PREMIOS DEFENSA 2013
TRABAJOS SELECCIONADOS

PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO

LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL MANDO MILITAR A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES "AD HOC".

JOSÉ LUIS MARTÍN DELPÓN

PREMIOS DEFENSA 2013
MODALIDAD: "PREMIO JOSÉ FRANCISCO QUEROL Y LOMBARDERO"

LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL MANDO MILITAR A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES "AD HOC".

LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL MANDO MILITAR A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES "AD HOC".

José Luis Martín Delpón

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO. 2. LOS ANTECENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL DEL MANDO MILITAR. 2.1. Los Tribunales Militares de Nuremberg y del Lejano Oriente. 2.2. Los Tribunales Internacionales "ad hoc". 2.2.2. El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio Ruanda y a los ciudadano de Ruanda desde 1994. 2.2.1 El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. 3. BREVE REFERENCIA AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA: SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 4. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR: SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO.

El concepto de la responsabilidad penal del superior es una creación jurídica originaria del derecho penal internacional[1]. Su fundamento se ciñe al deber de control y vigilancia que los superiores deben llevar a cabo respecto de las acciones de aquellos que están bajo su dependencia y subordinación. Por ello, este principio queda directamente vinculado al reproche de aquellos que no cumplimentan debidamente esa capacidad de control y, bien mediante omisión o mediante comisión por omisión[2], permiten que aquellos que de ellos dependen lleven a cabo actos prohibidos por la normativa internacional. En suma, verdaderos delitos internacionales[3].

Habría que hacer, antes de explicar el objeto de estas líneas, una breve precisión terminológica. El concepto de responsabilidad del superior es un término mucho más amplio que el que atañe a la responsabilidad del mando militar (*command responsability)*. Mientras que el primero abarca los hechos que hubieran podido cometer no sólo mandos militares sino otros funcionarios civiles en representación del estado con poder para haber evitado los actos delictivos del personal a su cargo; el segundo únicamente se centraría en la responsabilidad del mando militar, con la condición de superior, que los permite y ampara. Mientras que el primero tendría una esfera de acción más amplia, en cuanto a un mero criterio funcional y organizativo; el segundo quedaría vinculado a un contexto estrictamente militar[4].

---

[1] WERLE, G. Tratado de Derecho Penal Internacional, p. 312 y AMBOS, K. (2005), La Parte General del Derecho Penal Internacional, p. 296.

[2] Aunque doctrinalmente esta opción ha sido discutida. Véase FARALDO CABANA, P. (2011), "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal Español", Revista Española de Derecho Militar, Núm., pp. 169 y ss. En el mismo sentido, AMBOS, K. (2001), "Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional", *Revista Penal,* núm. 7, p.196. A favor de la aplicación de la modalidad de comisión por omisión, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2000), "Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma", *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 75, p. 411.

[3] Son los llamados "delitos base". Véase AMBOS, K. (2005), *Ob. Cit.*, p. 296.

[4] WERLE, G., *Ob. Cit.*, p. 313. AMBOS, K. (2005), *Ob. Cit.*, p. 295, este autor afirma que el ECPI recomienda la utilización del concepto responsabilidad del superior, al ser más genérico, aunque el propio AMBOS recuerda que dicha precisión no fue seguida en los casos Prosecutor v. Kordic & Cerkez,

En relación al primero de lo supuesto, simplemente cabe apuntarse la teoría de la responsabilidad de los aparatos del poder, desarrollada por ROXIN[5]. Según el autor, para que se pueda aplicar esta postura, se ha de contar con una estructura jerarquizada de poder, donde esté perfectamente establecido que la orden que provenga de la autoridad correspondiente se cumplirá de un modo automático, sin importarle al ordenante quien se encargará de ejecutar el encargo. Estima que habrá autoría mediata por parte de quien en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde, utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles[6].

¿Cuál es el fundamento de este principio? En mi opinión, el punto de partida se centra en la esencia de los Ejércitos. La disciplina militar como criterio de eficacia y efectividad en las operaciones bélicas motiva una estructura fuertemente jerarquizada. A dicha jerarquía corre unida la responsabilidad en el ejercicio del mando. A mayor empleo, mayor responsabilidad por las acciones que cometa el personal subordinado, sobre el que debe ejercerse una potestad de control y vigilancia. Por ello, el ordenamiento internacional generó este principio por el cual los mandos militares no pueden quedar impunes, en principio, por las acciones delictivas cometidas por el personal subordinado siempre y cuando no se haya ejercido dicha facultad de vigilancia y fiscalización, se tenga conocimiento fehaciente de estos delitos y no se haya desplegado aquellas acciones, dentro del deber de diligencia y responsabilidad del mando, tendentes a evitar la comisión de dichos delitos.

Estas consideraciones han llegado al artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional donde se desarrolla el principio de responsabilidad penal individual internacional del jefe militar, pero habría que cuestionarse cuál ha sido el inicio de este principio de responsabilidad del mando militar y en qué condiciones ha llegado al actual Estatuto[7]. Hasta el caso Yamashita no se dio entrada a este principio, sin perjuicio de las tímidas aportaciones de los Tribunales Militares de Nuremberg o del Lejano Oriente[8]. De ahí que el salto cualitativo en la concepción de la responsabilidad penal del mando se dio con la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc[9] y el grueso de ese corpus jurisprudencial alcanzó al

---

Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T), para. 364 incluida la nota 492 y Prosecutor v. Blaskic, Judgement 29.7.2004 (IT-95-14-A), para. 53 incluida la nota 97, donde sí que se usó el término "*command responsability*".

[5] ROXIN, C. (1998), *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España, Marcial Pons.

[6] ROXIN C. (1970), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, pág. 59 y ss.

[7] Los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Derecho Internacional en lo que atañe al Estatuto de la Corte Penal Internacional son de gran utilidad a la hora de analizar el recorrido jurisprudencial y normativo del principio de responsabilidad del mando. En este sentido, véase LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M. (2001), *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, pp. 44 y ss.

[8] GIMENO SENDRA, J.V. (1998), "La experiencia de los "juicios de Nürenberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* Núm. 1, pp. 1766-1768

[9] Sin ánimo de exhaustividad se podría destacar desde una óptica doctrinal: IRIGOIN BARRENNE, J. (1998), "Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas*", Revista chilena de derecho*, Vol. 25, Núm. 1,pp. 395-400, OLABARRÍA MUÑOZ, E. (2000), "Propuestas normativas en relación al Derecho penal Internacional: El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El papel jugado por los Estados en la determinación de la pena y en su ejecución*", Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999*, pp. 417-426, RAMÓN CHORNET, C. (1996), "El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional", *Jueces para la democracia*, Núm. 25, pp. 107-110, TORRES PÉREZ, M. (2005), "El Tribunal Internacional Penal para Ruanda", *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución* / coord. por Valentín Enrique Bou Franch, pp. 69-135, DELGADO CÁNOVAS, J.B. (1994), "La creación por la organización de las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional para

actual artículo 28 del Estatuto[10]. Este conjunto de estimaciones doctrinales y fundamentos jurisprudenciales han llegado, con más o menos modificaciones, a la redacción del Estatuto de Roma, máxime teniendo en cuenta que la responsabilidad del superior forma parte del derecho internacional consuetudinario[11].

Empezando por el punto final de esta evolución histórica, basta con apuntar que el artículo 28 reconoce en su número primero que "*El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas*", imponiendo dos condiciones concretas. La primera, que "*hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"*. La segunda, que "no *hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento*"[12].

Resulta evidente afirmar, por su obviedad, que casi todos los delitos que recoge el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI) pueden ser cometidos por jefes o mandos militares aprovechándose de un plan preconcebido, de una situación de guerra o aprovechándose del principio de obediencia debida, tantas veces analizado en la doctrina del derecho penal militar[13]. El principio del "*Command responsibility"* no sólo tiene su consagración en el Estatuto de Roma[14] sino también en el vigente Código Penal Militar, al igual que en otros países que todavía mantiene normas penales castrenses. Su punto de partida es bastante sencillo: la disciplina es el factor primigenio de eficacia, desarrollo y funcionamiento de cualquier Ejército, pero dicha disciplina, dicha obediencia a la estructura jerárquica no es ilimitada y carente de obstáculos que la perfilen. De ahí que no puede existir disciplina sino

---

la antigua Yugoslavia: ¿un fracaso del sistema de seguridad colectiva?", *Anales de derecho,* Núm. 12, 1, pp. 47-58, PIGNATELLI Y MECA, F. (1995), "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", *Revista española de derecho militar*, Núm.65, (Ejemplar dedicado a: In Memoriam de F. Javier Sánchez del Río y Sierra), pp. 389-430, QUEL LÓPEZ, F.J. (1997), "Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario", *Anuario de derecho internacional*, Núm. 13, pp.. 467-523.

[10] Algunas referencias acerca de los orígenes de este principio pueden encontrarse en MAUGERI, A.M. (2007), *La responsabilitá da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giufrré, Milano, pp. 84 y ss. o SCHAWAS, W.A. (2001), *An introduction to the International Criminal Court,* Cambrigde University Press, Cambrigde, pp. 84 y 85.

[11] WERLE, G., *Ob. Cit.*, p. 313. AMBOS, K. (2005), *Ob. Cit.*, p. 295.

[12] Doctrinalmente destaca en este sentido, AMBOS, K. (1999), "La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, pp. 527-594. Recientemente destaca FARALDO CABANA, P. (2011), *Ob. Cit.*

[13] En este sentido, véase GOMEZ RIVERO. M.C. (2004), "¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida?: de su clásica problemática al estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista penal*, Núm. 14, pp. 24-48, PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. (2005), "Derecho internacional, ¿obediencia debida?", *El derecho internacional: normas, hechos y valores: liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo,* coord. por Lucius Caflisch, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Cesáreo Gutiérrez Espada, pp. 591-620 y DÍAZ PALOS, F. (1983), "En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida", *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, coord. por Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares, Vol. 1, pp. 191-203.

