et al.), párrs. 636, 858.

⁴⁰ *Ronen*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010), 313 (349, 353), disponible en: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Ronen-cr1.pdf> (30.10.2014); *Karsten*, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 983 (1002).

Es dudoso que el primer criterio sea útil para la calificación de los casos difíciles. En la jurisprudencia de la CPI, quienes detentan autoridad sobre la policía civil, que no tiene por finalidad participar en un conflicto armado, se han considerado jefes militares.⁴¹ El segundo aspecto, a mi modo de ver, ni siquiera posee un valor indicativo ya que encierra una tautología: si estas organizaciones efectivamente cometieron crímenes internacionales ello va a haber estado precedido, necesariamente, por un riesgo de que se cometan esos delitos.⁴²

Otra forma de encarar esta distinción es observando la calificación de quienes ejecutan los crímenes. Los jefes militares son responsables por su omisión de prevenir o reprimir los delitos cometidos por las “fuerzas” a su mando mientras que, en cuanto a los superiores no militares, los crímenes son cometidos por “subordinados”. Las “fuerzas” bajo el mando del jefe militar son un subgrupo dentro de la noción de “subordinados”. El término “fuerzas” no está definido en el ECPI ni en los elementos de los crímenes. Un instrumento valioso para acuñar esta definición es el I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, del año 1949.⁴³ De

⁴¹ ICC, *Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408* (Bemba Confirmation Decision), párr. 410, la noción de jefes militares se aplica a quienes detentan autoridad y control sobre las fuerzas regulares del gobierno tales como la unidades de policía armada o fuerzas irregulares (fuerzas no gubernamentales) incluyendo los grupos rebeldes y unidades paramilitares así como movimientos de resistencia armada y milicias que detentan una estructura militar o una cadena de mando.

⁴² *Kiss*, *El delito de peligro abstracto*, 2011, p. 60 ss.

⁴³ El artículo 13 de la Convención, al definir a las “personas protegidas”, establece que existen “miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas”. Estos se distinguen de los miembros de las otras milicias y los miembros de los otros cuerpos de voluntarios incluidos los movimientos de resistencia organizados en tanto reúnen las siguientes condiciones: a) estar comandados por una persona que responda por sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. A la vez la convención menciona a (4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte de ellas, tales como los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan; (5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; (6) la población de un territorio no

acuerdo con esta idea, por ejemplo, la ausencia de medidas para prevenir delitos cometidos por las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte de ellas no generaría responsabilidad de mando. Lo mismo podría en principio aplicarse a los delitos cometidos por la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares incluso cuando lleven las armas a la vista.

Aun cuando existen ejemplos ya en la jurisprudencia de Núremberg,⁴⁴ nunca ha sido fácil probar la existencia de una relación suficiente de subordinación en el ámbito civil.⁴⁵ Hay pocos ejemplos de veredictos condenatorios de los Tribunales Ad-hoc que reflejen a este tipo de constelaciones.⁴⁶ En la jurisprudencia del TPIY se ha insistido en que la responsabilidad del superior no militar requiere que éste ejerza un grado de control similar al de los jefes militares.⁴⁷ Se ha reconocido que la capacidad de castigar es inherente a la capacidad de emitir órdenes y que los civiles no detentan un poder disciplinario semejante al de los militares. Sin embargo, se ha sostenido que la capacidad de castigar no es esencial cuando de lo que se trata es de la responsabilidad del superior no

ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y costumbres de la guerra.

⁴⁴ *Ambos* (nota 1), p. 829 s. En el caso Phol et. al uno de los acusados que resultó condenado era un civil y en el caso US vs. Brandt et. al se dijo que los civiles pueden ser considerados responsables como superiores. En el fallo del Tribunal Militar de Tokio se mencionó que los miembros del gobierno civil también poseen responsabilidad de mando.

⁴⁵ El grado de control sobre los subordinados en los ámbitos no militares tiene que ser similar al que ejercita el jefe militar; ICTY (Trial Chamber), Judgment de 16.11.1998 – IT-96-21-T (TCProsecutor v. Delalic et al.), párr. 355. Además, es especialmente importante distinguir en este contexto entre la “autoridad” y la “capacidad de convencer o influenciar”; ver *Mettraux*, *The law of command responsibility*, 2012, p. 183.

⁴⁶ *Ronen*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010), 313 (324 ss.) indica que en el ámbito del TPIY no existen precedentes de esta clase. En cuanto a las dificultades probatorias ver *Bonafé*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 599 (610).

⁴⁷ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 16.11.1998 – IT-96-21-T (TCProsecutor v. Delalic et al.), párr. 378; ICTR, Judgment de 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Bagilishema), párr. 42 revocado por la Sala de Apelaciones en tanto el control que ejerce el superior tiene que revelar el mismo grado aunque no necesariamente la misma naturaleza; ver ICTR, Judgment de 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Bagilishema), párr. 55.

militar. Como sucedáneo, se ha considerado suficiente la habilidad de transmitir informes a las autoridades.⁴⁸

El precedente más representativo es el del caso Nahimana del TPIR. El acusado era un ex profesor universitario, Director del Ministerio de información de Ruanda y fundador y director de una emisora de una radio privada (RTL M). Fue condenado a treinta años de prisión por no prevenir o castigar la “incitación directa y pública al genocidio” llevada a cabo en radiodifusiones de la RTL M. La radio se conocía como “Radio Machete”. En esas emisiones se exhortaba al auditorio a tomar medidas contra el enemigo.⁴⁹

Un ejemplo reciente de estas constelaciones en la jurisprudencia de la CPI aparece en la en la Decisión de Confirmación de Cargos de Bosco Ntaganda. Allí se analizó y se afirmó la responsabilidad de Bosco como jefe militar con respecto a ciertos delitos cometidos por “civiles”. Estos civiles acompañaban a los miembros del UPC/FPLC en todas o casi todas las operaciones militares. Cumplían tareas de transporte de provisiones y “quemaban las casas y sustraían sus techos” bajo órdenes de los jefes del UPC/FPLC. Bosco proporcionó armas a algunos de estos civiles y les ordenó “ir a matar [...] Lendus”.⁵⁰ Se afirmó que el imputado tenía mando y control sobre los civiles en razón de que tenía la capacidad de ordenarles que tomaran parte en las hostilidades.⁵¹

IV. Mando, autoridad y control efectivos

Conforme el artículo 28(a), el jefe militar o la persona que actúa efectivamente como tal deben detentar un mando (y control) efectivos o una autoridad (y control) efectivos. El artículo 28(b), a la vez, estipula que el superior debe poseer autoridad (y control) efectivos.

El “control efectivo” se define como la capacidad material de prevenir o sancionar la comisión de un delito.⁵² Se ha considerado que un estándar inferior de control, como ser la capacidad de ejercer influencia, no puede considerarse suficiente incluso cuando tal influencia pueda ser sustancial.⁵³ El “control efectivo” es un elemento determinante en la responsabilidad del superior, un individuo que detenta de jure la posición de jefe militar no incurre en responsabilidad penal a menos que posea además control efectivo sobre sus subordi-

⁴⁸ ICTY, Judgment de 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (Aleksovski), párr. 78.

⁴⁹ ICTR (Appeals Chamber), Judgment de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), párr. 822.

⁵⁰ ICC, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, del 9.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309, párr. 18.

⁵¹ ICC, Decision de 9.6.2014– ICC-01/04-02/06-309 (Decision Pursuant to Article 61 [7] [a] and [b] of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda), párr. 166.

⁵² ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 415.

⁵³ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 415; ICTY (Appeals Chamber) Judgment de 22.4.2008, – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 214.

nados. A la vez, un individuo que sí posee control efectivo incurre en responsabilidad penal a pesar de que detente la posición de jefe tan sólo de facto.⁵⁴

El “control” se ha concebido como un concepto “de recogida” que incluye a los de autoridad y mando.⁵⁵ Según la decisión de Confirmación de cargos en el caso Bemba, el par de conceptos alternativo “autoridad” y “control” no le adjudica ningún significado diferente al texto de la ley.⁵⁶ El término “mando efectivo” se ha interpretado como “autoridad efectiva” en razón de que, en el diccionario, el término “mando” se define como “autoridad, especialmente sobre fuerzas armadas”.⁵⁷ Así, el concepto de “autoridad efectiva” se ha interpretado como la modalidad, manera o naturaleza conforme la cual un jefe ejerce control sobre sus fuerzas o subordinados.⁵⁸

A efectos de distinguir entre la noción de “control” y las de “mando” y “autoridad”, es útil recordar los múltiples modos que se emplean en la vida social para expresar el deseo de que otra persona haga o se abstenga de hacer algo. Ese deseo puede expresarse a través de una orden, una solicitud, un pedido, un ruego, una advertencia, etc. Por ejemplo, el imperativo “entrégame el dinero o te disparo” describe una situación en la que el ladrón coacciona a la víctima cuya suerte está en las manos del ladrón. Para asegurar el cumplimiento, el ladrón amenaza con llevar a cabo algo que una persona normal consideraría dañino volviendo menos atractiva la opción de quedarse con el dinero. Lo que subyace a un pedido como éste es una amenaza y ello es muy diferente de lo que subyace a una orden emitida por un individuo que ocupa una posición de preeminencia – el típico ejemplo es el ejército o un grupo de seguidores o discípulos. En esta segunda categoría de “órdenes”, lo que subyace al imperativo no es, principalmente, una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.⁵⁹ La utilidad de esta consideración se vuelve evidente cuando se recuerda que la jurisprudencia de la Corte, para definir y distinguir el concepto de “comisión” de un delito con respecto al de “participación”, ha recurrido invariablemente al concepto de “dominio del hecho”, una noción que ha sido convalidada por la Sala de Apelaciones.⁶⁰ El dominio del hecho está caracterizado por la capacidad de

decidir el “sí” y el “cómo” del hecho.⁶¹ Es aceptado que se puede detentar dominio del hecho a través del dominio sobre la voluntad del ejecutor, por ejemplo en casos en que éste actúa bajo error, coacción o insania.⁶² Ciertamente, el ejecutor puede bien ser un “subordinado” que actuó bajo el “control efectivo” del superior, quien lo indujo a cometer un ilícito bajo error o coacción. Sin embargo, en tales situaciones, la actuación del subordinado no estaría motivada en una apelación a la autoridad (o mando) del superior y por lo tanto no daría lugar a su responsabilidad como tal.

En cualquier caso, aun cuando se puede detentar “control efectivo” a través de mecanismos a los que no subyace una apelación a la autoridad o al mando, lo cierto es que la responsabilidad del superior se sustenta en la relación de subordinación que tiene que existir entre él sus subordinados. Por lo tanto, es decisivo si el superior tiene el poder de emitir órdenes e instrucciones hacia los subordinados, la naturaleza de las órdenes que tiene la capacidad de emitir, así como si sus órdenes son efectivamente obedecidas.⁶³ Esta relación es tan determinante que ha detonado absoluciones tanto en la jurisprudencia temprana de Núremberg⁶⁴ como en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc.⁶⁵

⁶¹ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1003.

⁶² ICC, Decision de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Kanganda and Njudjolo), párrs. 488 and 495 párrs. 488, 495.

⁶³ ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C, párr. 254.

⁶⁴ Un ejemplo en el cual los superiores fueron absueltos de responsabilidad en razón de que los crímenes fueron cometidos por individuos que no estaban bajo su control o dirección se presenta en el caso Paul Rostock, un funcionario alemán, Jefe de la Unidad de ciencia médica e investigación del Tercer Reich. La fiscalía alegó que se realizaban experimentos con la Malaria y otras enfermedades sobre los reclusos. Sabiendo esto, Rostock continuó trabajando en proyectos de investigación relacionados que daban lugar a nuevos experimentos con seres humanos. La fiscalía alegó que él omitió ejercer su autoridad para impedir los experimentos. El Tribunal concluyó que los experimentos fueron realizados por personas y organizaciones que no estaban bajo el control o dirección de Rostock. Por consiguiente, Rostock fue absuelto y puesto en libertad; *Trials of War Criminals before the Nuremberg Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 2, The Medical Case*, p. 208 ss.

⁶⁵ Recientemente, la Sala de Apelaciones del TPIY revocó una condena y dispuso una absolución en razón de que no se había demostrado que el acusado tuviera un “control efectivo”. Se trata del oficial de mayor rango del ejército Yugoslavo, General Perišić, acusado de no haber prevenido y castigado los crímenes cometidos en el contexto del bombardeo de Zagreb, ejecutado en mayo de 1995. Los jueces sostuvieron que existía evidencia contradictoria acerca de si Perišić detentaba control efectivo. Había prueba de que estuvo involucrado en procesos disciplinarios con respecto a esos soldados, de que podía influir en la promoción y democión de los soldados e influir en las operaciones de la SVK (114). Sin embargo, otras pruebas indicaban que no

⁵⁴ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al., “Čelebići case”), párr. 197. Ver también ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T, párr. 363.

⁵⁵ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 210; ver también *Ambos* (nota 1), p. 857.

⁵⁶ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 412.

⁵⁷ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 413.

⁵⁸ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 413.

⁵⁹ Hart, *The Concept of law*, 1961, p. 18 ss.

⁶⁰ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Situation in the Democratic Republic of Congo, “Lubanga Appeals Judgment”), párr. 472; Ver también ICC, Judgment de 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11-373, párr. 291.

La existencia de “control efectivo” debe establecerse caso por caso. Según la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Bemba, los siguientes son factores indicativos:

- (i) el sospechoso detentaba una posición oficial;
- (ii) tenía poder para emitir órdenes;
- (iii) tenía capacidad de garantizar el cumplimiento de sus órdenes;
- (iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas que efectivamente llevaba a cabo;
- (v) su capacidad para ordenar las fuerzas o unidades bajo su mando inmediato o en niveles inferiores a participar en las hostilidades;
- (vi) su capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando;
- (vii) su poder para promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y
- (viii) su autoridad para enviar y retirar a las fuerzas de los lugares donde se desarrollan las hostilidades.⁶⁶

Según ciertas opiniones doctrinarias, el “control efectivo” tiene que provenir de una estructura jerárquica u organización a la cual pertenezcan el superior y el subordinado.⁶⁷ Esa “or-

tenía un control efectivo sobre los subordinados. De hecho, el bombardeo de croatas fue realizado por las fuerzas bajo el mando de un subordinado suyo (Sr. Celeketic). Perišić le dio instrucciones a su subordinado de que no bombardeara Zagreb y él, en cambio, decidió cumplir con las órdenes que recibió del Martić quien le instruyó que sí efectuara el bombardeo. Según la Sala de Apelaciones, considerado aisladamente, el incumplimiento de una orden emitida por Perišić podría ser concebido como un ejemplo excepcional de desobediencia o rebelión. Sin embargo, no había prueba más allá de duda razonable de la emisión de ninguna orden a uno de esos soldados con anterioridad al bombardeo de Zagreb. Tampoco había prueba concluyente del ejercicio de facultades disciplinarias. Una interpretación alternativa de las pruebas del caso, que la Sala consideró razonable, es que Perišić podía influir pero no poseía un control efectivo sobre los responsables del bombardeo. Por lo tanto, la existencia de control efectivo no era la única inferencia razonable que podía trazarse tomando en cuenta la totalidad de la evidencia. Sobre esta base, se revirtió la condena del acusado.

