

LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO A LA LUZ DE LA ACTUAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

Rosario DOMÍNGUEZ MATÉS

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales*

ÍNDICE

I. Introducción. II. Naturaleza y carácter de la doctrina de la responsabilidad del mando en Derecho Internacional Humanitario Contemporáneo. III. Elementos definitorios de la doctrina de la responsabilidad del mando. A. Relación entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados. B. Relación superior-subordinado. C. Mens Rea: «Conocía o tenía razones para conocer». D. Omisión de prevenir o de castigar. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas asistimos a un importante desarrollo del Derecho Internacional Penal en el ámbito de los conflictos armados. Desde el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la Corte Penal Internacional, y los Tribunales Especiales para Sierra Leona, Timor Leste, Camboya, e Irak, el Derecho Internacional Humanitario ha visto cumplida una de sus máximas aspiraciones: el juicio y condena de las personas responsables de las violaciones más graves de esta rama del Derecho. Y, en este artículo, trataremos de una de las formas de responsabilidad de mayor rai-

gambre en el devenir del Derecho Internacional Humanitario: la responsabilidad de los superiores al mando por conductas criminales de sus subordinados¹.

Ya, alrededor del siglo V a. C., Sun Tzu en su libro «El Arte de la Guerra» señalaba –aún de forma indirecta pues de refería a la consecución del éxito en el combate– la responsabilidad de los jefes sobre las actuaciones de sus subordinados de esta manera:

«En la guerra se producen desbandadas, motines, desmoralizaciones, desastres, caos y catástrofes. Ninguna de estas seis situaciones obedece a causas naturales, sino que se derivan de los defectos de jefe. (... ..) Si se produce alguna de ellas, la responsabilidad recae exclusivamente sobre el jefe, quien debe reflexionar sobre sus letales consecuencias con exquisito cuidado.»²

El principio de la responsabilidad del mando quedó desarrollado durante la guerra civil norteamericana, a través del artículo 71 del denominado *Código Lieber* que señalaba la responsabilidad del comandante por ordenar o incitar a los soldados a herir o matar a enemigos fuera de combate³. Pero, la codificación del principio a nivel internacional se llevó a cabo por el artículo 1 del *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* anexo a la IV Convención de La Haya adoptada en la Segunda Conferencia de la Paz de 1907 con este tenor:

«Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; (...)»

¹ En mi opinión, uno de los mejores estudios de esta materia desde sus orígenes hasta el momento de su publicación (1973) pero que mantiene su actualidad y que, por ello, recomiendo, es: PARKS, William H., «Command Responsibility for War Crimes», 62 *Military Law Review* (1973), pp. 1-104.

² SUN TZU, *El arte de la guerra*, Biblioteca Nueva, Colección Taxila, Madrid (2000), Cap. X, párrafos 9 y 16, pp. 90-91.

³ El artículo 71 señalaba: «Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed.» *Instructions for the Government of the United States in the Field*, elaboradas por Francis Lieber y adoptadas como *General Orders n.º 100* por el Presidente Lincoln el 24 de abril de 1863.

Por su parte, el artículo 3 de la mencionada IV Convención subraya que:

«La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.»

Cierto es que, como se comprueba, la primera disposición no contiene mayor detalle sobre las obligaciones particulares del comandante, y que la segunda disposición no se refiere a la responsabilidad penal individual, pero subraya el papel esencial de la autoridad al mando en el cumplimiento de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario⁴.

Finalmente, esta forma de responsabilidad quedó reconocida y concretada en los artículos 86 y 87 del *Protocolo Adicional I de 1977* que, bajo los rótulos de «Omisiones» y «Deberes de los jefes» respectivamente, establecen una primera obligación general de reprimir o de hacer cesar infracciones como resultado de una omisión (artículo 86, párrafo 1.º), y concretan la responsabilidad a estos efectos de los superiores al mando (artículo 86, párrafo 2.º y 87). Respecto de esto último, el Comentario del CICR a estos artículos ya señalaba las dificultades para establecer el carácter intencional (*mens rea*) de una omisión, particularmente en caso de negligencia, y evaluaba las condiciones para que una omisión de un superior pueda conducirle a ser responsable respecto de hechos cometidos por sus subordinados (la calificación del superior, su conocimiento de los hechos y las vías de información, y la obligación de tomar medidas para prohibir o reprimir la infracción)⁵.

El tratamiento en el Derecho interno y a nivel doctrinal de esta materia demuestra la confusión que hay sobre este tema⁶, y el ámbito jurispuden-

⁴ Así lo puso de manifiesto posteriormente la Comisión Internacional sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre la Persecución Legal de los Crímenes que recomendó a la Conferencia de Paz de 1919 el establecimiento de un tribunal que persiguiera a aquéllos que «ordered, or with knowledge thereof and with power to intervene, abstained from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing violations of the laws or customs of war». Este tribunal nunca fue creado. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *Report Presented to the Preliminary Peace Conference, Versailles, 29 March 1919*, en: *American Journal of International Law* (1920), vol. 14, n.º 95, p. 121.

⁵ Vid. Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1035 y ss., párrs. 3540 y ss.

⁶ JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility Revisited», 3 *Chinese Journal of International Law* (2004), pp. 25-31.

cial tampoco queda con altos honores en cuanto a su desarrollo en el marco de los recientes conflictos armados. En este trabajo solo estudiaremos en particular los más recientes casos que ha tratado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, como son el caso *Hadzihasanovic* (16 de julio de 2003 y 15 de marzo de 2006), el caso *Halilovic* (16 de noviembre de 2005) y el caso *Oric* (30 de junio 2006), sin dejar de hacer referencia a otros casos cuyo origen hay que reconocer en el renombrado caso *Celebici*.

El *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* ha recogido la doctrina de la responsabilidad del mando en el artículo 7 del mismo titulado «Responsabilidad penal individual» señala en su párrafo 1.º que:

«1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.»

Por su parte, el mismo artículo 7 señala en su párrafo 3.º que:

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

A continuación analizaremos la naturaleza y el carácter de esta materia sobre la base de la reciente jurisprudencia del Tribunal para, posteriormente, estudiar sus elementos definitorios.

II. NATURALEZA Y CARÁCTER DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONTEMPORÁNEO

En principio, hay que poner de manifiesto que hoy en día el principio de la responsabilidad penal del superior está firmemente anclado en el derecho convencional siendo considerado, además, como parte del dere-

cho internacional consuetudinario. Esto queda demostrado no sólo observando el alto número de Estados Partes en el *Protocolo Adicional I de 1977*⁷, sino también teniendo en cuenta que ha sido recogido en los distintos *Estatutos* de otros Tribunales Penales Internacionales. Así lo ha confirmado, igualmente, la reciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia⁸.

