



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**CURSO ACADÉMICO 2018-2019**

**ALCANCE Y CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD DEL  
SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
CONTEMPORÁNEO**

**SIGNIFICANCE AND CONTENTS OF HIERARCHICAL  
SUPERIOR RESPONSIBILITY IN CONTEMPORARY  
INTERNATIONAL LAW**

**AUTOR: ALEJANDRO SEGUROLA SANCHEZ**

**DIRECTOR: JOSÉ ANTONIO VALLES CAVIA**

**SEPTIEMBRE DE 2019**



## **RESUMEN**

En este trabajo trataremos de abordar el concepto de Responsabilidad del Superior Jerárquico, el cual permite enjuiciar a un jefe militar u otro superior civil por los crímenes cometidos por sus subordinados en razón de no haber mantenido un control diligente sobre la conducta de los mismos.

Para ello partiremos de las aproximaciones más primigenias del concepto para apreciar cómo la jurisprudencia y la doctrina han contribuido a lo largo de la historia a su evolución. Para explicar la concepción de la Responsabilidad del Superior Jerárquico que se tiene hoy en día utilizaremos el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual nos ayudará a comprenderlo a través del análisis e interpretación de los elementos que lo conforman, apoyándonos siempre en el tratamiento que la jurisprudencia da al concepto.

## **ABSTRACT**

In this project we'll address the concept of Hierarchical Superior Responsibility, which allows us to send to trial a military chief or other civilian superiors for the crimes committed by their subordinates in reason of not having kept a diligent control about their behavior.

For that, we'll start off from the most primitive approaches to the concept in order to appreciate how the jurisprudence and the doctrine have contributed alongside the history to its evolution. In order to explain the conception of Hierarchical Superior Responsibility that we have nowadays we'll use the article 28 of the Statute of the International Criminal Court, which will help us to understand it through the analysis and interpretation of the elements which define it, being supported always by the treatment that the jurisprudence gives to the concept.



## ÍNDICE:

<b>1. CONSIDERACIONES GENERALES</b> .....	10
<b>2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO</b> .....	11
2.1 CONCEPTO DE JEFE .....	12
2.2 MANDO, AUTORIDAD Y CONTROL EFECTIVOS .....	14
2.3 RESPONSABILIDAD POR MANDO COMO CONSECUENCIA DE UNA OMISIÓN ....	16
2.4 ACTUS REUS Y MENS REA .....	19
2.5 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO .....	21
<b>3. BREVE ANÁLISIS DE LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO</b> .....	22
3.1 ANTECEDENTES .....	22
3.2 DOCTRINA MODERNA .....	24
3.3 EL CASO YAMASHITA .....	26
3.4 JURISPRUDENCIA POSTERIOR .....	31
<b>4. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL ESTATUTO DE ROMA</b> .....	33
4.1 CONSIDERACIONES GENERALES .....	33
4.2 DE LOS TRIBUNALES <i>AD HOC</i> PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL .....	35
4.2.1 Grado de conocimiento .....	35
4.2.2 Obligaciones del superior .....	36
4.2.3 Elementos de la Responsabilidad del Superior Jerárquico .....	37
4.3 ART. 28 DEL ESTATUTO DE ROMA: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN .....	38
4.3.1 Distinción entre jefes militares y otros superiores. Ubicación de los jefes militares <i>de facto</i> .	38
4.3.2 Responsabilidad por omisión .....	40
4.3.3 Actus reus y mens rea .....	45

<b>5. UN EJEMPLO ACTUAL DEL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO: EL CASO BEMBA GOMBO .....</b>	<b>54</b>
<b>5.1 HECHOS .....</b>	<b>54</b>
<b>5.2 CARGOS Y VEREDICTO .....</b>	<b>55</b>
<b>5.3 LA SENTENCIA DE LA SALA DE APELACIÓN .....</b>	<b>60</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>62</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>64</b>



## **ABREVIATURAS**

CICR. Comité Internacional de la Cruz Roja

CP. Código Penal

CPI. Corte Penal Internacional (ocasionalmente ICC = International Criminal Court)

DIH. Derecho Internacional Humanitario

DIP. Derecho Internacional Penal

ECPI. Estatuto de la Corte Penal Internacional

ETPIR. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ETPIY. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

EUA. Estados Unidos de América (variantes: EEUU, US, etc.)

MLC. Movimiento de Liberación del Congo

PA. Protocolo Adicional (referido a Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra)

SA. Sala de Apelaciones

SPI. Sala de Primera Instancia

TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TPIR. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia



## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La historia de la humanidad ha venido marcada por guerras entre cuyas víctimas no sólo se cuentan los propios combatientes, sino inocentes y civiles que se han visto reducidos a daños colaterales. Es por ello que el Derecho, cambiante como el tiempo mismo, impregna estos ámbitos para limitar estos daños o, como mínimo, impartir justicia *a posteriori*. El Derecho Internacional Humanitario se ocupa de trazar normas que limite los efectos de estos conflictos armados. A su vez, el *ius in bello* responde a esta rama del Derecho, conteniendo las reglas de la guerra, es decir, las prácticas aceptables mientras se desarrolla un conflicto armado<sup>1</sup>.

La antítesis de estas prácticas razonables serían los crímenes cometidos por los ejércitos o tropas correspondientes a un Estado contra los nacionales de otro Estado o por una facción dentro de la propia población de un Estado contra sus propios nacionales. Estos crímenes por su relevancia en el ámbito internacional, han sido abordados normalmente por el Derecho Internacional. Esta rama del Derecho se ocupa de estos crímenes y de determinar la responsabilidad de quien se considere culpable para su enjuiciamiento.

Las personas a las que se les puede exigir responsabilidad por estos tipos de crímenes, como en cualquier otro caso, son evidentemente los autores materiales y, en menor grado, los cómplices del crimen. Pero en un ámbito en que la disciplina se estratifica en distintos eslabones de una cadena de mando cabría preguntarse si los superiores jerárquicos que no evitan la comisión de estos crímenes son igualmente responsables que los autores materiales.

Es junto con esta idea que surge el concepto de Responsabilidad del Superior Jerárquico. Trataré de mostrar en este trabajo el trato que se le da a este concepto a lo largo de la historia y cómo la jurisprudencia y la doctrina realizan aportes que le dan nuevos enfoques y logran clarificarlo, definiendo así la labor que debe desempeñar el superior jerárquico y los distintos elementos que se tienen que dar para considerarlo responsable.

---

<sup>1</sup> Acerca de esta definición, ver *jus ad bellum* y *jus in bello* del Comité Internacional de la Cruz Roja, 29.10.2010: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>

Este recorrido desde el origen mismo del concepto nos llevará hasta la codificación más actual del mismo: el art. 28 del Estatuto de Roma<sup>2</sup> o Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así pues, trataremos este precepto como nuclear para explicar el concepto tal y como se percibe hoy en día, refiriéndonos siempre que sea el caso a él como Responsabilidad del Superior Jerárquico y no como Responsabilidad por Mando como frecuentemente se le conoce, pues el art. 28 no limita el concepto al ámbito militar como sugiere el concepto de Responsabilidad por Mando y, por ende, no será así como me referiré a él en este trabajo.

Presentado así el concepto y su importancia, comencemos analizando los diferentes conceptos que nos ayudarán y nos acercarán a comprender la noción de Responsabilidad del Superior Jerárquico con el objetivo de intentar que este trabajo sirva para comprender mejor no sólo su definición, sino los distintos elementos que lo componen, así como su base teórica.

## **2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO**

En este capítulo introductorio trataremos de familiarizarnos con los conceptos que iremos manejando a lo largo de este trabajo para explicar la responsabilidad del superior jerárquico. Más adelante tendremos oportunidad de contextualizar y desarrollar estos conceptos, pero por ahora basta una breve explicación para ir conociéndolos.

El precepto sobre el que pivotará el desarrollo de este trabajo es el Estatuto de Roma y, más concretamente, su art. 28. Este texto no brota espontáneamente, sino que es resultado de siglos de evolución de un concepto latente en la naturaleza humana como es el de la responsabilidad del superior jerárquico. Es por ello que tendremos que recorrer un camino de la mano de este concepto que nos lleve a la redacción de este art. 28.

Y aún más allá, el análisis de este artículo conllevará valorar la historia reciente del derecho internacional para constatar en qué punto se halla hoy en día el concepto de responsabilidad del superior jerárquico.

---

<sup>2</sup> Adoptado el 17 de julio de 1998, ratificado por España el 25 de octubre del 2000 y publicado en el BOE el 27 de mayo de 2002.

Comenzaremos pues examinando el art. 28 del Estatuto de Roma que da origen a la Corte Penal Internacional en 1998:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) 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 cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) 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.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y 17

iii) 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.”

Empecemos pues nuestro análisis por el propio título del artículo: “Responsabilidad de los jefes y otros superiores”.

## **2.1 CONCEPTO DE JEFE**

El “jefe” es la persona que, dentro de una organización jerárquica, posee la capacidad de dar órdenes a sus subordinados y, al mismo tiempo, hacer cumplir esas órdenes<sup>3</sup>. Pero la mera capacidad de un jefe no es lo que le convierte en el sujeto de este artículo, sino la posición especial que le otorga ese cargo. Una posición que le otorga un deber de

---

<sup>3</sup> Ver KISS, A. (2006), “La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court)”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 1/2016 disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128109>, pp. 42-49

protección de determinados bienes jurídicos, y que se denomina “posición de garante”<sup>4</sup>. Esta idea ha venido siendo desarrollada por la jurisprudencia. Un ejemplo es el del TPIY en el caso *Fiscal v. Halilovic*:

“La capacidad material de prevenir y castigar también puede existir fuera de las relaciones entre superior-subordinado que son relevantes para el artículo 7 (3) del Estatuto. Por ejemplo, un oficial de policía puede ser capaz de ‘prevenir y castigar’ crímenes bajo su competencia pero esto en sí mismo no lo convierte en superior (en el sentido del artículo 7 [3] del Estatuto) en relación con quienes comenten hechos en el ámbito de su jurisdicción<sup>5</sup>.”

Se entiende que esta posición de garante comprende un deber en dos ámbitos<sup>6</sup>:

1. El primero de ellos es en cuanto a la salvaguardia de personas, objetos o intereses frente a amenazas que puedan menoscabar estos bienes. En el caso de los jefes militares y otros superiores esto se puede traducir en el deber de mantenimiento de la paz, prevenir y castigar los crímenes cometidos por sus subordinados y asegurar la integridad de las personas y bienes dentro del territorio en que sus tropas desplieguen sus operaciones.

2. El segundo de ellos comprende el deber de vigilar personas u objetos que puedan suponer la amenaza contra los bienes jurídicos protegidos a los que se refiere el primer ámbito. Siguiendo el ejemplo de los jefes militares y otros superiores, nos podemos referir al control que estos han de tener sobre sus subordinados, pues constituyen un peligro para estos bienes jurídicos en la medida en que puede cometer crímenes o delitos que atenten contra la integridad de los mismos.

Es por ello que el jefe militar u otros superiores jerárquicos, en virtud de su posición de garante, son quienes el art. 28 criminaliza e imputa la responsabilidad en caso de faltar a su deber.

---

<sup>4</sup> En este sentido, *vid.* MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Catania, Italia, Giuffrè Editore, 2007, pp. 165-167. Esa posición de garante se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Tomado de: FARALDO CABANA, P. (2012), “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español”, *ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, p. 70

<sup>5</sup> KISS, A. (2006), “La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court)”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 1/2016 disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128109>, pp. 42-43

<sup>6</sup> *Op cit*, p. 43

Hallado el por qué estos jefes militares y otros superiores jerárquicos son los sujetos comprendidos en el art. 28, cabe distinguirlos el uno del otro. La distinción es muy importante, pues dependiendo de cuál sea se aplican criterios de atribución de responsabilidad diferentes. Prescindiremos ahora de calificar a los jefes militares *de facto* (concepto que trataremos más adelante), pues presenta dificultades a la hora de encuadrarlo claramente en uno de los dos ámbitos, y nos centraremos simplemente en explicar los conceptos extraíbles del art. 28 sucintamente para desarrollarlos posteriormente en otro capítulo de este trabajo.

Tenemos por un lado a los jefes militares. Son los comandantes que están al mando de ejércitos regulares de hecho. En este ámbito existe un riguroso sistema de control y castigo sobre los subordinados, por lo que los elementos subjetivos y objetivos de la responsabilidad de estos sujetos son más exigentes.

Por otro lado tenemos a otros superiores jerárquicos. Son superiores civiles que, por no detentar una autoridad de un grado tan intenso como en el caso anterior, es más difícil exigirles responsabilidad por las conductas de sus subordinados.

## **2.2 MANDO, AUTORIDAD Y CONTROL EFECTIVOS**

Atendiendo al art. 28 (a) podríamos apreciar diferencias entre mando, autoridad y control efectivo: “[...] 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 [...]”

El “control efectivo” se define como la capacidad material de prevenir o sancionar la comisión de un delito<sup>7</sup>. Un jefe militar o superior ostenta este control efectivo por detentar una posición de jefe. Sin embargo la diferencia entre estos conceptos es difícilmente apreciable y son fácilmente confundibles, por lo que debemos preguntarnos si realmente podemos establecer esta diferencia o, por el contrario, si podría llegar a ejercerse un control efectivo por medios a los que no les es inherente una autoridad o mando.

Ciertamente, podríamos pensar en determinadas situaciones en las que un sujeto pretende ejercer control sobre otro valiéndose de medios que coaccionen a la otra

---

<sup>7</sup> CPI, Decisión de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 415

persona a cumplir sus exigencias. Esto es así precisamente porque de la posición que ocupa el uno frente al otro no subyacen la autoridad o mando típicos de la posición de jefe. Pensemos por ejemplo en un atracador que quiere que su víctima le entregue su cartera. El atracador puede valerse de un arma para ello y, de esta manera, le está coaccionando para que cumpla sus órdenes sin tener ningún tipo de autoridad sobre él, pero sí el control que le proporciona el arma sobre su víctima, quien por supuesto valorará más su integridad física que el contenido de su cartera.

Esto sin embargo no afecta al contenido del art. 28. Lo que el artículo busca es posicionar a la autoridad, mando y control efectivos como elementos esenciales para exigir la responsabilidad a un jefe o superior jerárquico. En el ejemplo anterior, para que B cumpla sus exigencias, A se vale de una amenaza. Esto es muy diferente a lo que haría un jefe o superior, quien se valdría simplemente de una orden para que sus subordinados cumplan sus exigencias. Por tanto, en el ámbito de la responsabilidad del superior jerárquico, el concepto de “control efectivo” absorbe al de autoridad y mando, pues es el cargo de jefe el que proporciona control por razón de su posición dentro de un sistema jerárquico, y es ese cargo al que les es inherente la autoridad y el mando sobre sus subordinados.

Y es por ello que el concepto de “control efectivo” es tan importante, pues permite atribuir la responsabilidad al superior jerárquico. Sin embargo la existencia del mismo debe calificarse caso por caso, aunque la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Bemba da unos factores indicativos<sup>8</sup>:

- “- (i) el sospechoso detentaba una posición oficial;
- (ii) tenía poder para emitir órdenes;
- (iii) tenía capacidad de garantizar el cumplimiento de sus órdenes;
- (iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas que efectivamente llevaba a cabo;
- (v) su capacidad para ordenar las fuerzas o unidades bajo su mando inmediato o en niveles inferiores a participar en las hostilidades;

---

<sup>8</sup> CPI, Decisión de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 418. Tomado de KISS, A. (2006), “La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court)”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 1/2016 disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128109>, p. 48

- (vi) su capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando;
- (vii) su poder para promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y
- (viii) su autoridad para enviar y retirar a las fuerzas de los lugares donde se desarrollan las hostilidades.”