⁶⁶ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 418; En la jurisprudencia del TPIY estos factores han sido enunciados en varias decisiones, como por ejemplo: ICTY, Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Halilović), párr. 207; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párrs. 393 ss., 406, 408, 411, 413; ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 256; ICTY, Judgment de 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Milošević), párr. 280; ICTY, Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Orić), párr. 159.

⁶⁷ Karsten, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), 983 (994), argumenta que no cabe la responsabilidad como jefes de los líderes de grupos vinculados de manera demasiado laxa o espontánea pues la entidad a la que

ganización” se define como una realidad social que ha de estabilizar o cristalizar las relaciones interpersonales entre sus miembros más allá de la situación específica.⁶⁸ Según la jurisprudencia internacional, allí donde no se pueda probar la existencia de esta estructura, se rechaza la responsabilidad de los superiores con base en que no tienen un control efectivo sobre subordinados sino a lo sumo cierto grado de influencia.⁶⁹ Este parece ser el enfoque correcto. Si bien es cierto que normalmente ha de existir en este contexto una organización jerárquica, lo que interesa es la existencia de control efectivo y no la organización misma. Esto es compatible con la idea, a la que me referiré más adelante, de que puede haber control efectivo con respecto a una conducta aun cuando no esté estrictamente cubierta por un marco organizativo. En estas circunstancias, no habría razón para negar la responsabilidad del superior si tuvo capacidad de prevenir.⁷⁰

Suele sostenerse que en el ámbito militar los subordinados están permanentemente de servicio y sujetos a sistemas disciplinarios. En cambio, con respecto a los civiles, se afirma que están sujetos a la autoridad y el control de los superiores sólo en el marco de sus actividades laborales⁷¹ y no más allá de éstas.⁷² Esa idea reclama tener apoyo en que la ley, en el artículo 28 (b) (ii), especifica que los crímenes deben guardar relación con actividades bajo la responsabilidad y control efectivo del superior. Esto me parece, sin embargo, un entendimiento excesivamente estrecho de la posición de garante. En primer lugar, la comisión delitos internacionales va a ocurrir necesariamente por fuera del marco de

pertenecen precisa tener cierto grado de estabilidad; ver también Sivakumaran, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1129 (1135, 1137); Burghardt, ZIS 2010, 695 (705).

⁶⁸ Burghardt, ZIS 2010, 695 (705).

⁶⁹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, p. 160.

⁷⁰ Los individuos que ocupan posiciones de preeminencia pueden utilizar grupos de guerrilleros o subcontratistas privados para imponer sus objetivos políticos. Si estos individuos no pertenecen al grupo o son parte de la empresa sub-contratista, su autoridad y control efectivo no podría predicarse sobre la base de la estructura organizacional. Sin embargo, no hay ninguna razón para denegar su responsabilidad si, no obstante, ejercían autoridad y control efectivo sobre los ejecutores. Arnold/Triffterer (nota 1), p. 795 (826, en relación con las autoridades estatales). Creo que esta noción puede extenderse a líderes o dirigentes no estatales, como por ejemplo los líderes de un cartel de drogas que utilizan milicias subcontratadas, guerrillas o grupos paramilitares a los cuales no pertenecen.

⁷¹ Ronen, Vanderbilt Journal of Transnational Law 43 (2010), 313 (340 ss.).

⁷² Wu/Kang, Harvard International Law Journal 38 (1997), 272 (295); Vest, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, 2011, p. 258 s.; Ambos (nota 18 – Treatise), p. 212; Arnold/Triffterer (nota 1), p. 841 argumenta que estas actividades escapan a la órbita de responsabilidad del superior.

lo que constituye el objeto legítimo de una relación laboral amparada en la ley. Sobre esto no hay dudas. Pero más allá de ello, existen situaciones en las que una relación laboral, de culto, sindical etc. puede estar acompañada de un lazo de fuerte dependencia entre el empleado o subordinado y el superior.⁷³ Esta dependencia puede asegurarle al superior un grado de control que se manifieste, por ejemplo, en la capacidad de intimar a los empleados a participar en manifestaciones políticas y movilizaciones organizadas e incluso constituirlos en “fuerzas de choque”. Esa dependencia se intensifica cuando la autoridad estatal está ausente, corrompida o implicada. Quienes, aprovechando estas circunstancias, tienen la capacidad de inmiscuirse y dirigir aspectos de las vidas de sus subordinados que están por fuera de los estrictos límites de la relación laboral, siempre y cuando tengan la capacidad material para prevenir la comisión de los delitos, son responsables como superiores.

Del mismo modo, en los contextos militares, bajo el argumento de que las fuerzas están permanentemente de servicio se sostiene acriticamente que los superiores tienen control efectivo sobre sus subordinados en todo momento. Este argumento es excesivamente formalista y no lo encuentro persuasivo. El control que se requiere debe ser “efectivo”, por contraposición a “formal”.

Por último, se han propuesto dos posiciones en relación con el momento en que el superior debe haber tenido un control efectivo sobre sus subordinados. Según una opinión, el factor determinante es el momento de la comisión del delito. Otra opinión considera que el momento decisivo es cuando el superior omitió tomar medidas para impedir o castigar el delito. Este tema fue discutido arduamente en la jurisprudencia de los tribunales Ad Hoc.⁷⁴ En el marco del ECPI, la pregunta parece haber encontrado una respuesta definitiva en texto de la ley. El control efectivo debe haber existido antes⁷⁵ o al menos durante la comisión de los crímenes. La consecuencia inevitable de esta postura, que tiene importantes repercusiones prácticas, es que si el superior perdió el control efectivo sobre sus subordinados en cualquier etapa anterior al momento en que se proponían cometer el delito el superior no puede ser responsabilizado. Este punto se aborda con mayor detalle más adelante.

V. Naturaleza y contenido de las obligaciones a cargo de los jefes militares y otros superiores

En el marco de la jurisprudencia más reciente de los tribunales Ad-hoc, el superior es responsable de una “omisión propia”.⁷⁶ Su responsabilidad se limita a una omisión pura que se agota en el quebrantamiento de su deber de tomar medidas. Tal como ha sido establecido en la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc no es necesaria una relación de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados.⁷⁷ La responsabilidad del superior es diferente de la del subordinado que comete el delito⁷⁸ y no es sancionado como si hubiera cometido el delito él mismo.⁷⁹

La letra del ECPI no permite elaborar interpretaciones concluyentes sobre la naturaleza de este modo de responsabilidad. Por un lado, el artículo 28 establece que el jefe responde “por los crímenes [...] cometidos por sus fuerzas”. Si realmente él respondiese “por los crímenes” como un “autor” no se explica por qué su responsabilidad es accesoria. Además, si se lo considerase responsable de los crímenes, debería requerirse que el superior detente la intención específica que pudiera plantear el crimen cometido por sus subordinados. Como ser *vera* más adelante, esto no se requiere. Luego de esta frase, el ECPI aclara que esos crímenes deben haber sido cometidos por sus subordinados “en razón de [en la versión inglesa dice ‘como resultado de’] no haber ejercido [el jefe] un control apropiado”. Aquí se resalta la omisión y la causalidad, esta última por lo menos en la versión inglesa del ECPI. Con todo, como se explicará más adelante, la causalidad es un requisito explícito en el artículo 28 del ECPI y ello afecta la naturaleza misma de este modo de responsabilidad y lo distingue de sus contrapartes en los Tribunales ad hoc.

La Sala de Apelaciones de la CPI ha sostenido que los “actos que constituyen una mera contribución en la comisión de un crimen son dependientes de ‘si el autor actúa’ y por tanto solo accesorios al acto principal de ‘comisión de un de un crimen’”.⁸⁰ Estas características aparecen ambas en la responsabilidad del superior, en tanto: (i) él contribuye en la comisión del delito, debe ser “cuasi-causal”; y (ii) no hay responsabilidad del jefe si el subordinado no actúa, no existe la tentativa de responsabilidad como superior. Así, aplicando esta jurisprudencia, el superior detentaría una responsabilidad de naturaleza accesoria. Esta interpretación me parece correcta aunque conviene adelantar aquí un punto importante. Como lo detallaré más abajo, en mi opinión, quienes participan

⁷³ Entrarían en consideración contextos de violencia masiva, de extrema pobreza, de ausencia de autoridad estatal como por ejemplo en casos de territorios dominados por el narcotráfico.

⁷⁴ Ver, con más referencias, ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – Case No. IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 335.

⁷⁵ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 419.

⁷⁶ ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 78.

⁷⁷ TPIY, Judgment de 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaskić), párr. 77; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 40.

⁷⁸ ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 78.

⁷⁹ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 293.

⁸⁰ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (Lubanga Appeals Judgment), párrs. 467 and 468.

en el delito no responden “por el delito” sino por su participación en el delito cometido por otra persona.⁸¹

Estas cuestiones son de gran relevancia⁸² y deben tenerse en cuenta al estudiar y separar las formas básicas de la responsabilidad de mando. Éstas se han distinguido de manera convincente, en la literatura específica, de la siguiente manera:

- (1) omisión intencional de prevenir;
- (2) omisión imprudente de prevenir;
- (3) omisión intencional de castigar; y
- (4) omisión imprudente de castigar.⁸³

El análisis que sigue tiene en cuenta esta distinción pero procede, metodológicamente, analizando las obligaciones que el ECPI le plantea a los superiores bajo:

- (a) el deber de ejercer control apropiado,
- (b) el deber de prevenir,
- (c) el deber de reprimir o remitir.

2. Responsabilidad en razón de “no haber ejercido un control apropiado”

La estructura del artículo 28 revela dos tipos de deberes en cabeza de los superiores que deben ser claramente diferenciados. En primer lugar existe un deber más bien “general” que exige un control apropiado sobre las fuerzas y los subordinados. En segundo lugar, existe una obligación más “específica” que resulta vulnerada cuando se omite prevenir, reprimir los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes.

Se ha argumentado que a pesar de que el deber general se encuentra fuertemente arraigado en la costumbre internacional⁸⁴ es difícil y confuso distinguir entre las medidas que son relevantes para cumplir, por un lado, con el deber general, y, por el otro, aquellas pertinentes para satisfacer las obligaciones específicas de prevenir y reprimir.⁸⁵ Es cierto que existe una engorrosa superposición parcial entre estas medidas. Sin embargo, en el marco del ECPI, es preciso tener en cuenta esta distinción. Ello así, pues existe un requisito explícito de omisión de ejercicio de “un control apropiado”.

⁸¹ *Jakobs*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 11 et seq.

⁸² Deben reflejarse adecuadamente en el tenor del veredicto condenatorio (que indica qué se le reprocha al condenado) y en la pena que impone como consecuencia de ese reproche; ver *Olásolo*, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, 2013, p. 825 ss.

⁸³ *Meloni*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 619 (633 ss.); *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (668 ss.); *Meloni* (nota 26), p. 197.

⁸⁴ TPIY (Appeals Chamber), *Judgement de 16.10.2007– IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović)*, párr. 63.

⁸⁵ TPIY (Appeals Chamber), *Judgement de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović)*, párr. 63 and 64 and ICTY (Appeals Chamber), *Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić)*, párr. 177.

Tal como se expone a continuación, estos deberes están interrelacionados y en algunos escenarios se conectan formando un “continuo”. Cuando el superior tiene la competencia, la capacidad y los conocimientos necesarios para prevenir un delito y se abstiene de hacerlo habrá quebrantado la obligación general de ejercer un control apropiado sobre sus subordinados. Es más, tal incumplimiento entraña la manifestación más sintomática de la omisión de ejercer control apropiado. Por el contrario, cuando de lo que se trata es del deber específico de reprimir la diferenciación entre la obligación general y la específica es crucial. Si el superior, aun cuando no pueda atribuírsele un quebrantamiento de la obligación de prevenir, sí incumplió con su deber general y no ejerció un control apropiado todavía puede ser considerado responsable si posteriormente omitió reprimir o someter el asunto a las autoridades. En cambio, al parecer, el legislador ha considerado que la (mera) omisión de reprimir, si no se incumplió también por lo menos el deber general, no es suficientemente grave como para detonar la responsabilidad del superior en el ámbito internacional.⁸⁶

La obligación de ejercer un control apropiado es operativa incluso antes de que los subordinados estén cometiendo o se propongan cometer los delitos. Existe una serie de factores que han sido considerados indicativos al respecto, como ser si el superior tomó medidas para:

- (i) informar, educar, vigilar y controlar a sus subordinados;⁸⁷
- (ii) promover el conocimiento de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales;⁸⁸
- (iii) establecer las líneas necesarias de comunicación y presentación de informes entre los distintos eslabones de la cadena de mando;⁸⁹
- (iv) afianzar un régimen de disciplina interna.⁹⁰

2. El deber de “prevenir” la comisión de los delitos

En la acepción que aquí interesa, “prevenir” significa: “Prevenir, evitar, estorbar o impedir algo”.⁹¹ El incumplimiento de la obligación de prevenir no se produce exclusivamente a través de la falta de acción. Una omisión no es simplemente “falta de acción”. Si, por ejemplo, la ventana de una habitación está cerrada uno no puede lógicamente ni cerrarla ni abstenerse de cerrarla. Además, con respecto a aquello que está por fuera de la capacidad humana, las personas no pueden hacer lo imposible del mismo modo que no pueden abstenerse de hacerlo.⁹² Por consiguiente, la omisión no debe confundirse con la falta de acción.

⁸⁶ *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (678); de otra opinión *Meloni* (nota 26), p. 166, 175.

⁸⁷ *Triffterer*, en: *Triffterer* (nota 1), p. 22.