En este sentido, y superando la referencia expresa de este principio en el *Protocolo Adicional II de 1977* relativo a la regulación jurídica de los conflictos armados sin carácter internacional, el principio de la responsabilidad penal del superior al mando es aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. Siguiendo la jurisprudencia fruto del caso *Tadic*, cuando el Tribunal subraya que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por graves violaciones del artículo 3 común y de determinados principios y normas fundamentales relativas a los medios y métodos de combate en la guerra civil⁹, el Tribunal afirma recientemente y con contundencia que este principio como parte del derecho internacional consuetudinario, reconocido incluso antes de 1977, se aplica también respecto de los crímenes cometidos durante un conflicto armado de índole no internacional¹⁰.

Por otra parte, el principio de la responsabilidad del superior tiene como propósito esencial cumplir con la obligación general de respetar y de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario en todas las circunstancias, que señala el artículo 1 común a las cuatro *Convenciones de Ginebra de 1949* y el artículo 1.1.º del *Protocolo Adicional I de 1977*. A esta obligación general de cumplimiento le sigue, en particular, aquélla que corresponde a los superiores al mando de que «los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo» y de que tomen las medidas necesarias para impedir y reprimir

⁷ A fecha de 14 de marzo de 2008, el número de Estados Partes en el *Protocolo Adicional I de 1977* era de 167.

⁸ *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land' o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, párr. 195; *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 39 y ss.; *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 291.

⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case IT-94-1-AR72, Decisión on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párr. 134.

¹⁰ *Prosecutor v. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Case IT-01-47-AR72, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 11 a 31. *Vid.* igualmente, ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Rule 153, p. 558 a 563.

cualquier infracción de los mismos (artículo 87 del *Protocolo I de 1977*). Ciertamente, corresponde a los comandantes un papel singular en el cumplimiento de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario: el carácter de autoridad que le ha sido conferido, el desarrollo de su acción sobre el terreno, y su deber principal cual es el de mantener e imponer disciplina, les conforman en piezas indispensables del eficaz cumplimiento de las leyes y usos de la guerra¹¹.

Al respecto, el Tribunal no había tratado la cuestión de saber cuál es el objeto de la responsabilidad del superior al mando: si la omisión del superior de cumplir con determinadas obligaciones o, por el contrario, una forma de responsabilidad derivada del crimen/es cometido/os por sus subordinados. Sin embargo, recientemente, el caso *Halilovic* ha permitido al Tribunal pronunciarse al respecto. Así, el Tribunal ha concluido, tras un estudio de los artículos 86 y 87 del *Protocolo I*, de la jurisprudencia anterior ciertamente confusa en esta materia¹² y los casos post-II Guerra Mundial, que la responsabilidad del superior al mando en virtud del artículo 7, párrafo 3.º, del *Estatuto* es una responsabilidad por omisión. En definitiva, el superior al mando es responsable de la omisión del cumplimiento de la obligación de prevenir y de sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados, subrayando al final el peso relevante que el conocimiento y el efectivo cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario tiene para los superiores al mando¹³.

En esencia, como ha señalado el mismo Tribunal en un caso aún más reciente¹⁴, la responsabilidad del superior jerárquico en virtud del artículo 7, párrafo 3.º, es el corolario de una obligación de hacer; esta responsabilidad es pues una responsabilidad por omisión de prevenir o de sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados. Se trata, en definitiva, de una responsabilidad *sui generis* y distinta de la que señala el artículo 7, párrafo 1.º, del *Estatuto*.

¹¹ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1042, párr. 3550.

¹² El Tribunal nombra, no obstante, como caso de distinción en este punto: el caso *Aleksovski* (*Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999, párr. 67). Y, también, la opinión parcialmente disidente del Juez Shahabuddeen en el caso *Hadzihasanovic* ante el Tribunal de Apelación (*Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Case IT-01-47-AR72, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 32).

¹³ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 54.

¹⁴ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Judgement, 15 mars 2006, párr. 75. Recogido, también y por último, en *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 293.

III. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO

A. RELACIÓN ENTRE LA OMISIÓN DEL SUPERIOR Y LOS CRÍMENES COMETIDOS POR LOS SUBORDINADOS

En cuanto al carácter de esta responsabilidad por omisión, en reciente caso Oric se ha planteado por la defensa del acusado el que los crímenes «cometidos» por los subordinados se refieren sólo a los modos de «comisión» del artículo 7, párrafo 1.º, del Estatuto a modo de actos positivos, siguiendo una estrictísima interpretación de la expresión «haya sido cometido» del artículo 7, párrafo 2.º; no refiriéndose, por lo tanto, a otras formas de participación tales como la incitación, la ayuda o el aliento a la comisión de tales actos¹⁵.

Al respecto, siguiendo en particular el caso *Boskoski y Tarculovski*¹⁶, aunque con aclaraciones, el Tribunal subraya que la responsabilidad penal del superior según el artículo 7, párrafo 3.º, se refiere a los crímenes «cometidos», pero también se extiende a las demás formas de participación que señala el artículo 7, párrafo 1.º, en particular «incitar», «ayudar» y «alentar»¹⁷. El Tribunal continúa subrayando que la acción del subordinado no tiene que limitarse a una activa perpetración o participación, sino que también puede comprender la comisión por omisión¹⁸. Claro está que este último punto depende de que el subordinado esté obligado a actuar en términos de prevenir el resultado punible como, por ejemplo, en cumplimiento de una obligación resultado de una posición de responsable de la protección o custodia de personas (por ejemplo, de prisioneros de guerra o de detenidos¹⁹) o en atención a su cargo *de iure* o habiendo asumido tal función (por ejemplo, un bombero o un miembro de protección civil), o en virtud de un comportamiento previo que le obliga a prevenir las posibles consecuencias de sus actos (*actio libera in causa*)²⁰.

¹⁵ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 297.

¹⁶ *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski*, Case IT-04-82-PT, Decisión on Prosecution's Motion to Amend the Indictment, 26 May 2006., párrs. 18 y ss.

¹⁷ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 301.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 302.

¹⁹ Por ejemplo, según el artículo 13 de la *III Convención de Ginebra de 1949* o el artículo 11 del *Protocolo Adicional I de 1977*.

²⁰ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párrs. 304-305.

B. RELACIÓN SUPERIOR-SUBORDINADO

La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que el elemento principal de la doctrina de la responsabilidad del mando se basa en el poder del superior de controlar los actos de sus subordinados²¹. Esto supone, en principio:

En primer lugar, que el propio artículo 7, párrafo 3.º, del *Estatuto* no diferencia entre «comandante» y «superior», como hará más tarde el artículo 28 del *Estatuto de Roma de 1998*, sino que utiliza la expresión genérica de «superior». De esta forma se incluye no sólo al militar al mando, sino también a líderes políticos y otros civiles en posesión de autoridad²².