Lo que el art. 28 busca es evidenciar con los conceptos de control efectivo, autoridad y mando que tiene que haber una relación de mando entre jefe y subordinado para que el jefe sea responsable de los crímenes que puedan cometer sus subordinados. Es ese nexo de causalidad entre la falta de supervisión del jefe y los delitos cometidos por sus subordinados los que dan lugar a la responsabilidad por mando.

### **2.3 RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO COMO CONSECUENCIA DE UNA OMISIÓN**

Hay que distinguir, no obstante, el concepto de responsabilidad del superior jerárquico enunciado en el art. 28 del de autoría mediata del art. 25.3 del Estatuto: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;”

En este artículo vemos recogidas las tres formas de autoría: única (“por sí solo”), coautoría (“con otro”) y mediata (“por conducto de otro”). Este art. 25.3 no entra en colisión con el 28, sino que se complementa con él, pues la autoría mediata, “a diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios”<sup>9</sup>. En efecto, la autoría mediata genera una responsabilidad por actos, pues el autor al fin y al cabo es autor de los crímenes aunque se haya valido de otra persona para ello. En la responsabilidad del superior jerárquico el superior no es autor de los crímenes cometidos (“crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando”), sino que se le imputa la responsabilidad por una omisión que, como hemos dicho antes, tiene un nexo de causalidad con los crímenes cometidos por sus subordinados.

---

<sup>9</sup> AMBOS, K., “Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional”, *Revista Penal* núm.7, enero 2001, p. 16. Tomado de FARALDO CABANA, P. (2012), “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español”, *ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, p. 70

Pero, ¿qué tipo de omisión es la que genera esta responsabilidad? Para averiguarlo debemos partir de la “bipartición básica”<sup>10</sup>: omisión pura o propia y omisión referida a un resultado o impropia.

Tenemos por un lado la omisión pura, en la que sólo se responde de la no realización de una conducta debida, sin que se le impute al omitente ningún tipo de resultado lesivo posterior. Dicho de otra manera, sólo se responde por la omisión de un deber de acción, no por un eventual resultado producto de la misma. Un ejemplo podría ser el delito de envenenamiento (art. 365 CP español). En él, la conducta delictiva por la que se exige responsabilidad es el propio envenenamiento, independientemente de que posteriormente alguien pueda resultar envenenado o no.

Por otro lado tenemos la omisión referida a un resultado, que se caracteriza porque le pueda ser imputado al omitente el resultado lesivo producto de la omisión de la conducta que pretendía evitarlo. Un ejemplo puede ser el de un padre que deja a su bebé dentro de un coche en un día muy caluroso, por un largo periodo de tiempo y sin ventilación, falleciendo el bebé como resultado de su imprudencia. Este tipo de omisión suele identificarse por la doctrina como “comisión por omisión”, aunque según algunos sectores de la doctrina la comisión por omisión no es sino un subgrupo dentro de las ramificaciones de la omisión impropia<sup>11</sup>. Según Patricia Faraldo Cabana:

“Esta expresión alude únicamente a aquellas omisiones penales referidas a resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa. Por tanto, la denominación “delito de comisión por omisión” no es aplicable a aquellos supuestos de omisión y resultado específicamente previstos, como es el caso que nos ocupa, que ya configuran expresamente la posición de garante y consideran estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado”<sup>12</sup>.

Así pues, ya tenemos hecha la distinción básica de los tipos de omisión. Cabe decir que, a mi modo de ver, la responsabilidad del superior jerárquico no constituye tampoco ni un modo de complicidad (participación en la comisión del delito), ni de

---

<sup>10</sup> FARALDO CABANA, P. (2012), “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español”, *ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, pp. 70-71

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, Barcelona, España, Librería Bosch, 1986, pp. 343 y 347 ss.

<sup>12</sup> FARALDO CABANA, P. (2012), “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español”, *ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, p. 70

“responsabilidad vicarial”<sup>13</sup> (responsabilidad por los actos de otro efectuados en su nombre). A mi modo de ver, el superior no interviene en la comisión del delito, así como tampoco se le hace responder por la conducta de sus subordinados, sino por la suya propia de omitir el deber de prevenir o reprimir esas conductas. Otro caso distinto sería si el jefe ordenara cometer esos crímenes, pero no se trataría entonces de una negligencia, que es verdaderamente en lo que este art. 28 entiende que consiste la imputación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

La doctrina mantiene diversas opiniones sobre si el art. 28 puede caracterizarse como delito de omisión propia o impropia. En mi opinión se debe entender que el art. 28 es un delito de omisión propia, pues se pretende atribuir responsabilidad únicamente por la falta de supervisión de los subordinados.

Puede haber controversia, pues se exige que los subordinados cometan delitos que mantienen un nexo de causalidad con la falta de supervisión. No obstante, a mi entender, estos delitos no son un elemento que caracterice el tipo de omisión, sino la corroboración de la omisión del superior, pues esta sólo puede ser verificada *ex post*. En otras palabras, la razón de que el art. 28 aluda a los delitos cometidos por sus subordinados reside únicamente en que esos actos de sus subordinados son el objeto de supervisión del superior. Es decir, el superior es responsable por su falta de supervisión cuando se cometan esos actos, pero no es responsable por esos actos (el art. 28 dice que el superior es responsable “por los crímenes”, no “de los crímenes”).

Por el momento no entraré a argumentar en profundidad el tipo de omisión del superior, sino que bastará simplemente con decir que la falta de supervisión, a mi juicio, es una omisión susceptible de generar responsabilidad. Pero es una omisión propia, pues se es responsable de sus propios actos, que en este caso es simplemente la falta de supervisión, como así quiere reflejar el art. 28 del Estatuto de Roma (“en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”). Por tanto, lo que crea este precepto es una responsabilidad directa del jefe por sus propios actos (delito de omisión y delito de peligro), indirecta por los actos de otros (comisión de crímenes por los subordinados) y accesoria (no hay responsabilidad si los subordinados no actúan).

---

<sup>13</sup> FARALDO CABANA, P. *op. cit.* p. 72

## 2.4 ACTUS REUS Y MENS REA

Con lo explicado hasta ahora ya podemos entender en qué consisten tanto el elemento objetivo (*actus reus*) como el subjetivo (*mens rea*) para determinar la responsabilidad del superior jerárquico.

En cuando al *actus reus* aludiré a las ideas que he esbozado antes acerca del *status* del superior. El superior es responsable por su posición de garante, por lo que el requerimiento mínimo para establecer la responsabilidad del superior reside en los conceptos de mando y control en el caso de superiores militares, y de autoridad y control en caso de superiores no militares según establece el art. 28 del Estatuto de Roma. Estos tres conceptos están muy ligados al *status* que ocupa el superior.

No sólo se hace referencia al *status* formal o *de iure*, sino que tanto el art. 28 (“El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar”) como la jurisprudencia del TPIY (por ejemplo el caso de *El Fiscal vs. Zejnil Delalić et al* [Čelebići], SA, 2001, para 354) y TPIR aluden a un *status de facto*<sup>14</sup>, es decir, que se actúe efectivamente como superior<sup>15</sup>. Esto es lógico, pues pese a que la teoría nos dice que el mando o autoridad es detentado por personas con un cargo legal, la realidad nos dice que personas que actúen como comandantes *de facto* también poseen control sobre la conducta de sus subalternos.

Existe un deber de supervisar a los subordinados y de prevenir o reprimir los delitos cometidos por estos porque existe un control sobre todos los aspectos concernientes a la cadena de mando, pudiendo dar órdenes ostentando un poder de controlar (mando) o ejerciendo un derecho a mandar (autoridad)<sup>16</sup>.

Consecuencia del *status* que ocupa el superior es el deber de tomar todas las medidas que sean “factibles” (art. 86, 2 del PA I; artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1991), “necesarias” (art. 87, 3

---

<sup>14</sup> PEREZ-LEON AZEVEDO, J.P. “La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *International Law: Revista Colombiana Derecho Internacional Bogotá* N° 10, noviembre de 2007, p. 170.

<sup>15</sup> Vid. la definición BANTEKAS, I. (1999), “The contemporary law of superior responsibility”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, N° 3, 1999, p. 582; también FENRICK, W. J., *Commentary on the Rome Statute of International*, nm.5, p. 18

<sup>16</sup> AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, VOL. LII. 1999, p. 573

PA I; artículo 6 Proyecto de Código de Crímenes de 1996; artículo 7, 3 Estatuto del TPIY y artículo 6, (3) del Estatuto del TPIR), o “razonables” (Estatutos del TPIY y TPIR). Esto quiere decir que las medidas han de estar a su alcance dentro de lo humanamente posible (competencia legal y posibilidad material), han de ser aplicadas si no queda otro remedio y han de ajustarse a la proporcionalidad y circunstancias de los actos que se pretendan reprimir<sup>17</sup>.

Además de prevenir o reprimir, el superior tiene el deber de poner en conocimiento de las autoridades competentes los actos de sus subordinados en cuestión. En el ejercicio de estas medidas se ha de tener en cuenta siempre el grado de ejecución que hayan alcanzado la comisión de los delitos por parte de los subordinados, así como las capacidades antes mencionadas de mando, autoridad y control efectivos.

En cuanto a la *mens rea* o elemento subjetivo, el art. 28 hace la distinción entre superiores militares y civiles, lo cual trae un criterio de requerimiento subjetivo diferente para cada uno. El art. 28 parte de un punto común para los dos que es el “conocimiento efectivo”. Según el art. 30 del Estatuto: “por conocimiento se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.” Además el conocimiento no se puede presumir, sino que se ha de probar según el caso basándonos en indicios o hechos.

Sin entrar a desarrollar el criterio que se sigue para cada uno basta con describir sucintamente cada uno de ellos:

- Para superiores militares se exige el criterio de “debió haber sabido” (“should have known”). Este criterio se basa en la idea de que el superior militar, por la posición que ocupa, debe manejar información que le permita conocer de la comisión o de la intención de cometer crímenes por sus subordinados. No obstante, como hemos dicho antes, el grado de conocimiento que haya podido llegar a tener el superior se evaluará atendiendo al caso concreto, pudiendo probarse que al superior no le fue humanamente posible llegar al conocimiento de la comisión de estos crímenes. Esta idea se basa pues en una negligencia del superior a la hora de supervisar a sus subordinados, pues debería haber sabido de estos crímenes gracias a la información de la que dispone por razón de su *status*.

---

<sup>17</sup> AMBOS, K. *op. cit.* p. 573.

- Para superiores no militares no se sigue un criterio tan estricto. Como indica el art. 28 (b) en su apartado I: “Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;”. Esto quiere decir que para estos superiores se exige que, teniendo una información fiable de que sus subordinados están efectivamente cometiendo esos crímenes, hagan caso omiso de ella. Se exige por tanto no sólo el conocimiento, sino también una imprudencia consciente al desatender un riesgo puesto de manifiesto por una información que le otorgaba ese conocimiento.

## **2.5 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO**

Con todo lo visto hasta ahora y, con intención de hablar de ello más detenidamente más adelante, podemos identificar ya los elementos de la responsabilidad del superior jerárquico<sup>18</sup>:

- Conocimiento: Como acabamos de ver, se aplican distintos criterios según sea superior militar (“debió haber sabido”) o no militar (“deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información”). El grado de conocimiento no puede ser presumido *a priori*, sino que ha de ser evaluado *in concreto*.

- Control efectivo: Como decía Hugo Grocio ya por el siglo XVII: “conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad”. En eso se basa la idea de control efectivo, en que hay que tener una autoridad más allá del conocimiento de que se están cometiendo delitos para poder prevenirlos o reprimirlos. Es por ello que ha de existir una relación superior-subordinado.

- Prevención: Esa autoridad o control se traduce en el deber del superior de adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de esos crímenes (art. 28a apartado II del Estatuto de Roma).

- Notificación a autoridad competente: En el mismo apartado que el párrafo anterior se enuncia el deber del superior de “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.” Este se tiene que dar

---

<sup>18</sup> Ver PEREZ-LEON AZEVEDO, J.P. “La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *International Law: Revista Colombiana Derecho Internacional Bogotá N° 10*, noviembre de 2007, pp. 155-156

inmediatamente después de que el superior tenga conocimiento de la infracción. Este deber de notificación a la autoridad competente tiene su razón de ser en que el superior no puede imponer sanciones directamente, sino que debe reportar al subordinado infractor a las autoridades competentes (caso de El Fiscal vs. Hadžihasanović, 2008).

- Nexo causal: Por último, pero no menos importante pues es esencial para establecer la responsabilidad del superior jerárquico, la infracción del subordinado ha de ser consecuencia de una falta de supervisión del superior jerárquico, fruto de la relación superior-subordinado que he mencionado antes.

### **3. BREVE ANÁLISIS DE LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO**

Para abordar la responsabilidad del superior jerárquico enunciada según el art. 28 del Estatuto de Roma como elemento nuclear de este trabajo es necesario recorrer desde el principio el camino que ha llevado hasta él. Es por ello que conviene detenerse en examinar el concepto según la doctrina y el derecho consuetudinario internacional.

#### **3.1 ANTECEDENTES**

Desde tiempos remotos los conflictos bélicos han supuesto la comisión de barbaridades por las tropas contra población civil, bienes y territorios. Es por ello que, a lo largo de la historia, se ha ido asumiendo que un jefe militar debe asumir una responsabilidad por razón de su mando para controlar este tipo de actos cometidos por sus tropas. La figura de líder ha de inspirar obediencia y control, y de ello dependen tanto el éxito de las acciones militares como un desenvolvimiento lo más controlado y ético posible.

De esta concepción surge la doctrina de responsabilidad de los mandos militares y/o del superior jerárquico. Este concepto ha perdurado con el paso del tiempo y, ya hace miles de años, algunos teóricos como Sun Tzu 500 años a.C. hablando sobre el arte de la guerra se aventuraban a definirlo<sup>19</sup>:

“[...] el oficio de un general [...] el cual pondera la situación antes de moverse. No se precipita sin sentido en tentadoras trampas. Es prudente, pero no titubea. Se da cuenta de que hay algunos caminos que no deben seguirse, algunos ejércitos que no deben atacarse, algunas ciudades que no deben sitiarse, algunas

---

<sup>19</sup> SUN TZU. (2000). *El Arte de la Guerra*. Colombia: Panamericana Editorial

posiciones que no deben lucharse y ciertas órdenes del soberano que no deben obedecerse.”

Pese a que, como vemos en esta definición de Sun Tzu, el oficio de un general consiste, entre otras cosas, en el control de sus subordinados, vemos que progresivamente se castigan ciertas conductas de estos generales que no cumplen con lo que se esperaría de ellos.

Es el caso por ejemplo de los crímenes cometidos durante la conquista del Alto Rin a nombre de Carlos de Borgoña, por los que se encontró culpable a Peter von Hagenbach por no haberlos prevenido y se le condenó a muerte. No conocemos siquiera si efectivamente von Hagenbach llegó a tener conocimiento de esos crímenes, pero vemos que la simple falta de prevención que se esperaría de su cargo bastó para condenarle<sup>20</sup>.

Dejando de lado juicios y condenas también ha habido definiciones esbozadas en distintos códigos a lo largo de los siglos. Un ejemplo es la recogida en el manual militar (Artículos de las Leyes Militares que Gobiernan las Guerras) que el rey Gustavo Adolfo de Suecia promulgó para sus ejércitos en 1621. En él simplemente se obligaba a los comandantes a no ordenar la comisión de delitos a sus tropas<sup>21</sup>.

Otro documento es el llamado Artículos de la Guerra adoptado en 1775 por el Congreso Provisional de la Bahía de Massachusetts. En él, además de contener la obligación del comandante de controlar a sus subordinados, se impone una obligación de sanción consistente en llevar a la Corte Marcial a los responsables para ser enjuiciados y reparar los daños<sup>22</sup>.