[14] MBOKANI, J. (2012), "La C.P.I. à l'épreuve de la doctrine de la "Command Responsability". Analyse de la mens rea dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire Bemba", *Revue belge de droit international,* Vol. 43, Núm. 1, pp. 254-331.

corre paralela a ella una fijación de responsabilidad del superior respecto de sus actos y de aquellos que cometen sus subordinados[15].

La responsabilidad del mando militar por la comisión de ilícitos penales internacionales debe ser observada desde dos puntos de vista. El primero, más laxo en su formulación, implicaría a aquellas situaciones en las que el mando militar ordena a un subordinado la ejecución de delitos internacionales y la presencia del principio de obediencia debida. La segunda, más estricta, fijaría el concepto de responsabilidad del superior como aquella que se deriva de la comisión de las violaciones de las leyes y usos de la guerra por parte de sus subordinados, bien no impidiendo positivamente la ejecución de los mismo, bien omitiendo cualquier control o vigilancia de las acciones cometidas[16]. Esta doble posibilidad, activa y omisiva, no sólo ha llegado a la CPI, sino que es una de las notas comunes en la evolución de los Tribunales Internacionales desde la Segunda Guerra Mundial[17]. A continuación empezaré con el análisis de la evolución histórica de este principio.

Brevemente cabe recordar como en las últimas décadas, y sobre todo tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial[18], se han ido dando cabida dentro del Derecho Internacional Público a nuevos actores, dejando atrás la ya caduca posición por la cual sólo el Estado podía ser sujeto de derechos y obligaciones en el orden internacional. La progresiva humanización de las relaciones internacionales y de su regulación ha llevado a considerar a la persona, al individuo como un sujeto activo dentro de este ordenamiento[19].

De cualquier modo, el papel del individuo en el Derecho Internacional no está exento de problemas y dificultades de aplicación. Desde principios del siglo XX se fue abriendo la posibilidad de que el individuo pudiera ser sujeto titular de determinados derechos y

---

[15] Aspectos que quedan acreditados en nuestra legislación nacional. Así, en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de los derechos y deberes de los miembros de las FAS recoge como reglas de comportamiento destacables a estos efectos las siguientes. La octava, al disponer que "*la disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación*", la décima cuando establece que "*la responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las Leyes o que constituyan delito*" y la duodécima, cuando preceptúa que "*si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión*".

[16] La sentencia de la Sala de Primera Instancia (II) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de 16 de noviembre de 1998 (Caso *CELEBICI)* resume lo aportado de la siguiente manera: "*El hecho de que los comandantes militares y otras personas que ocupen cargos investidos de autoridad en base a una jerarquía, puedan ser declarados penalmente responsables de la conducta ilegal de sus subordinados, es una norma ya establecida tanto en derecho internacional consuetudinario como convencional. Esta responsabilidad penal puede surgir, bien de los actos positivos del superior (lo que se suele denominar responsabilidad del comandante "directa") o de sus omisiones culposas (responsabilidad del comandante "indirecta" o strictu sensu). Por tanto, un superior puede ser tenido por penalmente responsable, no sólo por ordenar, instigar o planificar los actos criminales que lleven a cabo sus subordinados, sino también por no haber adoptado las medidas encaminadas a impedir o reprimir la conducta ilegal de sus subordinados."*

[17] De cualquier modo, cabe apuntarse que esta doble modalidad comisiva está presente en el CPM aunque expresamente no venga recogido en un precepto concreto.

[18] Así lo consideran, BAZAN, J.L y ZUMAQUERO, J.M. (1998), *Textos Internacionales de Derechos Humanos,* Tomo II (1978-1998), p. 14.

[19] Por todos, DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (1999), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 12ª Edición, p. 241 y ss.

obligaciones[20]. Además, los particulares podrían impetrar el auxilio de los órganos jurisdiccionales en el caso de que alguno de esos derechos fuera vulnerado[21].

Pero esta concepción personalista del derecho internacional no versa tanto en la capacidad de los individuos para ser sujetos de derechos y obligaciones como en situar los intereses humanos en el orden de los valores que debe proteger el orden internacional[22]. Por ello, no se plantean grandes dudas a la hora de admitir que los particulares pueden ser enjuiciados por Tribunales Internacionales por la comisión de aquellos ilícitos penales internacionales que tengan la consideración de tales por cuanto quiebran frontalmente los valores, derechos y libertades fundamentales del ordenamiento internacional[23].

Admitido lo anterior, el objeto de este estudio se centrará en analizar cómo ha sido la evolución histórica, a través de la labor jurisprudencial de estos Tribunales Internacionales, de dos cuestiones de trascendencia: cómo imputar a una persona concreta un delito internacional y cómo poder imputar a un superior por los delitos cometidos por sus subordinados. Y todo ello en un contexto muy concreto, cuál será el tiempo de guerra y por unos delitos especialmente graves: los crímenes contra la humanidad[24].

Evidentemente una de las consecuencias de esta corriente personalista dentro del Derecho Internacional es que se podrá imputar a los particulares la comisión de unos delitos, y con ellas la imposición de ciertas sanciones, que vendrán institucionalizados y reconocidos por la comunidad internacional[25]. Desde la finalización de las dos guerras mundiales la Sociedad Internacional empezó a tomar conciencia de la necesidad urgente e imperiosa de poder imputar a los particulares los delitos más graves y atroces cometidos contra la humanidad, de tal modo que las conductas de las personas físicas pudieran serles directamente imputables, por constituir ilícitos del ordenamiento internacional[26]. Una vez que se ha circunscrito el

---

[20] Como por ejemplo ocurrió con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1948 o el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950. En este sentido, DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (1999), *Ob. Cit.* p.16 reconoció el "*difundido deseo de una parte de la opinión pública mundial de procurar para el hombre unas garantías por vía internacional para sus derechos civiles, políticos, económico y sociales.*

[21] Quizás el Protocolo francohaitiano de 1904, la Convención XII de la Haya de 1907 y la creación del Tribunal Internacional de Presas en virtud de su artículo 4, la Convención de Washington de 20 de diciembre de 1907 y la creación del Tribunal de Justicia Centroamericano o el propio Tratado de Versalles de 1919 donde se instauraron los Tribunales Mixtos sean las primeras aportaciones normativas por las que se establecieron órganos jurisdiccionales accesibles por el particular en el orden internacional.

[22] PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1996), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales,* p.213.

[23] Dejo de lado las discusiones doctrinales acerca de la distinción entre derecho penal internacional y derecho internacional penal. Véase MEJÍA AZUERO, J.C. (2008), "Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, Vol.11, Núm. 22, p. 11. De hecho, los problemas se plantean a la hora de determinar qué órgano jurisdiccional será el competente para conocer del enjuiciamiento de esos hechos. Véase QUEL LOPEZ, F.J. (2000), "La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados", *Creación de una jurisdicción penal internacional*, pp. 79-104.

[24] PIGNATELLI Y MECA, F. (2007), "La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra", *Derecho internacional humanitario*, coord. por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, pp. 763-806.

[25] DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (1999), *Ob. Cit.* p.726. Incluso algunos autores han considerado que esta consecuencia es una prueba de la superación del clásico principio de la primacía de la soberanía del Estado. En este sentido CARRILLO SALCEDO, J. (1995), *Soberanía de los Estados y de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo,* p.14.

[26] La Comisión de Derecho Internacional en el artículo 19 del Proyecto de Código sobre la responsabilidad de los Estados señaló que "*el establecimiento del principio en virtud del cual el*

periodo histórico del presente estudio y el objeto del mismo, comenzaré analizando los antecedentes históricos del principio de responsabilidad penal individual en el orden internacional.

2. LOS ANTECENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL DEL MANDO MILITAR.

El punto de partida de la evolución histórica de este principio viene directamente vinculado a la aparición del Estado Moderno. Sí es cierto que la doctrina ha manejado algunos antecedentes históricos muy remotos[27], en los que se quiere ver algún atisbo histórico de responsabilidad individual por la comisión de ilícitos penales. Incluso, otros sectores han fijado como línea de salida los pronunciamientos filosóficos que fundaron las primeras relaciones internacionales[28]. Evidentemente, desde la aparición de los Ejércitos modernos, estas consideraciones se tradujeron en un principio de responsabilidad del mando por las acciones de sus subordinados[29].

De cualquier modo, en mi opinión, la criminalización internacional de los delitos contra la humanidad y los delitos contra la guerra supuso el verdadero inicio del principio de responsabilidad penal individual. Aunque en la Declaración de San Petersburgo de 1868 se impusieran ciertas medidas restrictivas en la conducción de las hostilidades o a pesar de la Declaración conjunta del gobierno francés, británico o ruso en la que denunciaban la matanza de armenios en Turquía, el punto de arranque lo puso la Cláusula Martens[30]. En 1907 dicha cláusula preveía que, hasta que no se estableciera un código completo de carácter internacional que regulara las leyes de la guerra y, con ellas, las violaciones de las mismas y sus sanciones, las poblaciones y las partes beligerantes quedarían al auspicio de los principios del

---

individuo-órgano que con su comportamiento, ha violado obligaciones internacionales en un determinado contenido, debe ser considerado personalmente punible". Véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1976), Vol. II, segunda parte, parágrafos 15 y 16.

[27] Desde el juicio en 1474 a Peter Von Hagenbach al ser considerao culpable por la comisión de delitos contra el Derecho Divino y Humano o la destitución del Conde Rosen por Jacobo II en 1696 por la muerte de inocentes en el asedio de Londoderry.

[28] Hugo Grocio consideró en "*De Iure Belli et Paces"*, en su Libro III, capítulo 11.5 y 6 que todos aquellos que iniciaban una guerra injusta o que violaban alguna regla del Derecho de Gentes debían de ser objeto de castigo personal.