En segundo lugar, en relación con el poder de control del superior, es indiferente si ese poder está basado en una posición de *iure* o *de facto*²³. El Tribunal lo señala de forma clara en el caso *Halilovic* cuando afirma que su jurisprudencia desde el caso *Celebici* ha interpretado los conceptos de mando y de subordinación en cierto sentido amplio. De esta forma, el «mando» no se fundamenta solo en una relación formal o estatus *de iure* (subordinación directa o formal), sino que puede estar basado en la existencia de poderes de control *de facto*²⁴. Este último punto es particularmente importante respecto de los conflictos armados contemporáneos en lo que se observa la autoproclamación *de facto* de gobiernos y/o de fuerzas armadas o grupos paramilitares²⁵.

Igualmente, hay que señalar que la mera naturaleza *ad hoc* o temporal de una unidad militar o de un grupo armado no excluye *per se* la relación de subordinación entre el miembro de la unidad o grupo y su comandante o líder²⁶. Esta afirmación se fundamenta en el propio artículo 87 («Debe-

²¹ Así quedó afirmado en particular en *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land' o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, párr. 377. Recientemente en: *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 57, y *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 307.

²² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 308.

²³ Así se ha señalado desde el caso *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land' o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Judgement, 16 November 1998, párrs. 354, 370 y 736, confirmado por *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic and Esad Land' o (Celebici Case)*, Case IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, párrs. 195 y ss., al caso más reciente *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 58 y 60.

²⁴ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 60.

²⁵ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 309.

²⁶ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 61.

res de los jefes»), párrafo 1.º, del *Protocolo Adicional I de 1977* cuando señala que los jefes militares están obligados, «en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad», a impedir, reprimir o denunciar las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Así, esta responsabilidad se entiende, en primer lugar, respecto «los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes» pudiendo ser esta atribución de control dada de forma temporal y para una misión en concreto, independientemente de las que ya tenga atribuidas oficialmente en el ejercicio de su cargo²⁷. En segundo lugar, la expresión «las demás personas que se encuentren bajo su autoridad» indica, aunque no exclusivamente, situaciones referidas en particular a la de los territorios ocupados en los que el mando debe asegurar el orden público, entre otras tareas, y debe hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario en las tropas que operen en su sector²⁸.

En tercer lugar, queda afirmar que la prueba de la relación superior–subordinado depende, en última instancia, de la existencia del «efectivo control» o «habilidad material» que el superior tenga para prevenir o sancionar la comisión de los crímenes realizados por sus subordinados. En este importante punto, el caso *Oric* recoge la jurisprudencia anterior del Tribunal y aclara diversas cuestiones.

Lo primero es señalar el umbral a partir del cual podemos hablar de «efectivo control»²⁹. En este sentido, la «influencia general» o, incluso, la «influencia sustancial» y el haber coordinado distintas tareas o acciones no significa necesariamente tener «mando y control». Igualmente, el control «efectivo» no presupone que el superior tenga capacidad formal para dar órdenes o imponer sanciones disciplinarias, sino que depende más bien de una situación fáctica como, por ejemplo, la capacidad para que otros se atengan a determinadas normas y órdenes.

Lo segundo es preguntarse si el superior necesita identificar en concreto a los subordinados que presuntamente han cometido los crímenes³⁰. El caso *Oric*, siguiendo los casos *Krnjelac*, *Blaskic* y *Hadzihasanovic* en

²⁷ Así lo subraya el CICR en su Comentario al artículo 87.1.º del *Protocolo Adicional I*: «Un commandant peut se voir attribuer, pour une opération déterminée et pour un temps limité, un renfort constitué par des troupes qui ne sont, normalement, pas placées sous son commandement». Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1043, párr. 3554.

²⁸ *Ibidem*, párr. 3555.

²⁹ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 311. 13

³⁰ *Ibidem*.

este punto³¹, subraya que la prueba de la existencia de la relación superior-subordinado no requiere la identificación de aquéllos por nombre o por su número, sino que basta que los presuntos responsables de la comisión de los crímenes estuvieran en una unidad o grupo bajo su control.

Por último, el caso *Oric* recoge una lista de criterios indicativos de la existencia de autoridad en términos de «control efectivo», según vasta jurisprudencia anterior³². De este modo, en particular señala: la formalidad del procedimiento usado para nombrar al superior; el poder del superior de dar instrucciones o tomar medidas disciplinarias; el hecho de que el subordinado presente ante el superior mayor disciplina que cuando está aquél ausente; la capacidad del superior para transmitir informes a las autoridades competentes en relación con la adopción de determinadas medidas; la capacidad para firmar órdenes; o el perfil público del superior aunque no ejerza un control efectivo per se. Además, se deja claro que el control efectivo no presupone necesariamente un cierto rango; no se requiere, pues, que el superior generalmente ejerza las funciones de autoridad *de iure*.

Para terminar con el análisis de este requisito relativo a la relación superior-subordinado hay que hacer referencia a dos puntos de importancia. El primero que, aún no siendo novedoso, esperemos que la futura jurisprudencia del Tribunal/es tenga/n ocasión de analizar en mayor profundidad, es el relativo a la concurrencia de responsabilidad de varios superiores en cuanto a sus deberes de prevenir y de sancionar la comisión de violaciones del Derecho Internacional Humanitario. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal subraya que la responsabilidad penal individual del superior al mando no excluye la eventual concurrencia de responsabilidad de otros superiores³³. No obstante, si el superior ha actuado en calidad de miembro de un órgano colegiado (autoridad compartida) la responsabilidad de un acusado ha de establecerse caso por caso en atención al efecto cumulativo de las distintas funciones que desempeñe³⁴.

³¹ *Prosecutor v. Minorad Krnojelac*, Case IT-97-25-PT, Decisión on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, 24 February 1999, párr. 46; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004, párr. 217; y, *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-01-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 90.

³² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 312.

³³ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, párrs. 296, 302, y 303; *Prosecutor v. Minorad Krnojelac*, Case IT-97-25-T, Judgement, párr. 93; *Prosecutor v. Mladen Naletilic (aka «Tuta») and Vinko Martinovic (aka «Stela»)*, Case IT-98-34-T, Judgement, 31 March 2003, párr. 69; y, *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 62.

³⁴ *Vid.* en particular, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin*, Case IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, párr. 277, y *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case IT-97-24-T, Judgment, 29 October 2003, párr. 494.

El segundo punto que, ciertamente, sí que es novedoso y que ha recibido distintas respuestas a nivel jurisprudencial y doctrinal, es el que se refiere a la relación temporal entre la comisión de los crímenes por los subordinados y el ejercicio del control efectivo sobre ellos por parte del superior; es decir, la eventual aplicación de la doctrina de la responsabilidad del mando por crímenes cometidos antes de que existiera la relación superior-subordinado.