Sin embargo aún no se hacía alusión ninguna al grado de conocimiento que debía tener el comandante para considerarse responsable, así como a las medidas que debía tomar o cómo debía actuar para reprimir las conductas ilícitas de sus tropas. Encontramos más ejemplos de ello sin salir de los EEUU. Por ejemplo en 1863 el Código Lieber en su art. 71 impone la pena de muerte para quien hiera o mate intencionadamente a un enemigo

---

<sup>20</sup> Todos los ejemplos desde esta nota hasta la nota 25 corresponden a: ROCHA HERRERA, M. (2018). “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6, pp. 18-21

<sup>21</sup> ROCHA HERRERA, M. *op. cit.* pp. 18-19

<sup>22</sup> ROCHA HERRERA, M. *op. cit.* p. 19

incapacitado o incluso a quien ordene hacerlo. A propósito de esto cabe mencionar la condena a muerte del general Jacob H. Smith por ordenar directamente matar sin tomar prisioneros durante la guerra de Filipinas. Pese a que en este caso el general Smith es claramente responsable por incitación de esos crímenes, se sigue sin establecer un umbral de conocimiento o medidas necesarias que debe tomar un general<sup>23</sup>.

Así llegamos al primer intento de codificación de doctrina a nivel de tratado internacional: la Convención Cuarta de La Haya de 1907. En su art. 3 dispone que: “La parte beligerante [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”<sup>24</sup>.

Todos estos ejemplos ilustran la doctrina imperante hasta ese momento, pero no es sin embargo hasta unos años después cuando se produce un cambio en la doctrina del superior jerárquico. Ya años antes Hugo Grocio había asentado las bases de este nuevo planteamiento afirmando que “conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad”<sup>25</sup>. De esta forma se produce un cambio de planteamiento, pues ya no sólo se observa que tiene que haber un conocimiento, sino un control efectivo. Así surge la doctrina moderna con la que estamos más familiarizados y, cuyo momento más ilustrativo, se sitúa en el juicio al general Yamashita en 1946 como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. En él se hace alusión no sólo al conocimiento de la comisión de actos ilícitos por sus tropas, sino que se discute (sin muchos frutos de momento) el nivel de control efectivo que el general Yamashita pudo tener sobre sus subordinados para condenarle, como culpable, a la pena de muerte por incumplir la responsabilidad que se le exigía como superior jerárquico.

### **3.2 DOCTRINA MODERNA**

Al término de la I Guerra Mundial (1914-1918) es cuando, siguiendo el rumbo trazado por estos ejemplos a lo largo de la historia, se empieza a formar el concepto de lo que se conoce como “teoría de la omisión”.

Como hemos visto, no sólo se le impone al superior jerárquico un deber (en cuanto a sus propios actos) que comprende no ordenar la comisión de crímenes de guerra por sus

---

<sup>23</sup> ROCHA HERRERA, M. *op. cit.* p. 20

<sup>24</sup> ROCHA HERRERA, M. *op. cit.* pp. 20-21

<sup>25</sup> ROCHA HERRERA, M. *op. cit.* p. 19

tropas, sino que también se le impone el deber (en cuanto a los actos de sus tropas) de prevenirlos si llega a su conocimiento que puedan cometerse o reprimirlos cuando efectivamente se cometan. El incumplimiento de este deber supone una omisión que da lugar a lo que se conoce como Responsabilidad del Superior Jerárquico. Es por ello que la teoría de la omisión es tan importante, pues es el concepto sobre el que se basa la doctrina del Superior Jerárquico.

El primer intento de la comunidad internacional de llevar a la práctica esta doctrina basada en la teoría de la omisión se dio con el intento de crear un tribunal de guerra para juzgar los crímenes cometidos en la I Guerra Mundial por el káiser Guillermo II, su canciller el Conde Bismarck y sus mariscales Paul Von Hindenburg y Erich Ludendorff. Sin embargo no se les pudo juzgar, pues encontraron asilo en Holanda, y este país no tuvo la menor intención de extraditarlo.

No obstante, la teoría de la omisión quedó consolidada, y se le empezó a dar importancia a la necesidad de castigar no sólo la ordenación de crímenes de guerra, sino la omisión del deber a la hora de prevenirlos del superior jerárquico que, pese a tener conocimiento de esos crímenes, no hizo nada al respecto. Esto se reflejó en el reporte de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de las Penas en 1919:

“El ex Káiser y aquellos otros en posiciones de alta autoridad tenían conocimiento y podían al menos haber mitigado las barbaridades cometidas durante el curso de la Guerra. Una palabra de ellos hubiera sido suficiente para que sus subordinados utilizaran métodos diferentes de acción [...]”<sup>26</sup>

Como dice este reporte “una palabra de ellos hubiera sido suficiente”, por lo que, aunque no sabemos hasta qué punto, se deduce un cierto grado de conocimiento o, lo que nos importa para explicar esta doctrina, una clara definición del conocimiento como elemento esencial para imputar esta doctrina de la Responsabilidad del Superior Jerárquico basada en la omisión del deber de disuadir a sus tropas de la comisión de crímenes de guerra.

---

<sup>26</sup> Traducción por ROCHA HERRERA, M. en “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6, p. 22.

Esta Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de las Penas sugirió la creación de un tribunal internacional que juzgara los crímenes de guerra cometidos durante el transcurso de la I Guerra Mundial. Esto se debe a que durante todo el XX se manejó la idea de crear una Corte Internacional Penal permanente que juzgara a superiores militares. El objetivo era complicado pues se concebía como propio de la soberanía estatal el hecho de que cada Estado juzgue a sus propios nacionales, además de no haber ningún tipo de código penal internacional en el que basarse para la imposición de penas.

Ante la negativa, en este caso alemana, de formar esta corte permanente, lo que surgió fue la Suprema Corte del Reich en Leipzig (1920). El objetivo era juzgar al káiser y a sus altos oficiales, pero ante la imposibilidad de esto los juicios se centraron en una lista de varios nombres<sup>27</sup>. Fueron 45 nombres, de los cuales acabaron siendo 12 y sólo 6 de ellos declarados culpables. Sin embargo es un único nombre el que nos interesa: el Mayor Bruno Crusius. Bruno Crusius fue el único sentenciado bajo el principio de responsabilidad del superior jerárquico al haber ordenado la ejecución de prisioneros de guerra franceses.

El caso de Crusius no nos es demasiado interesante pese a ello, pues el Mayor fue condenado por ordenar expresamente la comisión de un crimen de guerra. Para explicar la teoría de la omisión y la doctrina moderna de la responsabilidad del superior jerárquico avanzaremos hasta la II Guerra Mundial, y analizaremos el caso concerniente al general japonés Tomoyuki Yamashita, pues si bien el criterio utilizado con él no es el de la omisión propiamente dicha, es útil para apreciar los matices entre los distintos criterios que se manejan.

### **3.3 EL CASO YAMASHITA**

Hemos visto llegados a este punto cómo se asienta y en qué consiste la teoría de la omisión. Es aplicada en los casos en que el superior jerárquico tiene conocimiento de que se están cometiendo o se van a cometer crímenes de guerra de mano de sus tropas y, pese a ello, no hace nada para impedirlo.

---

<sup>27</sup> ROCHA HERRERA, M. (2018). “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6, pp. 23-24

Es la forma de responsabilidad del superior jerárquico más básica, y en ella juega un papel crucial el conocimiento del superior jerárquico. Es decir, el alcance que tiene el superior de comprender que está aconteciendo una comisión de crímenes de guerra ante los cuales decide deliberadamente permanecer inactivo omitiendo su deber de prevenirlos o reprimirlos.

En el caso concreto del general Yamashita, la doctrina moderna sufre un cambio en lo concerniente a jefes militares. A la importancia del conocimiento se suma el concepto de “control efectivo”. Parecería que esto eximiría de responsabilidad a los jefes militares que, aun conociendo de la comisión de crímenes por parte de sus tropas, no están en posición de poder cumplir con su deber de prevenir o reprimir al no tener un control efectivo sobre ellos por cualquier circunstancia eventual.

Es este control efectivo el que está en discusión, incluso a día de hoy, en el caso concerniente a Tomoyuki Yamashita. ¿Tenía el general un control suficiente para impedir las atrocidades que sus tropas perpetraron en Filipinas o es simplemente un perfecto ejemplo de que la justicia la imparten los ganadores? Si hay algo que caracteriza el periodo posterior a la II Guerra Mundial son las represalias contra los derrotados, teniéndose por ejemplo más famoso los juicios de Núremberg y, más desapercibido, el Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente.

En lo concerniente a los hechos es relevante saber que, entre 1944 y 1945, el general Tomoyuki Yamashita lideró al ejército japonés en Filipinas contra el general MacArthur durante la invasión del Pacífico por parte de los Estados Unidos. El general Yamashita contaba con un ejército dividido en tres partes, al que se acusó de diversas atrocidades como: asesinato de alrededor de 35.000 filipinos, violencias sexual, rapiña destrucción de la propiedad y maltrato a civiles y prisioneros de guerra<sup>28</sup>.

Finalmente el ejército de Yamashita fue derrotado y él fue procesado y condenado a muerte en un juicio que duró menos de dos meses ante el Tribunal Militar de los EUA. Los argumentos de la defensa de Yamashita se basaban en la idea de control efectivo. La polémica surge porque el general Yamashita había ordenado que sus tropas evacuaran Manila y se retiraran del norte de Luzón. Sin embargo, sus órdenes fueron

---

<sup>28</sup> STRYSZAK, M. (2000), “Command Responsibility. How Much a Commander be Expected to Know?” *Journal of Legal Studies*, p. 6

desobedecidas por el contraalmirante Iwabuchi Sanji<sup>29</sup>, quien retuvo a parte de las tropas en Manila para luchar contra las tropas estadounidenses. El resultado de esto fue que el propio Yamashita se refugió en el norte de Luzón mientras sus tropas se hallaban divididas. Es por ello que se alega que el general no tenía el control efectivo para controlar u ordenar el cese de los crímenes perpetrados por sus tropas.

Pese a todo, como ya hemos dicho, el general Tomoyuki Yamashita fue sentenciado a muerte por el Tribunal Militar de los EUA, el cual se declaró competente y juzgó al general japonés en Filipinas en base a la constitución americana. La sentencia argumentaba lo siguiente:

“Claramente, la asignación de tropas militares va acompañada de una autoridad amplia y responsabilidad muy grande [...] Es absurdo, sin embargo, considerar al comandante como un asesino o violador solo porque alguno de sus soldados comete asesinato o violaciones sexuales. Aún así, donde el asesinato, violación y acciones viciosas y vengativas sean delitos ampliados y no haya la intención efectiva del comandante de descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser encontrado responsable, incluso penalmente responsable, por los actos sin ley de sus tropas, dependiendo de la naturaleza y circunstancias que le rodeen<sup>30</sup>.”

Esta sentencia no arroja de por sí nada nuevo a la teoría de la omisión ni a la doctrina del superior jerárquico. Simplemente nos dice que si el comandante conoce estos delitos pero falta a su deber de descubrir o controlar, este podrá ser declarado responsable. ¿Qué es lo que hace que este caso sea relevante para la doctrina del superior jerárquico? Su importancia reside en el planteamiento que se dio a su grado de conocimiento, que supuso un cambio en el criterio de imputación de la responsabilidad para comandantes militares. Argumentos importantes:

- Los cargos contra él no quedaron nada claros. Se pueden resumir en que “o sabía de la comisión de las atrocidades o él mismo las había ordenado” (United Nations War Crimes Commission, 1948).

- ¿Por qué estaba tan claro que el general tenía conocimiento de las atrocidades que se estaban cometiendo? En palabras del propio Tribunal Militar de los EUA: “los crímenes

---

<sup>29</sup> OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 449-450

<sup>30</sup> Tomado de ROCHA HERRERA, M. (2018). “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6, p. 24

fueron tan extensos y ampliados en tiempo y espacio, que no era posible creer que Yamashita no supiera lo que sus oficiales ordenaban y aún más increíble, que Yamashita argumentara que nunca se percató de nada al respecto”<sup>31</sup>.

- Generales de su ejército, como Yokoyama, afirmaban haber tenido contacto con él, lo que desmontaría su argumento de no tener conocimiento de lo que estaba ocurriendo<sup>32</sup>.

Todos estos argumentos hicieron que los argumentos ofrecidos en defensa de Yamashita no fueran suficientes para evitar o rebajar siquiera su condena. El propio general MacArthur antes mencionado fue el que ordenó este juicio en contra de su adversario, lo que ya hace desconfiar del valor jurídico que pueda tener esta sentencia.

El tribunal consideró que el general había fallado al imponer un control efectivo sobre los crímenes que, según se argumentaba, el general conocía. Sin embargo hemos visto que no se llegó a una conclusión acerca del grado de conocimiento que poseía Yamashita. Se encontró con que la simple teoría de la omisión no bastaba para establecer claramente la falta de conocimiento del general japonés.

Es por ello que la doctrina moderna evolucionó y adquirió un nuevo criterio. Este criterio se basaba en la idea de que el general “hubiere debido saber” de estos crímenes. Ya consiste en que el general queda eximido de responsabilidad si no tiene conocimiento, sino en que no tener conocimiento es culpa del propio general por una falta de diligencia a la hora de controlar sus tropas y, por tanto, no es óbice para imputarle la responsabilidad del superior jerárquico.

Este criterio es aplicado desde entonces en otros juicios contra superiores militares como por ejemplo el TIPR en el caso El Fiscal vs. Ndindilyimana. Es mucho más estricto y riguroso del criterio que se venía exigiendo hasta entonces, pues si antes era el conocimiento el que tenía que llegar al jefe militar, ahora es el propio jefe el que por así decirlo tiene que llegar al conocimiento. Esa idea de que el jefe militar “hubiere debido saber” se basa en la idea de que dispone de tanta autoridad que, con la diligencia

---

<sup>31</sup> STRYSZAK, M. (2000), “Command Responsibility. How Much a Commander be Expected to Know?” *Journal of Legal Studies*, p. 8

<sup>32</sup> STRYSZAK, M. (2000), “Command Responsibility. How Much a Commander be Expected to Know?” *Journal of Legal Studies*, p. 8

adecuada, tiene que ser conocedor cuantos actos cometan sus tropas, especialmente de los crímenes.

Obviamente no faltaron las críticas a un proceso tan polémico. De acuerdo con un estudio de Prévost pueden ser resumidas de esta manera:

“Es un principio general del derecho que las sanciones penales no deberían ser impuestas a nadie sin que exista prueba de la culpabilidad de su parte. Sin embargo, Yamashita, fue condenado y ejecutado por un crimen, por el cual no existía prueba de su culpabilidad, en un juicio en el cual se obviaron las garantías constitucionales más elementales. Este estudio ha mostrado que, aún bajo la estricta teoría objetiva de la responsabilidad del superior, el comandante Yamashita no hubiera sido condenado. En suma, este trabajo ha demostrado que el veredicto y la decisión de la Corte Suprema fueron en gran parte influidos por el racismo<sup>33</sup>.”