[29] Los antecedentes históricos en este punto van desde la definición de los valores del mando que recogía Sun Tzu en el "El arte de la guerra", la Ordenanza de 1439, de Carlos VII de Francia y mediante la cual se responsabilizaba a los capitanes y tenientes de los abusos cometidos por los miembros de su tropa, la legislación promulgada por Gustavo Adolfo de Suecia, en 1621, por la que se condenaba a los coroneles y capitanes que dieran órdenes que implicaran la comisión de actos ilícitos por parte de sus soldados, hasta llegar al artículo 71 del Código de Lieber, donde se disponía que "*Quien intencionalmente inflija heridas adicionales a un enemigo que ya estuviere totalmente incapacitado, o matare a ese enemigo, o quien ordenare o iniciare a los soldados a hacerlo, se verá sometido a la pena de muerte, caso de haber sido condenado debidamente, ya sea miembro del Ejército de los Estados Unidos o un enemigo capturado después de haber cometido sus fechorías".*

[30] NAVA LARA, R. (2009), "La cláusula Martens: ¿un medio de protección básico de las personas en situación de conflicto armado?", *Dos décadas de posguerra fría: Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad "General Gutiérrez Mellado"* / coord. por Fernando Amérigo Cuervo, Julio de Peñaranda Algar, Vol. 3, pp. 387-404, PONS RAFOLS, F.X. (2005), " Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la Comisión de Derechos Humanos", *Soberanía del Estado y derecho internacional : homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* / coord. por Marina Vargas Gómez-Urrutia, Ana Salinas de Frías, Vol. 2, pp. 1095-1118 o MERON T. (2000), "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", *American Journal of International Law*, Vol. 94, Núm. 1, pp. 78-89.

derecho de gentes, de los usos de las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Dicha cláusula dio pie a que, una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, se planteara la opción de que los más graves comportamientos individuales durante el conflicto bélico se tildaran de delictivos en la esfera internacional. A ello contribuyó de manera decisiva los Convenios de La Haya de 1907 sobre usos y las leyes de la guerra, sobre los cuales se centró la labor de la Conferencia de París. En ésta se elaboraron los tratados que pusieron el punto y final del conflicto bélico y, dentro de ellos[31], destacó el Tratado de Versalles. En los artículos 227, 228 y 229 se establecieron las bases de la responsabilidad individual penal en el derecho internacional, al ser acusado el Kaiser Guillermo II de actos contrarios a las leyes y usos de la guerra, así como se atentar contra la moralidad internaciones y contra la "*autoridad sagrada de los tratados"*[32].

Por tanto, en esta primera etapa, la responsabilidad del mando militar quedaba configurada a través de ciertas líneas maestras que, a pesar de no ser bien recibidas en un primer momento ni por Estados Unidos ni por Japón, poco a poco fueron consolidándose en el uso forense internacional: el conocimiento de la comisión de los delitos por parte de los subordinados se iba o se había llevado a cabo un delito, el poder de intervenir evitándolo o castigando a los infractores y el no haber omitido acción alguna que lo impidiere [33].

Ahora bien, el debut de estos preceptos a la hora de ser aplicados no fue del todo bueno. Las acusaciones contra el Kaiser versaban sobre la invasión de Bélgica en contra de la legalidad internacional. Se propuso la creación de un Tribunal Internacional especial con el único fin de juzgar los actos del Kaiser, pero el gobierno holandés denegó la extradición del mandatario. Con ello, el modelo Versalles, también aplicado en los juicios de Leipzig[34], se mostró como insuficiente desde el punto de vista práctico, aunque no deja de ser la primera vez en la que un Jefe de Estado era acusado por quebrantar los principios de Derecho Internacional y, en concreto, aquel que obligaba al arreglo pacífico de las controversias[35].

Referencia obligada en este punto es la que atañe a los Juicios de Leipzig, donde en varias sentencias se interpretó la obediencia debida como a una orden superior como causa de justificación suficiente para excluir la culpabilidad. Así en el caso del teniente Karl Neuman la Corte indicó que un subordinado que cumple una orden sólo puede ser declarado culpable si, por un lado, se ha excedido en la orden que le fue dada y, por otro lado, si es consciente de

---

[31] TRUYOL Y SERRA, A. (1998), *Historia del Derecho Internacional Público,* p. 128. Aquí se recuerda que dentro de la Conferencia de París se firmaron los Tratados de Saint-Germain, con Austria, el 10 de septiembre de 1919; de Neuilly, con Bulgaria, el 27 de noviembre de 1919; de Trianón, con Hungría, el 4 de junio de 1920; y de Sèvres, con Turquí, el 10 de agosto de 1929.

[32] El artículo 227 del Tratado de Versalles recogía que "*Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollem, antiguo Emperador de Alemania, de un delito supremo contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados".*

[33] BERTONI, E. (2007), "Autoría mediata por aparatos organizados de poder: antecedentes y aplicación práctica", *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, Francisco Macedo (Coordinador) Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, p.4.

[34] Incluso éstos tampoco fueron un éxito desde la óptica de los artículos 227 y siguientes del Tratado de Versalles, ya que fueron los juzgados alemanes, nacionales, quienes ejercieron la competencia. Véase PEREZ-LEON ACEVEDO, J.P. (2007), "Surgimiento y consolidación de la responsabilidad internacional individual por crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales", *Ius et Praxis,* Talca, v. 13, Núm. 2, Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.

[35] Para el estudio de las opciones a favor y contra de la creación de un Tribunal Internacional a raíz de este modelo, véase CASSESE, A. (1997), "Prólogo del ex presidentes del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia*", Revista Internacional de Cruz Roja,* Núm. 144, p. 85.

que la orden emanada por el superior supone una acción que implica la comisión de un crimen[36].

2.1. Los Tribunales Militares de Nüremberg y del Lejano Oriente.

El primer hito histórico de especial importancia fue la "Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties"[37].

Esta Comisión estimó que la responsabilidad de los superiores podía quedar fijada siempre y cuando se dieran los siguientes tres requisitos: que estos superiores pudieran haber intervenido, que tuvieran conocimiento de los crímenes que el personal a sus órdenes hubiera cometido y que omitieran cualquier actuación tendente a evitar la comisión de los delitos. Así, la Comisión concluyó indicando que "*Todas las personas que pertenezcan a países enemigos, por altos que fuesen sus cargos, sin distinción de rango, incluyendo a Jefes de Estado (Mayor), que hayan sido culpables de delitos contra las leyes y usos de la guerra o las leyes de la humanidad, están sujetos a enjuiciamiento penal* "[38].

Curiosamente las conclusiones de esta Comisión no fueron objeto de acuerdo total, ya que tanto Estados Unidos como Japón mostraron su disconformidad al estimar que los oficiales alto rango no podían ser responsables individualmente de los actos cometidos por sus subordinados en atención a la teoría de la responsabilidad por omisión que exigía un total y completo conocimientos de los actos que éstos estaban cometiendo. Sin embargo, la normativa internacional aplicable en estos momentos[39], en esencia las Convenciones de La Haya de 1907[40], las cuales por otro lado fueron utilizadas por la Corte Suprema de Leipzig, ya recogían concretos deberes de los mandos militares en relación con la conducta de los subordinados, estableciendo así la doctrina de la "responsabilidad del mando".

En este momento histórico, la responsabilidad del mando militar en el orden internacional verdaderamente comenzaba a dar sus primeros pasos, caracterizados por el hecho de que el principio de responsabilidad penal internacional de carácter individual no estaba del todo consolidado. Los pronunciamientos esporádicos que se había producido hasta entonces se habían encontrado con trabas argumentales se centraban en la incapacidad del mando militar de conocer todas las acciones u omisiones que sus subordinados estaban

---

[36] WOETZEL, R. (1962), *The Nuremberg Trials in International Law with a Postlude on the Eichmann Case*. Londres: Stevens&Sons, pp.32-34 y 635. Un estudio más completo de los juicios en HOFACKER, (1922), *Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse.* ZStW . Nº 43. p 649 y ss. y sobre la sentencia del tribunal en los acusado por el gobierno inglés ver *Report of Proceedings before the Supreme Court in Leipzig* en AJIL.1922. p. 628.

[37] El informe inicial de la comisión en el que se detallan los objetivos de la misma y donde se incluye la investigación de los autores de los crímenes cometidos y la responsabilidad los mandos militares puede consultar en la página web http://www.jstor.org/stable/2187841.

[38] Nótese como las notas de conocimiento y capacidad de intervención para impedir la comisión de los delitos que manejaba la Comisión han llegado a la redacción del artículo 28 del Estatuto.

[39] Previamente, en 1902, el Brigadier-General Jacob H. Smith había sido separado del servicio activo por el Presidente Roosevelt al considerar que, en el ejercicio de su mando, dio órdenes ilícitas a sus subordinados. Se hace alusión al mismo también en la Convención de la Cruz Roja de 1929, y fue claramente articulado en el Tratado de Versalles. Algunos juristas consideran que ya en la Segunda Guerra Mundial esta doctrina había pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario.

[40] El artículo 3 de la IV Convención de La Haya de 1907 (Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre) dispone que "*La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada*". Y, a su vez, el anexo a esta Convención, esto es, el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre establece en su artículo 1 que "*Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; (...)".*

ejecutando Esta situación cesó tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. El 8 de agosto de 1945 se firmó en Londres el acuerdo entre los gobiernos de las potencias aliadas, denominado "*London Agreement between the governments of the designated States for the prosecution and punishment of the major war criminal oh the European Axis".* Una de las características más importantes de este acuerdo era que Alemania y Japón eran acusadas por crímenes de guerra y acciones prohibidas por los Tratados Internacionales vigentes y suscritos por estos mismos países. Se cumplía de modo exquisito la más elemental garantía del principio de legalidad. Y se hacía no sólo por violación del Pacto BRIAND-KELLOG, de 27 de agosto de 1928, donde se consideró la guerra de agresión como un verdadero crimen internacional, sino también por el quebranto de las disposiciones de la Convención de la Haya de 1907.

Según el contenido de este acuerdo de Londres, se constituyeron tanto los Tribunal Militares Internacional de Nüremberg como los de Extremo Oriente, con sede en Tokio, para juzgar a aquellos criminales de guerra cuyos delitos no tenía una localización geográfica determinada. En el artículo 6 de sus Estatutos, se disponía que se castigaría "*a todas las personas que, actuando por cuenta de los países europeos del Eje, hubieran cometido, individualmente o a título de miembros de organizaciones"* algunos de los delitos que venían concretado en las letras a, b y c del artículo 6, en concreto los delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad. Se establecía que *"… dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices que hayan tomado parte en la elaboración de un plan o de un complot concertados para cometer cualquiera de los crímenes arriba referenciados, son responsables de todos los actos realizados por todas las personas en ejecución de dicho plan"*[41].

