

LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO POR LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS

José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO
General Consejero Togado (R). Director del Centro de Estudios
de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja Española

Introducción



L Derecho Penal Internacional, como sistema normativo, nace —preciso es reconocerlo— con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación «de facto» del Derecho Penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra los responsa-

bles de tan graves delitos.

Uno de los mecanismos más importantes para garantizar el cumplimiento de las leyes e impedir los crímenes internacionales consiste en, por una parte, atribuir a los superiores jerárquicos la responsabilidad (derivada del mando) de controlar, en la medida de lo posible, la actuación de sus subordinados (asumiendo la posición de garantes) y, al propio tiempo, limitar o excluir la exención de responsabilidad de sus mismos subordinados por obediencia jerárquica, cuando ejecutan gravísimos crímenes dando cumplimiento a órdenes manifiestamente delictivas de sus superiores.

Como en tantos otros aspectos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo, el Estatuto) significa en esta materia «un paso de gigante» en relación con los denominados «principios generales del Derecho Penal», que constituyen una de las partes más importantes del Estatuto adoptado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios, celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998, y ratificado por España, conforme a la Ley Orgánica 6/2000, el 24 de octubre.

Un aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal («crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...», en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones originarias de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el siste-

ma anglosajón (o del *common law*), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición.

Los artículos 5 a 8 del Estatuto describen los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo, la Corte), es decir, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, reducidos finalmente a cuatro familias de delitos:

- a) El crimen de genocidio.
- b) Los crímenes de lesa humanidad.
- c) Los crímenes de guerra.
- d) El crimen de agresión (este último pendiente de definición y condiciones para su aplicación).

El concepto de «superior» en el Derecho Penal Militar

El concepto de «superior» ha merecido, por su importancia en el Derecho Penal Militar, una definición que integra el contenido del artículo 12 del Código Penal Militar («... es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones»).

Diremos, en primer lugar, que el concepto de superior presupone siempre la condición militar (art. 8 del Código Penal Militar, completado por las disposiciones de la Ley 17/1999), tanto por parte del superior como del subordinado, porque se trata de una noción de referencia (... respecto de otro...). No se puede ser superior a secas, sino en relación con otro que le está subordinado.

La expresión nuclear de la definición de superior consiste en el ejercicio de la autoridad, mando o jurisdicción de un militar sobre otro. Es decir, en la relación jerárquica.

Del examen de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas puede deducirse también un concepto de superior (arts. 10, 12, 13, 50 y 82) que no es exactamente coincidente con el definido en el Código Penal Militar.

Realmente hay que acudir, para interpretar correctamente el concepto de superior, a una noción amplia de autoridad o mando en sentido genérico, que se deriva del orden jerárquico castrense. Algo más que la simple posesión de mayor empleo, pues la condición de superior no es ajena a la noción de acto de servicio definido en el artículo 15 del Código Penal Militar. Así, podemos afirmar que todo militar de mayor empleo es superior de otros militares de inferior graduación si se encuentra en el ejercicio legítimo de su autoridad o mando derivado de las funciones que le correspondan en el cumplimiento de sus específicos cometidos, pues entonces surge entre ambos (aunque no exista

un mando directo) una relación jerárquica de superioridad-subordinación. En conclusión, el orden jerárquico militar viene definido por el mayor empleo y la relación de servicio, de la que nace la autoridad o mando sobre los subordinados de igual o inferior empleo. Ello explica la facultad de corregir (con arresto hasta cuarenta y ocho horas) que el artículo 26 de la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las FAS atribuye a todo militar sobre los de inferior empleo, cuando observe una falta que exija una acción inmediata para mantener la disciplina y subordinación.

Así pues, es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de una relación de subordinación directa o derivada de un acto de servicio.

Pero también se puede ser superior sin poseer un empleo jerárquicamente más elevado, por razón del cargo o función que se desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria.

Responsabilidad y atribuciones del comandante de un buque de guerra

Las Reales Ordenanzas de las FAS, recogiendo las normas tradicionales de la Armada, se cuidaron de definir la responsabilidad de la figura del comandante de un buque de guerra o buque de la Armada. Así, el responsable del servicio, gobierno y disciplina de todo buque es el que se hubiere designado como su comandante (artículo 81 de las Reales Ordenanzas para las FAS), y el mando y responsabilidad de un buque que realice un transporte corresponde siempre a su comandante; por ello, el personal embarcado no perteneciente a la dotación fija se someterá a las disposiciones y normas vigentes en cada caso, independientemente del grado que ostente y ejército a que pertenezca (artículo 83 de las mismas Reales Ordenanzas).

Más explícitas son las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo. Parte esta norma del principio de línea única de autoridad, según el cual cada subordinado recibirá órdenes ejecutivas de un solo superior (artículo 38), proclamando seguidamente (artículo 39) que todo superior es responsable del mantenimiento de la disciplina por parte de sus subordinados y remitiéndose a la norma disciplinaria militar en su artículo 499.