⁸⁸ Ver el artículo 87 (2) de; PAI y el párr. 3558 del comentario.

⁸⁹ *Meloni* (nota 26), p. 169 y nota 140.

⁹⁰ Comentario al artículo 87 del PAI, párr. 3549.

⁹¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, 2001.

⁹² v. *Wright*, *Norma y acción, una investigación lógica*, 1979, p. 62.

Lo que necesita ser evitado o impedido es la comisión de delitos por parte de los subordinados. Como se indica en un informe de la Comisión de Derecho Internacional, un jefe militar puede contribuir directamente a la comisión de delitos por sus subordinados cuando les ordena llevar a cabo un acto criminal, como ser matar a un civil desarmado. También le puede ordenar a su subordinado que se abstenga de llevar a cabo un acto que el subordinado tiene el deber de realizar, como ser abstenerse de proporcionar alimentos o cuidados médicos a los prisioneros causándoles la muerte⁹³ o bien puede omitir dar la orden de proveer esos alimentos. En estos casos, el delito podría evitarse tanto si el superior emite como si se abstiene de emitir las órdenes en cuestión. Sin embargo, este tipo de contribuciones constituyen supuestos de participación delictiva⁹⁴ o tal vez autoría. Cuando, en cambio, la contribución se agota en no prevenir o sancionar la conducta ilícita estamos en el terreno de la responsabilidad de mando. La cuestión es, desde luego, altamente controversial en los casos límite. Se reconoce que, a excepción de “ordenar”,⁹⁵ todos los modos de participación pueden ser satisfechos por omisión.⁹⁶ Por consiguiente, el dato ontológico de la falta de acción no predetermina la responsabilidad de mando. Esto lleva a complicados problemas de delimitación, en particular entre la complicidad por omisión y responsabilidad de mando.⁹⁷ En la jurisprudencia más reciente de los Tribunales Ad-

hoc no se acepta la condena cumulativa (concurso ideal) por intervención en el delito base más la omisión, como superior, de prevenir ese mismo delito base.⁹⁸ Esto aumenta la relevancia práctica de una correcta delimitación.

La Corte ha abordado esta problemática en la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso contra Laurent Gbagbo. La Sala confirmó diferentes modos de atribución de responsabilidad, autoría y participación, de manera “alternativa”.⁹⁹ Sin embargo, no se confirmó su responsabilidad como superior. Los jueces encontraron que la descripción de los hechos del caso no sustentaba una atribución de responsabilidad basada en su mera omisión de prevenir.¹⁰⁰ Si bien, se sostuvo, había prueba de que Gbagbo omitió prevenir y reprimir los delitos, esta abstención fue un factor inherente a sus esfuerzos deliberados por retener el poder a cualquier costo, incluyendo la comisión de delitos.¹⁰¹ La Sala de Cuestiones Preliminares parece haber aplicado una forma de “concurso aparente”.¹⁰²

conducta del acusado asciende a un aquiescencia oficial del delito lo cual reviste una contribución sustancial.

⁹³ ICTY, Judgment de 17.12.2004 – IT-95-14/2-A (Kordić and Čerkez), párrs. 34 s.; Judgment de 23.5.2005 – ICTR-98-44A-A (Kajelijeli), párr. 81; anteriormente, por ejemplo, en ICTR, Judgment de 19.10.2000 – ICTR 97-23-A (Kambanda), IV. Verdict, la condena cumulativa se había aceptado. En cambio, en la jurisprudencia reciente la responsabilidad de mando se considera una circunstancia a ser tenida en cuenta para el establecimiento de la pena. En el ECPI, el artículo 28 comienza con la frase “Además de otras causales de responsabilidad penal”. La intención que tuvo el legislador al incluir esta frase en el ECPI no es clara y la historia de la redacción del artículo 28 no ofrece ninguna luz al respecto. A mi modo de ver, el texto del artículo 28 no se opone a una condena acumulativa. No puedo dedicarme a este punto con mayor profundidad en este trabajo. El párrafo 9 de la introducción general de los Elementos de los crímenes específica que “[u]na determinada conducta puede configurar uno o más crímenes” lo cual refleja una aceptación explícita del concurso ideal de delitos en el marco del ECPI. La plausibilidad de la condena acumulativa debe determinarse sobre la base del principio de cosa juzgada enunciado en el artículo 20, que debe ser interpretado de una manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (según el artículo 21 [3]).

⁹⁹ ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo del 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red, párrs. 227 s.

¹⁰⁰ ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo del 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red, párrs. 227 s.

¹⁰¹ ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo del 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red, párrs. 227 s.

¹⁰² Conforme las reglas del concurso de leyes, en términos generales, la forma más grave de intervención en el hecho desplaza a la menos grave. La participación es desplazada por la de la autoría y la complicidad por la inducción; ver *Jakobs*,

⁹³ 1996 Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, 24.

⁹⁴ 1996 Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, 24.

⁹⁵ ICTY, Judgment de 30.11.2006 – IT-98-29-A (Galić), párr. 176.

⁹⁶ Ver el análisis de *Olásolo* (nota 82), p. 760 ss.

⁹⁷ *Meloni* (nota 26), p. 216 ss.; *Olásolo* (nota 82), p. 760 ss.; *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (698 ss.). La omisión de prevenir un delito o “no interferencia” ha sido considerado como aprobación o incitación del delito. La aprobación tácita o incitación puede considerarse complicidad cuando de ello resulta una contribución sustancial en el delito. En los casos en que se ha aplicado este modelo el acusado detentaba una posición de autoridad, estaba físicamente presente en la escena del crimen y su no-intervención fue considerada como una aprobación tácita y estímulo; ver ICTY, Judgment de 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (Aleksovski), párr. 87; ICTY, Judgment de 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Furundžija), párr. 232, “A pesar de que, según puede decirse, todo espectador alienta el espectáculo – ya que la audiencia es un elemento necesario del espectáculo – el espectador sólo es cómplice si su presencia tuvo, en los autores del hecho, un efecto legitimador y alentador significativo”. La autoridad de los acusados combinada con su presencia en (o muy cerca de) la escena del crimen, especialmente si se considera junto con su conducta anterior, permiten la conclusión de que la

Esta jurisprudencia está en línea con la decisión (posterior) de la Sala de Apelaciones en el caso Lubanga. En este fallo, la Sala de Apelaciones indicó que la diferenciación entre responsabilidad principal y accesoria es predominantemente “objetiva” y guiada por el peso del aporte en el delito.¹⁰³ Este pensamiento también se puede aplicar a la diferenciación entre la responsabilidad del superior y los distintos tipos de imputación accesoria que conoce el ECPI. No hay que olvidar que el ECPI emplea en este sentido cuatro términos diferentes: “facilitar”, ser “cómplice”, “colaborar de algún modo” y “contribuir de algún otro modo”.¹⁰⁴ Así, la distinción entre estos cuatro y la responsabilidad del superior tiene que estar sustentada en el peso del aporte.

La omisión intencional de prevenir, se produce cuando el superior sabe que los subordinados se proponen cometer o están cometiendo los crímenes y no toma todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlos.¹⁰⁵ Ésta se ha considerado asimilable a:

- (i) la responsabilidad como “autoría”;¹⁰⁶
- (ii) un delito omisión propia;¹⁰⁷ y

Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 2. ed., p. 1060; *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 2002, p 792. Acerca del concurso entre la acción y la omisión, ver las agudas observaciones de *Kaufmann* (nota 17), p 239, nota 363.

¹⁰³ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (Lubanga Appeals Judgment), párrs. 467 and 468.

¹⁰⁴ *Kiss*, Indret 2013, 19.

¹⁰⁵ El tipo subjetivo de la responsabilidad del superior se abordará con detalle más adelante.

¹⁰⁶ Se han enunciado más arriba algunos ejemplos remotos de esta interpretación, ver nota 5. En realidad, la responsabilidad del superior no involucra casos de comisión por omisión. Tampoco casos de coautoría o autoría mediata, ya que la omisión de adoptar medidas para prevenir los delitos no agota todos los elementos que requieren estas formas de intervención (entre ellos, el acuerdo de voluntades en la coautoría y las condiciones de intermediación en la autoría mediata). La coautoría requiere una contribución esencial en el plan común. Es la actuación de todos los intervinientes en su conjunto, por contraposición a cada contribución por separado, lo que debe haber causado el delito. En principio, cuando la contribución del superior se agota en no prevenir y los subordinados saben que el superior que no ha de tomar ninguna medida para detener los crímenes puede existir una “contribución psicológica”. Estas contribuciones, consideradas de manera aislada, son por regla insuficientes para satisfacer el requisito de “contribución esencial”. Los conceptos de autoría mediata y control sobre la organización, tal como han sido adoptados en la jurisprudencia de la CPI, requieren dominio del hecho a través del dominio del ejecutor; ver ICC, Decision de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga and Ngudjolo), párr. 497 ss. La responsabilidad del superior no incluye estos elementos.

¹⁰⁷ Según *Ambos*, los crímenes cometidos por los subordinados no constituyen un elemento típico ni una condición

- (iii) la complicidad.¹⁰⁸

Tal como lo mencionan otros comentaristas, la responsabilidad del superior por su omisión de prevenir se asimila más a la complicidad que a los otros modos de atribución.¹⁰⁹ Cabe destacar, sin embargo, que a los cómplices no se les imputan “los crímenes” sino su participación en los crímenes cometidos por otra persona (el autor).¹¹⁰ Sostener que el cómplice es responsable del delito sugiere un “concepto extensivo de autor”. De acuerdo con esta noción, todos los que aportan una condición para un resultado son tenidos como responsables del resultado y las normas relativas a la complicidad y la instigación operan para restringir el alcance de esa responsabilidad individual. En la literatura jurídica, sin embargo,

objetiva de punibilidad del superior. En cambio, constituyen un “punto de referencia” con respecto a la omisión del superior – lo cual explica por qué debe existir una relación causal, *Ambos* (nota 1), p. 851. El superior comete un delito de omisión propia, que surge del incumplimiento de su deber de control; *Ambos*, Tratado (nota 18), 207. Crítica, *Meloni* (nota 7), p. 198 y 299. Según *Ambos*, el superior es responsable por su omisión de ejercer control. Sin embargo, no es sólo castigado por esto sino también por los delitos de sus subordinados – lo cual combina una responsabilidad directa y una mediata. Sin embargo, la idea de que la responsabilidad del superior refleja una omisión propia, en el marco del ECPI debe rechazarse ya que como se ha dicho el tipo requiere “causalidad” entre la omisión y los crímenes cometidos por los subordinados. Además, como argumento colateral, es difícil conciliar la posición de *Ambos* con el texto de la norma 145 del Reglamento de procedimiento y prueba. Según ésta, la pena privativa de libertad debe reflejar la culpabilidad de la persona condenada. No puede imponerse un castigo en razón de circunstancias de las cuales el superior no es responsable.

¹⁰⁸ *Meloni* (nota 26), p. 198; *Nerlich*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 665 (673).

¹⁰⁹ *Nerlich*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 665 (673); *Olásolo* (nota 82), p. 829; *van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law, 2012, p. 200. Un informe de la comisión de derecho internacional indica que cuando el superior tiene conocimiento actual de que sus subordinados están cometiendo delitos o se propone cometerlos puede ser considerado “un cómplice en el delito según principios generales de derecho penal relacionados con la complicidad”. General Assembly, Official Records, Fifty-first Session, Supplement No. 0 (A/51/10) 38. Uno de los informes del Comité preparatorio y el Zutphen draft proponían el siguiente texto: “además de otros (tipos de complicidad, modos de participación) en los delitos de este Estatuto, el superior también es penalmente responsable (como cómplice) de los delitos cometidos por las fuerzas bajo su control [...]”; Preparatory Committee on the establishment of the International Criminal Court, A/AC.249/1 85 (UK Proposal); A/AC.249/L.4 (propuesta de Canada), p 15.

¹¹⁰ *Jakobs* (nota 81), p. 11 et seq.

predomina una interpretación diferente conocida como “concepto restrictivo de autor”. Conforme esta interpretación, el delito se le reprocha tan sólo a quien lo “comete”. Si se responsabiliza a otras personas, además del autor, lo es sobre la base de normas específicas que criminalizan su comportamiento (las reglas de complicidad, instigación, etc.). La responsabilidad de estos intervinientes es “accesoria” y depende de si el autor finalmente “actúa”.¹¹¹ La responsabilidad del superior también es accesoria ya que depende del comportamiento del autor del hecho, esto es, depende de que el autor del hecho por lo menos se proponga cometerlo. No se le imputan entonces los delitos sino que responden por los delitos cometidos por sus subordinados en razón de no haber ejercido un control apropiado. Hay que tener en cuenta que si en verdad se le imputasen los delitos debería ser necesario, cuando el crimen requiriese una intención específica, que el superior actúe u omita con tal intención.

Tal como se ha especificado más arriba, la omisión de prevenir también puede cometerse de manera imprudente.¹¹² En estos supuestos, la naturaleza y la extensión de la responsabilidad del superior han sido discutidas arduamente en especial sobre la base de lo que sería legítimo atribuirle al superior sin violentar el principio de culpabilidad.¹¹³

¹¹¹ ICC, Lubanga Trial Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, párr. 998.

¹¹² En relación con la omisión “imprudente” de prevenir hay que examinar por lo menos dos puntos. En primer lugar, una omisión imprudente de prevenir un delito no contribuye en el delito en el mismo grado, desde una perspectiva objetiva, que la omisión intencional de prevenir el delito. En efecto, cuando los subordinados saben que el superior no les impide cometer los crímenes aun cuando es consciente de que los están cometiendo el superior coopera psicológicamente en el delito. Cuando en cambio la omisión es imprudente, esta contribución no se produce. En segundo lugar, existen antiguas teorías en derecho penal según las cuales una contribución imprudente en un delito doloso no puede considerarse “causal” del delito, ya que la intervención de un agente doloso rompe el nexo causal (esta teoría es conocida como “prohibición de regreso” o “Regressverbot”). Ver notas en *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, 24/7; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 6. ed. 2011, § 15 párr. 70. Una persona que es responsable de una condición negligente, por ejemplo, al dejar una pistola cargada sobre la mesa, no es responsable del asesinato cometido por alguien que le roba el arma de su casa; *Stratenwerth/Kuhlen* (en el lugar ya citado), § 15 párr. 71. Sin embargo, si el delito es cometido por el propio hijo de la persona, dado que se verifica una posición de garante, la respuesta penal puede ser diferente; ver *Bacigalupo*, *Principios de Derecho Penal*, 4. ed. 1997, p. 192.