La creación del Tribunal de Nüremberg no estuvo exenta de críticas, centrándose en su mayoría en la aplicación de principio de legalidad y en la prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales, las cuales para este enjuiciamiento habían sido dictadas con posterioridad a la comisión de los hechos[42].

De cualquier modo, el Tribunal Militar de Nüremberg recordó que el artículo 8 de su Estatuto, donde se establecía que el hecho de que el acusado hubiese actuado en el cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de un superior jerárquico no le libraba de la responsabilidad que le correspondiese, era conforme a las leyes de todas las naciones, incluida Alemania. Así, tanto el Código Penal Militar alemán de 10 de octubre de 1940 sancionaba en su parágrafo 47, heredero del Código de Justicia Militar de 20 de junio de 1872, que si por la ejecución de un mandato en materias del servicio se lesiona una ley penal, sólo es responsable el superior[43].

Íntimamente relacionado con ello, el artículo 7.3 imputó la responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por los subordinados a su cargo. Todo ello permitió argumentar a este Tribunal que los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, de tal modo que es necesario el castigo de los

---

[41] ORIHUELA CALATAYUD, E. (2000), "Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales", *Colección Escuela Diplomática,* Núm. 4, p. 666. Dentro de los grados de participación, el artículo 7 hacía extensiva la imputación a aquellos que hubieran planeado, instigado u ordenado la comisión de estos delitos, así como los que los hubieran cometido o ayudados en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo.

[42] Véase en relación a las posiciones en contra de la creación de los Tribunales de Nürembeg, BLISCHENCO, I.P. (1990), "Responsabilidad en casos de violaciones el Derecho Internacional Humanitario", *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario,* p. 275 y ss. El Fiscal de los Estados Unidos en el proceso de Nürembeg, el Juez Jackson, en el informe en el que justificaba la creación del Tribunal afirmaba que como pocos eran los Estados neutrales que quedaban tras la finalización de la guerra, las posibilidades de juzgar a los vencidos eran dos. La primera, que los juzgaran sus compatriotas, opción que no fue fructífera en etapas anteriores. La segunda, que lo hicieran los países vencedores.

[43] RODRIGUEZ DEVESA, J.M. (1957), "La obediencia debida en el Derecho Penal Militar", *Revista Española de Derecho Militar,* Núm. 3, p. 12.

mismos por la comisión de éstos. Ahora bien, mientras que ciertos principios de Derecho Internacional amparan a los representantes de los diferentes Estados, este privilegio no puede, de ningún modo, hacerse extensible a los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra. Por ello, quién voluntariamente viola o quiebra las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por el hecho de actuar bajo las órdenes de alguien. Es más, si ostenta la condición de superior y tiene conocimiento de la comisión de crímenes atroces por el personal a su cargo y no ha mediado acción alguna para evitarlo, será responsable de estos delitos.

Los llamados "Principios de Nüremberg", nacidos al albur de la acción de la Comisión de Derecho Internacional, confirmaron este principio por el cual el particular podría ser imputado por la comisión de crímenes contra la humanidad[44]. Y como correlato a lo anterior, la Comisión de Derecho Internacional, por mandato de la Asamblea General, en Resolución 177, de 21 de noviembre de 1947, codificó los Principios de Derecho Internacional reconocidos tanto en el Estatuto como en las sentencias del Tribunal Militar Internacional, y dio cabida al principio de que toda persona que cometa un delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción.

Esta doctrina alcanzó su pleno reconocimiento con el llamado caso Yamashita, el cual fue investigado por un Comité Militar estadounidense en Manila[45], siendo acusado finalmente por haber "*ignorado ilícitamente y no haber cumplido con su deber, como comandante, de controlar las operaciones de los miembros del ejército bajo su mando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades y otros crímenes graves contra personal de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas, y ... violó con ello las leyes de guerr*a"[46].

Los hechos concretos por los que fue acusado formalmente fueron aquellos por los que las tropas bajo su mando en el seno de un plan deliberado para masacrar y exterminar una parte importante de la población civil de la provincia filipina de Batangas, con un resultado de 25.000 personas civiles no combatientes fueron brutalmente maltratadas y asesinadas. Por un lado, en el juicio ante el Comité Militar indicado, alegó tres puntos: que no estaba involucrado en esos actos, que no ordenó en momento alguno la ejecución de esas atrocidades y que, por último, que carecía de control sobre las tropas a su mando.

Finalmente, y a pesar de que la defensa del Almirante centró sus argumentos en el hecho de que el éxito de las operaciones militares de los Estados Unidos en las Islas Filipinas se había conseguido por el corte de las líneas de comunicación y que, por tanto el Almirante no había podido contactar con sus tropas, se declaró que los crímenes fueron tan amplios y generalizados, tanto desde una óptica temporal como desde una óptica territorial, que

---

[44] ORIHUELA CALATAYUD, E. (2000), *Ob. Cit.* , p.665, donde se transcribe la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946: *"Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto de Tribunal de Nüremberg y las sentencias de dicho Tribunal".* De hecho este principio se consagró en el artículo 4 del Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, al disponer que "*Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".*

[45] El General Tomoyuki Yamashita fue el general al mando del 14º Grupo del Ejército Imperial Japonés en las Filipinas, cargo que simultaneó con sus funciones como Gobernador Militar de las Islas Filipinas desde Octubre de 1944 hasta que el control total de las islas fuera asumido por las fuerzas estadounidenses en septiembre de 1945. En el ocaso de la II Guerra Mundial las tropas al mando del Gral. Yamashita cometieron numerosas atrocidades contra la población civil de las Filipinas. Tras la rendición incondicional de Japón a los Estados Unidos, al término de la guerra, el Gral. Yamashita se rindió también a las tropas estadounidenses presentes en el país, e inmediatamente devino prisionero de guerra. Fue detenido por el Ejército de los Estados Unidos en las Filipinas.

[46] Véase PREVOST, A.M. (1992), "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita)", *Human Rights Quarterly,* Núm. 14, pp. 303 y ss, LANDRUM, B.D. (1995), "Yamashita War Crimes Trial: Command Responsibility Then and Now", *Military Law Review,* Núm. 149, pp. 293 y ss.

tuvieron que ser intencionalmente permitidos por parte del acusado, o secretamente ordenados por el mismo.

Por ello, la más importante lectura que debe extraerse de este caso, en lo que atañe al principio de responsabilidad del mando, es que la notoriedad pública de los crímenes, la gravedad de los mismos, la atrocidad de las acciones, el hecho de que bajo la apariencia de operaciones militares se estuviera, de hecho, desplegando un plan concebido para el exterminio de la población filipina, el que el Almirante debía de haber sabido de su existencia y que, por último, que no actuó para prevenirlos ni para sancionar a los infractores, fueron los motivos por los que Yamashita fue condenado. De ahí, que el resolución de febrero de 1946, la Corte Suprema considera que hubo una infracción del deber del General Yamashita, en cuanto comandante del ejército, de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando permitiéndoles de este modo la comisión de atrocidades importantes y a gran escala.

Como resumen de esta primera parte, cabe apuntar que la labor de los procesos de Nüremberg consolidó la doctrina de la responsabilidad de los particulares por la comisión de los delitos contra la humanidad y los crímenes de guerra. Esta responsabilidad subjetiva respecto al ilícito penal incluirá a la del superior por los delitos que sus subordinados hayan cometido. Este proceso evolutivo llegó a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, en cuyo artículo 2 dispuso que las reglas allí contenidas serían aplicables a "l*os representantes de la autoridad del Estado e individuos quiénes, como autores o cómplices, participen o inciten a otros a su comisión, o a quién conspire para cometerlos, independientemente del grado de ejecución, y a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su comisión"*[47].

2.2. Los Tribunales Internacionales "ad hoc".

El Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1954, estableció el principio de responsabilidad penal individual por la comisión de este tipo de delitos. Hasta 1981, con la Resolución 36/106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas no se volvieron a retomar los trabajos de este proyecto y, fruto de ello, fue aprobado en 1991, donde lacónicamente, en su artículo 3 se disponía que el que cometiera un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad sería tenido por responsables e incurriría en una pena[48].

2.2.1 El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991[49].

Brevemente respecto de su origen histórico habría que recordar que la Resolución 827, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 1993 y una vez reafirmada en la Resolución 713, de 25 de septiembre de 1991 y de conformidad con la Resolución 808, de 22 de febrero de 1993, autorizó la creación de un Tribunal encargado de enjuiciar las graves violaciones de Derecho Internacional, debido a la "*profunda alarma por los*

---

[47] Conviene destacar que los principios de Nüremberg fueron asumidos por la ONU en la Convención contra el Genocidio, y que en 1968 estaba en marcha, aunque de manera poco ágil, la codificación de los Crímenes Internacionales encargados por la ONU a la CDI .

[48] ORIHUELA CALATAYUD, E. (2000), *Ob. Cit.*, p.48. Este proyecto sería de nuevo infructuosos y habría que esperar hasta 1996 para el tercero.

[49] No es el lugar para recordar el contexto histórico del conflicto, el cual, por otro lado, queda definido en las propias resoluciones del TIPY.

continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la Ex Yugoslavia"[50].

¿Cómo consagra este Estatuto el principio de responsabilidad penal de los particulares? En los artículo 2 a 6 deja claro que su competencia se extenderá para actuar contra personas y no contra Estados, dejando de lado las personas jurídicas y centrándose en las personas físicas[51].

