

Imprudencia y Derecho penal internacional

Algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Ana María Garrocho Salcedo

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

GARROCHO SALCEDO, Ana María. Imprudencia y Derecho penal internacional. Algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-14, pp. 1-27. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-14.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-14 (2017), 5 ago]

RESUMEN: La comisión de crímenes internacionales por imprudencia solo tiene sentido a partir de la responsabilidad del superior por omisión. En este ámbito está plenamente justificado que cuando los jefes militares incumplen con su deber de cuidado de control y vigilancia sobre las operaciones de sus tropas y derivado de ello, estos cometen – dolosamente – un crimen internacional, dicho crimen le sea imputado al jefe militar a título imprudente. Con ello, se escinde el título de imputación subjetivo del superior con respecto al crimen doloso del subordinado. Dicha escisión deberá tener una importancia esencial en la imposición de la pena. Los jefes militares responden por su propio injusto y no por el delito ajeno. La existencia del principio de autorresponsabilidad encuentra en la responsabilidad del superior por omisión un importante límite, habida cuenta de la existencia de una especial vinculación (posición de garantía) entre el jefe

militar omitente y el subordinado. Dicha vinculación tendrá importancia tanto en el título de intervención por el que responde el superior, así como en la determinación del deber de cuidado en los supuestos de imprudencia, regulados en el art 28 a) del Estatuto de la Corte penal internacional.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal internacional, responsabilidad por imprudencia, responsabilidad del superior, crímenes internacionales.

ABSTRACT: The commission of international crimes by negligence only makes sense from the perspective of superior responsibility by omission. In this area, it is fully justified that when a military commander fails to comply with his duty to supervise and control the operations of his troops and, as a result, an international crime is committed, this crime is imputed to the military commander as a negligent crime. Thus, the subjective imputation (*mens rea*) of the superior has to be differentiated from the intentional crime of the subordinate. Such differentiation must be essential in the imposition of the sentence. The military commanders respond for their own wrongdoing and not for the crimes of others. The principle of personal responsibility finds in the superior responsibility by omission an important limit, given

the existence of a special link (position of guarantee) between the military commander and the subordinate. This link is important to punish the superior as perpetrator by omission of the crime, as well as in determining the duty of care in the cases of negligence, regulated in article 28 a) of the Rome Statute of the International Criminal Court.

KEYWORDS: International criminal law, responsibility by negligence, superior responsibility, international crimes.

Fecha de publicación: 5 agosto 2017

SUMARIO: I. Introducción. II. La responsabilidad del jefe militar por imprudencia: naturaleza jurídica y justificación de su incriminación. 1. Sobre la naturaleza jurídica de la omisión del art. 28 ECPI. 2. La justificación de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares. III. Contenido de la responsabilidad por imprudencia ex art 28 a) ECPI. 1. La desvaloración de la conducta: la infracción del deber de cuidado. 1.1. El principio de confianza. 2. La imputación del resultado típico. IV. Recapitulación y conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Los crímenes internacionales prevén en su configuración tradicional su comisión exclusivamente dolosa. A diferencia de ello, en el Estatuto de la Corte penal internacional (ECPI, en adelante) se contempla, por un lado, la descripción de la conducta típica de los diversos crímenes internacionales en los respectivos artículos 6-8 bis del ECPI, y, por otro lado, el art 30 ECPI establece un marco general en el que se determina el elemento subjetivo necesario para conformar la responsabilidad penal, salvo que, otras normas del Estatuto de Roma, impongan un estándar subjetivo diferente.

El art 30 ECPI declara que una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con «intención y conocimiento» de los elementos materiales del crimen, salvo que otra norma del Estatuto disponga otra cosa.

Al margen de los Elementos de los Crímenes¹, la única norma del Estatuto de Roma que exceptúa la pauta general del art 30 ECPI, es el art 28 del ECPI, que regula la responsabilidad del superior por omisión. A través de esta disposición -y al margen de los supuestos de conocimiento- se ha establecido la posibilidad de imputar crímenes internacionales a los jefes militares, siempre que pueda probarse que *desconocieron* la concurrencia de los crímenes de sus subordinados de forma contraria a su deber de cuidado (art 28 a) ECPI), o cuando medie *ignorancia deli-*

¹ No obstante, dentro de los Elementos de los Crímenes de ciertos Crímenes de Guerra encontraremos un estándar subjetivo rebajado y próximo a la imprudencia en materia de utilización indebida de bandera blanca (art 8 2 b) v ii)-1), utilización indebida de bandera, insignia o uniforme del enemigo (art 8 2 b) vii) -2), uso indebido de emblema distintivo de los Convenios de Ginebra (art 8 2b) vii- 4), utilización, reclutamiento o alistamiento de niños en las Fuerzas Armadas (art 8 2 b) xxvi) y art 8 2) e) vii. En todos estos crímenes de guerra, los Elementos de los Crímenes enuncian que el elemento subjetivo consista en *saber* o en *deber habido saber*, bien que se estaba alistando a un menor de 15 años, bien conocer la prohibición de uso de bandera blanca, de emblema, insignia o uniforme del enemigo, o del emblema distintivo de los Convenios de Ginebra.

berada respecto a la comisión de los crímenes por parte de los superiores no-militares (art 28 b) ECPI)².