Es muy difícil defender el valor ético (si es que existe) de la sentencia contra Yamashita, la cual se considera parte de la “justicia de los vencedores” bastante carente de ética de por sí, tal como veremos comparándola con los juicios de Núremberg y demás procesos post-segunda Guerra Mundial. Sin embargo sí que cabe apreciar el valor técnico de la misma, pues supone una evolución de la doctrina del superior jerárquico que nos lleva al criterio utilizado actualmente para los superiores militares, que puede ser excesivamente estricto a ojos de algunos, pero es coherente si pensamos que un cuerpo militar ha de estar coordinado de manera no suceda nada sin que el superior sea consciente de ello, aunque esto quizá no sea completamente fiel a la realidad. Esta crítica del juez Frank Murphy deja claro que esta sentencia sienta un precedente en la doctrina del superior jerárquico, pero a su juicio adolece de una evidente falta de ética y responde a una mera formalidad para represaliar al general Yamashita:

“[. . .] No existió un serio intento de acusar o probar que él [Yamashita] cometió una violación reconocida en las leyes de la guerra. Él no fue acusado de haber participado personalmente en los actos atroces o de ordenar o condonar su comisión. Ni siquiera el conocimiento de estos crímenes le fue atribuido. Lo que se alegó fue que él, ilícitamente, desatendió y faltó a su obligación como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer los actos atroces. Los anales históricos de la guerra y los principios establecidos por el Derecho internacional no disponían del más mínimo precedente para un cargo de tal naturaleza. Esta acusación, en efecto, permitió a la comisión militar conformar el crimen como ellos querían, haciéndolo depender de su desfavorable opinión sobre las obligaciones

---

<sup>33</sup> AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, p. 532

del apelante y su consecuente descuido, una costumbre que rememora a aquellas practicadas en naciones menos respetadas en años recientes<sup>34</sup>.”

Así pues, aunque la sentencia es criticable, marca un antes y un después en la doctrina del superior jerárquico. Aunque Yamashita no hubiera llegado a saber nunca de las atrocidades que estaban cometiendo sus tropas, su propia ignorancia constituía un peligro tal que debía dar lugar a la atribución de responsabilidad por los riesgos que conllevaba.

### 3.4 JURISPRUDENCIA POSTERIOR

El caso Yamashita supone un precedente que tendría que ser depurado en los años posteriores. No obstante, no todos los procedimientos por crímenes de guerra posteriores siguieron con este criterio.

En los juicios de Núremberg la doctrina del superior jerárquico se invocó en tres procedimientos:

1- En el caso *US vs Pohl et al*<sup>35</sup> el tribunal sí que se refirió explícitamente al caso Yamashita. El tribunal afirmó:

“Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante una obligación afirmativa para tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están bajo su mando, para la prevención de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra.”

Vemos aquí la responsabilidad por omisión para superiores militares a la que estamos acostumbrados. Sin embargo, en este caso y en adelante, se empezó a aplicar esta doctrina para superiores civiles.

2- En el caso de los Rehenes (*US vs Von List et al*)<sup>36</sup> se siguió extendiendo la responsabilidad a los superiores civiles argumentando que, si los delitos eran cometidos dentro del área de competencia de un superior civil sobre la cual tiene obligaciones de control y supervisión, este debía intervenir.

---

<sup>34</sup> AMBOS, K. *op. cit.* pp. 532-533

<sup>35</sup> Ver AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, p. 534

<sup>36</sup> Ver AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, p. 535

Además difiere del caso Yamashita ya que en este caso se argumentó que un comandante está “obligado a conocer”<sup>37</sup> cuando llegue alcance información confiable acerca de los delitos que se puedan estar cometiendo. En el caso Yamashita, como hemos visto, para imputar al comandante un conocimiento subjetivo bastó con la existencia objetiva de los crímenes, imponiéndole al general el deber de conocer (“debería haber conocido”).

3- En el caso del Alto Comando de la Wehrmacht (US vs Von Leeb)<sup>38</sup> se afirma que la obligación de control o supervisión disminuye a medida que disminuye el poder del comandante. Como resultado, no a todos los eslabones de la cadena de mando se les puede imputar la responsabilidad en la misma medida.

En lo concerniente al control efectivo se aplicó un criterio más restrictivo requiriéndose una negligencia personal y prueba del control efectivo. Es decir, no sólo la información tiene que llegar al comandante, sino que se requiere además un descuido personal para atribuirle responsabilidad<sup>39</sup>.

Así pues, en estos tres casos posteriores a Yamashita tenemos uno en el que se menciona explícitamente su caso, otro en el que el criterio exigido es el de “estar obligado a conocer” sólo cuando exista información concreta, y otro que se desmarca totalmente del precedente sentado por el caso Yamashita y aplica el criterio del conocimiento efectivo.

Con respecto al Tribunal Penal Militar para el Extremo Oriente<sup>40</sup> es de gran interés el hecho de que confirma la extensión de la responsabilidad al personal civil imponiéndoles un deber de control y supervisión. Concretamente se atribuyó la responsabilidad al Gobierno alegando que:

“El miembro de un gabinete puede renunciar. Si afirmativamente él tenía conocimiento de los malos tratos irrogados a los prisioneros, es impotente para impedir futuros maltratos, pero su elección es permanecer en el gabinete, entonces continua

---

<sup>37</sup> US V. Von List et al., (*High Command case*, caso 12), TWC, Vol. XI., p. 1281

<sup>38</sup> Ver AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, pp. 535-536

<sup>39</sup> US V. Von Leeb et al, p. 544

<sup>40</sup> Ver AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, pp. 537-538

participando en la responsabilidad colectiva. . . él voluntariamente asume la responsabilidad por cualquier otro maltrato que se presente en el futuro<sup>41</sup>.”

## **4. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL ESTATUTO DE ROMA**

### **4.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

En este capítulo ahondaremos en los conceptos que hemos visto hasta ahora, partiendo de la doctrina más moderna como los tribunales *ad hoc* hasta llegar a la definición dada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI o Estatuto de Roma), utilizando como ejemplo el caso más ilustrativo en cuanto a Responsabilidad del Superior Jerárquico se refiere: el juicio contra Jean Pierre Bemba Gombo.

Como hemos visto, la Responsabilidad tiene su origen en el Derecho Internacional Penal (DIP) y en el Derecho Internacional Humanitario (DIH). El caso del general Tomoyuki Yamashita sienta el primer precedente de este concepto, pues se empieza a desarrollar esta figura como una forma de responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos por los subordinados<sup>42</sup>. En base a este precedente se empieza a regular convencionalmente esta figura.

En 1977, en el DIH, se desarrolla este principio en el art. 86.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra<sup>43</sup>. Este precepto dispone lo siguiente:

“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 éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”

Para que esta figura fuera incorporada por la jurisprudencia habría que esperar 15 años. Recogiéndose finalmente en los arts. 7.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la

---

<sup>41</sup> «The Tokyo Judgement», The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), vol . 1, Amsterdam 1977 (Roling/ Ruter eds .), p. 30

<sup>42</sup> OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, p. 450

<sup>43</sup> Aprobado el 8 de junio de 1977, ratificado por España el 21 de abril de 1989 y publicado en el BOE el 29 de julio de 1989.

ex Yugoslavia<sup>44</sup> y 6.3 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda<sup>45</sup>. Sin embargo no es hasta 1998 que el ECPI recoge la definición más elaborada de este concepto. Esta definición será sobre la que trabajaremos y desarrollaremos los conceptos que en ella se recogen.

Aparte de regularse convencionalmente en el DIP y DIH la responsabilidad del superior jerárquico ha venido formando parte también del Derecho Consuetudinario. Así lo dispone la norma 153 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el DIH consuetudinario señala que “los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados [...]”<sup>46</sup>.

La responsabilidad del superior jerárquico también es recogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La jurisprudencia de este tribunal señala que, para que la investigación de crímenes de guerra resulte conforme al art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ha de diferenciarse entre la responsabilidad de los superiores y la responsabilidad de los subordinados atendiendo a la regulación que el DIP realiza de cada una de ellas<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> “El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado 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.”

<sup>45</sup> “El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado 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.”

<sup>46</sup> HENCKAERTS, J; DOSWALD-BECK, L. (Dirs.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Ginebra: CICR, 2007, Regla 153, pp 623 *et seq.* Tomado de OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, p. 451

<sup>47</sup> Sentencia de fondo en el caso *Jelic c. Croacia*, Application no. 57856/11, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de Junio de 2014, párr. 88-90. Tomado de OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, p. 451.

## 4.2 DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Comparando la jurisprudencia de estos tribunales podemos hallar numerosas similitudes, pero también encontrar significativas diferencias.

### 4.2.1 Grado de conocimiento

Analizando cada una podemos por ejemplo ubicar los distintos criterios de conocimiento que se establecen tanto para superiores militares como civiles:

- El más estricto es el “should have known” (“hubiere debido saber”) utilizado con Yamashita y reflejado en el art. 28 (a) (i) del ECPI además del “actual knowledge”, que es el criterio más primitivo.
- Menos estricto es el estándar establecido por los tribunales internacionales *ad hoc* y por el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra. En ellos se establece respectivamente que “sabía o tenía razones para saber” y “sabían o poseían información”.
- El menos estricto y es el utilizado en el art. 28 (b) (i) del ECPI para superiores civiles que establece el estándar de “hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información”.

Estándares de conocimiento internacionales del Superior Jerárquico		
Más estricto	←→	Menos Estricto
De Yamashita a la Corte Penal Internacional (CPI)	Estándares internacionales en los tribunales penales internacionales	Estatuto de Roma (1998) estándar para Superiores Jerárquicos civiles
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Yamashita (1946) “Sabía” o “hubiere debido saber” [ <i>knew</i> [y] <i>must have known</i>].</li> <li>✓ Ley del Control Aliado Segunda Posguerra Mundial               <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Los Rehenes (1947-48)</li> <li>▪ Estado Mayor (1948)</li> </ul> </li> <li>“sabía o hubiere tenido que saber” [ <i>knew</i> [y] <i>should have known</i>].</li> <li>✓ Estatuto CPI (1998) artículo 28 (a) (i) Hubiere sabido [y] hubiere debido saber [versión español] <i>knew</i> [y] <i>should have known</i> [versión en inglés].</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ TPIY y TPIR artículos 7(3) y 6 (3) respectivamente “sabía o tenía razones para saber” [ <i>if he knew or had reasons to know</i>].</li> <li>✓ Protocolo I 1977 Adicional Ginebra 1949, artículo 86 (2) “sabían o poseían información” [ <i>if they knew, or had information</i>].</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Estatuto CPI artículo 28 (b) (i)</li> <li>✓ “Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información” [ <i>the superior either knew, or consciously disregarded information</i>].</li> </ul>

Fuente: ROCHA HERRERA, M. “El principio de la Responsabilidad del Superior Jerárquico ante la CPI”, *Foro de Justicia Internacional A.C. Mexico City*, 2018, p. 17.

#### 4.2.2 Obligaciones del superior

En cuanto a las obligaciones del superior jerárquico cuyo incumplimiento da lugar a la atribución de la responsabilidad estos tribunales también comparten argumentos dentro de sus diferentes posturas.

El TPIY y TPIR atribuye a las obligaciones del superior el siguiente contenido:

“i) Prevenir la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados (lo que incluye también el deber de poner fin a los que se estén cometiendo); y (ii) castigar a los subordinados que hayan estado involucrados en los mismos (lo que supone a su vez el deber de enviar la cuestión a las autoridades competentes cuando no se tenga la facultad jurídica para castigar)<sup>48</sup>.”

La jurisprudencia del CPI por su parte enuncia las siguientes obligaciones:

“(i) Prevenir la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados, (ii) reprimir la comisión de dichos crímenes, en el sentido de poner fin a los que se estén cometiendo y castigar a los subordinados que hayan estado involucrados en los mismos; y (iii) enviar la cuestión a las autoridades competentes cuando no se tenga la facultad jurídica para castigar<sup>49</sup>.”

Vemos aquí que la diferencia es más nominal que material, pues encontramos las mismas obligaciones ordenadas de diferente manera: prevenir, reprimir y castigar la infracción y enviar la cuestión a las autoridades competentes. Estas obligaciones son autónomas, lo que quiere decir que han de cumplirse todas sin que el incumplimiento de una se compense con el cumplimiento de las demás. Además nacen en distintos momentos: la prevención nace antes de la comisión de la infracción, la represión cuando el crimen comienza a ser ejecutado, se ha de castigar una vez el delito se ha consumado

---

<sup>48</sup> Sentencia de Primera Instancia, ICTR-98-44A, *The Prosecutor v. Kajelijeli*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1 de diciembre de 2003, párr. 740; Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, *The Prosecutor v. Halilovic*, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párr. 87; Sentencia sala de primera instancia, IT-01-47, *The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura*, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 15 de marzo de 2006, párr. 127. Vid. también, OLASOLO, H. *Tratado de Autoría*, Valencia, España, editorial Tirant Lo Blanch, pp. 768-769. Tomado de OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, p. 451

<sup>49</sup> Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párrs. 436-442. Vid. también, OLASOLO, H. *Tratado de Autoría*, Valencia, España, editorial Tirant Lo Blanch, pp. 768-769. Tomado de OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, p. 451

y la notificación a las autoridades competentes ha de producirse también una vez consumado el delito<sup>50</sup>.

#### 4.2.3 Elementos de la Responsabilidad del Superior Jerárquico

El contenido de estas obligaciones nos permite a su vez conocer el contenido de la responsabilidad del superior jerárquico en base a sus elementos.

Tanto en el art. 7.3 del Estatuto del TPIY como el art. 6.3 del Estatuto del TPIR (ambos son idénticos) se pueden extraer los siguientes elementos:

“(i) la existencia de una relación superior-subordinado; (ii) que el superior sabía, o tenía razones para saber, que su subordinado iba a cometer un delito, o lo había cometido; y (iii) que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para evitar la conducta punible de su subordinado, o para castigarlo<sup>51</sup>.”

Por su parte, la jurisprudencia de la CPI nos permite extraer otros elementos:

“(a) el sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal; (b) el sospechoso debe tener un mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; (c) los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas; (d) el sospechoso conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber, que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; y (e) el sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento<sup>52</sup>.”

A pesar de que puede parecer que los elementos son diferentes lo cierto es que, una vez más, la diferencia está en la manera de enunciarlos. Podemos apreciar que los elementos (a) y (b) según la CPI se refieren a la relación superior-subordinado recogida en el elemento (i) según el TPIY y TPIR. Además los elementos (ii) y (iii) según estos tribunales se refieren a sendos elementos (d) y (e) según la CPI. El único elemento que queda si emparejar es el (c) según la CPI. Esto se debe a que la jurisprudencia del TPIY

---

<sup>50</sup> OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 453-454

<sup>51</sup> Sentencia de la Sala de Apelación, IT-03-68, *The Prosecutor v. Oric*, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de julio de 2008, párr. 18; ECKHARDT, W.G. “Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard”, *Military Law Review*, Vol. 97, (1982), pp. 1-58, pp. 4 y 5.

<sup>52</sup> Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 407.

y del TPIR rechaza que haya un nexo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión del delito por sus subordinados<sup>53</sup>.

Por tanto, podemos afirmar que el DIP coincide en que hay tres elementos principales:

(I) Una relación superior-subordinado que permita al superior desplegar un mando, autoridad y control efectivos sobre el subordinado y sobre sus actos.

(II) La omisión por parte del superior de su deber de adoptar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir, reprimir, castigar y notificar a la autoridad competente las infracciones cometidas por sus subordinados (elemento objetivo).

(III) El conocimiento que el superior tenía o hubiera debido tener de la comisión de dichas infracciones (elemento subjetivo).

Además, como elemento adicional, la CPI en el art. 28 de su Estatuto exige un nexo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión de crímenes por parte de los subordinados.

#### **4.3 ART. 28 DEL ESTATUTO DE ROMA: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN**

El art. 28 es el precepto nuclear en cuanto a la Responsabilidad del Superior Jerárquico se refiere. Por ello es muy importante discernir los diferentes conceptos que en él aparecen, pues es resultado de toda la jurisprudencia y doctrina de este concepto.