Además el artículo 7.1 reconoce que "*La persona que haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículo 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen"*[52]. Este estatuto siguiendo los Principios de Nüremberg consagra los siguientes tres principios, en materia de responsabilidad individual:

- Según el artículo 7.2, todo aquel que ostente un cargo oficial, bien como Jefe del Estado o de Gobierno o funcionario responsable no estará exento de responsabilidad[53].
- El hecho de que el delito lo haya cometido un subordinado no le exime de responsabilidad al superior siempre que conste que sabía o tenía razones para saber que aquél iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron, tal y como recoge el artículo 7.3.
- La obediencia debida no eximirá de responsabilidad. Según el artículo 7.4., "*El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un Gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad".*

Estas consideraciones permiten afirmar la existencia de tres niveles de responsabilidad individual. Un primer nivel vendría dado por los superiores que adoptan decisiones políticas que se traducen en la comisión de delitos contra el derecho internacional humanitario. Un nivel intermedio donde tiene especial protagonismo el superior que da la orden ejecutiva y, un último escalón de responsabilidad, en el que el mero ejecutar lleva a cabo dicho crímenes de conformidad con las órdenes directas y criterios políticos de los que trae causa[54].

---

[50] Resolución publicada en el BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1993. El motivo también se extendió al incumplimiento de las Resoluciones de las Naciones Unidas en este sentido como, por ejemplo, la Resolución 787, de 1992, en relación a la limpieza étnica de la población musulmana bosnia o la Resolución 798, de 1992, respecto a los campos de detención en Bosnia y Herzegovina. Véase PIGNATELLI Y MECA, F. (1994), "Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991", *Revista Española de Derecho Militar,* Núm. 64, p. 41 y ss.

[51] En este sentido, PIGRAU SOLE, A. (1998), "El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 11, p. 234 y ss.

[52] El Informe del Secretario General de 3 de mayo de 1993 establecía al respecto que a su juicio "*todas las personas que ayuden a planear, preparar o cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia contribuyen a que se cometa violación y, en consecuencia, son individualmente responsables".*

[53] Los parágrafos 55 y 56 del Informe del Secretario General son especialmente importantes en este punto por cuanto estima que "*el estatuto del Tribunal Internacional debería contener disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual de los Jefes de Estado, funcionarios gubernamentales y personas que actúen a título oficial"* y añade " *el estatuto debería contemplar disposiciones que especifiquen que no podrá invocar inmunidad en razón de ser Jefe de Estado, o de que el inculpado cometió el acto en cumplimiento de sus funciones oficiales, y que ello no reducirá la pena".*

[54] El listado de las causas y de su estado de tramitación puede consultarse en http://www.icty.org/action/cases/4.

2.2.2. El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio Ruanda y a los ciudadano de Ruanda desde 1994.

Por medio de la Resolución 955 dictada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre de 1994, y tras el examen del Informe del Secretario General de la Organización, se promovió el establecimiento de un Tribunal Internacional con el propósito de enjuiciar a los responsables del crimen de genocidio y otras graves violaciones a las normas del Derecho Internacional Humanitario, cometidas tanto en el territorio de Ruanda como a los ciudadanos ruandeses responsables de estos delitos en los Estados vecinos desde el 1 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año.

Las normas del TPIY se aplicaron al cado de Ruanda. Nuevamente los artículos 2 a 4 señalaban que la competencia del Tribunal se basaba en la actuación contra las personas que hubieran cometido los crímenes, quedando excluidas expresamente las personas jurídicas y señalando que la jurisdicción se extendía a personas naturales, tal y como afirmaba el artículo 5 de su Estatuto. Al igual que el artículo 7.1 del Estatuto de TPIY, el artículo 6.1 lo hacía para el caso de Ruanda, acogiendo diversas formas de participación delictiva, desde la autoría hasta la inducción y cooperación y negando el valor ni de eximente ni de atenuante la ostentación de un cargo oficial, la responsabilidad del superior jerárquico o la obediencia debida.

3. BREVE REFERENCIA AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA: SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

De los Estatutos de los Tribunales Internacionales "ad hoc" se puede colegir sin dificultad que el principio de imputación subjetiva exige que sólo las personas naturales puedan ser imputadas por la comisión de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario[55]. Quienes cometen un crimen, competencia de estos Tribunales, serán individualmente responsables y podrán ser sancionados de conformidad con la normativa internacional al tratarse de derecho internacional consuetudinario[56]. De hecho, el antecedente histórico más claro en este sentido es el artículo 86.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable a las Víctimas del Conflicto. En dicho precepto se reconoce que "*el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos 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 reprimir esa infracción".*

Esta responsabilidad exige del mismo modo una subjetividad activa, es decir la situación del acusado o del presunto responsable internacional debe implicar una ampliación de sus derechos correlativa a la que se produce con sus obligaciones internacionales. El

---

[55] Véase HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J. (2005), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el crimen internacional", Revista española de derecho militar, Núm. 86, Ejemplar dedicado a: La justicia penal internacional en el siglo XXI, págs. 197-238. En este sentido, HEINE, G. (2001), "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, pp. 49-72.

[56] Así lo ha señalado el TPIY en el caso TADIC, en su resolución de 2 de octubre de 1995.

individuo, el particular no posee el llamado "*locus standi*", no puede invocar que se está lesionando la soberanía del Estado del que es nacional[57].

Frente a esta subjetividad activa debe concurrir la subjetividad pasiva, que impide que se puedan imputar los delitos a colectivos o grupos raciales o religiosos[58]. Ahora bien, curiosamente cabe recordar que en aquel entonces el artículo 91 del Protocolo I de 1977 a los Convenios de Ginebra, reconocía la responsabilidad subsidiaria del Estado por los actos cometidos por sus nacionales, integrados en las Fuerzas Armadas, si bien es cierto que en una persona jurídica carece de capacidad para delinquir.

Otro aspecto que generó en su día alguna duda doctrinal fue la aplicación de este principio de imputación subjetiva a los conflictos armados no internacionales. En el caso TADIC la Sala de Apelación señaló que no tenía duda alguna acerca de que las violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario generan responsabilidad criminal individual con independencia de que hayan tenido lugar en un conflicto armado de naturaleza internacional o internacional. El Derecho Consuetudinario Internacional impone una responsabilidad criminal por aquellas violaciones incluidas en el artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, y el complemento que de él supone tanto los principios generales de derecho, las reglas de protección de las víctimas de un conflicto armado internos y las reglas referentes a los medios y los métodos de combate[59].

Como ya se ha apuntado con anterioridad, la gama de particulares a los que se les puede imputar la comisión de delitos graves contra el Derecho Internacional Humanitario es muy variada pero, tal y como reconoce el caso AKAYESU, "*se limitaría en la mayor parte de los casos, a los comandantes, combatientes y otros miembros de las fuerzas armadas"*[60], aunque, debido a la importancia de la protección humanitaria, no conviene formular limitaciones estrictas respecto de aquellos que son responsables de estos delitos. Es más, se debería incluir a los civiles que tuvieran responsabilidad en ellos.

Como resumen de lo analizado someramente en este punto se podría afirmar que la responsabilidad penal de los particulares por la comisión de crímenes contra el ordenamiento internacional ha sido asumida por vía convencional y desarrollada en la jurisprudencia tanto de los procesos de Nüremberg como en los Tribunales Internacionales de la ex Yugoslavia como de Ruanda. Dicha responsabilidad afecta a los particulares, incluyendo en los casos de conflictos armados nacionales como internacionales, y por la naturaleza de los delitos éstos podrán ser imputados a militares y civiles. A partir de estas líneas me centraré únicamente en el primero de los supuestos y en concreto la responsabilidad que ejerce el superior militar por los delitos cometidos por el personal que tienen a su cargo.

4. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR: SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

---

[57] La Sala, en el caso TADIC, estableció que "*Cualquiera que sea la situación interna, la doctrina tradicional no es reconciliable, en este Tribunal Internacional, con la posición del acusado, con derecho a su plena defensa, pueda ser privado de una queja tan íntimamente relacionada con el Derecho Internacional, como una defensa basada en la violación de la soberanía del Estado".*

[58] Véase FERNANDEZ LIESA, C.R. (1996), "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. XLVIII, P. 38. El TPIY en su primer informe anual establecía que "*si la responsabilidad por los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia no se imputase a individuos, serían grupos religiosos y étnicos enteros los que serían tenidos por responsables y estigmatizados como criminales".*

[59] La Sentencia AKAYESU incide en la configuración de este principio aunque reconsidera alguno de sus postulados tradicionales. Así, estima que si bien el artículo 6 del Estatuto regula la responsabilidad penal individual motivada por la comisión de graves violaciones de los artículos 2 a 4 del Estatuto, se hace necesario, además, demostrar que el individuo autor de los delitos incurre en el delito objeto de acusación.

[60] AKAYESU, parágrafo 630.

4.1. Los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Internacionales "Ad hoc".

Tres son los elementos que justifican la responsabilidad del superior militar[61]:

- Debe existir una relación superior- subordinado, una verdadera relación de subordinación efectiva.
- El Superior debe saber o ignorar de forma imprudente que el subordinado se propone cometer un crimen de derecho internacional o que ya, de hecho, lo ha cometido.
- El Superior debe ejecutar aquellas medidas que son necesarias o razonables para evitar la comisión del hecho delictivo o para perseguir penalmente al responsable[62].

4.1.1. La previa existencia de una relación de subordinación.

En relación a la condición de superior de los militares, hay que puntualizar que el artículo 28 del ECPI ha hecho extensiva la responsabilidad penal internacional del superior no sólo a aquél que pertenezca a las Fuerzas Armadas sino también al que ejerce el control sobre el personal subordinado en el seno de las milicias armadas, de unidades especiales irregulares y las empresas privadas militares[63]. Todo ello, sin perjuicio de que el artículo citado, ha reconocido la posibilidad de imputar a civiles la comisión de crímenes internacional al ostenta dentro de una organización no militar un poder de control eficaz y sustancial paralelo al que se le exige al militar en la estructura que le es propia y a la que pertenece. A pesar de que el ámbito de este trabajo se ajusta únicamente a la responsabilidad del superior militar, cabe hacer una breve referencia a los superiores civiles[64].