De ese modo, al margen de los supuestos de *conocimiento*, el art 28 contempla disposiciones que alteran la *mens rea* general plasmada en el art 30 ECPI, y ello dará lugar a la aplicación de un elemento subjetivo diferente para los jefes militares y superiores civiles, cuando se trate de determinar su responsabilidad por los crímenes por omisión³. En esos casos se debe escindir el título de imputación subjetivo entre el superior-omitente (art 28 a) ó b) ECPI) y el subordinado, que es el autor o partícipe activo, y que actúa con conocimiento e intención, como exige el art 30 ECPI.

II. La responsabilidad del jefe militar por imprudencia: naturaleza jurídica y justificación de su incriminación

En un primer momento, la comisión imprudente de un genocidio, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra no parece ser el escenario habitual en la práctica, e incluso podría ser técnicamente discutible. De hecho, la fenomenología de estos delitos muestra una clara intención de los intervinientes en la comisión de estos crímenes, que con altísima frecuencia cuentan con la participación activa y directa de los agentes estatales, o cuanto menos con su clara anuencia. De ese modo, la autoría mediata y la coautoría activa y dolosa (art. 25.3 a) y art 30 ECPI) son las formas de imputación tradicionales en este tipo de crímenes, donde concurre un plan de criminal, perfectamente delineado y determinado por los jefes de la organización criminal, que será ejecutado por los miembros de dicha organización⁴.

No obstante -y al margen de ciertos supuestos de error, que son posibles imaginar con respecto a ciertos crímenes de guerra⁵- existe un claro ámbito de actuación en el que tiene pleno sentido, desde una perspectiva preventiva, la conformación de una responsabilidad por imprudencia de los jefes y superiores en relación con las

² Contrario en la doctrina a la distinción entre jefes militares y civiles con respecto al distinto estándar subjetivo incorporado *ex novo* en el art. 28 ECPI, VETTER, «Command Responsibility of Non-Military Superiors in International Criminal Court (ICC)», en *Yale Journal Of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 95-96, *passim*, 116.

³ De hecho, la disparidad con respecto al elemento subjetivo aplicable al art. 25.3 ECPI (formas de autoría y participación generales activas y omisivas, sometidas a la *mens rea* general que el art 30 ECPI contempla) y al art. 28 ECPI, ofrece un argumento definitivo para poder justificar la tipificación autónoma de la responsabilidad penal por omisión de los superiores en el art. 28 ECPI.

⁴ De hecho, un sumario repaso de la jurisprudencia de la CPI (y de otros Tribunales penales internacionales) muestra una absoluta preponderancia de investigaciones de los máximos responsables sobre la base de hechos cometidos por subordinados de forma activa y dolosa, siendo la autoría mediata o la coautoría activa las formas habituales de imputación.

⁵ Así lo advierte acertadamente entre nosotros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La parte general del Estatuto de la corte penal internacional», en *Actualidad penal*, nº 41, 2003, p. 1040. Sobre el art 32 ECPI y el error en este ámbito cfr., GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters- Aranzadi, 2016, cfr. pp. 374-379.

conductas de sus inferiores: el ámbito de la responsabilidad de los superiores por omisión (art 28 ECPI). En esos casos, puede tener sentido vincular el omiso control imprudente del superior con la ulterior comisión dolosa de un crimen internacional por parte de los subordinados. Ciertamente, lo que desde la perspectiva de un comportamiento activo no tiene sentido alguno, sí lo puede adquirir cuando lo que se evalúa es un comportamiento omisivo⁶. Como ya afirmaba, entre nosotros, Quintano Ripollés, en relación con la responsabilidad del superior por omisión, «nada impediría (...) una estimativa culposa, posible en quien no adoptando las medidas cautelares que la prudencia aconseja para prevenir la infracción previsible, la provoca con su conducta negligente»⁷.

El derecho consuetudinario internacional encuentra en el caso de los rehenes (*Hostages case*) el antecedente más explícito de la responsabilidad de los superiores por omisión imprudente, en el que se resalta el deber de los mandos de mantenerse informados con respecto a la conducta de la tropa⁸. También el caso *Roehling* resulta paradigmático a este respecto, donde el tribunal destacó que los superiores tenían un deber de conocer (*duty to know*) aquello que sucedía en su organización, de manera que la ausencia de conocimiento solo podía producirse por la imprudencia (*negligence*) del superior en la adquisición de dicho conocimiento⁹.

Con todo, esta forma de responsabilidad omisiva por imprudencia no creo que vaya a tener una aplicación significativa en la jurisprudencia venidera de la CPI, puesto que, como ha mostrado la práctica, la comisión de los crímenes internacionales suele adquirir rápidamente una notoriedad importante, por lo que la prueba del conocimiento del acontecimiento de los crímenes, cometidos de forma reiterada en un espacio de tiempo, podrá inferirse de las circunstancias con relativa facilidad¹⁰.