¹¹³ *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (672 ss.) ha propuesto el desarrollo científico más innovador en este contexto. En su opinión, lo que se le atribuye al superior no es la conducta de los subordinados sino el resultado de esas conductas. *Van Sliedregt* (nota 109), p. 200, 206, considera esta propuesta como “una solución de

En cuanto a las medidas específicas el superior está llamado a tomar, se ha dicho e insistido que dependen de las circunstancias particulares de cada caso y que plantean cuestiones probatorias más que requisitos sustantivos.¹¹⁴ Para decidir si una medida específica es necesaria y razonable, se ha indicado, hay que tomar en cuenta que:

- no se le puede requerir al superior que haga lo imposible o que tome todas las medidas imaginables de evitación sino sólo aquellas que son necesarias, razonables y están a su alcance;
- en la determinación de cuáles son sus capacidades, hay que estar al control efectivo que tenga el superior sobre la conducta de sus subordinados en el momento en que se presenta la situación generadora del deber de actuar;
- mientras más graves o inminentes sean los delitos más atenta y más expeditiva debe ser la reacción del superior.¹¹⁵

La doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc ofrecen nutridos ejemplos de medidas específicas que se han requerido de los superiores, las cuales incluyen: la obtención de informes acerca de si las operaciones militares se han llevado a cabo de conformidad con el derecho internacional;¹¹⁶ la emisión de órdenes requiriendo el cumplimiento del derecho humanitario;¹¹⁷ medidas más activas que la simple

compromiso”; *Ambos* llega a la misma conclusión (en nota 18 – Treatise), p. 220. A mi modo de ver, independientemente de si el aislamiento de la conducta del subordinado es un recurso legítimo para solucionar el problema de imputación, el lenguaje del Artículo 28 (a) (ii) y (b) (iii) hace difícil la adopción de esta tesis. La ley dice que el superior debe haber omitido adoptar medidas para prevenir la “comisión”; no dice en cambio: prevenir “las consecuencias” o bien “los delitos”.

¹¹⁴ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 329; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177.

¹¹⁵ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 329; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177.

¹¹⁶ ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153. Ver también Judgment de 19.2.1948 (United States of America v. Wilhelm List et al.), en: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 11/2, p. 1290.

¹¹⁷ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374. Ver también Judgment de 19.2.1948 (United States of America v. Wilhelm List et al.), en: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 11/2, p. 1311.

emisión de órdenes de rutina;¹¹⁸ emitir órdenes específicas, protestar y criticar la comisión de delitos;¹¹⁹ tomar medidas disciplinarias¹²⁰ y reportar e insistir ante las autoridades superiores a efectos de que se tomen medidas inmediatas.¹²¹ Pueden existir medidas capaces de evitar los delitos que no tengan que ver con la emisión de órdenes. Por ejemplo, el superior podría postergar o aplazar operaciones militares, suspender, excluir o redistribuir a los subordinados que sean violentos y llevar a cabo operaciones militares de un modo que reduzca el riesgo de delitos específicos o las oportunidades para su comisión.¹²²

En principio, el hecho de que los subordinados no cumplan las órdenes indica una falta de control efectivo. Sin embargo, las órdenes tienen que ser “genuinas” y tienen que ser aplicadas de manera consistente. En particular, cuando los subordinados actúan bajo una cultura de la impunidad, el superior no habrá adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir los delitos si emite órdenes formales de no cometer delitos mientras que, al mismo tiempo, lleva a cabo una práctica que es abiertamente contradictoria con lo que ordena.

El fallo Lubanga presenta un ejemplo de dicha situación. Aunque la responsabilidad del acusado se analizó con respecto a la coautoría, prevista en el artículo 25 (3) (a), se ha discutido y rechazado un planteo de la defensa acerca de que el acusado se opuso al reclutamiento de niños menores de quince años en la UPC y tomó medidas para garantizar que los niños fueran desmovilizados. Se planteaba que Lubanga prohibió formalmente la práctica de reclutamiento de niños, emitió órdenes para impedirlo¹²³ y llevó a cabo un seguimiento de dichas órdenes en tanto solicitó informes sobre su cumplimiento¹²⁴ y emitió decretos suplementarios de desmovilización.¹²⁵ La Sala concluyó que no había prueba, ni siquiera prima facie, de que estas órdenes se hayan emitido con la

finalidad de ser implementadas.¹²⁶ A pesar de estas órdenes, los niños continuaron siendo reclutados y re-reclutados durante el período de los cargos. La UPC no cooperó con las ONGs que trabajan en el área de la desmovilización de niños y hasta existieron casos de amenazas contra sus propios colaboradores. El acusado utilizaba niños menores de quince años como sus guardaespaldas y participó en discursos y reuniones a las que asistían reclutas menores de quince años.¹²⁷ Se concluyó que las órdenes de no reclutar niños y desmovilizar aquellos presentes en las milicias no fueron emitidas con la una intención real de implementarlas.¹²⁸

3. El deber de reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento

El contenido del deber de reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (de aquí en más, el deber de “remitir”) ha encontrado un amplio tratamiento en la jurisprudencia de los Tribunales Ad-Hoc, bajo el concepto de “deber de castigar”. Cuando existe una sospecha razonable de que un subordinado cometió un delito¹²⁹ el superior está obligado a investigar (u ordenar una investigación)¹³⁰ y tomar medidas activas para garantizar que los responsables sean llevados ante la justicia.¹³¹ Una vez convencido de la existencia de los hechos, si el superior está facultado para sancionar a los responsables, debe hacerlo.¹³² Si, en cambio, él no es la autoridad competente,¹³³ debe poner el asunto en conocimiento de esa autoridad.¹³⁴

¹²⁶ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1321.

¹²⁷ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1346 ss.

¹²⁸ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1348.

¹²⁹ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 336.

¹³⁰ ICTY, Judgment de 27.9.2007 – IT-95-13/1-T (Mrkšić et al.), párr. 568; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 376.

¹³¹ Judgment de 27.10.1948 (United States of America vs Wilhelm von Leeb et al.), en: Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Vol. 11/1) p. 623. ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 100. Por lo menos debe asegurar que el hecho sea investigado, (párr. 97) y transmitir un informe a las autoridades competentes para que efectúen investigaciones; ICTY, Judgment de 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), párr. 279; ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párrs. 97, 100.

¹³² Con respecto al tipo de sanciones que pueden imponerse, ver Sivakumaran, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1129 (1143).

¹³³ En principio, el superior no puede ser encontrado responsable por haber omitido castigar y remitir el mismo asunto a las autoridades competentes. Ello así, pues si tiene competencia para castigar entonces es él quien debe aplicar

¹¹⁸ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374.

¹¹⁹ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374.

¹²⁰ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374.

¹²¹ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 331; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153 ss.; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374; ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 89.

¹²² Olásolo (nota 82), p. 1140.

¹²³ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1281.

¹²⁴ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1304 ss.

¹²⁵ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1313 ss.

Hay ciertos requisitos que tienen que cumplirse para que se genere la obligación de castigar. En primer lugar, el subordinado tiene que haber cometido un crimen de la competencia de la CPI. Por ejemplo, la planificación de un delito no es en sí misma punible con arreglo al Estatuto de Roma – salvo por el delito de agresión (con respecto al cual la CPI no puede ejercer su competencia aún). Así, la omisión de castigar la mera planificación de un crimen no puede dar lugar a responsabilidad en virtud del artículo 28. En segundo lugar, esta conducta debe ser punible con arreglo al derecho interno que el superior está llamado a aplicar. Ello así, pues si la legislación nacional no la tipifica como delito el superior no será capaz de castigarla.

Es aceptado que el superior debe tener control efectivo de los subordinados al momento en que tiene que tomar medidas de investigación y de castigo en su contra.¹³⁵ En cambio, se ha discutido mucho si tal conexión es necesaria al momento en que los subordinados cometieron los delitos ya que los superiores pueden tener la capacidad de castigar delitos cometidos con anterioridad al momento en que fueron investidos como superiores.¹³⁶ Si, por ejemplo, tras la comisión de un delito hubiese tenido lugar un cambio de mando ¿tiene el nuevo superior obligación de castigar? Esta situación se produjo en el caso Hadzihasanović ante el TPIY. La Sala de Primera Instancia condenó al imputado como jefe militar por haber omitido castigar a los responsables pero la decisión fue revocada en apelación. La Sala de Apelaciones sostuvo que, en cuanto al deber de castigar, el superior debe haber tenido control sobre los autores tanto en el momento en que debió tomar medidas para castigarlos como en el momento, anterior, en que éstos cometieron el delito.¹³⁷ El ECPI refleja en su texto esta misma interpretación. Según los párrafos (a) y (b) del artículo 28, el superior es responsable de los crímenes

ese castigo y no es suficiente con remitir el asunto a un órgano incompetente para tomar a cargo la investigación y el castigo. Pueden haber, sin embargo, aspectos de la conducta de sus subordinados que él puede castigar legítimamente y otros aspectos sobre los que no tiene competencia.

¹³⁴ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović), párr. 182; ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párrs. 97, 100; ICTY, Judgment de 27.9.2007 – IT-95-13/1-T (Mrkšić et al.), párr. 568.

¹³⁵ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párrs. 194 ss.

¹³⁶ ICTY, Judgment de 26.2.2004 – IT-95-14/2-T, TC (Kordić and Čerkez), párrs. 418 and 421. Ver también las opiniones disidentes de los Judges Shahabuddeen y Hunt en ICTY, Decision de 16.7.2003 – IT-01-47-AR72 (Hadžihasanović et al.), Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, párr. 1; Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt, párrs. 7 ss.

¹³⁷ ICTY, Decision de 16.7.2003 – IT-01-47-AR72 (Hadžihasanović et al.), párrs. 37 ss., 51, decidido por mayoría; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović), párr. 67; ICTY, Judgment de 28.2.2013 – IT-04-81-A (Perišić), párr. 87.

cometidos “en razón de” (la versión inglesa del ECPI utiliza la fórmula “as a result of”) la ausencia de control apropiado. Por lo tanto, es necesario que el superior haya ejercido control tanto en el momento en que sus subordinados se proponían cometer los delitos o bien los estaban cometiendo como en el momento en que desatendió su obligación de castigarlos. Si, con posterioridad a la comisión de los delitos un nuevo superior asume el mando éste podría tener una obligación de castigar derivada del derecho doméstico o del derecho internacional humanitario. Pero el incumplimiento de este deber no puede fundar una responsabilidad penal conforme el ECPI.¹³⁸ En otras palabras, el escenario conocido como “superior subsecuente” no da lugar a atribución de responsabilidad de mando en el ECPI.¹³⁹

El Estatuto de Roma criminaliza la omisión de “reprimir” el crimen. De acuerdo con la decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, el deber de “reprimir” abarca dos momentos diferentes. En primer lugar, incluye el deber de detener o interrumpir los crímenes en curso. En segundo lugar, impone la obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de delitos.¹⁴⁰ En relación con la primera acepción, se ha dicho que la interrupción de los delitos ha de ocurrir en el período entre su prevención (el “antes”) y el castigo (el “después”) de los delitos, en un momento “durante” la comisión.¹⁴¹ Yo creo que es preferible considerar la “interrupción” como la intervención durante la ejecución de crímenes con el fin de evitar que la tentativa de delito evolucione hacia la consumación o de que cese la situación delictiva que es característica de los delitos de ejecución continuada o los permanentes.¹⁴² Así, la obligación de reprimir se orientaría hacia un juicio de reproche con respecto a un hecho pasado y no involucraría la prevención de ese hecho pasado. Esto clarifica el ámbito de aplicación de los conceptos y determina el tipo y el alcance de las medidas que se esperan de los superiores en cumplimiento del deber de reprimir - por ejemplo, adoptar medidas para interrumpir el suministro de

¹³⁸ Una concepción diferente en *van Sliedregt* (nota 109), p. 192 ss., quien argumenta que no existe una laguna de punibilidad. En su opinión, el artículo 28 sí se aplica al superior subsecuente ya que no es necesario que el superior detente control efectivo en el momento del delito base cuando de lo que se trata es del deber de remitir (198). En mi opinión, la exigencia de control apropiado al momento en que los delitos fueron cometidos resulta del texto del artículo 28 – los crímenes deben ser el resultado de no haber ejercido un control apropiado. Este requisito se aplica sin distinciones a la omisión de prevenir, de reprimir y de remitir. No veo cómo sustentar tal diferenciación en el texto de la ley.

¹³⁹ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 219 ss.; *Olásolo* (nota 82), p. 787 ss., analiza y descarta que una omisión de esta naturaleza pueda considerarse bajo los Artículos 25 (3) (c) y (d) del ECPI.

¹⁴⁰ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 439.

¹⁴¹ *Sivakumaran*, *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 1129 (1143).

¹⁴² *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 820.

insumos para las tropas no sería idóneo a los efectos de reprimir los crímenes en curso, sino en todo caso para prevenir su continuación o su consumación. Como se decía más arriba, los Estatutos de los Tribunales Ad-hoc no contienen el término “reprimir” sino el binomio “prevenir” y “castigar”. El lenguaje del ECPI proviene de los artículos 86 y 87 de la API (que contienen los términos “prevenir”, “reprimir” y “suprimir”). La interpretación que propongo es más cercana a la interpretación que se le ha dado a los términos “prevenir” y “reprimir” en el comentario a la API, según el cual los delitos “que se están cometiendo” son alcanzados por el deber de prevenir y la obligación de reprimir se asocia a la “obligación de castigar”.¹⁴³

Las nociones de “competencia” y “autoridad” tienen profundas raíces en la filosofía del derecho. La competencia para investigar y juzgar un delito tiene que surgir de una regla que invista a la persona de competencia. Tales reglas establecen que la persona en cuestión tiene la facultad de ejercer competencia sobre los casos, y, siguiendo un conjunto de formalidades, emitir decisiones. Estos preceptos son constitutivos de la autoridad judicial, en el sentido de que ninguna persona puede legalmente investigar, procesar o juzgar si no es en virtud de una norma de este tipo y con el alcance que determina la norma.¹⁴⁴ Sin embargo, en el contexto de los grupos armados irregulares, la pregunta sobre quién es la autoridad competente presenta rasgos particulares. Existe jurisprudencia en el sentido de que si había un sistema disciplinario disponible que podría haber sido empleado por el superior dentro de la fuerza irregular, éste proporcionaría un medio adecuado para el castigo del delito aun cuando ese sistema no sea avanzado en el sentido de no estar codificado y sancionado formalmente por las autoridades competentes.¹⁴⁵ Se ha considerado poco realista interpretar que estos grupos deberían remitir a quienes delinquen a las autoridades del Estado que no reconocen o contra el cual están luchando.¹⁴⁶ De hecho, bajo estas circunstancias, se podría interpretar que esas medidas no son “razonables” o bien que no son “necesarias” ya que existe un sucedáneo del sistema disciplinario Estatal dentro de las fuerzas irregulares.

4. Adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance

El artículo 28 no impone una obligación “de resultado”, en el sentido de que el incumplimiento se verificaría automáticamente si los delitos de hecho ocurren o no son reprimidos. Lo que el jefe está obligado a hacer es “tomar medidas” para prevenir los delitos. También está obligado a tomar medidas para castigar los delitos, es decir, el calificativo de “tomar medidas” no modifica sólo a la obligación de prevenir sino también a la de reprimir.¹⁴⁷ El superior no está obligado a realizar lo imposible,¹⁴⁸ tan sólo está obligado a adoptar todas las medidas que sean necesarias, razonables y estén a su alcance.

La cuestión de qué medidas cumplen con este estándar dependerá eminentemente de las circunstancias del caso.¹⁴⁹ Las medidas exigidas deben ser “adecuadas para que el superior cumpla su obligación (demostrando que realmente trató de impedir o castigar)” y deben “caer razonablemente dentro de las competencias materiales de la superior”.¹⁵⁰ El hecho de que las medidas sean disciplinarias, penales, o una combinación de ambas, no es por sí solo determinante para decidir si el superior ha cumplido con su deber.¹⁵¹

Puede haber medidas que son necesarias pero no suficientes, por sí solas, para prevenir o sancionar los crímenes. Al exigir que se tomen todas las medidas necesarias la ley tiene por objeto garantizar que haya un conjunto de condiciones necesarias que, acumulativamente, sean suficientes para garantizar que los delitos no se produzcan o que van a ser castigados.

Una medida no sería razonable si fuera desproporcionado exigirla. En la determinación de la proporcionalidad hay que tener en cuenta al menos dos dimensiones. En primer lugar, se debe contemplar la probabilidad de que ocurran los delitos y la capacidad real de las medidas en cuestión para prevenirlos o disminuir sus consecuencias. En segundo lugar, se deben tener en cuenta las consecuencias que puedan surgir, en una situación de conflicto, de la ejecución de las medidas necesarias, incluyendo las desventajas estratégicas que ello acarrearía en una situación de combate. No hay que perder de vista que la obtención de ventajas militares con la finalidad de ganar ciertas batallas puede constituir un paso necesario para la protección de los subordinados, los civiles o los valores que llevan a la confrontación armada. Estas consideracio-

¹⁴³ Comentario del artículo 86 del PAI, párr. 3548. Incluso cuando el artículo 86 del PAI se refiere a las nociones de “prevención” y “represión”, el concepto de represión se vincula con el “castigo”. Además se infiere del comentario que, preferentemente, la omisión de tomar medidas apropiadas cuando los crímenes se están cometiendo está captada por la omisión de prevenir y no de castigar.

¹⁴⁴ *Alchourrón/Bulygin*, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 1987, p. 239.

¹⁴⁵ SCSL, Judgment de 20.6.2007 – SCSL-04-16-T, TC II (Brima et al.), párr. 1739.

¹⁴⁶ *Sivakumaran*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1129 (1146).

¹⁴⁷ Ver el Comentario al PAI, párr. 3548.

¹⁴⁸ ICTY, Judgment de 29.7.2009 – IT-95-14-A (Blaškić), párr. 417.

¹⁴⁹ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 142.

¹⁵⁰ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović), párr. 63.

¹⁵¹ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 33.

nes no pueden ser soslayadas y deben ser parte de esta ecuación.

Las medidas que el superior pueda “tener a su alcance” no se limitan a aquéllas que tiene permitido ejecutar por ley. No es necesario que el superior tenga la “capacidad jurídica explícita” de adoptar las medidas sino que basta con la capacidad de material de adoptarlas.¹⁵²

5. Los crímenes “cometidos” por las fuerzas o subordinados

Los jefes y los superiores son responsables por los crímenes “cometidos” por los subordinados. Esto plantea la cuestión de si la responsabilidad sólo se aplica en relación con los delitos “cometidos” (en sentido estricto) o bien, en una interpretación más amplia del término “comisión”, la atribución de responsabilidad también puede efectuarse en tanto los subordinados soliciten, induzcan o colaboren en el delito cometido por otro.

La Sala de Apelaciones del TPIY adoptó la interpretación de que la responsabilidad del jefe alcanza los supuestos en que sus subordinados planifiquen, instiguen, ordenen, cometan o sean cómplices en el delito.¹⁵³ La cuestión no es meramente teórica. En el caso Krnojelac ante el TPIY se analizó la responsabilidad del superior por los actos de los guardias de un campo de detención que permitieron que individuos ingresasen desde fuera del campamento y golpeasen a los detenidos con lo cual (los subordinados) fueron cómplices del maltrato. El acusado resultó condenado como superior.¹⁵⁴

Algunos comentaristas opinan que una interpretación como la elaborada por el TPIY es aceptable en el marco del Estatuto de Roma,¹⁵⁵ otros exigen que los subordinados hubieran desempeñado un “rol esencial”,¹⁵⁶ y, finalmente, otros sostienen que los subordinados deben haber “perpetrado” los crímenes.¹⁵⁷ Es cierto que el término “comisión” se utiliza en el Estatuto tanto de una manera general¹⁵⁸ como de

manera restrictiva.¹⁵⁹ Conceptualmente, cuando los subordinados no “comenten” *stricto sensu* los crímenes, ellos no deciden si y cómo se cometen los crímenes (dominio del hecho). La consecuencia de ello es que, en principio, cuando los subordinados fueran instigadores o cómplices y los autores fueron terceros (civiles, por ejemplo) entonces el jefe: (i) carecería de la capacidad material para prevenir dichos delitos;¹⁶⁰ y (ii) su omisión no sería causal del resultado. En estas circunstancias, en principio no se puede mantener que el superior es responsable del delito en razón de que omitió prevenirlo. Sin embargo, es cierto que un interviniente puede contribuir en el delito de manera “esencial” y sin embargo no ser autor ni coautor. El superior de este interviniente, que aunque no es autor si es “esencial”, sí tendría la capacidad material para prevenir los delitos y su omisión podría ser “causal”. Si se adoptan estas limitaciones, es legítimo responsabilizar al superior a pesar de que el subordinado no haya “cometido” el hecho en sentido estricto.

En la regulación del tipo subjetivo se estipula que el superior tiene que saber que los subordinados están cometiendo o se proponen cometer el delito. Es tentador interpretar la fórmula “se proponen cometer los delitos” como refiriéndose a “actos que supongan un paso importante en la ejecución del delito” siguiendo la redacción del artículo 25 (3) (f) y las nociones que sustentan esta disposición.¹⁶¹ En relación con el deber de reprimir es evidente que, dado que la conducta del subordinado debe constituir un crimen de la competencia de la Corte, los subordinados deben por lo menos haber cometido una tentativa para que el jefe pueda ser considerado responsable. Sin embargo, esta misma consideración no se aplica necesariamente al “deber de prevenir”.¹⁶²

Esta cuestión es importante sobre todo porque si perdiera el control efectivo sobre sus subordinados en cualquier etapa anterior al momento en que los subordinados “se proponían cometer” los delitos, el superior no puede ser considerado responsable. Cabe destacar que las diferentes versiones lingüísticas del Estatuto no son idénticas en este punto. La versión en inglés sostiene “about to commit the crime” que en una traducción textual significa “a punto de cometer el delito”. Esto indica que la comisión “comenzará pronto” o

sión”. Lo mismo puede decirse de las reglas del tipo subjetivo según el artículo 30 (1), así como en relación con la “obediencia debida” regulada en el artículo 33. En cuanto a las normas procesales, la orden de detención según el artículo 58 (1) (a) y la Confirmación de cargos en virtud del artículo 61 (7) proceden con respecto a una persona que “cometió” un crimen. Esto refleja, sin duda, un entendimiento general de la noción de “comisión”.

¹⁵⁹ En el artículo 25, salvo quizás por el párrafo (2), y, podría argumentarse, también el (3) (e).

¹⁶⁰ Ver el análisis de *van Sliedregt* (nota 109), p. 189 ss.

¹⁶¹ Hay quienes opinan que la tentativa de cometer un delito no está cubierta por este modo de responsabilidad, ver *Mettraux* (nota 45), p. 79; *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 827.

¹⁶² *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 820 opina que en tanto la ley contiene dos formulaciones diferentes no puede dárseles el mismo significado.

¹⁵² ICTY, Judgment de 15.9.2008 – IT-04-83-T (Delić), párr. 56.

¹⁵³ Debe entenderse que el concepto de “comisión”, conforme el artículo 7 (3), abarca todos los modos de responsabilidad incluidos en el artículo 7 (1); ver ICTR (Appeals Chamber), Judgment de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), párrs. 485 s.; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 21; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 9.5.2007 – IT-02-60-A (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), párr. 280 ss.

¹⁵⁴ ICTY, Judgment de 15.3.2002 – IT-97-25-T, TC II (Krnojelac), párr. 319.

¹⁵⁵ *Nerlich*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 665 (669).

¹⁵⁶ *Meloni* (nota 26), p. 151.

¹⁵⁷ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 214.

¹⁵⁸ En las definiciones de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra el Estatuto emplea el verbo “cometer” – a diferencia de los Elementos de los crímenes, donde mayormente se usa la palabra “perpetrar”. Por ejemplo, en la exclusión de la competencia de la CPI sobre las personas menores de dieciocho años de acuerdo con el artículo 26 se emplea un entendimiento general de “comi-

que es “inminente” lo cual centra la atención en elementos objetivos – la proximidad temporal o la existencia de condiciones suficientes (inminencia) para el resultado, es decir los crímenes de los subordinados. La versión española dice “se proponían cometerlos”. Esta versión destaca el elemento subjetivo, basta con que las fuerzas tengan la intención o el propósito de cometer los delitos. No se requiere en cambio ni una proximidad temporal ni inminencia. A su vez, la versión francesa no refleja ningún tipo de limitaciones objetivas o subjetivas específicas. Dice: “allaiient commettre”.

VI. La causalidad

Una de las cuestiones más importantes que plantea la responsabilidad del superior en el ECPI es la relación entre su omisión y los crímenes de los subordinados. En particular, surge la cuestión de si es necesaria una relación de causalidad. La causalidad requiere que la conducta sea “conditio sine qua non” del resultado. Una conducta es causal de un resultado si suprimida mentalmente el resultado no habría ocurrido.¹⁶³ Cuando de lo que se trata es de una omisión, la fórmula reza: si el individuo no hubiese omitido su acción, el resultado no habría ocurrido.¹⁶⁴ En el ámbito académico, se ha discutido mucho si la causalidad es un requisito en los delitos de omisión.¹⁶⁵ Algunos autores creen que el resultado puede ser

¹⁶³ Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 25. Dado que todas las condiciones, de conformidad con esta noción, son equivalentes una conducta que ha producido el resultado de una manera extremadamente remota, inusual y casual debe ser considerada una causa. Sin embargo, aun cuando se satisfaga el test de la *conditio sine qua non* ello no es suficiente para afirmar la atribución penal. Se ha propuesto que es necesario identificar entre todas las condiciones que son necesarias para causar un resultado aquellas más “eficientes”, “próximas” “facilitadoras” (por contraposición a aquellas que dificultan la producción del resultado) y tener por causa solo a éstas; ver *Samson*, *Cursos causales hipotéticos en Derecho Penal*, una contribución sobre la causalidad de la complicidad, 2003, p. 14 s. En el common law americano este problema se discute bajo la denominación de “causa próxima” y en el derecho alemán, los casos de efectos remotos se han tratado bajo la doctrina de la “adecuación social” e “imputación objetiva”. Según la doctrina moderna, la atribución de un resultado depende de consideraciones normativas además del test de la *conditio sine qua non*, ver *Frister*, *Causalidad riesgo e imputación*, 2009, p. 501 ss.

¹⁶⁴ *Fletcher*, *Rethinking criminal law*, Oxford University Press, 2000, p. 371.

¹⁶⁵ *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (41 ss., ver sus referencias en nota 25). Se ha argumentado que la relación de causalidad requiere la “aplicación de energía” y ello está ausente en los delitos de omisión. Una versión de esta teoría, denominada teoría de interferencia, proponía que en la omisión sí existe aplicación de energía. Se trata de una energía interna que el omitente aplica para inhibir o reprimir los impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado. Esta interpretación, llamada “teoría de la

atribuido a pesar de la falta de causalidad – la atribución se guía por consideraciones normativas.¹⁶⁶ Otros reformulan la noción de la causalidad de una manera que la vuelve aplicable en los casos en que, a su modo de ver, se debe confirmar la atribución. Se refieren, en los casos de omisión, a la cuasi-causalidad, causalidad hipotética y causalidad posible o potencial.¹⁶⁷

A diferencia de la relación de causalidad entre una acción y un resultado, respecto de los cuales en la mayoría de los casos se puede determinar con certeza si la acción causó el resultado, en los delitos de omisión la relación de causalidad es hipotética. Esto se debe a que la relación implica el ejercicio mental de imaginar una acción que no ha sido ejecutada, que habría detonado un curso de acontecimientos que no ha tenido lugar para evitar un resultado que en verdad sí ocurrió.¹⁶⁸ Al respecto, no puede emitirse ningún juicio de certeza sino tan sólo un juicio de (mayor o menor) probabilidad. La causalidad hipotética estaría verificada si la conducta que el individuo omitió ejecutar habría hecho posible que no se produzca el resultado no deseado, en el sentido de que habría reducido el riesgo de producción.¹⁶⁹ Dicho de otro modo, la omisión del jefe debe haber incrementado el riesgo de producción del resultado.¹⁷⁰ En cuanto al nivel de riesgo requerido, existen quienes opinan que es suficiente con que la conducta hubiese reducido el riesgo;¹⁷¹ quienes exigen una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no se habría producido;¹⁷² y quienes exigen certeza.¹⁷³

interferencia” (defendida por *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. 2, p. 516 ss.) ya no tiene seguidores. Aun cuando ha sido objeto de interesantes debates durante más de 200 años, esta discusión ha sido etiquetada como una de las más estériles en la ciencia del derecho penal; ver *Kaufmann* (nota 17), p. 76.