Esta interesante cuestión se ha planteado en el caso *Hadzihasanovic* ante la Sala de Apelaciones del Tribunal³⁵. Uno de los apelantes, *Kubura*, tomó el mando de una brigada de las fuerzas bosnias el 1 de abril de 1993 y se le acusa de crímenes cometidos por personas que no eran sus subordinados en el momento de cometer los actos (asesinatos, y destrucción y saqueo de propiedad)³⁶. Los apelantes argumentan que no hay fundamento convencional o consuetudinario que sostenga la responsabilidad del comandante en esa circunstancia³⁷. Por su parte, la Fiscalía respondió, citando el caso *Kordic*, que el hecho determinante de la responsabilidad no es quién estaba al mando en el momento de cometerse los crímenes, sino que cuando el comandante se dio cuenta de los crímenes no tomó las medidas razonables y necesarias para castigar la violación³⁸. La Sala de Apelaciones examinó el derecho consuetudinario al respecto, pero no encontró ni práctica estatal ni *opinio iuris* que sostengan que un comandante pueda ser responsable por crímenes cometidos por un subordinado antes de que él asumiera el mando sobre ese subordinado³⁹. Es mas, la Sala de Apelaciones considera que hay indicaciones que militan contra la existencia de una norma consuetudinaria que establezca tal responsabilidad internacional como son las expresiones «en razón de las circunstancias del momento» y «que el subordinado estaba cometiendo o se proponía (iba a) cometer (los crímenes)» que se encuentran en el artículo 28 del *Estatuto de Roma de 1998*, el artículo 6 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48.º periodo de sesiones, y el artículo 86.2.º del Protocolo I; igualmente se cita el caso *Kuntze* ante el Tribunal de Nuremberg⁴⁰. Finalmente, concluye:

³⁵ *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 3.

³⁶ *Ibidem*, párrs. 38 y 39.

³⁷ *Ibidem*, párr. 41.

³⁸ *Ibidem*, párr. 43.

³⁹ *Ibidem*, párr. 45.

⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 46-50.

«Having examined the above authorities, the Appeals Chamber holds that an accused cannot be charged under Article 7(3) of the Statute for crimes committed by a subordinate before the said accused assumed command over that subordinate. The Appeals Chamber is aware that views on this issue may differ. However, the Appeals Chamber holds the view that this Tribunal can impose criminal responsibility only if the crime charged was clearly established under customary law at the time that events in issue occurred. In case of doubt, criminal responsibility cannot be found to exist, thereby preserving full respect for the principle of legality.»⁴¹

Esta decisión contiene dos rotundas opiniones disidentes con respecto a esta conclusión. El Juez Shahabuddeen se pregunta, en primer lugar, si la doctrina de la responsabilidad del mando se puede aplicar al caso que estamos planteando⁴². De este modo, partiendo de las reglas de interpretación dadas en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*, señala que negar la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del mando en este caso concreto iría en contra del objeto y propósito de las disposiciones esenciales del *Protocolo I de 1977*⁴³. En relación con el artículo 28 del *Estatuto de Roma*, el Juez señala que el Estatuto no debe ser considerado como una declaración exhaustiva del derecho consuetudinario en esta materia, argumentando que si una situación particular se omite en el Estatuto, esto no supone que no se recoja en derecho consuetudinario⁴⁴. Igualmente, en relación con la referencia al *Protocolo Adicional I*, el Juez subraya que el artículo 86 debe de leerse en inmediata relación con el artículo 87 dirigido particularmente a los Estados y a las Partes en conflicto, de tal manera que sus párrafos 2.º y 3.º, respectivamente, comprenden una obligación para el nuevo comandante que tenga conocimiento de que un subordinado ha cometido una infracción del Derecho Internacional Humanitario de iniciar los pasos necesarios para promover una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones⁴⁵. Por último, el Juez insiste en la distinción entre la responsabilidad directa y la responsabilidad del mando, señalando que esta última se genera por la falta del superior de tomar las acciones correctivas pertinentes respecto a un crimen cometido

⁴¹ *Ibidem*, párr. 51.

⁴² Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, párr. 8 y ss.

⁴³ *Ibidem*, párr. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 20 y 38.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 25.

por otro, y esto, en modo alguno, convierte al superior en parte del crimen cometido por aquél⁴⁶.

Por su parte, el Juez Hunt adopta una línea argumental similar al Juez Shahabuddeen. El Juez subraya, sobre la base de los principios recogidos en los manuales de instrucción de Estados Unidos y de Reino Unido inspirados en el caso *Yamashita*, que la ausencia de una práctica estatal que apoye la doctrina de la responsabilidad del mando en el caso que estamos planteando es irrelevante si esta situación se inserta razonablemente dentro de un principio que ha sido aceptado como derecho internacional consuetudinario⁴⁷. Igualmente, como el Juez Shahabudden, el Juez Hunt encuentra apoyo en el artículo 86.2.º del *Protocolo I* argumentando que la interpretación dada a esta cuestión por la mayoría (Juez Meron, Juez Pocar y Juez Güney) dejaría un «vacío importante» en la protección que el Derecho Internacional Humanitario proporciona a las víctimas de los crímenes cometidos contrarios al mismo⁴⁸.

También, el Juez Hunt hace hincapié en que la mayoría, anclando el deber de sancionar a la existencia de la relación superior-subordinado en el momento en el que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tales actos, une el deber de prevenir y el deber de sancionar en un único deber, cuando son dos deberes distintos y separados⁴⁹. Asimismo, el mencionado Juez no acepta que el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48.º periodo de sesiones y el *Estatuto de Roma de 1998* militen en contra de la aplicación del principio de la responsabilidad del superior a la situación particular tratada en la apelación, basándose sobre todo en el hecho de que ni el *Proyecto* ni el *Estatuto* constituyen a día de hoy reflejo de la práctica estatal en cuanto a la identificación de derecho consuetudinario⁵⁰.

Por último, hay que destacar el *Addendum* final del Juez Hunt en el que recurre a la aplicación de la Cláusula Martens y de sus principios de humanidad y los «dictados de la conciencia pública» para resolver la duda de la falta de rigor o de precisión del ámbito y la finalidad de la costumbre internacional en su aplicación a una nueva situación, como es la que nos trae en causa⁵¹. Como ejemplo de la aplicación de un principio de

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 33.

⁴⁷ Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Hunt, párr. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 22 y 24.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 25-33, en particular párrs. 26 y 30-32.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 40.

derecho internacional consuetudinario a una particular y nueva situación, el Juez trae a colación el caso *Shimoda* en el que se discutió sobre la licitud en Derecho Internacional de la utilización por Estados Unidos de América de la bomba atómica sobre Hiroshima y Nagasaki en 1945⁵². En este caso el Gobierno japonés argumentó que el uso de la bomba atómica no estaba expresamente regulado en Derecho Internacional positivo⁵³. El Tribunal contesta que, en relación con la licitud o no de una nueva arma, aquélla habrá de evaluarse no solo teniendo en cuenta si existe una norma expresa que la prohíba directamente, sino que también ha de considerarse si esa prohibición está implícita en la interpretación y la aplicación por analogía de otras normas existentes de Derecho Internacional, fruto del derecho convencional, consuetudinario, y de los principios de Derecho Internacional⁵⁴.