##### **4.3.1 Distinción entre jefes militares y otros superiores. Ubicación de los jefes militares *de facto***

Hemos visto en el capítulo introductorio de este trabajo la diferencia entre jefes militares y otros superiores no militares. La diferencia es clara y así se hace notar en los apartados (a) y (b) del artículo 28 respectivamente. Sin embargo el apartado (a) menciona a “el que actúe efectivamente como jefe militar”.

---

<sup>53</sup> Sentencia de la Sala de Apelación, IT-97-25, The Prosecutor v. Krnojelac, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 17 de septiembre de 2003, párrs. 170-172; Sentencia de Primera Instancia, IT-95-15, The Prosecutor v. Blaskic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de marzo de 2000, párr. 77; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-95-14/2, The Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 17 de diciembre de 2004, párr. 832; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-01-47, The Prosecutor v. Hadzihasanovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 22 de abril de 2008, párrs. 38-42; Sentencia sala de primera instancia, IT-96-21, The prosecutor v. Mucic *et al* (Celebici case), Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 20 de febrero de 2001, párr. 400; y Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, The Prosecutor v. Halilovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párrs. 75-78.

No hay problema en distinguir cuando se trate de las milicias oficiales de un Estado o cuando sea una organización realiza actividades claramente no militares, pues podemos encuadrarlas fácilmente en uno de los dos apartados. Sin embargo, la distinción entre jefes militares y superiores no militares no es siempre tan fácil, por lo que la doctrina ha diseñado diversos criterios para identificarlos.

Uno de esos criterios consiste en atender a la naturaleza de la entidad y si esa entidad:

- (i) tiene por finalidad participar en un conflicto armado; o bien
- (ii) plantea un riesgo de degenerar en crímenes internacionales<sup>54</sup>.

Alejandro Kiss critica estos criterios<sup>55</sup> afirmando que el primero no resulta útil, pues la policía civil no tiene la finalidad de participar en un conflicto armado y, sin embargo, a quien detente autoridad sobre ella se le considera jefe militar<sup>56</sup>. Además, califica el segundo criterio como una tautología, pues si se ha cometido un crimen internacional, evidentemente ese crimen se ha visto precedido de un riesgo de que se cometa.

Es por ello que se toman otros criterios como la calificación de quienes ejecutan los crímenes. Los jefes militares están obligados a prevenir y reprimir los crímenes cometidos por sus fuerzas, mientras que los superiores civiles se les exige control sobre sus subordinados. Pese a que el término “fuerzas” entra dentro del de “subordinados”, en lo que se refiere a las “fuerzas” hay un control mucho más intenso y una capacidad disciplinaria para castigar que en el caso de los subordinados civiles no existe, y he ahí la distinción.

En cuanto a los jefes militares *de facto*, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional<sup>57</sup> ha interpretado que quienes no son elegidos según las leyes para

---

<sup>54</sup> RONEN, Y. “Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43 (2010), 313 (349, 353), disponible en: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Ronen-cr1.pdf> (30.10.2014); Karsten, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 983 (1002).

<sup>55</sup> KISS, A. “La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court)”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 1/2016 disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128109>, p. 45.

<sup>56</sup> ICC, Decisión de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 410, la noción de jefes militares se aplica a quienes detentan autoridad y control sobre las fuerzas regulares del gobierno tales como la unidades de policía armada o fuerzas irregulares (fuerzas no gubernamentales) incluyendo los grupos rebeldes y unidades paramilitares así como movimientos de resistencia armada y milicias que detentan una estructura militar o una cadena de mando.

<sup>57</sup> ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párrs. 408 ss.

desempeñar la función de jefe militar pero sin embargo la desempeñan *de facto*, han de ser incluidos en la noción de “actúa efectivamente como jefe militar” del apartado (a) del art. 28 del ECPI.

Es el caso del líder del Movimiento de Liberación del Congo, Jean-Pierre Bemba Gombo (cuya sentencia analizaremos con más detalle más adelante) al que la Sala de Primera Instancia III de la Corte Penal Internacional<sup>58</sup> describe a un comandante militar o a una persona actuando como Jefe Militar como podemos ver en este cuadro:

El comandante militar o “aquella persona actuando como Jefe Militar” (Sala de Primera Instancia III CPI, 2016, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Sentencia, p. 83, párrafos 176-179)

- ✓ Comúnmente los comandantes militares y sus fuerzas son parte de las fuerzas regulares del Estado; dichos comandantes operan de conformidad a las prácticas, leyes y procedimientos domésticos (comandantes *de jure*).
- ✓ Sin embargo, el término comandante militar en el artículo 28 (a) del Estatuto se extiende a los individuos nombrados como comandantes militares de fuerzas irregulares y que comúnmente se gobiernan por las prácticas y regulaciones internas ya sean escritas o no.
- ✓ El artículo 28 (a) del Estatuto de Roma es aplicable a los comandantes *de jure* y aquéllos que actúan como comandantes de fuerzas irregulares siendo ese el caso del Señor Bemba, que ejerció autoridad sobre las fuerzas que cometieron los crímenes.
- ✓ El artículo 28 (a) del Estatuto no solamente cubre a los comandantes inmediatos de las fuerzas que cometen los crímenes, pero es aplicable también a los Superiores a cada nivel independientemente de su rango, desde comandantes del más alto nivel a líderes con sólo un puñado de hombres bajo su mando.
- ✓ El artículo 28 (a) del Estatuto requiere que el acusado ejerza “control efectivo” o “control o autoridad efectiva” sobre las fuerzas que cometieron los crímenes. Como lo dijo la Sala de Cuestiones Preliminares, el término “mando” [*command*] es definido como “autoridad” y se refiere al “poder o derecho de dar órdenes y de obtener obediencia.”

Fuente: ROCHA HERRERA, M. “El principio de la Responsabilidad del Superior Jerárquico ante la CPI”, *Foro de Justicia Internacional A.C. Mexico City*, 2018, p. 9

Por tanto, aunque los criterios puedan no ser exactamente los mismos que los de los jefes militares *de iure*, es la propia CPI la que clarifica en qué parte de su articulado debe ser incluida la noción de “jefes militares *de facto*”.

#### 4.3.2 Responsabilidad por omisión

Como he adelantado en el capítulo introductorio, la responsabilidad del superior jerárquico se asienta en el concepto de responsabilidad por omisión. Esto quiere decir

<sup>58</sup> CPI (2016), *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, Sentencia Sala de Primera Instancia III, p. 83, párrafos 176-179.

que el delito no viene precedido de la comisión de una acción que entrañe un resultado lesivo, sino de la omisión de una conducta destinada a evitar un resultado lesivo y que supone, como consecuencia última, que se produzca ese resultado lesivo que se pretendía evitar. Esta responsabilidad tiene dos dimensiones: responsabilidad directa y responsabilidad indirecta<sup>59</sup>.

La responsabilidad directa consiste en que se hace responsable al superior jerárquico por sus propios actos. En este caso se le hace responsable por un delito de omisión que consiste en una negligencia en el deber de supervisar a sus subordinados, además de un delito de peligro, pues la omisión provoca un riesgo que consiste en dejar vía libre para que los subordinados puedan cometer crímenes sin la supervisión del superior.

La responsabilidad indirecta se imputa en este caso por los actos de otros. No es que se haga responsable al superior por los actos de los subordinados (pues según el principio de culpabilidad una persona no pueda ser declarada culpable por los crímenes de otro), sino que los actos de los subordinados permiten que al superior se le haga responsable de un delito de omisión, sirviendo así de una suerte de elemento de verificación *ex post* de la falta de supervisión del superior. Así lo indica el art. 28 del ECPI al enunciar que, en relación con los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando o subordinados según el caso, el superior es responsable “por los crímenes”, no “de los crímenes”.

La complejidad reside en que para atribuir esta responsabilidad es necesario que los subordinados cometan los crímenes. Por tanto, es también una responsabilidad accesoria, pues no hay responsabilidad si el subordinado no actúa. Esto ocasiona que se abra un debate acerca de si nos encontramos ante un delito de omisión propia o de omisión impropia.

Los partidarios de la omisión propia afirman que al superior ha de excluirse de la responsabilidad por los crímenes cometidos por sus subordinados. Es decir, el superior sólo sería responsable por incumplir los deberes de prevenir, reprimir y notificar a las autoridades competentes. Esto ocasionaría (y así está siendo) que las penas impuestas a los superiores serían notablemente menores a las impuestas a los subordinados en razón de su autoría o participación. Sin embargo, en las condenas a superiores se sigue

---

<sup>59</sup> AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, pp. 527-528.

haciendo referencia a los crímenes cometidos por los subordinados, lo que a ojos de algunos autores<sup>60</sup> que se ciñen al principio de culpabilidad ha de ser corregido. Esta posición parece ser adoptada también por el TPIY, que en el caso Halilovic afirma:

“La Sala concluye que según el artículo 7(3) la responsabilidad de mando es responsabilidad por una omisión. El comandante es responsable por no realizar un acto requerido por el Derecho Internacional. Esta omisión es culpable porque el Derecho Internacional impone un deber positivo sobre los superiores de evitar y castigar los delitos cometidos por sus subordinados. Por lo tanto, “por los actos de sus subordinados”, como generalmente se refiere en la jurisprudencia del tribunal, no significa que el comandante comparta la misma responsabilidad que los subordinados que cometieron los delitos; por el contrario, más que por los delitos cometidos por sus subordinados, el comandante deberá ser responsable por no actuar. La imposición a un comandante de responsabilidad por el incumplimiento de su deber ha de ser ponderada a luz de los delitos de sus subordinados; un comandante es responsable, no como si hubiera cometido tales delitos por sí mismo; por el contrario, su responsabilidad es considerada en proporción a la gravedad de los delitos cometidos. La Sala considera que esto guarda relación con la lógica de la importancia que el Derecho Internacional Humanitario asigna a los bienes jurídicos protegidos<sup>61</sup>.”

Los partidarios de la omisión impropia afirman que el hecho de que la comisión de crímenes por parte de los subordinados sea necesaria para atribuirle la responsabilidad al superior jerárquico hace que el delito derivado de la falta de supervisión sea un delito referido al resultado. Es decir, al superior se le imputa el resultado. Ante el argumento del principio de responsabilidad afirman que el concepto de la responsabilidad del superior jerárquico es *sui generis* tal y como ha señalado el TIPY en los casos Krnojelac<sup>62</sup>, Halilovic<sup>63</sup> y Hadzihasanovic *et al*<sup>64</sup>. Es decir, no puede encuadrarse en ninguna de las categorías dogmáticas existentes en el Derecho penal comparado, al haber sido desarrollada por el DIP y el DIH al margen de las mismas<sup>65</sup>. Esto implicaría que, si la responsabilidad del superior jerárquico no se rige por los principios generales

---

<sup>60</sup> OLASOLO, H. *Tratado de Autoría*, Valencia, España, editorial Tirant Lo Blanch, pp. 812

<sup>61</sup> Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, The Prosecutor v. Halilovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párr. 54.

<sup>62</sup> Sentencia de la Sala de Apelación, IT-97-25, The Prosecutor v. Krnojelac, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 17 de septiembre de 2003, párr. 171.

<sup>63</sup> Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, The Prosecutor v. Halilovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párr. 75-78.

<sup>64</sup> Sentencia sala de primera instancia, IT-01-47, The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 15 de marzo de 2006, párr. 38-42.

<sup>65</sup> WERLE, G. (2014), *Principles of international criminal law*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 128; SLIEDREGT, E. (2012), “Individual criminal responsibility in international law”, *Oxford New York Oxford University Press*, 2012, p. 206

del derecho penal, no tendría sentido aludir al principio de culpabilidad al ser este propio del derecho penal comparado.

En lo que resta de este sub-apartado intentaré ofrecer argumentos de una forma más transversal para no sólo apoyar, sino explicar la postura que defiende que la falta de supervisión por parte del superior jerárquico constituye un delito de omisión pura y no ha de imputársele el resultado.

Al establecer la responsabilidad del superior jerárquico el resultado no se le imputa al omitente, sino a los autores del delito. Imputarle el delito al superior implicaría que se le pudiera calificar de cómplice al haber intervenido en la comisión del delito, y esto no es así, pues lo que se le imputa es la falta de supervisión que permite posteriormente que se cometa un delito únicamente imputable los subordinados, pero sirve a su vez como *conditio sine qua non* para establecer la responsabilidad del superior jerárquico.

Aludiendo al ejemplo que he usado en el punto 1.3 del capítulo de introducción: cuando el padre omite el deber de mantener a su hijo a salvo dejándolo asfixiándose dentro del coche, este tiene una *mens rea* acorde al resultado, ya sea dolosa o negligente simplemente. Dicho de otra manera, es responsables del resultado.

Esto no ocurre así en el caso de la responsabilidad del superior jerárquico, pues la *mens rea* del superior difiere de la de sus subordinados, pues el superior incumple su deber de supervisión de manera negligente, mientras que sus subordinados cometen los crímenes de manera dolosa. Que el superior descuide su deber de manera dolosa implicaría intencionalidad, como recoge el art. 30 del Estatuto de Roma, por lo que podría calificarse de cómplice, lo cual no es el caso que nos incumbe. Pero en el caso que nos atañe el superior, al descuidar su deber de manera negligente, no es responsable de esos crímenes, sino simplemente de no haberlos previsto o reprimido a tiempo. En el ejemplo los padres son responsables de un delito de homicidio por omisión, y sería absurdo decir que el superior es responsable de un homicidio por omisión (en el caso de que sus subordinados sean responsables de un homicidio intencionado), pues estaríamos afirmando que el resultado de la ‘no acción’ es el mismo que el de la ‘acción’, que sería matar.

A mi entender, y según palabras del art. 28 (“en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”), lo que se pretende es que el superior responda de una

omisión propia, de sus propios actos, y esos no son otros que fallar en su deber de supervisión. Esta falta de deber o inacción no implica matar (o cualquiera que sea el crimen imputado a sus subordinados), sino simplemente una negligencia que, por sí misma es susceptible de generar responsabilidad.

Esta negligencia, que se deriva de la falta de supervisión y que el art. 28 extiende hasta los actos cometidos por los subordinados, efectivamente hace que al superior se le impute un delito de peligro por la mera omisión del deber de supervisar a sus subordinados. El peligro consiste en que, sin esa supervisión, los subordinados hayan tenido vía libre para cometer esos crímenes, por lo que se crea un riesgo. La clave es que la mera existencia de ese peligro es motivo suficiente para atribuir responsabilidad al superior jerárquico. Por ello, parece evidente que esa negligencia es el nexo de causalidad que permite que posteriormente se cometan esos crímenes, pero esos crímenes no constituyen *per se* un elemento del tipo del delito. Es decir, sería un nexo de causalidad hipotético en contraposición al automático<sup>66</sup>, pues afirmar que el nexo es automático sería afirmar que la falta de supervisión provoca sí o sí la comisión de crímenes por parte de los subordinados, cuando esto no es así, sino que es una posibilidad.

Como ya he explicado, esos crímenes son un mero punto de referencia para establecer la responsabilidad del superior jerárquico. No tiene sentido, a mi modo de ver, afirmar que estamos ante un delito de omisión impropia por el hecho de que para imputarle al superior la responsabilidad es necesaria la comisión de los crímenes. Es evidente que la comisión de los crímenes es esencial para establecer la responsabilidad, pero no porque sin ella no existiera un delito, sino porque simplemente sirve para verificar que, efectivamente, el superior incumplió su deber de supervisar correctamente a sus subordinados. El delito existe aunque la comisión no se llegue a dar. Es un delito de comisión por omisión pura que existe por la simple falta de supervisión, pero que necesita de la comisión de crímenes por parte de los subordinados para poder materializarse.

---

<sup>66</sup> OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 472-473 (nota a pie de página n° 148).