¹⁶⁶ *Jakobs* (Fn. 104), 7/26. *Kaufmann* (nota 17), p. 76.

¹⁶⁷ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 2, 2003, § 13 párr. 52.

¹⁶⁸ *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (50).

¹⁶⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 112), § 13 párr. 54.

¹⁷⁰ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 215.

¹⁷¹ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 112), § 13 párr. 54. En contra de esta teoría se indica que, frente a la constatación de que era posible que el resultado se produjese incluso si el acusado cumplía con su deber, se extraen conclusiones desfavorables al acusado. Esto infringe el principio *in dubio pro reo* y transforma un delito de lesión en un delito de peligro; ver *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (68 ss.).

¹⁷² Ver la discusión en *Greco*, *ZIS* 2011, 674. Esta es la posición predominante en academia y en la jurisprudencia de Alemania; ver por ejemplo *BGH NSTZ* 1985, 27. En contra de esta interpretación se pueden formular argumentos similares a los resutados en la nota anterior. También se ha sostenido que cuando la evitación del resultado depende, en última instancia, de la intervención de un tercero hay que tomar en cuenta que el comportamiento humano es impredecible y por tanto no se puede establecer cómo hubiese actuado ese tercero; ver *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (52). Sin embargo, tal como se ha argumentado en

A mi modo de ver, el requisito de “certeza” es prácticamente imposible de cumplir y la mera elevación, aunque sea mínima, del riesgo es demasiado poco para afirmar la “causalidad”. Es preferible requerir una probabilidad lindante con la certeza o por lo menos una probabilidad preponderante. Obviamente, esto no quiere decir que el superior tan solo esté obligado a tomar aquellas medidas cuyas perspectivas de éxito sean casi seguras – de lo que se trata aquí es de examinar la relación de causalidad y no de los presupuestos de concreción de la norma en deber.¹⁷⁴ Sin embargo, si el requisito de causalidad se interpretase de manera restrictiva tanto el quebrantamiento de la obligación como la causalidad resultarían satisfechas con el incremento del riesgo. Esto atenuaría una diferenciación que el marco del ECPI el legislador ha hecho explícita; como se indica más adelante: no existe responsabilidad del superior por tentativa de omisión de prevenir los delitos.

Cuando se acepta que la responsabilidad del jefe requiere “causalidad” hay que admitir una línea posible de defensa sobre la base de que, incluso si el superior hubiese cumplido su obligación de actuar, los delitos se habrían producido. Sin embargo, esto tiene que tomar en cuenta las diferentes interpretaciones de las nociones de “resultado” y “causalidad”. Una comprensión abstracta define el “resultado” desde un punto de vista estrictamente conceptual, esto es: la muerte de una persona, el incendio de una vivienda. Por consiguiente, si ya existen suficientes condiciones para que la víctima muera o la casa arda en llamas quienes añaden condiciones a un grupo ya suficiente de factores casuales (administran más veneno o añaden más leña al fuego) no habrán “causado” el resultado. Una comprensión concreta de la noción de “resultado”, que refleja la posición predominante en la literatura jurídica,¹⁷⁵ atiende más bien a las circunstancias concretas dejando fuera de la ecuación sólo aquellos factores que son colaterales y no esenciales. En consecuencia, aun cuando en una situación ya existieran condiciones suficientes para que ocurra un resultado una modificación en el curso de los acontecimientos, de la cadena causal que conduce al resultado, se puede considerar una “causa”. Una interpretación “concreta” de estas nociones vuelve innecesario, en relación con los delitos de omisión, establecer que el resultado habría desaparecido si la persona cumpliera con su deber. Cuando se aplica esta verificación al artículo 28 surge que no necesariamente falla la causalidad cuando, en abstracto, se habrían producido

contrario, no puede esgrimirse como un argumento para rechazar la cuasi-causalidad que un tercero habría actuado de manera contraria a la ley; *Puppe*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 4. ed. 2013, anterior al § 13n. 119.

¹⁷³ *Mezger*, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3. ed. 1949, p. 138; *Herzberg*, *MDR* 1971, 881 (883). En contra de esta noción se argumenta que toda vez que la causalidad es hipotética no puede hablarse de “certeza” sino simplemente de probabilidad; ver *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (64).

¹⁷⁴ Correctamente en este sentido *Greco*, *ZIS* 2011, 674 (676).

¹⁷⁵ *Jakobs* (nota 104), 7/15.

delitos del mismo tipo incluso si el superior tomaba las medidas que decidió omitir.

Hay un argumento que sugiere que, con independencia de la discusión teórica sobre la causalidad en los delitos de omisión, el texto del artículo 28 lo establece como requisito. Toda vez que la ley exige que los delitos hayan sido cometidos “en razón” (“como resultado” en una traducción literal de la versión inglesa del ECPI) de la ausencia de control apropiado es la ley misma la que requiere una relación causal.¹⁷⁶ En el ámbito de los Tribunales Ad-hoc, la responsabilidad de mando se ha interpretado como una omisión propia¹⁷⁷ para la cual basta con la omisión de medidas para prevenir y castigar.¹⁷⁸ Sin embargo, en los Estatutos de los Tribunales Ad-hoc, a diferencia del ECPI, la ley no requiere causalidad y tal requisito no se ha integrado mediante interpretación legal.

Otra interpretación de la ley, que es plausible desde un punto de vista gramatical, vincula el término “en razón de” con el concepto “el jefe militar será penalmente responsable”.¹⁷⁹ En esta conceptualización, la causalidad entre la omisión de prevenir y los crímenes cometidos por los subordinados no es un requisito explícito. En esta lectura, la ley indica que la responsabilidad penal del superior (y no necesariamente el delito base) surge de la ausencia de un control apropiado. Sin embargo, esta interpretación no ha sido discutida o prevista durante las negociaciones del Estatuto de Roma. De hecho, un examen de las diferentes redacciones que esta disposición ha reflejado durante la historia de las negociaciones del ECPI tiende a rechazar esta interpretación.¹⁸⁰

¹⁷⁶ *Ambos*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 159 (178); *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 215; *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (675); *Meloni* (nota 26), p. 193.

¹⁷⁷ Los crímenes cometidos por el subordinado se consideran relevantes al solo efecto de evaluar la gravedad de la omisión; ver ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 54; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párras. 75, 191. Ver también ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 293.

¹⁷⁸ ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 54. “La gravedad de la omisión de prevenir y castigar depende en parte de la gravedad de los delitos subyacentes, cometidos por los subordinados”, ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 741.

¹⁷⁹ ICC-01/05-01/08-406, párr. 39: Amicus curiae observations on superior responsibility submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of procedure and evidence 20.4.2009.

¹⁸⁰ Esto surge del lenguaje empleado en varias de las propuestas elaboradas por el Comité Preparatorio y el proyecto Zutphen, en las que es más claro que el par de conceptos “criminally responsible” se vincula con “crimes committed by forces” ya que dice lo siguiente: “In addition to other (types of complicity) (modes of participation) in crimes under this Statute, a commander is also criminally responsible (as an aider or abettor) for such crimes committed by forces under his command as a result of his failure to exercise prop-

Por lo tanto, la interpretación según la cual se requiere “causalidad” es preferible.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que toda vez que este lenguaje está incluido en los párrafos (a) y (b) del artículo 28, si la causalidad es un requisito lo es con respecto a todas las modalidades de responsabilidad allí estipuladas. Por tanto, la relación entre el deber general de ejercitar un control apropiado y la obligación específica de prevenir, castigar y remitir el asunto debe explicarse de un modo que evite la inaceptable conclusión de que la omisión de reprimir un crimen pudo haber causado ese crimen. Ciertamente, toda vez que la omisión de castigar es necesariamente posterior a la comisión de delitos, no sería correcto exigir una relación de causalidad entre estos dos.¹⁸¹

Como se ha dicho anteriormente, el deber de ejercer control apropiado debe ser claramente distinguido de los deberes de prevenir, reprimir y remitir. Es importante destacar que el deber general de ejercer un control apropiado no se relaciona de manera equivalente con los deberes específicos de prevenir por un lado y de reprimir por el otro lado.¹⁸² De hecho,

er control where [...]”; Preparatory Committee on the establishment of the International Criminal Court, A/AC.249/1 85 (UK Proposal); A/AC.249/L.4 (Canadian Proposal), p. 15. Lo mismo se puede inferir del Zutphen draft: “[In addition to other forms of responsibility for crimes under this Statute, a [commander] [superior] is criminally responsible] [A [commander] [superior] is not relieved of responsibility] for crimes under this Statute committed by [forces] [subordinates] under his or her command [or authority] and effective control as a result of the [commander’s] [superior’s] failure to exercise properly this control where [...]”; Report of the Inter-sessional meeting from 19.-30.1.1998 in Zutphen, The Netherlands, A/AC.249/1998/L.13 4.2. 1994, p. 55.

¹⁸¹ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 424; *Meloni* (nota 26), p. 173, 175.

¹⁸² Se ha argumentado que la omisión de control adecuado desencadena un curso causal que puede ser interrumpido a través de medidas para prevenir y reprimir el delito. Si estas medidas no se toman, se confirma y se refuerza la conexión causal; *Triffierer*, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), 179 (196). Esta interpretación tiene por finalidad solucionar los problemas que surgen al requerir causalidad entre el delito y la omisión de castigar. El argumento no me parece persuasivo, la omisión de castigar no confirma ni fortalece la causación de delitos ya cometidos; *Meloni* (nota 26), p. 173 s. Otra interpretación propone que la causalidad no debe establecerse entre la omisión del jefe y los crímenes de los subordinados sino entre tal omisión y la impunidad de los subordinados; *Mettraux* (nota 45), p. 89. Sin embargo, en esta interpretación, el resultado de la omisión no sería la comisión de delitos (como lo requiere el texto del artículo 28) sino la impunidad de los autores. Por consiguiente, es dudoso que esta sea una interpretación conforme el uso normal del lenguaje (véase *Mettraux* [nota 45], p 85) que aparece en la parte introductoria del artículo 28.

existe un continuo entre la omisión de ejercer un control apropiado y la ausencia de medidas para prevenir los delitos.¹⁸³ A mi modo de ver, la omisión de medidas razonables y necesarias para prevenir los delitos que estaban al alcance del superior es la manifestación más grave de ausencia de control adecuado.¹⁸⁴ Este continuo se interrumpe cuando de lo que se trata es de reprimir los delitos, lo cual surge sólo después de que se hayan cometido los crímenes. La omisión de reprimir no informa para nada acerca de la omisión anterior, de ejercer un control apropiado. Por lo tanto, es necesario establecer estas dos omisiones por separado y, según el lenguaje de la ley, los delitos deben ser el resultado de la omisión de ejercer un control apropiado y no el resultado de la omisión de reprimir.

Por último, hay que señalar que los comandantes y superiores no pueden ser criminalizados por su “tentativa de omisión” de prevenir los delitos de los subordinados. Si, por ejemplo, el superior tenía la percepción equivocada de que sus tropas estaban cometiendo crímenes y no hizo nada para prevenirlos, él no puede ser considerado responsable. En el marco del Estatuto de Roma, sólo aquellos que intentan “cometer” un crimen pueden incurrir en responsabilidad por tentativa – los casos de responsabilidad de mando no están cubiertos.

VII. Requisitos subjetivos

En cuanto al tipo subjetivo, el artículo 28 hace referencia a tres niveles diferentes:

- (i) hubiere sabido,
- (ii) hubiere debido saber y
- (iii) deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente.

¹⁸³ Por consiguiente, no sería necesario demostrar que el incumplimiento del deber de ejercer control adecuado disparó, ya con anterioridad a la desatención de la obligación específica de prevenir los crímenes, un curso casual suficiente.

¹⁸⁴ La conclusión “a contrario” se ha rechazado. Se ha concluido que la capacidad de prevenir los delitos no es un requisito necesario para demostrar control efectivo. El superior pudo haber sido incapaz de prevenir el delito, y, sin embargo, haber mantenido control efectivo sobre los subordinados. Ver ICTY, Judgment de 28.2.2013 – IT-04-81-A ((Perišić), párr. 88. Es cierto que la misma Sala de Apelaciones define control efectivo como la capacidad material de prevenir y castigar; ver por ejemplo, ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 20. A primera vista, parece existir una contradicción en estos postulados. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que por ejemplo el superior haga todo lo que tiene a su alcance para prevenir los delitos y no lo consiga. En esos casos, él pudo haber sido incapaz de prevenir los delitos pero ello no significa necesariamente que haya perdido control efectivo sobre sus subordinados.

Los actos y las conductas realizadas por los subordinados y los resultados que producen son, en relación con el superior, una “consecuencia” de su omisión.¹⁸⁵ El artículo 30(1) exige que los elementos materiales del crimen se realicen con intención y conocimiento y el “conocimiento” se define, en el artículo 30(3), como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Sin embargo, tal como se especifica en el artículo 30(1), la intención y el conocimiento son requeridos “salvo disposición en contrario”. El artículo 28 contiene justamente una disposición en contrario ya que reduce el requisito subjetivo con relación a un elemento típico: el crimen cometido por las fuerzas o los subordinados. A este respecto, basta con que el jefe hubiere debido saber o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que lo indicase claramente. Esto implica necesariamente que el artículo 28 también tiene una disposición en contrario en cuanto al aspecto subjetivo del elemento “causalidad”. Pues sería absurdo no requerir el conocimiento de los crímenes cometidos por los subordinados pero si requerir el conocimiento de que la omisión habría de ser (cuasi) causal esos crímenes. Más allá de ello y excepto por una salvedad que se tratará debajo (dolo eventual), los restantes elementos enunciados en el artículo 28 no establecen ninguna otra “disposición en contrario”. Por lo tanto, según el artículo 30(1), estos elementos deben ser cometidos con intención y conocimiento.