Simplemente se puede recordar que el principio de la responsabilidad del superior se ha hecho extensible, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, no sólo al superior militar sino al civil, siempre y cuando los requisitos de control y conocimiento sean cumplidos. De hecho, el artículo 28 ya indicado es el primer instrumento internacional de valor normativo que ha distinguido expresamente la regulación del superior civil respecto de la del superior militar, exigiendo requisitos diferentes de imputabilidad[65].

---

[61] FARALDO CABANA, P. (2011), *Ob. Cit.,* p. 173. Cita la autora que en el principio 9 de los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional adoptados por el Grupo de Bruselas por la justicia internacional se señala que "*el superior jerárquico es responsable del comportamiento de sus subordinados en todos los casos en que ha tenido o debería haber tenido, conocimiento de su comportamiento, y que tenía el poder de prevenir o hacerlo cesar".*

[62] WERLE, G. (2005), *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, p. 316. El autor afirma que estos requisitos son los que han llegado al artículo 28 del Estatuto de la CPI sin perjuicio de que la letra a y b de este precepto incluye que el crimen debió cometerse en razón de no haber ejercido un control apropiado, aunque "*no queda claro dónde se debe ubicar este cuarto requisitos".*

[63] En relación a las empresas militares privadas, véase LEHNARDT, C. (2008), "Individual liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", *The European Journal o International Law*, Vól. 19, Núm. 5, p. 1015 y ss.

[64] WERLE, G. (2005), *Ob. Cit.,* p. 318.

[65] WERLE, G. (2005) *Ob. Cit.,* p. 319. Considera el autor que, dado que el artículo 28 prevé, en relación a los superiores civiles, que debe tratarse de crímenes que guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectiva, con esta exigencia "*se deja claro que la posibilidad de control del superior civil, al contrario que la del dirigente militar, normalmente se limitará al ámbito espacial y temporal del ejercicio del deber".* Por ello, por ejemplo, la responsabilidad del superior civil no puede ser exigido cuando los delitos se hayan cometido fuera del horario de trabajo. En este sentido, VETTER, G.R. (2000), "Command Responsibility of Non- Military Superiors in the International Criminal Court"*, Yale Journal of International Law,* Núm.25, p.120.

La obligación de control, fiscalización y vigilancia del personal a cargo no sólo se da en el seno de las Fuerzas Armadas regulares sino que la propia Administración, independientemente de la descentralización territorial o funcional, también ejerce dichas obligaciones. De ahí, que la jurisprudencia, sobre todo las TPIR[66], haya ahondado en el hecho de que las personas que ejercen un poder ejecutivo y directivo a nivel nacional, regional o local tienen, de manera inherente, una carga de control del personal a su cargo y de la conducta de los mismos. Incluso, yendo más allá de la administración territorial, se podría afirmar lo mismo en relación a la administración institucional o corporativa o, también, a organizaciones con un claro sustrato asociativo como partidos políticos, organizaciones sociales o sindicatos[67].

Quizás, llevando un poco lejos la interpretación de lo que debe considerarse superior a los efectos del artículo 28 del ECPI, el problema reside en acreditar qué requisitos deben concurrir para poder afirmar que una persona ejercía una obligación de control sobre el personal. Probablemente en una organización como las citadas, la estructura jerárquica no alcance la intensidad propia de las Fuerzas Armadas. Probablemente no haya ningún tipo de relación jerárquica y no se pueda hablar con propiedad de personal subordinado, quedando, de este modo, anulado el primer requisito para que el principio de responsabilidad del superior se aplique, es decir que haya una efectiva relación de subordinación y dependencia. Es por ello que la jurisprudencia ha exigido en estos supuestos más cercanos a la mera asociación de interés que "*la facultad fáctica de control se encuentre integrada y consolidada con una cierta intensidad en una estructura jerárquica, tal y como se exige en el ámbito a la relación superior-subordinado"*[68].

Aún así, y ceñido al ámbito militar regular y estructurado legalmente, no tendría mucho sentido desarrollar en este punto las diferencias tácticas y operacionales, orgánicas o funcionales o meramente territoriales de los mandos militares, porque, de hecho, la jurisprudencia de los Tribunales "ad hoc" han dejado claro que la nota verdaderamente importante es la capacidad fáctica de poder dirigir las personas que están subordinadas, de influir efectiva y sustancialmente en la conducta de éstas[69].

Los Tribunales Internacionales "ad hoc" han aplicado el "*test de control efectivo"* para poder determinar si un militar ostentaba la condición de superior a estos efectos. Por ello se deberá de valorar si el superior tenía la capacidad material de poder impedir o castigar la conducta criminal. Si la tenía, habría base legal para imputar al superior por la responsabilidad de sus subordinados. Si hubiera una menor capacidad de control y se quedara en una mera influencia sustancial, éste principio no podría ser imputado.[70]

¿Cómo se determina este concepto de "*control efectivo"* del superior en la jurisprudencia de los Tribunales "ad hoc"? Las resoluciones de éstos consideran que fijar qué se debe entender por control efectivo de un superior respecto de un subordinado debe ser

---

[66] Véase TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Caso KAYISHEMA y RUZINDANA), parágrafo 217 y ss. o sentencia de 4 de septiembre de 1999 (Caso KAMBADA), parágrafo 39.

[67] BOELAERT-SUOMINEN, S. (2001), "Prosecuting Superiors for Crimes Committed by Subordinates: A Discussion of the First Significant Case Law Since the Second World War", *Virginia Journal of International Law,* Núm. 41, p. 750. Reconoce la autora que "*The term 'superior' properly encapsulates the categories of persons who may be accountable and the forms of control or authority over perpetrators that are required. In particular, as described in this article, the doctrine incorporates military commanders, paramilitary leaders, leaders of irregular structures and even civilian leaders*". En el mismo sentido, VETTER, G.R. (2000), *Ob. Cit.,* p.95.

[68] WERLE, G. (2005), *Ob. Cit.,* p. 319. Una interpretación tan extensiva es la recogida en TIPR Sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso MUSEMA), parágrafo 868 y ss. y Sentencia de 3 de diciembre de 2003 (caso NAHIMANA), parágrafo 567. En el primero de los casos se hacía referencia a un director de una fábrica de té; en el segundo, en el director de redacción y miembro del consejo de administración de una emisora radiofónica.

[69] Véase TPIR, sentencia de 18 de diciembre de 2008 (Caso BAGOSORA), parágrafo 2015 y ss.

[70] Véase TPIY, Sentencia de 16 de noviembre 1998 (Caso CELEBICI), parágrafo 256.

deducido en cada caso concreto. Si bien es cierto que la evolución de la jurisprudencia en este punto nos ha dejado ciertos criterios que, generalmente, suelen indicar que el superior ocupaba una posición de autoridad efectiva: la posición que ocupa en la estructura jerárquica y organizativa de esas tropas en concreto o su capacidad para poder dar órdenes y mandatos relativos al servicio[71].

En suma, de este primer requisito se puede colegir que la doctrina de la responsabilidad penal internacional del mando militar exige que el superior militar tenga un poder de control sobre los actos de sus subordinados[72]. No es necesario que haya un control *de iure* puesto que basta que la fiscalización sea *de facto*, lo cual implica que el ejecutor del delito no tiene que estar directamente subordinado directamente al superior, puede haber varios escalones intermedios. Ceñido al contexto militar, bastaría que cualquier mando, en cualquier escalón de mando tuviera bajo su control a cualesquiera tropas, permanentemente vinculadas a él, o incluso, con un carácter temporal[73].

Este aspecto perfila una cuestión de gran importancia práctica. El principio de responsabilidad del mando militar puede venir determinado por dos vías. La primera, que los propios subordinados decidan cometer los actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario, verdaderos delitos internacionales y que el Mando no haya puesto las medidas necesarias de control para poder evitarlo. La segunda vendría fijada porque esos subordinados actúan, quebrando la normativa internacional, en el convencimiento de que las órdenes de sus mandos son legítimas dentro de un escenario de conflicto[74]. En ambos casos, la relación superior-subordinado se mantiene intacta y la responsabilidad del mando, independientemente del título de imputación, seguirá siendo exigible[75].

4.1.2. El conocimiento del Superior respecto de lo que el subordinado se propone cometer o que ya, de hecho, lo ha cometido.

El segundo requisito para aplicación la doctrina de la responsabilidad del mando militar debe ser que éste tenga conocimiento de la comisión de un crimen de derecho internacional. La evolución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ha desembocado en una consideración unánimemente aceptada en relación al principio de responsabilidad penal del superior militar y es que éste debió de tener conocimiento de la comisión de los crímenes o, al menos, debió tener dicho conocimiento. El artículo 28 del ECPI incide en este requisito y es heredero de todo el derecho internacional consuetudinario.

En efecto, tanto el artículo 86.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y los artículo 7.3 del Estatuto del TPIY como el artículo 6.3 del Estatuto del TPIR han establecido

---

[71] TPIY, Sentencia de 16 de noviembre 1998 (Caso CELEBICI), parágrafo 197. Evidentemente es más complicado la determinación de este test de control efectivo cuando estamos hablando de estructuras armadas irregulares, donde adquirirá más importancia el control *de facto.*

[72] JUSTICE MOLOTO, B. (2009), "Command Responsibility in International Criminal Tribunals", BERKELEY J. INTL'L L. PUBLICIST, Vol. 3, P. 16.

[73] Véase TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Caso HALILOVIC), parágrafo 377.

[74] En relación a la obediencia debida en los crímenes de guerra, véase MITCHELL, A.D. (2000) "Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes", *Sydney L. Rev.*, Núm. 22, pp. 381 a 387.

[75] GREENE, L. (1995), "Command Responsibility in International Humanitarian Law", *Transnational Law & Contemporary Problems*, núm. 5, pp. 319 y 320: "*The concept of command responsibility embraces two branches. In the first place it concerns the responsibility of a commander who has given an order to an inferior to commit an act which is in breach of the law of armed conflict or whose conduct implies that he is not adverse to such in breach being committed. It also covers the plea of the inferior that he is not responsible for breach because he was acting in accordance with orders or what he presumed to be the wishes of his commander, a plea that is more commonly described as that of "compliance with Superior orders". The inferior putting forward such a plea contends that the Superior alone is responsible."*

el conocimiento previo de la comisión de los crímenes por parte del superior para que le pueda ser imputada la responsabilidad penal por los mismos. Cuando menos, recogen dichos preceptos que el superior hubiere debido saber que el personal subordinado estaba cometiendo dichos delitos. Los Tribunales "ad hoc" aplicaron esta nota en tanto que el superior hubiera tenido razones para saber que sus subordinados cometían los delitos en cuestión.