Sin duda, la evaluación doctrinal de esta decisión judicial también ha dado lugar a dos claras tendencias, concordantes⁵⁵ o no⁵⁶ con la decisión, y a quienes mantienen una línea neutral argumentando que se trata de un área del Derecho Internacional Humanitario que necesita una mayor aclaración⁵⁷.

Finalmente, la Sala de Primera Instancia en este caso *Hadzihasanovic* ha hecho suya una consideración de naturaleza pragmática avanzada por el Juez Shahabuddeen en su opinión disidente para subrayar que, debido a los cambios constantes en el mando que se producen en el devenir de un conflicto armado, los crímenes que se hayan cometido en estadios previos a que el nuevo comandante asuma efectivamente el mando corren el riesgo de quedar impunes y acude –en mi opinión– a los fundamentos de la Institución militar ya subrayados en el Comentario del C.I.C.R. del artículo

⁵² *Shimoda et al v. the State of Japan* («*The Shimoda case*»), Tokyo District Court, Judgement of 7 December 1963, en: FRIEDMAN, Leon, *The Law of War: A Documentary History* (1972), vol. II, Random House, pp. 1688-1702.

⁵³ *Ibidem*, p. 1690.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ GREENWOOD, Christopher, «Command Responsibility and the Hadzihasanovic Decisión», *Journal of International Criminal Justice* (2004), june, pp. 598-605; JIA, Bing Bing, «The Doctrine of Command Responsibility Revisited», 3 *Chinese Journal of International Law* (2004), pp. 36-40.

⁵⁶ FOX, Carol T., «Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses», *Case Western Reserve Law Review*, winter (2004), pp. 433-500.

⁵⁷ GARRAWAY, Charles H. B., «Responsibility of Command. A Poisoned Chalice?», en: ARNOLD, Roberta y HILDBRAND, Pierre-Antoine (eds.), *International Humanitarian Law and the 21st. Century's Conflicts. Changes and Challenges* (2005), Editions Intéruniversitaires Suisses, Série Argents, n.º 4, pp. 117-138, en particular pp.125-138 en cuanto al caso *Hadzihasanovic*.

87 (Deberes de los Jefes) del *Protocolo I*⁵⁸, para situarse a favor de la eventual responsabilidad del nuevo jefe que no toma las medidas sancionadoras necesarias para castigar los crímenes cometidos con anterioridad a su asunción del cargo, y concluir que:

«(...) Force est de constater qu'en ce cas (situación de impunidad), la logique militaire, laquelle a pour but de faire régner l'ordre interne et la discipline nécessaires au fonctionnement des forces armées, et dont le devoir de punir est le corollaire, reste en défaut de pouvoir atteindre ses objectifs.»⁵⁹

No obstante esta clara posición –que comparte la que suscribe–, el Tribunal se manifiesta tres meses y medio después en el caso *Oric* de forma confusa cuando, por un lado, tras subrayar la distinta naturaleza del deber de prevenir y del deber de castigar y, respecto de este último, señalar que el superior tiene el deber de castigar ya que no ha tenido la capacidad para prevenirlo debido a su falta de control o conocimiento, que:

«(...) it seems only logical that such an obligation *would also extend* to the situation wherein *there has been a change of command following the commission of a crime by a subordinate*. The new commander in such case, now exercising power over his or her subordinates and being made aware of their crimes committed *prior to the change of command, for the sake of coherent prevention and control, should not let them go unpunished*. This is best understood by realising that a superior's duty to punish is not derived from a failure to prevent the crime, but rather is a subsidiary duty of its own. *The cohesive interlinking of preventing and punishing would be disrupted if the latter were made dependent on the superior's control at the time of commission of the crimes*. Consequently, *for a superior's duty to punish, it should be immaterial whether he or she had assumed control over the relevant subordinates prior to their committing of the crime.*»⁶⁰

⁵⁸ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1046, párr. 3549 y ss.

⁵⁹ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 119 *in fine*.

⁶⁰ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 335. El subrayado es nuestro.

Inmediatamente a continuación, el Tribunal afirma que se encuentra obligado a requerir en relación con el deber de castigar que el superior haya tenido un control efectivo sobre los subordinados que han cometido los crímenes tanto en el momento de su comisión como en el momento de tomar medidas sancionadoras contra los mismos⁶¹. Dicha afirmación, por lo tanto, constituye –a mi entender– una contradicción sin fundamento a todo lo dicho anteriormente en el caso de referencia.

C. MENS REA: «CONOCÍA O TENÍA RAZONES PARA CONOCER»

El elemento moral consiste en que el superior conocía o tenía razones para conocer la comisión de las infracciones por razón de la posición que ostenta. Esto quiere decir este reconcomiento general supone que el artículo 7.3.º del Estatuto solo requiere que el superior al mando o bien conociera o que, en segundo lugar, tenga razón para conocer que sus subordinados estuvieran a punto de cometer un crimen. De esta forma, siguiendo el caso *Oric*, basado en jurisprudencia anterior, distinguimos entre⁶²:

a) Conocimiento real

El conocimiento real del superior al mando en el sentido de estar al tanto de que sus subordinados hayan cometido un crimen no ha de presumirse por sí solo y, por lo tanto, ha de ser establecido a través de evidencias circunstanciales cuyos parámetros pueden ser de diverso tipo, como nos ilustran los casos *Halilovic*, *Hadzihasanovic* y *Oric*⁶³, a saber: la calificación, amplitud y el ámbito de los actos ilícitos cometidos; el momento y lugar en los que han ocurrido; la graduación, especialidad y número de oficiales y tropa envuelta; la forma y táctica de actuación utilizada y eventual *modus operandi* precedente; y, finalmente, la ubicación del superior al mando en ese momento.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párrs. 319-324.

⁶³ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 66; *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Judgement, 15 mars 2006, párr. 94; y, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 319.

b) Conocimiento presunto

En este caso, el factor predominante no es el conocimiento real que el superior tuviera, sino que su responsabilidad deriva de haber tenido «razones para conocer» a través de la información que, en virtud de su posición y según sus competencias, pudiera tener sobre lo que estuviera a punto de pasar o acabase de pasar⁶⁴.

En este sentido, es de especial importancia que el superior estuviera en posesión de información que le alertara de actos criminales cometidos o a punto de cometerse por sus subordinados⁶⁵. De nuevo, los casos *Halilovic*, *Hadzihasanovic* y *Oric* subrayan el carácter de dicha información de esta forma⁶⁶: en principio, no reviste importancia ni es relevante para el Tribunal que el superior haya solicitado la información o esté en posesión de la misma, sino que basta para generar su responsabilidad que la información a su disposición pudiera dar lugar a la necesidad de abrir una investigación relativa a conocer las infracciones que se estén cometiendo o a punto de cometer. En otras palabras, el Tribunal pone hincapié en el contenido de la información más que en su tratamiento formal; en este sentido, el superior debe leer y estudiar la información que tiene a su disposición para, en su caso, solicitar información adicional o, de otro, activar las medidas necesarias y razonables para frenar las infracciones cometidas o a punto de cometerse. Lo que no puede hacer el superior al mando es no hacer nada o «esconder la cabeza» (*wilfully blind*)⁶⁷.