En resumen, y sin querer aventurarme a ahondar en los principios de la mecánica cuántica de los cuales no tengo ni idea, el delito de comisión por omisión causado por la falta de supervisión del superior recuerda a la clásica paradoja del gato de Schrödinger. En ella se nos plantea que un gato está encerrado en una caja con igual posibilidad de hallarse vivo o muerto, sólo siendo posible averiguarlo si se abre la caja. En el caso del delito de omisión pasa lo mismo: al ser un delito de omisión pura el delito existe por la mera falta de supervisión, pero la única manera de advertirlo es cuando los subordinados cometen un crimen.

Lo que nos interesa de la existencia de este delito de omisión en estado latente es ni más ni menos que su propia existencia. Al existir independientemente de la comisión de delitos por los subordinados (sin que se haya podido constatar todavía), debemos pensar indudablemente que estamos ante una omisión pura, pues la sola falta de supervisión constituye un delito y es suficiente para imputarle responsabilidad al superior jerárquico. Así lo enuncia el art. 28 del ECPI, el cual nos evidencia que estamos ante un delito de omisión que existe, a nivel objetivo, “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”.

#### **4.3.3 Actus reus y mens rea**

Una vez hemos examinado cuál es la naturaleza del delito toca adentrarnos en analizar los elementos del delito: el *actus reus* (elemento objetivo) y la *mens rea* (elemento subjetivo). Ambos son importantes pues han de darse para poder establecer la responsabilidad del superior jerárquico. Hay ciertos casos en los que no es necesario que la *mens rea* (“mente culpable”) acompañe a los actos, pues hay delitos en los que se prescinde de la intencionalidad del autor. No obstante este no es el caso que nos ocupa, por lo que es necesario identificar ambos.

Comenzaremos por el *actus reus* aludiendo a los conceptos de mando, autoridad y control efectivos.

Ha de existir, en primer lugar, una posición de mando (jefes militares) o autoridad (otros superiores) que otorgue preeminencia al superior sobre el subordinado. Por tanto, lo primero que necesitamos constatar es que haya una relación superior-subordinado.

Este mando o autoridad pueden ser conferidos gracias a tener una posición oficial, como es el caso de un jefe militar *de iure*. No obstante, no basta con tener mando o autoridad,

puesto que a veces no se detenta esa posición de manera formal. Es el caso de los jefes militares *de facto*, quienes tienen un control efectivo sobre sus subordinados pese a no detentar una posición oficial como en un ejército regular.

Es por ello que el factor determinante para establecer esa relación superior-subordinado es que el superior tenga el control efectivo sobre los subordinados. Así lo dice la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso del Campo de Čelebići:

“La posesión de autoridad de jure en sí misma no es suficiente para encontrar responsable al Superior si este no manifiesta control efectivo, aunque una Corte podría presumir la posesión del mismo prima facie a menos que se pruebe lo contrario<sup>67</sup>.”

En el punto 2.2 del capítulo introductorio ya incidimos en los conceptos de mando, autoridad y control efectivos, por lo que no es necesario volver a ello. Simplemente, teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, basta con incidir en que el mando y la autoridad los detenta el superior en función de la posición que ocupa, y ese mando o autoridad pueden ser ejercitados si existe un control efectivo sobre sus tropas o subordinados.

Los conceptos de mando y autoridad pueden parecerse y ser fácilmente confundibles, sin embargo cada uno de ellos está asignado a diferentes apartados del art. 28 del ECPI. Esto no es un capricho, pues el concepto de mando da la idea de que existe un poder imperativo y que confiere al superior el derecho a obligar y controlar. La autoridad sin embargo da idea de una posición más formal que se traduce en ejercitar su poder con derecho a mandar<sup>68</sup>.

Ambos conceptos están envueltos en la idea de control, pero en cuanto a jerarquía se refiere, el concepto de mando correspondiente a jefes militares está dotado de una mayor disciplina dentro de la cadena de mando que el concepto de autoridad correspondiente a otros superiores civiles. Es por ello que existen ciertas diferencias entre uno y otro.

Por ejemplo la delegación del poder de supervisión no exime al superior de su responsabilidad. Es más, demuestra una falta de diligencia a la hora de administrar sus poderes. Esto es más fácilmente apreciable en el ámbito militar, donde la disciplina es

---

<sup>67</sup> *El Fiscal vs. Zejnil Delalić et al [Čelebići]*, SA, 2001, par. 418

<sup>68</sup> AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, p. 573.

más férrea, ya que en el ámbito civil no queda tan claro hasta dónde llega la capacidad de acción del superior y empieza la del subordinado.

Además ambos tienen control sobre sus subordinados, pero en caso de no tenerlo, eso no les eximiría de culpa en caso de haber tenido la capacidad de actuar en la medida de lo posible. Sólo quedan eximidos de responsabilidad si pierden totalmente la capacidad de control en todos los ámbitos. Esta capacidad de actuar en la medida de lo posible ha de ser precisada, y eso nos lleva al siguiente punto.

La capacidad de actuar del superior ha de verse reflejada en el cumplimiento de sus deberes de prevenir, reprimir y notificar a las autoridades competentes los crímenes que se estuvieren cometiendo a manos de sus subordinados. Esto es así porque es el control efectivo que poseen sobre sus subordinados el que les confiere a los superiores esta potestad.

Como hemos dicho, la responsabilidad del superior es accesoria. Esto significa que depende de que sus subordinados cometan un crimen o no, no siendo responsable el superior por estos crímenes, sino solamente por no haber ejercido un control adecuado.

Para averiguar cuál es ese control específico o cuáles son las medidas que el superior debe de llevar se han de tener en cuenta tres cosas<sup>69</sup>:

i) Al superior no se le puede pedir que haga lo imposible para evitar la comisión de esos crímenes, sino que tome todas las medidas necesarias, razonables y que estén a su alcance.

- Necesarias: Han de ser adecuadas al objetivo de prevenir o reprimir el crimen. Cualquier medida que no responda a este objeto no obliga al superior, por lo que no se le hará responsable en caso de no tomarla.

- Razonables: Las que protejan el bien jurídico de forma más proporcional teniendo siempre en cuenta las circunstancias del momento. El superior no está obligado a adoptar una medida desproporcionada y no se le puede exigir responsabilidad por no tomarla.

---

<sup>69</sup> ICTY (Trial Chamber), Judgement de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 329; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177.

- A su alcance (factibles): No más que las que las capacidades del superior le permitan adoptar.

ii) Para averiguar cuáles son esas capacidades se debe examinar el grado de control efectivo que el superior tiene sobre la conducta de sus subordinados en el momento concreto en que la obligación de actuar surge.

iii) Cuanto más graves e inminentes sean los delitos, mayor será la atención que deberá poner el superior y más expeditiva tendrá que ser su reacción.

Para adoptar todas estas medidas necesarias y razonables a su alcance, no obstante, se tienen que cumplir algunos requisitos<sup>70</sup>. Sin esos requisitos no se tiene obligación de prevenir o reprimir los delitos.

En primer lugar, el subordinado ha de haber cometido un crimen que entre dentro de las competencias de la CPI. Por ejemplo, la planificación de un delito no está tipificada como tal en el ECPI (salvo el caso del delito de agresión, el cual no forma parte aún de las competencias de la CPI de todas maneras), por lo que no castigar esta planificación no daría lugar a que al superior se le exigiera responsabilidad.

En segundo lugar, la conducta debe ser punible conforme al derecho interno por el que se rija el superior y que esté llamado a aplicar en caso de que se produzcan estas conductas. En caso de no estar tipificados como delito, el superior no los podrá sancionar.

En resumen: las capacidades del superior deben ser examinadas siempre según el caso concreto, siempre en relación con el control efectivo que posee en el momento en que surge el deber de actuar, y dando lugar a que las medidas necesarias y razonables a su alcance puedan variar según el caso.

El art. 28 dice que esas medidas están destinadas a prevenir o reprimir la comisión de delitos, pero no distingue entre unas medidas y otras. Esto sin embargo es precisado por la jurisprudencia.

En cuanto a las medidas de prevención, la CPI identifica las siguientes:

---

<sup>70</sup> KISS, A. (2006), "La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court)", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 1/2016 disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128109>, p. 55

- “(i) asegurarse de que los subordinados han sido entrenados en DIH;
- (ii) obtener informes sobre el cumplimiento de las acciones militares conforme al DIH;
- (iii) dictar órdenes para que la forma de actuar de las unidades se ajuste al DIH;
- (iv) emitir órdenes con la intención específica de prevenir los crímenes de que se trate;
- (v) realizar discursos de rechazo de las conductas punibles;
- (vi) insistir ante autoridades superiores sobre la necesidad de tomar medidas inmediatas;
- (vii) posponer operaciones militares;
- (viii) suspender, excluir o remover a subordinados violentos;
- (ix) conducir operaciones militares de tal modo que se reduzca el riesgo de ciertos crímenes internacionales o se limiten las oportunidades para su comisión;
- (x) adoptar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes internacionales<sup>71</sup>.”

Por su parte, el TPIY identifica otras medidas de prevención que, como veremos a continuación, tienen que ver en su mayoría con la planificación de los delitos. El CPI no las recoge porque, como se ha dicho antes, no tipifica como tal la planificación de cometer delitos, por lo que no pueden obligar al superior a tomar medidas destinadas a evitarla. Estas medidas que afirma el TPIY son:

- “(i) iniciar una investigación cuando hay información que indique que los subordinados pueden estar a punto de cometer crímenes internacionales;
- (ii) suspender a aquellos subordinados que presuntamente están planeando la comisión de este tipo de crímenes o tienen antecedentes penales violentos (o, al menos, excluirlos de las operaciones de combate, y limitar, en la mayor medida posible, su interacción con civiles y prisioneros de guerra enemigos);
- (iii) transmitir informes a las autoridades competentes advirtiendo sobre el riesgo de que podrían cometerse crímenes de guerra en la ejecución de ciertas operaciones militares, y proponer medidas para evitar dichos riesgos;
- (iv) poner en conocimiento de las autoridades competentes las denuncias sobre crímenes de guerra presuntamente cometidos en el pasado por las unidades subordinadas<sup>72</sup>.”

En cuanto a las medidas de represión, la CPI distingue entre dos grupos:

---

<sup>71</sup> Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 204; Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 438.

<sup>72</sup> Sentencia de primera Instancia, IT-95-15, *The Prosecutor v. Blaskic*, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de marzo de 2000, párr. 285; Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, *The Prosecutor v. Halilovic*, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párr. 89; Sentencia de Primera Instancia, ICTY-01-42-T, *The Prosecutor v. Strugar*, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 de enero de 2005, párr. 374.

“(i) poner fin, refrenar o contener la comisión de crímenes internacionales por los subordinados;

(ii) sancionar a estos últimos mediante la investigación y apertura de los correspondientes procesos disciplinarios y/o penales<sup>73</sup>.”

Puede ser que el superior no cuente con el control efectivo sobre sus subalternos. Como hemos dicho, el hecho de que el superior tenga el control efectivo es esencial para determinar qué competencias son las que están a su alcance. Es por ello que, si el superior no es materialmente capaz de prevenir o reprimir la conducta de sus subordinados o carece de la facultad para ello, tiene el deber de notificar la conducta delictiva de sus subordinados a un superior o a la autoridad competente para controlarla. Las medias destinadas a la notificación son las siguientes:

“(i) informar a sus propios superiores sobre la situación mediante la redacción de un informe;

(ii) proponer una sanción al superior que tiene el poder disciplinario, o –en el caso de que detente el mismo ese poder– ejercerlo dentro de los límites de su competencia;

(iii) cuando sea necesario en virtud de la gravedad del caso, remitir el caso a la autoridad judicial competente con la mayor cantidad posible de elementos de prueba sobre los hechos<sup>74</sup>.”

La *mens rea* o elemento subjetivo del delito que da origen a la responsabilidad del superior jerárquico aparece en el art. 28 del ECPI, al igual que los demás elementos. Sin embargo aquí es más palpable que en los casos anteriores la diferencia entre jefes militares y otros superiores, motivo de que el elemento subjetivo exigible sea diferente en ambos apartados.

Así pues, el apartado (a)(i) del art. 28 dispone que el jefe militar será responsable cuando “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

---

<sup>73</sup> Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 207.

<sup>74</sup> PILLOUD, C. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, párr. 3562. Vid. también, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 443; Sentencia de Primera Instancia, ICTR-95-1-T, The Prosecutor v. Kayishema, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 21 de mayo de 1999, párr. 514; Sentencia sala de primera instancia, IT-01-47, The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 15 de marzo de 2006, párr. 178; Sentencia de Primera Instancia, ICTY-01-42-T, The Prosecutor v. Strugar, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 de enero de 2005, párr. 376.

Por su parte, el apartado (b)(i) prevé que el superior no militar será responsable cuando “hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

Vistas ambas redacciones podemos distinguir que existe un elemento común entre ellas y otro que difiere entre una y otra. Son los denominados conocimiento real (basado en evidencias) y conocimiento constructivo (basado en criterios que se aplican a un caso o al otro)<sup>75</sup>.

El conocimiento real es también denominado conocimiento efectivo (*actual knowledge*). Este conocimiento no puede ser presumido, sino que ha de ser probado mediante evidencias. Esto quiere decir que se necesita prueba directa o, en caso de no tenerla, mediante prueba circunstancial. Sin embargo la prueba circunstancial sólo es aceptable cuando de la misma se derive que la única consecuencia razonable es el conocimiento efectivo del superior<sup>76</sup>.

Un ejemplo de prueba circunstancial son los factores que el CPI aceptó en el caso Bemba Gombo ya que, según la jurisprudencia del TPIY y TPIR, son indicios del conocimiento efectivo del superior. Entre estos factores cabe mencionar los siguientes:

“El número de hechos punibles cometidos por los subordinados, su alcance y desarrollo a gran escala, el periodo de tiempo durante el que los hechos punibles se desarrollaron, el tipo y número de unidades subordinadas involucradas en su ejecución, la forma de actuar en operaciones similares a aquellas en las que se cometieron los delitos, los medios de comunicación disponibles, la existencia de un sistema de información y seguimiento dentro de la organización, la naturaleza de la posición del superior y su ámbito de responsabilidad en la estructura jerárquica, y el lugar en el que se encontraba el superior cuando se produjeron los crímenes internacionales<sup>77</sup>.”

En cuanto al conocimiento constructivo este es menos exigente que el conocimiento real, pues permite constatarse con la observancia de unos indicios que indican la negligencia del superior al desempeñar su deber de vigilar que sus subordinados no cometan delitos. Se rige por dos estándares según estemos hablando de jefes militares (o

---

<sup>75</sup> AMBOS, K. “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999, pp. 582-591

<sup>76</sup> Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 191.

<sup>77</sup> Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 193.

que actúen efectivamente como jefes militares, como veremos más adelante al analizar el caso Bemba Gombo) o de superiores no militares.

Tenemos por un lado el criterio de “hubiere debido saber” (“should have known”) referido a jefes militares. Habiendo visto su origen en el capítulo anterior no es necesario incidir con tanta profundidad en él, pero conviene recordarlo sucintamente.

La construcción de este estándar se realiza conforme a una responsabilidad subjetiva. Esto es así porque se funda en la culpa del superior, descartando así la responsabilidad objetiva en la que la culpa es prescindible y la responsabilidad se puede establecer independientemente de que medie culpa por parte del superior.

Esta culpa se basa en la imprudencia del superior al no actuar con diligencia cuando indicios llevaran a pensar que sus subordinados pudieren cometer delitos. Esta diligencia ha de traducirse en actos como:

“(i) Obtener y valorar la información sobre el hecho de que sus subordinados se proponen cometer crímenes internacionales o los están cometiendo; (imprudencia en tomar conocimiento de la situación que activa la obligación de intervención).

(ii) Valorar diligentemente las medidas a su disposición que son necesarias y razonables para prevenir, reprimir o, en su caso, enviar ante las autoridades competentes los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados (imprudencia en la apreciación del alcance del poder de intervención).