Evidentemente uno de los problemas interpretativos con lo que se ha encontrado la jurisprudencia internacional ha sido cómo determinar este último aspecto, es decir, como se puede acreditar que el superior militar debía haber sabido de la futura comisión del delito por parte de sus subordinados. El TPIY manejó en este sentido el dato que el derecho internacional consuetudinario ha venido admitiendo tradicionalmente la presunción de desconocimiento imprudente del mando militar siempre que éste haya dispuesto de información de la que se podría suponer que el mando se hubiera podido dar cuenta de que sus subordinados había cometidos algún crimen.

Moviéndonos en el plano de la imprudencia, el TPIY dispuso y reconoció en varios pronunciamientos que esa información de la que disponía el superior no tenía por qué hacer referencia expresa a la comisión de los crímenes y que, por otro lado, bastaba con que el mando hubiera podido saber que se iba a cometer un crimen. El punto decisivo de ese actuar imprudente era el Mando hubiere tenido conocimiento de que el personal directamente sometido a sus órdenes había cometidos delitos internacionales si dicho Mando hubiere ejecutado sus obligaciones de manera eficaz, debida y correcta[76].

Uno de las trabas procesales con las que se ha encontrado la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales "ad hoc" ha sido la prueba de este conocimiento. Se ha acudido a la prueba circunstancial y a la prueba de indicios. Es decir, se puede acreditar fehacientemente que el mando militar tuvo conocimiento de los hechos delictivos cometidos por sus subordinados. La jurisprudencia ha dejado en sus resoluciones algunos de estos indicios: el número de ¿comportamientos? ilegales, el alcance de los mismos, el tiempo durante el cual los actos ilegales se ha producido, el número y tipo de tropas involucradas, la logística que se ha necesitada, la ubicación geográfica, el modus operandi, el personal involucrado, la ubicación del comandante en el momento de la comisión de los delitos, la naturaleza y el alcance de actos ilegales o la instrucción proporcionada por el comandante a los subordinados.

4.1.3. Las medidas que son necesarias o razonables para evitar la comisión del hecho delictivo o para perseguir penalmente al responsable.

El tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia internacional en relación al principio de responsabilidad del superior militar por la comisión de delitos a cargo del personal directamente subordinado es que éste haya omitido la adopción de aquellas medidas requeridas para poder evitarlo. El reproche de culpabilidad, tal y como ha llegado a la redacción del artículo 28 a) ii), exige la omisión de las medidas necesarias y razonables por parte del mando. La responsabilidad penal por omisión debe fundamentarse en un carácter bidireccional de los deberes de actuación del superior. Por un lado, desde una perspectiva preventiva, que obliga al superior a adoptar aquellas medidas que tiendan a evitar la comisión del delito y, por otro lado, desde una perspectiva represiva, que obliga al superior a sancionar y castigar la comisión de estos delitos o, cuando menos, a denunciarlo y ponerlo en

[76] Véase TPIY, Sentencia de 16 de noviembre 1998 (Caso CELEBICI), en cuyo parágrafo 383 dispuso que " *he had actual knowledge, established through direct or circumstantial evidence, that his subordinates were committing or about to commit crimes referred to under Article 2 to 5 of the Statute, or (2) where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates".*

conocimiento de las autoridades con potestad y competencia disciplinaria o a los órganos jurisdiccionales competentes para el enjuiciamiento e investigación de los mismos. En el primer momento, es decir en el caso de adopción de medidas preventivas, el delito internacional no se ha cometido. En el segundo, obviamente, sí que se ha ejecutado. En cualquier caso, ambos supuestos presentan un denominador común y es que las medidas deben ser razonables y necesarias. Veamos en qué medida.

En lo que atañe a las medidas preventivas. La reprochabilidad de esta conducta imprudente lleva a considerar que el delito no se ha cometido todavía y que el superior no ha aplicado a aquellas medidas, insisto, razonables y necesarias, que impidan la comisión de los crímenes[77]. La determinación del criterio temporal daría cabida a un *iter* relativamente extenso, puesto que podría abarcar desde la preparación y la ideación delictiva por parte de los subordinados hasta el instante de la consumación criminal[78].

En lo que atañe a las medidas represivas. Cuando el crimen ya se ha cometido, no hay lugar para la aplicación de medidas preventiva. Sólo quedan, por tanto, las medidas represivas. Mientras que en el caso anterior la reprochabilidad de la conducta estaba fundamentada en la obligación del superior militar de evitar de modo razonable que sus subordinados cometieran delito alguno; en el presente caso, se basa en la quiebra de la obligación del superior de castigar o reprimir los crímenes cometidos. A veces no se puede exigir esa capacidad de castigo, puesto que las legislaciones internas no habilitan al mando para poder sancionar infracciones tan graves. En estos casos, el requisito quedaría convenientemente cumplimentado desde que el mando acreditara la remisión de los hechos a la autoridad gubernativa con capacidad de sancionar administrativamente, dentro de la esfera disciplinaria, o a la autoridad judicial, en este caso desde una visión estrictamente penal.

Estas estimaciones han llegado al artículo 28 del ECPI en donde se exige que el superior ponga "*el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento"*[79].

Ahora bien, se podría detectar una disfunción en este sistema de imputación de responsabilidad si no hubiera unas relaciones especialmente claras entre ambos tipos de medidas. El superior podría obviar su deber de control, pasar por alto la adopción de medidas preventivas y luego, una vez que el delito se hubiera cometido, sancionar o reprimir la acción o, cuando menos, dar cuenta a la autoridad, administrativa o judicial, con competencia para que investigara los hechos. En efecto, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacional ha dejado claro que si el superior no adoptó las medidas necesarias para evitar la comisión de los delitos no podrá escudarse en su actuación en la adopción, posterior, de medidas represivas. Seguirá siendo responsable por los delitos cometidos por mucho que se empeñe en castigar a los subordinados, una vez cometidos los delitos[80].

La necesariedad y la razonabilidad de las medidas que deben adoptar los superiores para evitar o reprimir la comisión de los delitos ejecutados por sus subordinados son dos conceptos jurídicos indeterminados que deben ser matizados. En este punto, la idea rectora es la siguiente: el mando debía tener la opción real de poder evitar el crimen o castigarlo, una vez que se hubiera ejecutado[81]. Evidentemente, en el supuesto en que el mando desplegó las medidas a las que estaba obligado en derecho y el delito se comete, no cabría aplicar la

---

[77] AMBOS, K. (2005), *Ob. Cit.*, p. 319.

[78] TPIY, Sentencia de 29 de julio de 2004 (Caso BLASKIC), parágrafo 83.

[79] Este precepto distingue entre la omisión de medidas para evitar la comisión del crimen por el subordinado ("prevent") de aquellas que van dirigidas a castigar dicha comisión ("repress").

[80] WERLE, G. (2005), *Ob. Cit.,* p. 323. Según el autor, *"Si el superior no adoptó las medidas de prevención, a pesar de que se cumplían los requisitos objetivos y subjetivos para que su deber lo exigiera, seguirá siendo responsable del crimen de derecho internacional cometidos por sus subordinados, aún cuando se esfuerce posteriormente en castigar el autor."*

[81] Así, el artículo 28 habla de la adopción de medidas "*a su alcance*".

doctrina de la responsabilidad del mando, ya que ésta exige que el superior lleve a cabo las medidas necesarias para evitar el crimen o castigarlo. No vincula su posible imputación al hecho de que el delito se cometa o no, o que el subordinado sea finalmente condenado o sancionado[82].

El carácter razonable y necesario de las medidas a adoptar pasa, según la doctrina autorizada, por el derecho internacional humanitario[83]. Así, necesarias serán aquellas medidas que *a priori* y *ex ante* tiene virtualidad suficiente para poder evitar la comisión de los delitos o poder castigarlos, una vez ejecutados. Razonables, serán las medidas que el superior ha adoptado en el seno de sus funciones y de las obligaciones militares inherentes a su empleo y función. Este aspecto queda íntimamente ligado a la instrucción en materias de derecho internacional humanitario de las Fuerzas Armadas.

La doctrina jurisprudencial ha valorado igualmente la relación causal entre las medidas necesarias y razonables en el sentido de poder vincular de este modo la omisión del superior militar con la comisión del delito por sus subordinados. En líneas generales, se ha rechazado que debe haber relación de causalidad entre ambos comportamientos. Aunque este criterio podría admitirse en el campo de las medidas preventivas, es muy difícil de compaginarlo con las medidas represivas, donde evidentemente no hay vinculación causal alguna entre la omisión del superior militar y la comisión de un delito, que ya se ha ejecutado.

¿Qué medidas son por tanto exigibles las superior para que evite o castigue las acciones de sus subordinados? La efectividad de éstas queda supeditada al caso concreto, pero dentro de las dificultades procesales que pueden surgir en este campo, lo decisivo siempre será que las medidas a adoptar hayan podido tener influencia, hayan podido suponer o implicar un cierto grado de control de la acción de los subordinados. Si el mando tenía potestad para poder evitar la comisión del delito o tenía capacidad de poder castigar o reprimir la conducta una vez ejecutada, se podrá afirmar, en principio, que podría haber adoptado las medidas necesarias y razonables. Un segundo paso en el razonamiento lógico de los Tribunales será determinar que esas medidas adoptadas pudieron afectar, pudiendo controlar la acción del subordinado. En suma, se valorará si tuvieron las medidas la virtualidad suficiente para poder haber evitado la ejecución delictiva o para haberlo castigado o reprimido, en el caso en el que aquél ya se hubiere cometido.