En cuanto al tipo de información, el Tribunal no considera relevante si aquella es oral o escrita, y no da importancia a la forma por la que le ha sido transmitida al superior; no necesita ser un informe específico, por ejemplo⁶⁸. De esta forma, se señalan ejemplos de cauces de información por los que un superior al mando puede adquirir conocimiento de que la conducta de sus subordinados puede entrañar el riesgo de conducta cri-

⁶⁴ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 321.

⁶⁵ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 68; *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 322.

⁶⁶ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 68-69; *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 102 y ss.; y, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 322. Vid. también al respecto, Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1037-1038, párr. 3545.

⁶⁷ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 69.

⁶⁸ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 323.

minal⁶⁹: el carácter notoriamente violento o inestable del subordinado; el que haya bebido antes de ser enviado a una misión; el grado de formación o entrenamiento del subordinado; sus hábitos o el desarrollo de su carácter. A mi entender, estas altas cuotas de supervisión supondrán que el superior al mando debe de estar vigilante a extremos tales que lleven a convertirle en un policía/psicólogo/padre, cuestión además de difícil puesta en práctica si pensamos en el alto número de subordinados que tendrá, generalmente, bajo su mando.

Por último, un punto importante que nos señala el caso *Hadzihasanovic* es el análisis de la cuestión de saber si el conocimiento del superior jerárquico de una infracción previamente cometida por sus subordinados es suficiente para advertir que otra infracción está a punto de ser cometida⁷⁰. Al respecto, y pese a las posiciones de las partes y a la jurisprudencia anterior, el Tribunal considera que el conocimiento previo de un superior en este sentido debe interpretarse de forma limitada en la medida en que se deriva de una situación de repetición de conductas criminales y de un cuadro de circunstancias tales que estas conductas no podían desarrollarse de forma aislada cometidas por un mismo grupo identificable de subordinados⁷¹.

D. OMISIÓN DE PREVENIR O CASTIGAR

Para incurrir en la responsabilidad penal individual prescrita en el artículo 7.3.º del *Estatuto*, el superior que conocía o tenía razones para conocer que el subordinado se aprestaba a cometer una infracción, o ya lo hizo, debe de haber «omitido tomar las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores». De esta manera, el superior no es responsable por la omisión de adquirir el

⁶⁹ *Ibidem*; *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 100. Una cuestión de interés que se ha planteado varios casos ante el Tribunal (*vid.* este último caso mencionado en esta nota en su párrafo 100, nota a pie de página n.º 199) es la de si el hecho de que el superior tome medidas preventivas de orden general como, por ejemplo, la emisión de órdenes dirigidas al respeto del Derecho Internacional Humanitario, demuestra que aquél tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer crímenes. En principio no –señala el Tribunal–, a menos que de dichas órdenes se infiera o se exprese que se han impartido precisamente para evitar dichas eventuales infracciones, lo cual demostrará el grado de conocimiento del asunto por el superior al mando.

⁷⁰ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 102 y ss.

⁷¹ *Ibidem*, párrs. 117-119.

suficiente conocimiento sobre la conducta criminal de sus subordinados, sino por no reaccionar apropiadamente en orden a prevenir o castigar tales crímenes⁷².

En tanto que modalidad de responsabilidad por omisión, la responsabilidad penal del superior presupone una obligación⁷³, cuyo objetivo es: uno, la prevención de los crímenes que los subordinados fueran a cometer y, dos, el castigo de los subordinados que hubieran ya cometido un crimen. Esta obligación no es alternativa, de forma que permita al superior elegir prevenir la comisión de un crimen o, una vez cometido, entonces castigarlo⁷⁴. Muy al contrario, esta obligación es consecutiva, es decir, el primer deber de un superior es intervenir tan pronto como conoce que se van a cometer tales crímenes y, solo si conoce de la comisión de estos crímenes una vez realizados, entonces tiene el deber de castigarlos. Se trata, en definitiva, de dos deberes distintos pero relacionados⁷⁵.

En relación con la omisión de la obligación de prevenir o castigar que tiene el superior jerárquico que controla a sus subordinados y que conocía o tenía razones para conocer la comisión de las infracciones, el caso *Hadzihasanovic* examina el alcance de la adopción de las «medidas necesarias y razonables» para prevenir o castigar tales infracciones, tal y como exige el artículo 7.3.º del *Estatuto*. De esta manera, siguiendo jurisprudencia anterior, señala que el superior debe tener una «capacidad material» (siendo indiferente su estatus formal) de actuar real (no se puede obligar a un superior a hacer lo imposible), cuestión que debe apreciarse caso por caso en función de las circunstancias que rodeen el asunto, es decir, que se trata en definitiva de un asunto de prueba⁷⁶. Por su parte, el caso *Oric* examina con detenimiento ambos deberes y la correlativa adopción de medidas necesarias y razonables apoyándose en jurisprudencia anterior⁷⁷, que pasamos a señalar:

⁷² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 325.

⁷³ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 38.

⁷⁴ *Prosecutor v. Thomir Blaskic*, Case IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, párr. 336; *Prosecutor v. Fatmir Limaj et al*, Cse IT-03-66-T, Judgement, 30 November 2005, párr. 527; *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case ICTR-97-20-T, Judgement and Sentence, 15 May 2003, párr. 407; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case IT-01-42, Judgement, 31 January 2005, párr. 373.

⁷⁵ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 326.

⁷⁶ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párrs. 122-124; y *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 331.

⁷⁷ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párrs. 327-336.

a) Medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión de infracciones

El deber de adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir crímenes que van a cometerse presupone que el superior esté en una posición de adoptarlas previamente o, al menos, durante la comisión de los crímenes. Esto implica que el superior, tan pronto como tenga efectivo control sobre sus subordinados y conoce o tenía razones para conocer de la comisión de los crímenes, debe reaccionar con la adopción de determinadas medidas.

Al respecto, el caso *Hadzihasanovic* analiza en qué medida debe haber un vínculo de causalidad entre la comisión de las infracciones y la omisión de la obligación de prevenir por el superior al mando. El Tribunal concluye, primero, que el superior que ejerce un control efectivo sobre sus subordinados, que tiene razones para saber que aquéllos están a punto de cometer infracciones y que no toma las medidas necesarias y razonables para impedir las, es responsable puesto que, por un lado, su omisión ha creado o aumentado el riesgo real y razonablemente previsible de que estas infracciones sean cometidas, riesgo que él ha aceptado de buen grado y, por otro, este riesgo se ha manifestado efectivamente en la comisión de tales infracciones⁷⁸. En segundo lugar, el Tribunal señala que la existencia de un vínculo entre la omisión del superior y las infracciones se presume, de tal forma que corresponde al acusado refutar tal vínculo⁷⁹.