(iii) Aplicar las medidas a su alcance elegidas<sup>78</sup>.”

Según la CPI, tanto los factores que se han mencionado previamente como indicios del conocimiento efectivo del superior, como los indicios acogidos por el TPIY y TPIR de que el superior “tenía razones para conocer” pueden ser usados para corroborar el estándar de “hubiere debido saber”<sup>79</sup>.

Estos indicios que sirven al estándar de “tenía razones para saber” recogido en los arts. 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR, requieren que el superior haya tenido a su alcance información de carácter general que pudiera alertarlo de:

“(i) Los posibles crímenes internacionales que sus subordinados estuvieran cometiendo o se propusieran cometer.

---

<sup>78</sup> OLASOLO, H. “Tratado de Autoría”, pp. 799, 800.

<sup>79</sup> Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 434.

(ii) La consiguiente necesidad de iniciar una investigación para clarificar esta situación<sup>80</sup>.”

Sin embargo el estándar de “tenía razones para saber” no es aceptado por el TPIY y el TPIR, ya que no se considera similar al estándar de imprudencia simple que representa el “hubiere debido saber”<sup>81</sup>. Esto es así porque en este último se castiga la mera falta de diligencia al cumplir con su deber de vigilar la conducta de sus subordinados, mientras que en el estándar de “tenía razones para saber” la información es tan concreta que no actuar con diligencia supondría un nivel de imprudencia más grave. Es por tanto un estándar más exigente que el “hubiere debido saber” ya que se ha de atender al carácter de la información.

Por otro lado está el criterio de “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” exigido para superiores no militares. Consiste en que el superior no sólo tenía conocimiento de que se estaban cometiendo crímenes por parte de sus subordinados, sino que hizo caso omiso de una información que le indicaba claramente que esto estaba sucediendo. El factor que la diferencia del estándar de conocimiento real es, en mi opinión, el hecho de que el superior no cumpla con su deber de verificar la información que se le facilite. Esto supondría una imprudencia más grave que en el caso del estándar anterior, llegando a asemejarse incluso a una culpa consciente que le convirtiera en cómplice.

En resumen, existen unos indicios que permiten evaluar el nivel de conocimiento real del superior, mientras que para evaluar el grado de imprudencia según sea jefe militar o superior civil es necesario atender a pruebas circunstanciales que revelen el carácter de la información que poseían en razón de evaluar la diligencia con la que actuaron respectivamente.

---

<sup>80</sup> Sentencia de la Sala de Apelación, ICTR-95-1A, *The Prosecutor v. Bagilishema*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 3 de julio de 2002, párrs. 35-42; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-96-21, *The prosecutor v. Mucic et al (Celebici case)*, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 8 de abril de 2003, párr. 241; etc.

<sup>81</sup> OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 468-469.

## 5. UN EJEMPLO ACTUAL DEL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO: EL CASO BEMBA GOMBO

Para ir cerrando este trabajo, considero que lo mejor es analizar un caso reciente y representativo de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico para ver de forma más práctica y llevada a la realidad cómo se aplican los conceptos vistos hasta ahora y cómo se valoran en un tribunal. Es por ello que el caso *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* (SPI 2016, SA 2018) será el caso que nos será más útil para ello.

### 5.1 HECHOS

El caso de Jean Pierre Bemba Gombo es interesante, pues hemos incidido en la cuestión de en qué apartado del art. 28 del ECPI situar a los jefes militares *de facto*, y esta sentencia es perfecta para solucionar el dilema.

El concepto de comandante *de facto* nacía de los conflictos internos armados y guerras civiles en algunos Estados que no revestían un carácter internacional. En estos conflictos es normal que los “rebeldes” estén constituidos por grupos armados organizados que intenten sublevarse contra la organización del Estado o que dos de esos grupos estén en conflicto. Un ejemplo es el de la guerra de Yugoslavia y, concretamente, el caso *El Fiscal vs. Dusko Tadić*: “(...) an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.”

Esta concepción del comandante *de facto* se ajusta mucho más a la realidad, pues en la práctica una persona que está al frente de un grupo organizado armado y que tiene control sobre las acciones de los demás integrantes de ese grupo está desempeñando *de facto* las funciones de un comandante, y admitiendo a estos grupos como partes de conflictos armados es necesario que se reconozca la posición de este comandante para exigirle responsabilidades. Es por ello que ha de incluirse en esta categoría a cualquier comandante que *de facto* controla efectivamente y dirige a sus tropas.

Jean Pierre Bemba Gombo fue el líder y fundador del Movimiento de Liberación del Congo, fundado en 1998 y que se sublevó contra el gobierno de la República

Democrática del Congo. Además se desenvolvía como comandante en la función militar de ese Movimiento, llamada Ejército de Liberación del Congo.

Al ser el líder y fundador del movimiento tenía autoridad y control sobre sus tropas, además de ser el único miembro del MLC con potestad para ejercer amplias funciones y poderes los cuales incluían el manejo de la organización interna y la dirección tanto de las facciones políticas como armadas de todo el movimiento. Así mismo, tal y como añade la Corte, Bemba Gombo poseía la máxima autoridad para nombrar, promover y destituir oficiales militares y altos mandos del MLC. La autoridad de Bemba Gombo se extendía a toda la logística militar, que incluía la adquisición y distribución de armas y municiones dentro del MLC, así como de los medios de transporte, muchos de los cuales él mismo era propietario. Además, Bemba Gombo ejercía un control estrecho de las finanzas y del gasto. En palabras de la SPI III de la Corte, “tenía autoridad primaria que cubría todas las esferas, siendo la autoridad más importante en la toma de decisiones. Lo que decidía no era debatible<sup>82</sup>.”

## **5.2 CARGOS Y VEREDICTO**

La Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI confirmó el 5 de junio de 2009 que, ante tales evidencias, cabía creer que Bemba Gombo podía ser responsable como persona actuando “efectivamente como jefe militar” tal y como dispone el apartado (a) del art. 28 del ECPI.

En virtud de ello, los cargos que se le imputaron fueron los de presunto responsable por crímenes de lesa humanidad por asesinato y violación sexual conforme al artículo 7, así como de crímenes de guerra por asesinato, violación sexual y destrucción de propiedad y pillaje cometidos por sus subordinados en el territorio de la República Centroafricana del 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003<sup>83</sup>.

En su veredicto, la Sala de Primera Instancia de la CPI reafirmó los cargos interpuestos y, concluyendo que Bemba Gombo era culpable “más allá de la duda razonable” (esto

---

<sup>82</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 171-173, para. 383-385

<sup>83</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo, p. 10, parágrafo 2

es muy importante para la Sala de Apelaciones como veremos en breve) a tenor del art. 28 por los crímenes antes mencionados<sup>84</sup>.

A continuación veremos lo que la Corte dictaminó en la evaluación de los distintos elementos de la Responsabilidad del Superior Jerárquico, prescindiendo eso sí de reincidir en el tema de la relación entre el superior y sus subordinados, la cual ha sido evidentemente considerada probada por la Corte, puesto que no habrían entrado a valorar la responsabilidad de Bemba Gombo de no ser así.

Para establecer el grado de conocimiento la Sala debía decantarse por una de las dos fórmulas alternativas del art. 28(a)(i): “Hubiere sabido (“actual knowledge”) o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber (“should have known”) [...].” La Sala finalmente se decantó por la fórmula más simple del *actual knowledge* (“he knew”, en la versión en inglés del art. 28) consecuencia de su firme creencia “más allá de la duda razonable”, conforme a sus responsabilidades como Comandante en jefe del ELC y del MLC, de que Bemba Gombo conocía esos crímenes<sup>85</sup>.

La Sala tomó esta decisión ya que consideró que, en base a toda la información que manejaba, Bemba Gombo era consciente en todo momento de los crímenes que estaban cometiendo sus tropas. Esta información era de índole telecomunicativa como radios, teléfonos satelitales, *thurayas* (proveedor de comunicaciones por satélite), telefonía celular entre otras comunicaciones llegadas a él a través de su Estado Mayor y/o otros canales de información que permitía que estuviera enterado en todo momento de la situación en que se hallaban sus tropas y de los reportes de crímenes cometidos por ellas<sup>86</sup>. Además se argumentó que el acusado estaba consciente, seguía la información provista por la prensa internacional y al mismo tiempo discutía con altos oficiales del Estado Mayor sobre los crímenes cometidos por las tropas del MLC<sup>87</sup>.

Para determinar este criterio de conocimiento la Sala realizó un análisis jurisprudencial y recogió los siguientes factores propuestos anteriormente por otros tribunales

---

<sup>84</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo, p. 359, para. 742

<sup>85</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 89-90, párrafos 192-196

<sup>86</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 346, párrafo 707

<sup>87</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 343, para. 708-709

(fundamentalmente del TPIY en los casos: Delić; Kordić & Čerkez; Orić; Hadžihasanović; Galić)<sup>88</sup>:

- Órdenes para cometer los crímenes.
- El hecho de que el acusado haya sido informado personalmente de que sus fuerzas estaban involucradas en actividades criminales.
- El número, la naturaleza, el alcance, los lugares y el tiempo en los que los actos criminales se sucedieron.
- Otras circunstancias prevalecientes como el tipo y el número de fuerzas involucradas.
- Los medios de comunicación disponibles.
- El *modus operandi* o actos similares.
- El alcance y naturaleza de la posición que ocupa el comandante y su responsabilidad en la estructura jerárquica.
- La ubicación del cuartel general o lugar de mando y la hora.
- La notoriedad que los actos criminales hayan alcanzado, como puede ser el resultado de la difusión de los medios de los crímenes y de los cuales el acusado tenía conciencia (*awareness*). El estar consciente (*awareness*) se debe establecer a través de la evidencia que sugiera que como resultado de estos reportes el comandante tomó algún tipo de acción.
- Irrelevancia del conocimiento del comandante de la identidad de los individuos que cometieron los crímenes.
- Irrelevancia si el comandante conocía los detalles de los crímenes.

El art. 28 establece la responsabilidad del superior jerárquico en función del control efectivo que este tiene sobre sus subordinados. Este control efectivo confiere al superior la facultad de prevenir y reprimir o castigar los posibles crímenes que cometan sus subordinados. Es por ello que no hacerlo o hacerlo de manera deficiente son motivos para exigir la responsabilidad del superior, siempre atendiendo al caso concreto.

Recordando la célebre frase de Hugo Grocio, la cual rezaba que “el conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad”, es necesario aclarar que el hecho de que se detente el mano o se tenga autoridad sobre los subordinados no conlleva una obligación absoluta de prevenir o reprimir estos crímenes, pues es imposible hacerlo sin un control efectivo de la situación y de la conducta de los subordinados.

---

<sup>88</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 89-90, para. 191-195

Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el caso *El Fiscal vs. Rasim Delić* (2008) del TPIY. En él se argumenta que no hay que asumir siempre *a priori* que el comandante tenga el control, pues en este caso no logró demostrarse que el General Delić tuviera el control sobre la totalidad de unos grupos paramilitares que le eran vinculados llamados *Muyahidines*. Ese control ha de demostrarse *más allá de la duda razonable*<sup>89</sup>.

Una vez más, la Corte examinó jurisprudencia de otros tribunales para decantarse por diversos factores que indicaran que Bemba Gombo tenía control efectivo sobre la situación y conducta de sus tropas. En este caso se examinó jurisprudencia del TPIY (Orić, 2008; Hadžihasanović & Kubura, 2008; Kordić Čerkez, 2004; Strugar, 2008; Halilović, 2007; Blaškić, 2004; Delalić et al., 2001; Delić, 2008), del TPIR (Nahimana, 2007) y de la Corte Especial para Sierra Leona (Brima et al., 2008). Los diversos factores determinados son estos<sup>90</sup>:

- La posición oficial del comandante en la estructura militar y las tareas que tiene.
- La capacidad de emitir órdenes, incluyendo su capacidad de dar órdenes a las unidades y fuerzas bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o a niveles más bajos a fin de involucrarse en las hostilidades.
- La capacidad de que obedezcan sus órdenes, incluyendo cerciorarse de qué órdenes se cumplieron.
- La capacidad de hacer cambios en la estructura a su mando.
- La capacidad de promover, reemplazar, remover o disciplinar a los miembros de las fuerzas bajo su mando e iniciar investigaciones.
- La autoridad para enviar fuerzas a sitios donde se desarrollan las hostilidades así como de retirar a sus hombres cuando lo considere oportuno.
- El acceso independiente o control sobre los medios de hacer la guerra, como lo son las comunicaciones, los equipos y las armas.
- El control sobre las finanzas.
- La capacidad de representar a las fuerzas en las negociaciones o interactuar con cuerpos, individuos a nombre de sus fuerzas.

---

<sup>89</sup> ROCHA HERRERA, M. (2018). “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6, pp. 40-41

<sup>90</sup> SPI III Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 88, para. 188

Tal evidencia llevó a la Corte a extraer ciertas conclusiones<sup>91</sup>:

- i) Bemba Gombo era una persona actuando como comandante militar.
- ii) Las fuerzas estaban bajo su control efectivo [...]
- iii) Los crímenes se cometieron por su falta de voluntad de ejercer control apropiado sobre las tropas.
- iv) Él sabía que las fuerzas estaban cometiendo o estaban por cometer dichos crímenes.
- v) Incumplió en tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o reprimir la comisión o someter la cuestión a las autoridades competentes para su investigación o juicio.

De la premisa de ejercer un control efectivo se deriva la conclusión del poder material de prevenir o reprimir que posee el superior. Esta facultad, no obstante, está sometida a las circunstancias del periodo de tiempo concreto en que surja esa obligación de actuar. Es perfectamente posible, como ya hemos visto, que el superior no sea materialmente capaz de ejercer las medidas necesarias y razonables a su alcance para hacer cesar a sus subordinados en su conducta.

Se tratan de recopilar factores que develen que el superior había mantenido su deber de prevención, y en este caso es la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI la que, consultando jurisprudencia del TPIY (Hadžihasanović & Kubura, 2008; Strugar, 2008) y TPIR (Nahimana et al., 2007), extrajo algunos factores que muestran esa labor preventiva<sup>92</sup>:

- Asegurar que las fuerzas estén adecuadamente entrenadas en el DIH.
- Monitorear con reportes que las acciones militares se lleven a cabo de conformidad con el Derecho Internacional.
- Asegurarse de que las órdenes emitidas estén de acuerdo con las prácticas de las leyes de la guerra.
- Llevar a cabo medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por las fuerzas bajo el mando.

---

<sup>91</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 30, para. 59

<sup>92</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 91, para. 197-198

- Emitir órdenes específicas para prevenir los crímenes, y no solo emitir órdenes generales y de rutina.
- Desaprobar y ser críticos de conductas criminales.
- Insistir ante la autoridad superior sobre qué acción inmediata debe tomarse para prevenir o castigar los crímenes.
- La capacidad de posponer operaciones militares.
- Suspender, excluir, expulsar y transferir subordinados violentos.
- Conducir las operaciones militares de tal forma que se minimicen los riesgos de cometer crímenes o de dar oportunidad a que sucedan.

Un deber derivado del control efectivo y la labor de prevención que debe ejercer el comandante aun siendo un comandante *de facto* es la notificación a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. La Corte señala que, si el comandante no tiene poder suficiente para sancionar, habrá de tomar aun así algunas medidas que satisfagan ese deber. Básicamente la Corte señala que el superior debe “proponer sanciones a sus superiores que tengan el poder disciplinario y/o remitir el caso a la autoridad judicial reuniendo la mayor evidencia posible<sup>93</sup>.”