Ahora bien, las Reales Ordenanzas de la Armada dibujan un perfil del comandante del buque bien definido en los ámbitos de sus facultades y responsabilidad sin parangón con otros militares con mando. Así, el comandante conservará toda su autoridad, aunque en su buque embarque otro oficial de graduación superior, pues el destino de comandante de buque nunca será compartido (artículo 81), será responsable del cumplimiento de la misión asignada y de la seguridad de su buque y dotación, velando porque se cumplan las normas generales y particulares que le afecten (artículo 83), y será

respetado y obedecido puntual y exactamente por sus oficiales y dotación en todas las materias del servicio, en la idea de que nadie salvo él tiene voluntad y acción propia en asuntos relativos al Mando, policía y manejo del buque, pues todo ha de hacerse de su orden o con su consentimiento (artículo 86). El mando del buque cuidará de conocer en todo momento la situación de su buque y evitará ponerlo en riesgo de colisión o varada (artículo 104) e incluso las atribuciones del comandante son tan amplias que las propias Reales Ordenanzas de la Armada contemplan que puede adoptar medidas excepcionales que alteren las órdenes recibidas de sus superiores, en cuyo caso deberá convocar consejo de oficiales y oír su parecer, «sin que ello le obligue a seguir el de la mayoría, ya que como comandante es el único responsable de la decisión que se adopte» (artículo 107). Por otra parte, el comandante exigirá la máxima exactitud en toda clase de ejercicios (tácticos, de armas y marineros) para el adiestramiento del buque para el combate, sin disimular falta alguna (artículo 113), pues es responsable de la seguridad del buque (artículo 115) y de completar la formación humana, moral, cultural y física de su dotación (artículo 126).

Hay que reconocer que la figura del comandante de un buque de guerra (o de un buque de la Armada) no es asimilable a la de ningún otro mando militar, naval o aéreo por el marco legal que define sus facultades y responsabilidad, ciertamente producto de una larga evolución histórica pero no desmentido ni esencialmente modificado por el ordenamiento jurídico vigente ni por las exigencias de la actual navegación marítima, fundamento de normas específicas nacionales e internacionales.

El concepto legal de «orden»

Volviendo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, debemos resaltar que su artículo 25 considera responsable a quien ordene la comisión de un crimen consumado o en grado de tentativa de la competencia de la Corte.

Es un acierto del Estatuto la mención de la orden como forma de participación. Y aún podría sostenerse que es una forma de autoría mediata (se comete el crimen por conducto de otro), puesto que la orden despliega su eficacia dentro de una estructura de poder organizado y jerarquizado, cuyo ejecutor es el subordinado destinatario de la orden (a veces no conocido siquiera por quien imparte el mandato).

El artículo 19 del Código Penal Militar español define la orden como todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

Ahora bien, el concepto formal de orden en el Derecho Penal Internacional ha sido superado (casos Celebici y Aleksovski, en el Tribunal Penal Internacio-

nal *ad hoc* para la ex Yugoslavia) para abarcar los mandatos emanados de estructuras informales de mando (guerrilleros, parte adversa militarmente organizada), donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas. Se afirma así la responsabilidad penal derivada de la emisión de una orden criminal por el jefe de una estructura informal, pero que refleja una organización militar.

Y también se afirma la responsabilidad penal de los mandos o eslabones intermedios de la cadena del mando militar, que reciben la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. Podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito, pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos. Es clásica la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Alemania sobre este tipo de responsabilidad en relación con los casos de los guardias de fronteras del Muro de Berlín.

La responsabilidad de los superiores jerárquicos

Antecedentes

Una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario por parte de sus subordinados. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la segunda guerra mundial se planteó ante los tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el caso Yamashita, el caso del alto mando alemán, el asunto de los rehenes en territorio ocupado y el caso Meyer. Por parte de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se resume el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que se trate de un superior o persona con autoridad sobre sus subordinados.
- Que el superior supiera o debería haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo.
- Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal.

Hay que recordar, muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra 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».

Ahora bien, los específicos deberes de los jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir y denunciar las infracciones del derecho internacional humanitario (convenios de Ginebra y sus protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado. Se trata de un deber de prevención (impedir o hacer cesar las violaciones del derecho de los conflictos armados) y de represión (castigar los crímenes de guerra o denunciarlos). Cabe pues preguntarse si estos superiores pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores como una de las formas de participación criminal. Hablamos de una clase de acción penalmente relevante: la comisión por omisión.

El Derecho Penal español

El artículo 11 del Código Penal de 1995 dispone que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

Puede resultar útil el análisis de este precepto en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos. En efecto, establecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts. 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977), la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto sólo sucede cuando la intención del superior abarca la producción del resultado lesivo.

En el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así, el artículo 137 del Código Penal Militar castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (arts. 69 a 78). Y entre estos últimos, el artículo 78 es

un tipo residual que, al sancionar penalmente «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del derecho internacional humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del Código Penal, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios» a las citadas normas. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos. Sin duda la ocasión más propicia será la conveniente (e incluso necesaria) reforma de nuestro Código Penal, como consecuencia de la ratificación por España (el día 24-octubre-2000) del Estatuto de Roma.

Los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho Penal Interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25-5-1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal 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.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia de 16-11-1998 (Zejnir Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo), en el caso del campo de Celebici, estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder *de iure*, por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no regulares integrados por personas que no estaban oficialmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones legales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un «umbral»: no responden estos superiores cuando *de facto* cesan en su control.

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2-9-1998, en el caso de Jean Paul Akayesu, analiza todas las formas de responsabilidad, que comprenden tanto la intención maliciosa («sabía») o la negligencia grave («tenía razones para saber»), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior poseía infor-

mación que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.
- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de policía o también de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso, el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por su subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados, siempre que no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior «hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Es decir, responden también por una conducta negligente («hubiere debido saber»).

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares sólo se incrimina la conducta intencional (que podría abarcar el dolo eventual, pero nunca la conducta imprudente), consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición (objetiva) más: que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.