Por tanto, el grado de efectividad en el control de los superiores militares respecto de su personal subordinado es, a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales "ad hoc", nota que caracteriza los siguientes extremos. En primer lugar, la propia relación superior- subordinado. En segundo lugar, el contenido de ese deber de vigilancia y supervisión de las acciones y omisiones de sus subordinados. En tercer lugar, las medidas que dicho superior debe adoptar bien para impedir el delito, bien para castigarlo o sancionarlo.

Una vez analizados los requisitos reseñados, habría que recordar que el artículo 28 del ECPI añadía uno nuevo, a saber que el subordinado haya cometido el crimen "*en razón de no haber ejercido un control apropiado"*. Es decir, a pesar de que pueda parecer que este aspecto ya ha sido tratado, se debe sumar en la posición del mando militar una característica en su obrar de carácter bifronte. Por un lado, debe haber una omisión del deber de prevenir y sancionar los crímenes. Por otro lado, el núcleo de la responsabilidad queda tildado como una verdadera infracción del deber de control, supervisión, fiscalización y vigilancia.

Este añadido del artículo 28 del ECPI no tiene parangón alguno en el derecho internacional consuetudinario y todavía no ha sido desarrollado convenientemente por la

---

[82] Véase TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Caso MUCIC), parágrafo 395; sentencia de 24 de marzo de 2000 (Caso ALEKSOVSKI), parágrafo 76; sentencia de 20 de febrero de 2001 (Caso MUCIC), parágrafo 197 y sentencia de 3 de marzo de 2000 (Caso BLASKIC), parágrafo 335. En el caso de Ruanda, véase Sentencia de 21 de mayo de 1999 (Caso KAYISHEMA y RUZINDANA).

[83] WERLE, G. (2005), *Ob. Cit.,* p. 324, AMBOS, K. (2005), *Ob. Cit.*, p. 317, BANTEKAS, I. (1999), "The Contemporary Law of Superior Responsibility"*, American Journal of International Law,* núm. 93, p. 591.

jurisprudencia de los Tribunales "ad hoc". El mayor obstáculo con el que se encuentra esta exigencia es la determinación con las acciones típicas de no evitar y no denunciar. En el primero de los casos no habría lugar para admitir la existencia de una infracción del deber de cuidado. Sí, en cambio, en la omisión de denuncia de los crímenes[84].

En estos casos, la omisión de poder el asunto en conocimiento de las autoridades que tengan competencia y potestad en lo que atañe a la investigación y enjuiciamientos de los hechos criminales sí que puede ser entendida como una infracción del deber de control, del deber de vigilancia. Sin embargo, en el caso en el que el delito ya se ha cometido, no se podría imputar dicha infracción, puesto que nunca ese delito pudo ser cometido "*en razón"* de una falta de control.

4.2. Los diversos niveles de control dentro del panorama jurisprudencial.

Las resoluciones de los Tribunales Internacionales "Ad hoc" han permitido configurar diversos niveles de control dentro de la labor del superior de fiscalizar la intervención de sus subordinados.

El primer nivel sería el mando político. Quedaría reservado a los jefes de Estado o de Gobierno, a funcionarios de alto rango jerárquico y a los monarcas.

El segundo nivel sería el mando estratégico, el cual estaría en manos estrictamente militares y se correspondería con los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y de los Mandos superiores a ellos que adoptaran decisiones y órdenes estratégicas.

El tercer nivel se correspondería con el mando operacional. Aquí la capacidad de control y fiscalización de los actos de los subordinados debe ser mucho más efectiva y real. Cabe recordar como desde el caso Yamashita se ha venido reconociendo por la doctrina que este mando no puede ser cedido a los fines del principio de responsabilidad del mando. Aquellos que lo ostentan deben ejercerlo plenamente en el uso de su autoridad para prevenir la comisión de crímenes de guerra y para supervisar la acción de los subordinados. La mera omisión no exonera al mando militar.

El último nivel de control sería el mando táctico. Este se caracteriza por tener el contacto más directo sobre las tropas en campaña. Los perfiles de la responsabilidad derivada de la acción del mando son más claros y diáfanos.

Del mismo modo, habría que recordar, como ya se ha apuntado en líneas precedentes, que la responsabilidad del mando puede orientarse de un punto de vista estrictamente fáctico y desde una perspectiva ordenancista y normativa. Desde esta última óptica, la doctrina internacional ha destacado dos supuestos: el del mando militar de campos de los prisioneros de guerra y el del mando militar en territorio ocupado.

En lo que atañe a los prisioneros de guerra, el TPIY en el Caso ALEKOVSKI ya dispuso que los mandos de los campos de internamiento de prisioneros de guerra tengan como misión velar por el bienestar de dichos prisioneros y velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales en lo que atañe al trato de los mismos. No hay ningún tipo de subordinación ni obediencia debido de éstos respecto de aquel. Y, obviamente, la capacidad de control de las acciones que los subordinados directos al mando de campo de internamiento se mantengan conforme a todo lo antes marcado. Prácticamente lo mismo debe predicarse del principio de responsabilidad del mando militar en el caso de territorios ocupados, donde el bienestar de la

---

[84] WERLE, G. (2005), *Ob. Cit.,* p. 326. Reconoce el autor que sólo de esta modo se podría evitar los resultados contrarios al propio sentido del precepto. Propone el siguiente ejemplo: "*un superior que permanece inactivo a pesar de que como consecuencia de su ejemplar sistema de información, se le ha comunicado que algunos de sus subordinados se proponen cometer un crimen y que, gracias a su excelente organización, podría evitarlos sin problemas. Esta situación es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal del superior. No tiene ningún sentido negar la responsabilidad del superior aduciendo que no se le puede reprochar además la lesión de un deber de vigilancia".*

población debe ser el criterio rector de su actuación y, por ello, debe extenderse la capacidad de control y de fiscalización a las acciones y omisiones de sus subordinados.

Frente a los supuestos en los que el control militar, y su consiguiente responsabilidad, se ejerce "*de iure*", la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales "ad hoc" ha reconocido otro tipo de situaciones en los que el principio de responsabilidad del mando se deriva de una situación fáctica. En ellas, el acento se pone en el control efectivo concreto, no una posición formal, legalmente determinada. Se requiere, por tanto, que quede acreditada la relación de subordinación, la existencia de una cadena de mando que una al mando militar responsable con el subordinado que efectivamente comete el delito internacional. En muchas ocasiones, esté vinculación directa puede que no esté convenientemente definida, de ahí que la jurisprudencia haya despejado algunos indicios que permitan afirmar que dicha relación existe.

En primer lugar, nos encontramos con la capacidad de dar órdenes, es decir de poder emanar mandatos relativos a la conducción de las hostilidades o a la dirección de una operación bélica concreta. Pero no basta con que el superior pueda ordenar, sin más, cómo actuar en un caso concreto, sino que el subordinado debe sentir la suficiente influencia de aquel que le lleve a ejecutar la orden. Finalmente, y derivado del Caso NIKOLIC, la capacidad del mando se deriva, igualmente, de la capacidad para poder distribuir misiones de combate o repartir tareas entre sus subordinados.

5. Conclusiones.

I. El principio de responsabilidad del mando militar por la comisión de hechos delictivos cometidos por sus subordinados a su cargo ha quedado plasmado en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Su consagración normativa es el resultado de la evolución que dicho principio ha ido experimentando en la labor jurisprudencial de los Tribunales Penales Internacionales "ad hoc", desde los Juicios de Nuremberg hasta los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda.

II. De las resoluciones de los órganos jurisdiccionales indicados se pueden sacar una serie de consideraciones comunes que has modulado los perfiles del principio de responsabilidad del mando. Como denominador común a este principio se puede afirmar que el mando militar es sresponsable de los actos cometidos por sus subordinados. Por ello, a pesar de que desde la perspectiva histórica, el principio ganara importancia tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, de hecho, considero que es un factor esencial en la estructura y desenvolvimiento de los Ejércitos. El principio es, por tanto, tan antiguo como las primitivas regulaciones de las relaciones entre el superior y sus subordinados.

III. Por ello, sin perjuicio de las Ordenanzas del Rey Carlos VII de Orleans, el Código Lieber, el estándar Yamashita o Medina, el Protocolo Facultativo de los Convenios de Ginebra o el propio Estatuto de Roma, el principio de responsabilidad del mando está directamente intrincado en la esencia de los Ejércitos. A lo mejor no habrá habido norma específica que lo haya reconocido, pero, de facto, estimo que siempre ha existido.

IV. Los requisitos en los que se asienta el principio de responsabilidad del mando son extrapolables a cualquier marco histórico en el que hubiera un Ejército organizado que, con ocasión de las operaciones bélicas a desarrollar, violara las normas elementales del derecho natural, de derecho de gentes, de los Tratados Internacionales suscritos o del Derecho Internacional Humanitario.

V. Tras la comisión de estos ilícitos, se afirma que para poder considerar la existencia de responsabilidad penal del mando, debe existir una relación de subordinación efectiva, que el mando sabía o debía haber sabido, fundamentado en la existencia de circunstancias periféricas en un momento concreto, que sus subordinados había llevado a cabo una conducta contraria a la legalidad vigente y que, finalmente, dichos mandos debían de haber impedido la comisión de esos actos o haberlos castigados por ellos.

VI. Las líneas de este estudio han tratado como la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales han matizado el principio de responsabilidad del mando. Pero, en mi opinión, simplemente han hecho eso, matizarlo. Los pilares sobre los que se asienta permanecen inalterables desde las Ordenanzas de Carlos VII de Orleans, pero, insisto, a buen seguro que fueron utilizados con anterioridad a 1439.

VII. De ahí que, en primer lugar, el principio de responsabilidad del mando esté directamente imbricado dentro del derecho internacional convencional pero no únicamente desde el Estatuto de Roma y de ahí que, en segundo lugar, haya sido perfilado por las resoluciones jurisprudenciales de los Tribunales Penales Internacionales, pero simplemente modulado en aquellas aristas doctrinales donde ha podido haber discusión jurídica. Su esencia se corresponde con la esencia de los Ejércitos modernos.