### **5.3 LA SENTENCIA DE LA SALA DE APELACIÓN**

Lo que la SPI concluyó fue que Bemba Gombo tenía la autoridad y el control efectivos sobre sus tropas, por lo que tenía la capacidad de prevenir y reprimir, así como el conocimiento (“actual knowledge”) de los sucesos acontecidos. Es por ello que la Sala sostiene que podría haber perfectamente aplicado las medias necesarias y razonables a su alcance para que la conducta criminal de sus subordinados cesase. Sin embargo Bemba Gombo no hizo tal cosa, luciendo una actitud de permisividad ante estos crímenes que hace que le sea exigible la responsabilidad, puesto que inspiró en sus tropas una sensación de impunidad que motivó la continuación en la comisión de crímenes.

Así pues, el 21 de junio de 2016 llegó la sentencia de la Sala de Primera Instancia III de la CPI. Jean Pierre Bemba Gombo fue condenado “como persona actuando como comandante militar” que sabía que sus tropas bajo su efectiva autoridad y control material cometieron o estaban por cometer crímenes de lesa humanidad, por asesinato y

---

<sup>93</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 92, para. 202

violación sexual así como crímenes de guerra por asesinato, violación sexual, pillaje y despojo<sup>94</sup>.

No obstante, en un inesperado giro de los acontecimientos, el 8 de junio de 2018 se dio lugar la audiencia de apelación en la que la Sala de Apelaciones de la CPI revirtió la sentencia al encontrar discontinuados los alegatos usados en el caso<sup>95</sup> y se absolvió al acusado de todos los cargos.

La Sala de Apelaciones alega para ello errores de hecho y de derecho, además de errores de apreciación y procedimiento cometidos por la Sala de Primera Instancia. Concretamente y a propósito del art. 28, la Sala de Apelaciones estimó que los criterios de prevención y notificación que le eran atribuibles al superior jerárquico no fueron evaluados adecuadamente por la Sala de Primera Instancia con respecto a Bemba Gombo. La SA lo expresó de la siguiente manera:

“La Sala de Apelaciones ha identificado los siguientes errores graves en la evaluación que la Sala de Primera Instancia llevó a cabo con relación a todas las medidas necesarias y razonables que tomó el Señor Bemba Gombo para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes por sus subordinados así como para transmitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y juicio: (i) La SPI erró en apreciar las limitaciones que el Señor Bemba Gombo pudo haber afrontado en la investigación y juicio de los crímenes al ser un comandante a distancia que enviaba tropas a un Estado extranjero; (ii) la SPI erró al concluir que el Señor Bemba Gombo no refirió los alegatos de crímenes a las autoridades de la República Centro Africana para su investigación al ignorar el argumento del envío por parte del Señor Bemba Gombo de una carta a las autoridades de la República Centro Africana denunciando los hechos; (iii) La SPI erró en considerar que las motivaciones para adoptar medidas preventivas para reprimir la comisión de los crímenes de parte del Señor Bemba Gombo no eran genuinas; (iv) la SPI erró en disminuir la importancia de las medidas tomadas por el Señor Bemba Gombo en las circunstancias en las que se encontraba; (v) la SPI erró en determinar que el Señor Bemba Gombo no empoderó adecuadamente a otros mandos y oficiales del MLC para que se llevaran a cabo las investigaciones y juicios para castigar los crímenes; (vi) la SPI erró en dar una indicación del número aproximado de crímenes perpetrados a fin de evaluar el impacto de ellos en la determinación de los mismos por parte de la defensa del Señor Bemba Gombo y; (vii) la SPI erró en tomar en consideración la reasignación de las tropas del MLC a fin de evitar el contacto con la población civil<sup>96</sup>.”

---

<sup>94</sup> SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 30, para. 61

<sup>95</sup> SA Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, 2018, p. 79, para 197

<sup>96</sup> SA, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, 2018, p. 77, para 189. Traducción por ROCHA HERRERA, M. (2018) en “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6, p. 46

El error para la SA consistía en que la SPI había formado su estándar de conocimiento en torno a la fórmula del conocimiento más simple, en el que Bemba Gombo sabía y conocía de los crímenes “más allá de la duda razonable”. La SA consideró que no había evidencia suficiente para considerar los hechos probados más allá de toda duda razonable. La mayoría de la SA (3 contra 2) argumentó que la SPI había utilizado argumentos que quedaban en duda, cuando estos precisamente por ser dudosos o poco concluyentes deberían ser desechados (p. 4 de la sentencia del 8 de junio de 2018). Es por ello que, al no quedar probado más allá de toda duda razonable el hecho de que Bemba Gombo pudiera haber evitado esos crímenes y hubiera fallado en su deber de impedirlo, no se le pudo declarar responsable.

En resumen: la SA hizo primar, en una decisión muy controvertida, la técnica y rigidez del Derecho sobre el fondo y lo objetivo sobre lo subjetivo al hacer prevalecer los errores de hecho y de derecho por considerar que, de no hacerlo, la justicia administrada para el acusado podría verse en una posición comprometida de no tenerlos en cuenta.

## **CONCLUSIONES**

I. El concepto de la responsabilidad del superior jerárquico ha sido motivo de estudio y teorización por la doctrina durante muchísimos años, además de ser objeto de trabajos como este por su interés, y no es para menos. Lo cierto es que con respecto a los grandes crímenes internacionales vemos en muchas ocasiones que los perpetradores alegan que “cumplían órdenes”. Un ejemplo claro fueron los juicios de Núremberg, a partir de los cuales se adoptó el concepto de crimen de genocidio. En ellos se juzgaron a funcionarios del régimen y demás subordinados que alegaban que simplemente cumplían órdenes o aplicaban lo que por aquel entonces, ciertamente, era la ley vigente. Es por ello que se hace necesario analizar hasta qué punto esos crímenes se podrían haber evitado con una intervención por parte del superior jerárquico. Si la respuesta es que esos crímenes podrían haberse evitado efectivamente, entonces es necesario atribuirle responsabilidad por la comisión de los crímenes al superior. Pero no como autor, sino como negligente en su labor como observador y comandante de las conductas de sus subordinados.

II. Para llegar a determinar la responsabilidad del superior jerárquico es necesario saber en qué grado es responsable y cuáles son los actos que se le han de recriminar. En este trabajo he intentado plasmar mi percepción acerca de la teoría de la omisión que es

aplicable al concepto de responsabilidad del superior jerárquico. Lo cierto es que para mí el propio art. 28 del Estatuto de Roma nos está perimetrando en cierta manera el alcance de esa responsabilidad, que habrá de atribuírsele “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”. Sería por tanto una omisión pura o propia, pues se castiga la falta o negligencia en el deber de control y prevención de las conductas de sus subordinados. A mi modo de ver, el concepto ha de desmarcarse de la noción de omisión impropia o referida al resultado, pues hacerle responsable de esos crímenes supondría equiparar a un superior que podría no haber tenido el más mínimo conocimiento del asunto con los responsables materiales de eso crímenes. Para mí, la distinción se basa en que el superior y el subordinado no comparten la misma *mens rea*. Eso, unido a que el superior no ha cometido los crímenes, me hace muy difícil aceptar la postura de la omisión impropia (aunque vea cierta lógica en ella).

III. Dicho lo anterior, uno de los factores que hace que pueda ver lógica en la premisa de que el superior es responsable del resultado es el hecho de que el art. 28 hable del conocimiento efectivo que pudiere haber tenido el superior. En mi opinión, cabría preguntarse si la CPI debería afinar sus criterios subjetivos (por complicado que pueda resultar) para separar, por una parte, los casos en los que el superior llegó a tener conocimiento aunque faltara o cumpliera de manera deficiente su deber de prevenir las conductas criminales de sus subordinados de, por otra parte, los casos en los que el superior llegó a tener conocimiento y permitió que sus subordinados continuaran con la comisión de esos crímenes (lo que se asemejaría o constituiría incluso un modo de complicidad). Especialmente son problemáticos a este respecto el “hubiere sabido” del apartado (a)(i) y, aún más, el apartado (b)(i). Esto lo intenta zanjar la CPI diciendo que se deberá atender al caso concreto, lo que yo considero razonable, pero en la teoría sigue sin clarificar el concepto.

IV. El hecho de que el concepto dependa tanto del caso concreto es porque se ha ido formando a base de jurisprudencia y se ha ido adaptando y clarificando por los tribunales al caso concreto en que fuera necesario emplearlo. El concepto muchas veces ha estado en manos de la denominada “justicia de los vencedores” para justificar de alguna manera la administración de una justicia poco razonable y demasiado estricta en algunos casos, lo que no ha ayudado a fijar unos criterios estándar al no ser totalmente fieles al caso en cuestión. Esto se aprecia sobre todo en los juicios contra jefes militares, que ocupan la mayoría de la jurisprudencia en comparación con los superiores civiles,

puesto que se considera mucho más estricta la disciplina militar y mucho más exigente el deber de estos superiores. Esto ha acabado plasmándose en el concepto de “hubiera debido saber” que, pese a ser más estricto, es el que yo considero que deja más abierta la puerta al análisis del caso concreto y se asemeja mucho más a una verdadera negligencia.

V. La oportunidad más reciente de clarificación del concepto la vimos en el caso Bemba Gombo. Nuevamente se proclama la importancia de analizar el caso concreto, en el que prima analizar los elementos de control efectivo, conocimiento, prevención o notificación a las autoridades pertinentes. Se pierde la oportunidad de que la Corte ofrezca argumentos que zanjen el debate, pues en lugar de eso insiste en cuestiones técnicas y de error de derecho, dejando de lado el fondo del asunto y las cuestiones subjetivas que conciernen al concepto. Está por ver si en los próximos años la CPI arroja luz sobre el concepto y, si surge la ocasión en la que se tenga que aplicar el art. 28, ofrezca argumentos que hagan evolucionar a un concepto tan antiguo como la civilización misma y que, lejos de estar claro, sigue cambiante conforme a su tiempo. Veo muy difícil que un concepto que está llamado a ayudar en la administración de justicia internacional llegue a estar perfectamente claro. La concepción del Derecho de la doctrina de los diversos Estados es lo que enriquece el debate y, a su vez, el propio concepto. Considero por tanto que, en un concepto que depende tanto de lo subjetivo, la Corte ha de ir más allá de lo que los individuos interpreten y tomar ella misma la iniciativa a la hora de analizar las implicaciones de lo objetivo en lo subjetivo, o lo que es lo mismo, de los hechos y evidencias en el fondo del asunto (la responsabilidad que el superior tiene sobre esos hechos). Considero que sólo si la CPI tiene claros sus conceptos puede ser capaz de analizar correctamente los indicios y llegar a una conclusión sobre el grado de control efectivo del superior que permita imputar la responsabilidad del mismo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS Y ARTÍCULOS EN LIBROS Y REVISTAS ESPECIALIZADAS:**

AMBOS, K. (1999), “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LII. 1999.

AMBOS, K. (2001), “Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional”, *Revista Penal* núm.7, enero 2001.

BANTEKAS, I. (1999), "The contemporary law of superior responsibility", *American Journal of International Law*, Vol. 93, Nº 3, 1999.

ECKHARDT, W. G. (1982), "Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard", *Military Law Review*, Vol. 97.

FARALDO CABANA, P. (2012), "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español", *ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*.

FENRICK, W. J. (1999), *Commentary on the Rome Statute of International*, 1999.

HENCKAERTS, J; DOSWALD-BECK, L. (2007), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Ginebra: CICR, 2007, Regla 153.

KISS, A. (2006), "La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court)", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 1/2016.

MAUGERI, A. M. (2007), *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Catania, Italia, Giuffrè Editore, 2007.

OLASOLO ALONSO, H. (2013), *Tratado de Autoría*, Valencia, España, editorial Tirant Lo Blanch.

OLASOLO ALONSO, H; CANOSA CANTOR, J. (2018), "La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional", *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12.

PEREZ-LEON AZEVEDO, J.P. (2007), "La responsabilidad del superior sensu stricto por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo", *International Law: Revista Colombiana Derecho Internacional Bogotá Nº 10*, noviembre de 2007

PILLOUD, C. (1986), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR.

ROCHA HERRERA, M. (2018), "¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 6.

ROCHA HERRERA, M. (2018), "El principio de la Responsabilidad del Superior Jerárquico ante la CPI", *Foro de Justicia Internacional A.C. Mexico City*, 2018.

RONEN, Y. (2010), "Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43 (2010).

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1986), *El delito de omisión*, Barcelona, España, Librería Bosch, 1986.

SLIEDREGT, E. (2012), "Individual criminal responsibility in international law", *Oxford New York Oxford University Press*, 2012.

STRYSZAK, M. (2000), "Command Responsibility: How much a Commander can be Expected to Know?", *Journal of Legal Studies*, 2000.

SUN TZU. (2000), *El Arte de la Guerra*. Colombia: Panamericana Editorial.

WERLE, G. (2014), *Principles of international criminal law*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.

#### **DOCUMENTOS:**

*Código de Lieber*, 24 de abril de 1863 (<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>)

*Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, 18 de octubre 1907.

*Reporte de la Comisión sobre la Responsabilidad del los Autores de la Guerra y Establecimiento de las Penas*, 1919.

Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1991). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones, Nueva York y Ginebra, 1994.

*Estatuto TPIY*. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 827 (1993) de 25 de mayo.

*Estatuto TPIR*. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 995 (1994) de 8 de noviembre.

*Estatuto de Roma*. Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.

Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Nueva York y Ginebra, 2002.

#### **JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES:**

Caso *US vs Pohl et al*

[http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1947.11.03\\_United\\_States\\_v\\_Pohl.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1947.11.03_United_States_v_Pohl.pdf)

Caso *Von List et al*

[http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List1.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf)

Caso *Von Leeb*

[http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.10.28\\_United\\_States\\_v\\_Leeb.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.10.28_United_States_v_Leeb.pdf)

Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones (2018), *La Fiscal vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión del 08.06.2018, N° ICC-01/05-01/08.

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II (2009), *La Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión de 03.07.2009 (Decisión de confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08-424.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III (2016), *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decisión de 15.6.2009 (Decisión de Confirmación de Cargos), ICC-01/05-01/08-408.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia (2016), *La Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Jelic v. Croacia*, Application no. 57856/11, 12 de Junio de 2014.

Tribunal Militar de los EUA para Crímenes de Guerra, *Sentencia del General Yamashita*, 1946.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1999), Sentencia de Primera Instancia, ICTR-95-1-T, *El Fiscal vs. Kayishema*, 21 de mayo de 1999.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2003), Sentencia de Primera Instancia, ICTR-98-44A, *El Fiscal vs. Kajelijeli*, 1 de diciembre de 2003.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2002), Sentencia de la Sala de Apelación, ICTR-95-1A, *El Fiscal vs. Bagilishema*, 3 de julio de 2002.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2001), Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Zejnil Delalić et al (Čelebići)*, 10.02.2001, Caso N° IT-96-21-A.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2003), Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Krnojelac*, IT-97-25, 17 de septiembre de 2003.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2004), Sala de Apelación, *El Fiscal vs. Kordic & Cerkez*, IT-95-14/2, 17 de diciembre de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2007), Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs Halilovic*, 16.10.2007, La Haya, Caso N° IT-01-48-A.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2008), Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Hadžihasanović*, La Haya, Caso N° IT-01-47-A.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2008), Sala de Apelaciones, *El Fiscal v. Oric*, La Haya, Caso N° IT-03-68.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2000), Sala de Primera Instancia, *El Fiscal v. Blaskic*, IT-95-15, 3 de marzo de 2000.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2001), Sala de Primera Instancia, *El Fiscal v. Mucic et al (Celebici)*, IT-96-21, 20 de febrero de 2001.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2005), Sala de Primera Instancia, *El Fiscal vs. Strugar*, ICTY-01-42-T, 31 de enero de 2005.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2006), Sala de Primera Instancia, (*El Fiscal vs. Orić*), IT-03-68-T, 30 de junio de 2006.