Una cuestión controvertida es señalar el estadio del proceso de comisión del crimen en el que el superior debe actuar. En este punto, el caso *Hadzihasanovic* entiende que solo la comisión completa de un crimen debe ser previsto, aunque el Tribunal en el caso *Oric* comenta que hay cierta confusión al respecto en el citado caso⁸⁰. Por su parte, otras decisiones judiciales entienden que el deber de prevenir existe en cualquier estadio antes de la comisión del crimen como, por ejemplo, cuando está siendo preparado o planeado⁸¹, y así lo confirma el caso *Oric*⁸².

En cuanto al tipo de medidas que el superior debe tomar en orden a prevenir el crimen de sus subordinados, el caso *Oric* advierte que aqué-

⁷⁸ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 193.

⁷⁹ *Ibidem*, in fine.

⁸⁰ *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 331., párr. 328 y nota a pie de página n.º 942.

⁸¹ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 38.

⁸² *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 328.

llas variarán según las circunstancias que rodeen cada caso pero que, no obstante, da cuatro criterios basados en jurisprudencia anterior⁸³: primero, a un superior no se le puede exigir más responsabilidad que el poder real que tiene, de tal modo que la clase de medidas que podrá tomar dependerá del grado de efectivo control que tenga sobre la conducta de sus subordinados en el momento en que se espera que actúe; segundo, para ser eficiente, un superior debe tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir que sus subordinados planeen, preparen o ejecuten infracciones, y aquéllas medidas pueden variar caso a caso; tercero, el superior ha de estar más alerta y ser más rápido en su reacción cuanto más inminentes y graves parezcan los potenciales crímenes; y, cuarto, la obligación del superior se limita a actuar apropiadamente en atención a las condiciones existentes, es decir, el superior no está obligado a hacer lo imposible.

Igualmente, el caso *Oric*, siguiendo el caso *Halilovic* y el caso *Hadzihasanovic*⁸⁴, subraya que este deber de prevenir no se fundamenta sencillamente en la obligación general que corresponde a todo militar al mando de asegurar que sus tropas respeten el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados y de advertirlos de la responsabilidad que recaerá sobre ellos en caso contrario, sino que va más allá, centrándose en la obligación que recae en el superior de actuar con diligencia y, por ello, de adoptar todas las medidas necesarias, razonables y posibles para prevenir eventuales actividades criminales de sus subordinados.

Con esta finalidad, el caso *Oric* nos ilustra sobre determinadas medidas que son necesarias y razonables para preveer la comisión de crímenes por los subordinados, a saber: primero, más allá de las instrucciones rutinarias, el superior debe de dar órdenes concretas dirigidas al más estricto cumplimiento por sus subordinados de las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario; y, segundo, el superior puede investigar, llamar la atención, criticar, tomar medidas disciplinarias, presentar informes o dirigirse a su superior jerárquico en relación con la adopción de medidas para prevenir los crímenes de los que tiene conocimiento. Tales medidas pueden ser requeridas al superior jerárquico, incluso en el caso de carecer éste de competencia legal o formal de poder llevarlas a cabo. Esto supone que la responsabilidad del superior al mando se enfoque desde el punto de

⁸³ *Ibidem*, párr. 329.

⁸⁴ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 79 y ss., y *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párrs. 145 y ss.

vista de su capacidad material o habilidad personal de efectivo control, en vez de fijarse en el rango formal.

Por último, el caso *Hadzihasanovic* analiza el deber del superior al mando de prevenir la repetición de actos similares preguntándose si este deber se refiere solo a aquellos subordinados autores de actos ilícitos o si se extiende a todo el conjunto de subordinados bajo el mando del superior. Sobre la base de jurisprudencia anterior⁸⁵, el Tribunal entiende que el deber de prevenir la repetición de actos similares, fundado sobre un conocimiento previo del superior, debe ser interpretado en el sentido de aplicarse solo a un grupo identificado de subordinados, ya autores de actos ilícitos en el pasado⁸⁶.

b) Medidas necesarias y razonables para castigar la comisión de infracciones

En relación con la obligación de castigar, se trata de una obligación que se responde a la lógica militar que tiene por objeto hacer reinar el orden interno y la disciplina necesarias para el funcionamiento de las fuerzas armadas⁸⁷. En este sentido, el Comentario del C.I.C.R. al artículo 87.3.º del *Protocolo Adicional I* cuando señala el deber de los superiores al mando de que «(...), en caso necesario, promueva(n) una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones» reafirma que este deber lo asumen en tanto que autoridad apta para ejercer el control sobre la tropa y las acciones de éstas. Los comandantes al mando –continúa el Comentario– pueden mejor que nadie prevenir las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario creando un espíritu apropiado, velando por el uso racional de los medios de combate y manteniendo la disciplina⁸⁸.

Como ya se ha señalado anteriormente, el deber de castigar es un deber subsidiario que se convierte en relevante cuando el superior conoce del cri-

⁸⁵ En concreto, se refiere al caso *Krnojelac*, *Le Procureur v. Milorad Krnojelac*, Affaire IT-97-25-A, Arrêt, 17 septembre 2003, y también a dos casos tras la segunda guerra mundial: *Trial of Major Karl Rauer and six others*, Reports of Trials of War Criminals, vol. 4, case number 23, 1947, y *United States v. Wilhem List et al.*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10, vol. XI, US. Govt. Printing Office, Washington, 1950.

⁸⁶ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párr. 169.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 171.

⁸⁸ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1046, párr. 3560.

men de su subordinado después de su comisión⁸⁹. Al respecto, el caso *Oric* deja un tanto perpleja a la que suscribe cuando afirma que, si un superior tenía conocimiento de que un crimen se estaba cometiendo puede ser responsable tanto por no prevenirlo a tiempo como de no castigarlo después⁹⁰, en absoluta contradicción con afirmaciones anteriores en esta misma decisión judicial que señalaban que se tratan de dos deberes distintos que son consecutivos y correlativos en el tiempo⁹¹, y que atenta –entendiendo– contra principios esenciales del Derecho Penal dirigidos a impedir el doble castigo.

En relación con este deber de castigar, el caso *Oric* señala dos cuestiones de interés. La primera, relativa al estadio del proceso de comisión del crimen en el que el superior debe actuar imponiendo la sanción; la segunda, es aquella relativa a la posición que el superior debe ostentar en el tiempo⁹², cuestión última que ya hemos comentado y a la que me remito⁹³.