Es posible que el delito base requiera una intención específica. El ejemplo más emblemático es el delito de genocidio. Esto quiere decir que nadie puede ser autor de genocidio si no actúa (u omite) con esa intención. Tal como se anticipó más arriba, cuando de lo que se trata es de la responsabilidad del superior, no es necesario que él posea la intención específica de destruir al grupo sino que basta con que haya sabido (o debiera haber sabido) que los subordinados estaban actuando con esta intención.¹⁸⁶ Esto es compatible con un concepto restrictivo de autoría, al que ya me he referido, según el cual “el delito” sólo se le atribuye a los autores mientras que los cómplices son culpables por su participación en el delito - los jefes son responsables de los crímenes que cometen sus subordinados en razón de haber desatendido su deber de ejercer un control apropiado.

Como se indicó con anterioridad, la distinción del artículo 28 entre los militares y no militares se basa en el entendimiento de que los requisitos subjetivos para la responsabilidad de los líderes civiles son más exigentes que sus homólogos militares. Según una propuesta que hizo EE.UU. durante las negociaciones del Estatuto de Roma,¹⁸⁷ la responsabilidad de los jefes militares debía satisfacerse con un estándar de negligencia (hubiere debido saber) mientras que, para los superiores no militares, lo que se requería es conocimiento.¹⁸⁸ Una contrapropuesta de compromiso de Argentina, Canadá y Alemania abrió un camino intermedio entre el conocimiento

y el estándar de negligencia que luego de algunas discusiones terminó con el lenguaje actual del artículo 28 (b) (i).¹⁸⁹ La interpretación que desarrollo más adelante de las nociones “hubiere debido saber” y “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” tiene en cuenta esta evolución legislativa.

Por último, es importante considerar si el superior debe poseer conocimiento de los elementos contextuales. Por ejemplo, en los crímenes de lesa humanidad y en los crímenes de guerra quien comete el delito debe obrar, respectivamente, con: “conocimiento del ataque” y “conocimiento de las circunstancias fácticas que establecían la existencia de un conflicto armado”.¹⁹⁰ Hay que resaltar que la Introducción general a los elementos del delito indica que sus elementos, incluyendo el de intencionalidad, se aplican *mutatis mutandi* a todos aquellos cuya responsabilidad penal pueda subsumirse en los artículos 25 y 28. El superior es responsable cuando supo o debió haber sabido que su subordinado estaba cometiendo un crimen o se proponía cometerlo. Los crímenes de los que supo o debió haber sabido son aquellos “de la competencia de la Corte”, es decir, desde luego, precisan el elemento contextual. Así, cuando el superior es responsable por haber sabido que sus subordinados cometían un crimen de la competencia de la CPI entonces habrá conocido necesariamente el elemento de contexto. En cambio, cuando el superior no supo sino que solo “hubiere debido saber” de esos crímenes no es necesario que se demuestre su conocimiento del elemento contextual.

1. Conocimiento

El dolo o “elemento de intencionalidad” como aparece definido en el artículo 30 refleja una diferenciación entre la conducta, las consecuencias y las circunstancias. De conformidad con el artículo 30 (2) (a), una persona tiene la intención con respecto a una conducta si “se propone incurrir en ella”. En virtud del artículo 30 (2) (b), que se refiere a las consecuencias, es suficiente con que el individuo sea “consciente de que [la consecuencia] se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Por último, el artículo 30 (3) define el “conocimiento” como “conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”.¹⁹¹

Como ya se ha indicado, los jefes y superiores pueden incurrir en responsabilidad penal cuando conocen que sus fuerzas o sus subordinados están cometiendo crímenes o se proponen cometerlos. Las conductas realizadas por los subordinados y los resultados de estos son, en relación con el superior, considerados como “consecuencias”. El “conocimiento” en relación con una consecuencia sólo puede predicarse una

¹⁸⁵ Kiss, Indret 2013, 23.

¹⁸⁶ Ambos (nota 18 – Treatise), p. 221.

¹⁸⁷ Ambos (nota 1), p. 848.

¹⁸⁸ Ambos (nota 1), p. 848.

¹⁸⁹ UN Doc. A/CONF183/C.1/WGPP/L.7 (1998). El requisito de que la información indique “claramente” la comisión de delitos fue introducido con posterioridad.

¹⁹⁰ Artículo 7 (1) del ECPI e Introducción a los elementos de los crímenes de guerra, párrafo (c).

¹⁹¹ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1007.

vez que ésta ya se ha producido.¹⁹² En cuanto a la omisión de prevenir, es necesario que el delito no se haya consumado o agotado al momento en que el superior omitió las medidas para evitarlo. Al tiempo en que el individuo actúa u omite la ley no requiere más que la conciencia, basada en el conocimiento acerca de cómo los acontecimientos normalmente se desarrollan, de que la consecuencia se producirá en el futuro. El conocimiento de que una consecuencia se producirá en el futuro implica un pronóstico, basado en las reglas de la causalidad y la experiencia general, que afirme que si un individuo actúa o deja de actuar y los eventos siguen su curso normal la consecuencia se producirá. La Sala de Apelaciones ha clarificado que nunca puede existir certeza absoluta acerca de hechos que se producirán en el futuro y que el estándar que hay que aplicar es “certeza virtual”.¹⁹³ Sería un error exigir certeza en esta ecuación, porque ello requeriría tener en cuenta no sólo “el curso normal de los acontecimientos” sino también circunstancias excepcionales y anormales. Ello así, a menos que la certeza se requiera con relación a una consecuencia que “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Pero esta última conceptualización implicaría una “certeza” sobre la existencia de una probabilidad lo cual no es de ninguna manera diferente del “conocimiento de una probabilidad”.

En los orígenes de esta forma de responsabilidad la comprobación de que el comandante sabía de los crímenes se basaba en dos factores:

- (a) su posición oficial de autoridad; y
- (b) el carácter notorio y generalizado de los crímenes.

Bastaba con que se hubiese cometido un gran número de delitos y que un hombre razonable no podría haber llegado a otra conclusión que la existencia de delito para afirmar “conocimiento constructivo” en cabeza del jefe. Este fue el criterio establecido en la sentencia en el caso de EE.UU. vs Soemu Toyoda del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.¹⁹⁴ Hoy en día, se rechaza “conocimiento

constructivo” como fórmula para afirmar el conocimiento.¹⁹⁵ La jurisprudencia más reciente se inclina por considerar que el superior debe poseer conocimiento actual con respecto a todos los elementos típicos. Tal conocimiento puede ser establecido por medio de prueba directa o indiciaria.¹⁹⁶ En cierta medida, algunos de los elementos que se tomaban en cuenta para construir una “presunción” de conocimiento se demuestran todavía hoy como útiles para probar el conocimiento por “indicios”. Con todo, la prueba indiciaria debe ser distinguida de las “presunciones”¹⁹⁷ – que son inadmisibles¹⁹⁸ por implicar una inversión de la carga de la prueba e imponer sobre el acusado la carga de presentar contrapruebas.

La decisión de confirmación de cargos en Bemba ha enumerado una serie de factores que pueden considerarse indicativos de que el superior tenía conocimiento:

“Estos factores incluyen el número de delitos, su extensión, si su comisión es generalizada, la magnitud de tiempo durante el cual los delitos se llevaron a cabo, el tipo y número de las fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el modus operandi que se siguió en actos similares, el alcance y la naturaleza de la posición de la superior y su responsabilidad dentro de la estructura jerárquica, el sitio donde se encontraba el superior cuando se cometieron los delitos su ubicación geográfica. También puede probarse el conocimiento a través del hecho de que el jefe militar es parte de una estructura organizada que cuenta con sistemas de reporte y vigilancia. Estos factores se han considerado instructivos, en el contexto del artículo 28 del Estatuto, a los efectos de decidir si el superior tenía conocimiento”.¹⁹⁹

En la jurisprudencia de la Corte viene ganando adeptos la idea de que una interpretación literal de la ley, en particular el uso de las palabras “se producirá” en el artículo 30 (2) (b) excluye el concepto de dolo eventual del marco del ECPI.²⁰⁰ Se ha interpretado que no es suficiente con la percepción de

¹⁹² Kiss, Indret 2013, 23.

¹⁹³ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (Lubanga Appeals Judgment), párr. 472; ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1012.

¹⁹⁴ El Tribunal concluyó que en ausencia de prueba suficiente de que el acusado ordenó la comisión de delitos la responsabilidad de mando requiere: (i) que las atrocidades haya sido realmente cometidas; y (ii) conocimiento de que su comisión. Ese conocimiento puede consistir en: (i) un conocimiento real, como en el caso de un acusado que percibe los delitos o es informado poco después sobre su comisión; (ii) un conocimiento constructivo, en el sentido de que dado el gran número de delitos cometidos ningún hombre razonable podría haber concluido algo diferente de que el acusado debió haber sabido de la comisión de los delitos o de que se cometían rutinariamente lo cual era entendido y reconocido; International Military Tribunal for the Far East, 6.9.1949 – (case of US vs Soemu Toyoda) Vol. 39, p. 5005 ss.

¹⁹⁵ Ambos (nota 18 – Treatise), p. 221; Meloni (nota 26), p. 181.

¹⁹⁶ ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 368; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 94. Ver también ICTY, Judgment de 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), párr. 278; ICTY, Judgment de 16.11.1998 – IT-96-21-T, TC (Delalić et al.), párr. 383.

¹⁹⁷ Kiss (nota 42), p. 95 ss.

¹⁹⁸ ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 368; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 94. Ver también ICTY, Judgment de 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), párr. 278.

¹⁹⁹ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 434.

²⁰⁰ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1007; ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 364 ss.

un riesgo bajo de producción del resultado.²⁰¹ Estas consideraciones, que se han efectuado con respecto a los delitos de comisión, son desde luego aplicables a los delitos de omisión.

Este aspecto, debe distinguirse de la cuestión (objetiva) de (cuasi) causalidad. Se ha dicho más arriba que la omisión es (cuasi) causal con respecto a un resultado si ha aumentado el riesgo de que acaezca ese resultado.²⁰² Siguiendo la opinión mayoritaria, es necesario un grado de probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no habría ocurrido si el garante hubiese actuado.²⁰³ Pero esto describe el lado objetivo del vínculo hipotético entre la omisión y el crimen e involucra una verificación por parte de un observador externo y no necesariamente quien tiene posición de garante.²⁰⁴ En cuanto al aspecto subjetivo, si el garante percibe una probabilidad baja de que su omisión tendrá por consecuencia la comisión de delitos fracasaría el dolo de omisión.

Creo que es problemático, por un lado, aceptar que el superior puede detentar responsabilidad imprudente pero sostener que el dolo eventual es insuficiente. El rechazo de dolo eventual abre una brecha asistemática en el continuo entre negligencia, negligencia consciente, el dolo eventual, dolo directo de segundo y de primer grado con respecto a los delitos cometidos por los subordinados. En teoría, esta “laguna” podría ser rellenada mediante la aceptación del dolo eventual para los casos de responsabilidad del superior. No hay que olvidar que el artículo 30 (2) y (3) define el elemento de intencionalidad tan solo “[a] los efectos del presente artículo” y toda vez que esta norma se aplica “salvo disposición en contrario” existe suficiente margen para que el intérprete decida si el artículo 28 incluye un régimen diferente de dolo, no solo imprudencia. Otra interpretación plausible, que privilegia la certidumbre sobre la coherencia, sería tratar los casos de dolo eventual como supuestos de imprudencia.

Finalmente, el individuo tiene que conocer los siguientes elementos típicos: su posición, ya sea como jefe militar, como persona que actúa como tal o como un superior; y los factores que justifican su mando, autoridad y/o control efectivos sobre sus fuerzas o subordinados y la ausencia de un control apropiado. Estos elementos materiales son todos “circunstancias” en el sentido del artículo 30 (3) y por lo tanto el superior debe ser consciente de su existencia.

Si el superior hace un análisis erróneo de la información que tiene a su disposición y concluye equivocadamente que sus fuerzas no están cometiendo crímenes no puede ser considerado responsable, en virtud del artículo 28, por haber omitido a sabiendas. Sin embargo, este error puede dar lugar a una responsabilidad imprudente. Es lo que se pasa a analizar.²⁰⁵

²⁰¹ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1012.

²⁰² *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 215.

²⁰³ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 1122), p. 165.

²⁰⁴ El observador externo debería identificar una regla general de la naturaleza o de la experiencia que explique cuál hubiese sido el impacto de la acción omitida en la consecuencia no deseada.

²⁰⁵ *Ambos* (nota 1), p. 870.

2. Jefe militar: “hubiere debido saber”

El estándar “hubiere debido saber” que emplea la ley se corresponde la noción de imprudencia. En el delito imprudente, sea éste cometido por acción u omisión, la persona no percibe un riesgo a pesar de que debió haberlo percibido. La falta de percepción del riesgo compromete por lo menos tres escenarios, en los cuales el superior:

- (i) poseía información sobre la base de la cual debería haber inferido tal riesgo;
- (ii) no poseía esa información, pero si tenía datos que le advertían la necesidad de investigar si existía el riesgo;
- (iii) ni siquiera poseía información que le advirtiera sobre el riesgo.

Como observación preliminar, hay que decir que siguiendo la jurisprudencia de Núremberg y del TPIY la información sólo tiene que haberle sido proporcionada o estar disponible para el jefe. No se requiere en cambio que realmente la conozca, en el sentido de que por ejemplo haya leído los reportes que se le cursaron.²⁰⁶ Esto es consistente con la interpretación que se le ha dado al artículo 86 (2) de la API. De acuerdo con el comentario al API: el superior no puede escudarse en que desconocía los informes que se le habían dirigido o invocar como excusa una ausencia temporal de sus oficinas.²⁰⁷

En el caso *Los rehenes*, el Tribunal Militar de EE.UU. sentenció a prisión perpetua a Wilhelm List, un militar alemán que devino la autoridad máxima de las fuerzas armadas de Alemania en los Balcanes durante la ocupación de Yugoslavia y Grecia. La ocupación produjo un movimiento de resistencia de guerrillas, que torturaban y mutilaban prisioneros alemanes y realizaron actos de sabotaje los cuales fueron incrementando hasta el punto de amenazar la posición alemana. List ordenó tomar medidas “despiadadas e inmediatas contra los insurgentes, sus cómplices y sus familias incluyendo ahorcamiento, incendio de sus pueblos, toma de rehenes, deportación de familiares, etc., hacia los campos de concentración”.²⁰⁸ Uno de sus subordinados (Franz Boehme) ordenó que por cada soldado alemán muerto debían ser fusi-

²⁰⁶ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 239. United States Military Tribunal, 8.7.1947 to 19.2.1948, Trial Of Wilhelm List And Others, Law Reports Of Trials Of Major War Criminals, Vol. 8 (Caso *Los rehenes*), p. 34, disponible en: <http://lawofwar.org/List%20Case.htm> (30.10.2014).