Así, en cuanto a la primera cuestión, el artículo 7.3.º del *Estatuto* da a entender que presupone que el crimen debe estar cometido completamente. Pero esto no quiere decir que solamente el grado de consumación puede ser sancionado dado que el artículo 7.3.º viene a referirse al artículo 7.1.º del *Estatuto* al decir que no se restringe la participación en crímenes exclusivamente a actos en grado de consumación sino que se incluyen aquellos comprometidos en planificar y preparar, debiéndose probar que estas actividades preparatorias conlleven al grado de consumación. Esto significa que el superior ha de castigar a aquellos subordinados que contribuyen a la causa principal con su participación en la planificación y la preparación.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal ha ido estableciendo algunos ejemplos de medidas punitivas que se recuerdan en el caso *Hadzihasanovic*, en el caso *Halilovic* y en el caso *Oric*⁹⁴, pero que también ya se

⁸⁹ *Vid.* comienzo del apartado D. (Omisión de prevenir o castigar) de este estudio, y, en particular, el caso *Oric*, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 326.

⁹⁰ «As stated previously, the duty to punish is a subsidiary duty that becomes relevant when the superior learns of the crime of a subordinate after its commission. *If a superior, however, was already aware fo the crime while it was ongoing, he or she can be found responsible both for the failure to prevent the crime and for not having punished it.*» *Ibidem*, párr. 332. El subrayado es nuestro.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 326.

⁹² *Ibidem*, párr. 333.

⁹³ *Vid.* apartado B. (Relación superior-subordinado) de este trabajo.

⁹⁴ *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Judgement, 15 mars 2006, párrs. 173-178; *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párrs. 97-100; y, *Prosecutor v. Naser Oric*, Case IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, párr. 336.

adelantaban en el Comentario del C.I.C.R. al artículo 87.3.º del *Protocolo I*⁹⁵, y que señalamos. Partiendo de que este deber de castigar comienza solo cuando el superior tiene elementos de sospecha suficiente de la comisión de un crimen por parte de un subordinado, el superior tiene que ordenar la toma de apropiadas medidas o sanciones y, en caso de no estar en condiciones de hacerlo, abrir una investigación que establezca los hechos con el fin último de asegurar que os infractores bajo su efectivo control puedan ser enjuiciados. Esta investigación no ha de ser conducida por el superior en persona, pero ha de asegurar que su desarrollo sea correcto y emitir informes a los superiores competentes al respecto. Al igual que ocurre con el deber de prevenir, la falta de competencias de iure del superior no le exime de la responsabilidad de perseguir dependiendo de su habilidad o efectivo control de facto. Dado que el deber de sancionar pretende prevenir futuras violaciones, la responsabilidad del superior también puede derivarse de su previa falta de crear o mantener un ambiente de disciplina y de respeto al Derecho.

IV. CONCLUSIÓN

Durante la época de la guerra de Vietnam, en discusiones relativas a la doctrina de la responsabilidad del mando, el Prof. O'Brien señalaba que el Derecho Internacional Humanitario es «una cambiante y compleja rama del Derecho que requiere una constante reevaluación»⁹⁶. Y cierto es que, aún hoy en día, sigue siéndolo.

Este breve estudio de la doctrina de la responsabilidad del mando a través de las más recientes decisiones judiciales del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia ha puesto de manifiesto precisamente la falta de claridad del tratamiento jurisprudencial de esta materia que, incluso, aprecia contradicciones evidentes dentro de las propias decisiones. Además, encontramos desacuerdos entre los distintos casos tratados en relación con aspectos sustanciales del tema objeto de estudio, tales como el relativo al ámbito temporal de la asunción del mando y las conductas criminales de quienes aún no eran subordinados; y con opiniones disidentes rotundas en contenido y relevantes en cuanto al número de jueces disiden-

⁹⁵ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), p. 1047, párr. 3562.

⁹⁶ O'BRIEN, William, «The Law of War, Command Responsibility and Vietnam», *Georgetown Law Journal* (1971-1972), p. 608 (Traducción libre de la autora).

tes. En esencia, hay pocas líneas que representen una uniformidad de criterio a la hora de definir el tipo delictivo, la actuación (adopción de medidas) del superior al mando en su deber de prevenir y de castigar a sus subordinados, y la definición más concreta de la culpabilidad por omisión respecto de estadios previos a la comisión efectiva del crimen.

Esta conclusión es, sin duda, alarmante ya que como señalaba el Mayor William H. Parks del Ejército norteamericano en 1973, recordando la masacre en May Lai, «el papel de un comandante es el de un solitario, su autoridad puede ser delegada, pero no su responsabilidad. Aceptando ésto, un oficial carga con una gran responsabilidad: aquélla de velar por sus tropas, que estén bien equipadas, de moral, disciplina y logística; aquélla del entrenamiento táctico; la responsabilidad para la coordinación y la cooperación con otras unidades; y, finalmente, la responsabilidad para acometer su misión. No se le juzga menos por su responsabilidad de llevar a cabo la misión dentro de las limitaciones del Derecho de la Guerra que en el ejercicio del control de sus subordinados para asegurar su efectividad»⁹⁷.

Tras 100 años de la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya (1907-2007), el superior al mando continúa siendo el guardián del Derecho Internacional Humanitario dentro del más alto grado del concepto de «mando responsable», como han señalado los casos *Halilovic* y *Hadzihasanovic* con claridad y contundencia⁹⁸. El desarrollo casuístico enjuiciado a través de la jurisprudencia internacional, sin duda, no le han hecho favores a su cometido.

Quizás, la mejor forma de prevención de eventuales crímenes contra la comunidad internacional esté en la formación y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, como ya lo había subrayado el Comentario del C.I.C.R. al artículo 87.2.º del *Protocolo Adicional I de 1977* que exige que «los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo»⁹⁹. Y ésta no es una afirmación gratuita,

⁹⁷ PARKS, William H., «Command Responsibility for War Crimes», 62 *Military Law Review* (1973), p. 102 (Traducción libre de la autora).

⁹⁸ *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, párr. 39; *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decisión on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003, párr. 22; y, *Le Procureur v. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, Affaire IT-OI-47-T, Jugement, 15 mars 2006, párrs. 145-151.

⁹⁹ Comité International de la Croix-Rouge, *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1986), pp. 1044-1045, párrs. 3557-3558.

pues ya se encuentra anclada en el más auténtico espíritu castrense, como declaró el General MacArthur cuando asevera que el respeto del Derecho Internacional Humanitario es una parte esencial del código de conducta de cualquier militar:

«The soldier, be he friend or foe, is charged with the protection of the weak and unarmed. It is the very essence and reason for his being. When he violates this sacred trust he not only profanes his entire cult but threatens the very fabric of international society. The traditions of fighting men are long and honorable. They are based upon the noblest of human traits-sacrifice»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ LAEL, Richard L., *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, Wilmington, Del.: Scholarly Resources (1982), p. 118, citando palabras del General MacArthur en relación con la sentencia en el caso *Yamashita*.