²⁰⁷ Commentary to Article 86 of the API, párr. 3545 con cita del caso *Los rehenes*, United States Military Tribunal, 8.7.1947 to 19.2.1948, Trial Of Wilhelm List And Others, Law Reports Of Trials Of Major War Criminals, Vol. 8, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750113?OpenDocument> (30.10.2014).

²⁰⁸ Caso *Los rehenes*, United States Military Tribunal, 8.7.1947 to 19.2.1948, Trial Of Wilhelm List And Others, Law Reports Of Trials Of Major War Criminals, Vol. 8, p. 34 (disponible en: <http://lawofwar.org/List%20Case.htm> [30.10.2014]).

lados, en represalia, 100 prisioneros y por cada soldado alemán herido debían ser fusilados 50 prisioneros. List adujo que no sabía del asesinato de civiles inocentes ya que se había ausentado del cuartel. El Tribunal sostuvo que List era el general al mando de un territorio ocupado y como tal tenía la obligación de mantener la paz, castigar delitos y proteger las vidas y la propiedad dentro del área bajo su mando. Además, estaba obligado a permanecer “informado de los sucesos que ocurren en [el territorio de bajo su mando]” para lo cual tenía la facultad de exigir:

“Informes de todo lo que ocurre el territorio bajo su mando y si dichos informes fueran incompletos o inadecuados está obligado a requerir informes complementarios que le notifiquen los hechos pertinentes. Si omite requerir y obtener información completa, el quebrantamiento de ese deber es culpa suya y no puede invocar su propia negligencia como una defensa”²⁰⁹.

Según éste y otros precedentes en la jurisprudencia de Núremberg, el comandante tiene el deber de investigar²¹⁰ y el deber de conocer,²¹¹ lo cual supone el deber de recabar la información acerca de la posible comisión de delitos. La falta de conocimiento que resulte de su omisión de recabar tal información no puede invocarse para rechazar la responsabilidad penal.

“Los informes que se dirigen a los comandantes generales son preparados en su beneficio particular. La omisión de familiarizarse del contenido de los reportes o solicitar reportes adicionales, cuando la falta de adecuación es evidente, constituye un incumplimiento de sus obligaciones que no puede usarse en su beneficio propio”²¹².

La jurisprudencia de Núremberg también revela precedentes donde la obligación en cabeza de los comandantes ha sido interpretada de una manera menos exigente. En el caso conocido como Alto mando, el Tribunal insistió en que el superior

debe haber incumplido personalmente las obligaciones a su cargo. La omisión de ejercer una adecuada supervisión debe ser tan grave que equivalga a un desprecio o desinterés por lo que estaba ocurriendo, comparable con la aquiescencia o consentimiento.²¹³

El artículo 86 (2) de API parece haber establecido un umbral que es más parecido al sentado en los párrafos citados del caso del Alto mando que el de Los rehenes. La norma exige que los superiores, por lo menos “poseyeran información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento” que el subordinado estaba cometiendo un delito.²¹⁴ Durante la redacción del API, una propuesta de uno de los Grupos de Trabajo contenía la siguiente redacción: “tenían la posibilidad de conocer en las circunstancias del momento”.²¹⁵ Cuando se confronta esta propuesta, que no fue aprobada, con el texto actual del 86 (2) se vuelve evidente que, lo que se requiere, es que el superior esté en posesión de información que le permita concluir que los crímenes se estaban cometiendo. No es suficiente con tener información que advierta la necesidad de efectuar mayores investigaciones. Esto es consistente con la mención, en el comentario al API, que reitera la jurisprudencia en el caso Alto mando en los siguientes términos “la negligencia debe ser tan grave que sea equivalente a una intención maliciosa”.²¹⁶

En los Estatutos del TPIY, TPIR y TESL el estándar es: “tenía razones para saber”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, es suficiente con que, en el momento crítico, el comandante tenga información general que lo notifique de posibles actos ilegales cometidos por sus subordinados.²¹⁷ No es necesario que el superior perciba un “riesgo importante”.²¹⁸ Basta con que posea información suficientemente alarmante como para justificar una investigación ulterior.²¹⁹ El superior no incurre en responsabilidad penal por no adquirir conocimiento acerca de los actos de sus

²⁰⁹ Caso Los rehenes, United States Military Tribunal, Judgment of 19.2.1948 –Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol. 11/2, p. 1271.

²¹⁰ General Tribunal of the Military Government of the French Zone of Occupation in Germany, Judgment of 30.6.1948 (case versus Hermann Roechling and others charged with Crimes Against Peace, War Crimes and Crimes Against Humanity) = Trials of War Criminals, Vol. 14, Appendix B, p. 1088.

²¹¹ Superior Military Government Court of the French Occupation Zone in Germany, Judgment of 25.1.1949 – (case versus Hermann Roechling and others charged with Crimes Against Peace, War Crimes, and Crimes Against Humanity) – Trials of War Criminals, Vol. 14, Appendix B, p. 1106, decision on writ of appeal against the Judgment of 30.6.1948.

²¹² Caso Los rehenes, Judgment of 19.2.1948 –Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume 11/2, p. 1271.

²¹³ U.S.A. v. Wilhelm von Leeb et al., Law Reports Of Trials of War Criminals, Vol. 11, p. 543 s., 603.

²¹⁴ Existen diferencias entre la versión en idioma inglés y en francés. La versión en inglés dice: “information which should have enabled them to conclude” y la francesa dice “des informations leur permettant de conclure”. Ambos textos son igualmente auténticos según el artículo 102 del PAI. Existe jurisprudencia que indica que la versión en idioma francés es más acorde con el objeto y el propósito de la Convención; ver ICTY (Trial Chamber), Judgment de 3.3.2000– IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaskic), párr. 326.

²¹⁵ CDDH, Official Records, Vol. 10, CDDH/I/321/Rev.1, 21.4.-11.6.1976, p. 153.

²¹⁶ Ver el comentario al PAI, párr. 3541.

²¹⁷ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 235, 238. ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 298; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 28.

²¹⁸ Ver ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 304.

²¹⁹ ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 298.

subordinados, a menos que tuviera a disposición información suficientemente alarmante.²²⁰ El Tribunal ha dado ejemplos de los tipos, fuentes y grados de especificidad de la información requerida.²²¹

En el Estatuto de Roma, el estándar con respecto a los jefes militares es “hubiere debido saber”. De acuerdo con la Decisión de Confirmación de Cargos en Bemba, los umbrales aplicables ante el TPIY y la CPI no son idénticos.²²² Se diferencian en que el ECPI impone a los superiores un deber más activo, de tomar las medidas necesarias para obtener información sobre la conducta de sus fuerzas e investigar, independientemente de si la información estaba disponible en ese momento.²²³ En la literatura académica las opiniones están divididas.²²⁴

Creo que el Estatuto de Roma ha establecido un deber más oneroso que los estatutos de los tribunales Ad-hoc. Una lectura conjunta del artículo 28 (a) (i) y (b) (i) indica que el comandante no puede eludir su responsabilidad sobre la base de que la información de la que dispone no indica con claridad que sus fuerzas están cometiendo crímenes o que su desconocimiento de la información no fue deliberado. Según

²²⁰ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 232. Ver también ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 96.

²²¹ El conocimiento, por parte del superior, de que los subordinados habían cometido delitos en el pasado y que omitió castigarlos no es, por sí mismo, suficiente para concluir que el jefe militar sabía que los mismos autores podrían cometer delitos similares en el futuro. Sin embargo, esto puede jugar un papel importante como información que indica la congoscibilidad de las circunstancias fundamentadoras de peligro. La sala de Apelaciones del ICTY ha sostenido que no es necesario contar con información sobre la comisión de actos ilícitos específicos “Por ejemplo, si un jefe militar posee información de que algunos de los soldados bajo su mando tienen un carácter violento o inestable, o han estado bebiendo antes de ser enviados a una misión, se puede considerar que ha tenido el conocimiento necesario”; ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 235. El conocimiento sobre crímenes pasados puede indicar que el superior tenía “razones para conocer” ya que puede calificar como información que exige llevar a cabo investigaciones adicionales, ver ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párras. 30 ss.

²²² ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 432.

²²³ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 433.

²²⁴ Algunos autores sostienen que los dos estándares (“hubiere debido saber” y “tuvo razones para saber”) se corresponden, ver *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 224. Otros indican que existe una diferencia sustancial entre los dos estándares; ver *Meloni* (nota 26), p. 184 s.; *Vetter*, Yale Journal of International Law 25 (2000), 89.

el Estatuto de Roma, los comandantes tienen la obligación de clarificar la información disponible y no pueden excusarse en que desconocieron la información cuando esto es resultado de su propia negligencia. Hay que recordar que tienen el deber de crear o mantener un sistema de información y vigilancia - el incumplimiento de este deber que redundaría en la indisponibilidad de la información no puede beneficiarlos.²²⁵

Con todo, cuando a pesar de la existencia y funcionamiento de un sistema de información y vigilancia no existe siquiera información que alarme sobre la comisión de delitos surge la cuestión de si la omisión todavía puede ser considerada imprudente. Esto trae a consideración un tema que, en la teoría del delito, se estudia ya hace más de 200 años bajo el rótulo de “la punibilidad de la imprudencia inconsciente”. Desde antaño se han alzado voces en la literatura académica en contra de la criminalización de la imprudencia inconsciente sobre la base del carácter *ultima ratio* de la sanción penal, la innecesariedad de castigo ante ciertas manifestaciones del delito imprudente y la inevitabilidad del error humano.²²⁶ También son antiguos los argumentos en defensa de la criminalización de esta forma delictiva. No cabrían objeciones desde el principio de culpabilidad cuando se hubiesen omitido esfuerzos, necesarios y posibles, cuya realización habría evitado el daño.²²⁷ Incluso se ha insistido en que la imprudencia inconsciente no es per se menos grave que la imprudencia consciente. Quien actúa bajo imprudencia consciente percibe el peligro que implica su comportamiento pero efectúa un (mero) pronóstico erróneo acerca de la evitabilidad del resultado no deseado.²²⁸ En la imprudencia inconsciente, en cambio, la ignorancia se sustenta en la indiferencia frente a los intereses jurídicamente protegidos.²²⁹

Por último es necesario recordar que durante la redacción del artículo 28 se incluyó como complemento de la fórmula “hubiere debido saber” el requisito de que los crímenes fueran generalizadas: “debido a la comisión generalizada de delitos”.²³⁰ Sin embargo, el texto del artículo 28 no contiene este requisito.²³¹ La jurisprudencia de la Corte, con toda

²²⁵ *Meloni* (nota 26), p. 184 s.

²²⁶ Ver la excelente recopilación de *Koch*, ZIS 2010, 175 (175, 177), citando a *Karl Ferdinand Hommel* 1722-1781.

²²⁷ *Koch*, ZIS 2010, 175 (180), con referencia la obra de *Ernst Ferdinand Klein* 1744-1810.

²²⁸ *Koch*, ZIS 2010, 175 (181).

²²⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 112), § 13 párr. 31.

²³⁰ Preparatory Committee on the establishment of the International Criminal Court, A/AC.249/1 85 (UK Proposal); A/AC.249/L.4 (Canadian Proposal), p. 15; A/AC.249/1997/WG.2/CRP.3; A/AC.249/L.5 p. 23; A/AC.249/L.13 p. 55; A/CONF.183/2/Add.1 51.

²³¹ La fiscalía, en el caso Yamashita, alegó que “los crímenes eran [cometidos de manera] tan amplia y generalizada, tanto en cuanto al tiempo como el territorio, que tienen que haber sido permitidos deliberadamente o bien ordenados secretamente”. El Tribunal sostuvo: “es absurdo, sin embargo, considerar que un comandante es un asesino o un violador porque uno de sus soldados ha cometido un crimen o una violación. Sin embargo, cuando el asesinato y la

razón, ha señalado que este factor es en todo caso un indicador de conocimiento²³² (o falta de éste) pero no un elemento típico.

3. Superiores no militares: “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”

Tal como se detalló más arriba, los requisitos subjetivos para la responsabilidad de los líderes civiles son más exigentes que sus homólogos militares. En efecto, los jefes militares y las personas que actúan efectivamente como tales pueden ser responsabilizadas independientemente de si:

- (i) percibieron que sus subordinados se proponían cometer delitos o los estaban cometiendo; y
- (ii) efectivamente leyeron los informes que se referían a esos delitos.

En cambio, la responsabilidad de los superiores no militares depende de que la persona haya hecho caso omiso, deliberadamente, de información que indicase claramente que se cometían delitos. Esto significa que debe existir información que indique “claramente” la comisión de delitos. Si la información es general, a pesar de que pudiera ser suficiente como disparador del deber de llevar a cabo más investigaciones en relación con los jefes militares, no sería en cambio suficiente para los superiores no militares en virtud del artículo 28 (b) (i). Además, dicha información debería ser descartada “deliberadamente”. A diferencia de los jefes militares, no es suficiente que la información estuviera a disposición del superior ya sea inmediatamente o como consecuencia de aplicar esfuerzos y así conseguirla – él, deliberadamente, debe haber hecho caso omiso de la información.

VIII. Conclusión

Tal como resulta del análisis de sus elementos, mucho queda por decir sobre la responsabilidad de los superiores. Es muy temprano todavía para pronosticar qué interpretación le dará la CPI a sus requisitos objetivos y subjetivos. Sin embargo, toda vez que involucra varios de los puntos más debatidos en la parte general del derecho penal (tales como la omisión, imputación, causalidad, dolo e imprudencia) las decisiones que se tomen en cuanto a la responsabilidad del superior van a afectar el sistema de atribución de responsabilidad en su

violación y los actos de depravación o venganza son generalizados y el comandante no hace ningún intento eficaz por descubrirlos y controlarlos, el comandante puede considerarse responsable, incluso penalmente, por los actos de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias que rodean los ilícitos”. Ver United States Military Commission, 8.10.-7.12.1945, Trial of General Tomoyuki Yamashita, Case No. 21, IV Law Reports of Trials of War Criminals 1;

<http://lawofwar.org/Yamashita%20Commission.htm>
(30.10.2014).

²³² ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 434.

totalidad. Por ello es necesario redoblar esfuerzos por definir sus contornos de una manera que favorezca una jurisprudencia coherente y justa.