Antes de proceder al análisis del injusto imprudente que contiene el art 28 a) ECPI en relación exclusivamente con los jefes militares, y a diferencia de los

⁶ Muy crítico con la inclusión de la responsabilidad por imprudencia en la responsabilidad del superior por omisión, en atención a la imposibilidad de la comisión imprudente en los supuestos activos, OLÁSOLA, ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional. En homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 801.

⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Vol. I, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto «Francisco de Vitoria», 1955, p. 653.

⁸ *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p.1281, ««The reports in the record which were sent to him in his capacity as Armed Forces Commander Southeast charge him with knowledge of these acts. He cannot close his eyes to what is going on around him and claim immunity from punishment because he did not know that which he is obliged to know»».

⁹ *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XIV, appendix B, Washington, 1950, p. 1106 « [n]o superior may prefer this defence indefinitely; for it is his duty to know what occurs in his organization, and lack of knowledge, therefore, can only be the result of criminal negligence».

¹⁰ Sobre los indicios para conformar la prueba del conocimiento del superior, véase solo Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Situacion in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, de 21 de junio de 2016, paras. 193-195.

superiores civiles, se debe establecer la *naturaleza jurídica* de la responsabilidad omisiva que contiene el art 28 ECPI. Una vez definida se podrá precisar en mayor medida la estructura de imputación del injusto imprudente que maneja el precepto comentado.

1. *Sobre la naturaleza jurídica de la omisión del art. 28 ECPI*

El art 28 ECPI dispone que: «*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

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.

Atendiendo al Derecho internacional consuetudinario, y a la redacción del art. 28 ECPI, el superior responde «por los crímenes cometidos por los subordinados», y no por la falta de realización de una conducta determinada indicada en dicha norma, a modo de una omisión pura o propia¹¹. Los dos encabezamientos del art. 28

¹¹ Sobre ello cfr. *in extenso*, GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión*, pp. 172 y ss.

especifican claramente que lo que se imputa al superior son los *crímenes* de sus inferiores y no cualquier otro tipo de conducta de signo diverso y gravedad¹².

Esta circunstancia no atenta contra el principio de culpabilidad, como algunas veces parece sugerirse¹³. El superior-omitente responde exclusivamente por su propio injusto, y no por el ajeno, pero su comportamiento omisivo reprochable está vinculado a la actuación de sus subordinados, con los que mantiene una posición de garantía con respecto al control de sus actividades. Así, pues, y del mismo modo que nadie cuestiona que la autoría mediata o la coautoría *activa* de los superiores está vinculada con la ejecución del crimen por parte de sus inferiores, no hay problema para asumir que, dicha vinculación entre los distintos ámbitos organizativos entre el superior y el subordinado, tiene un impacto no solo en la configuración de la responsabilidad del superior por *omisión*, sino también en la atribución de la responsabilidad del superior a título de autoría respecto al crimen del subordinado, y también en la determinación del deber de cuidado¹⁴. Todo ello está conectado con

¹² Así lo ha establecido la sentencia condenatoria contra Bemba Gombo, ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, para. 171, estableciendo que el «article 28 provides for a mode of liability, through which superiors may be held criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by his or her subordinates». Ello lleva a la CPI a considerar que la responsabilidad del superior es distinta de la responsabilidad del subordinado (para. 173), para acabar concluyendo que se trata de una responsabilidad *sui generis* (para. 174), sin concretar, sin embargo, qué significa eso exactamente. Con todo, en la nota al pie número 384 de la mencionada sentencia, la CPI dispone que la responsabilidad del superior *ex art 28* es diferente de los delitos de omisión pura, donde la infracción del deber en sí constituye el delito. Por su parte, una parte de la doctrina ha considerado que el art 28 ECPI incorpora varios tipos de delitos omisivos, propios e impropios. Así, por ejemplo, WEIGEND, MELONI NERLICH, o BERSTER consideran que la infracción del deber de evitar da lugar a un especie de comisión por omisión, mientras que la infracción de deberes *ex post facto*, constituyen un injusto omisivo diverso, que consiste en no realizar la conducta indicada pero sin referencia alguna a resultado. Ello, a mi juicio, es erróneo tanto desde un punto de vista de estricta legalidad (el art 28 ECPI alude en todo caso a una responsabilidad del superior «por los crímenes de los subordinados») y poco plausible desde un punto de vista político criminal, puesto que las omisiones puras o las de gravedad intermedia (en terminología de SILVA SÁNCHEZ, sobre ello, cfr. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 343 y ss.) no adquieren la lesividad propia del Derecho penal internacional. Perseguir por parte de la CPI delitos omisivos puros o de gravedad intermedia, tiene -a mi juicio- escaso sentido. Cfr. WEIGEND, T., «Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, 2004, pp. 1020, 1021; MELONI, Ch., «Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?», en *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 635-637; NERLICH, V., «Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?», en *Journal Of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 671 y ss.; BERSTER, L.C., distingue entre responsabilidad del superior preventiva como variable de omisión impropia y responsabilidad del superior represiva, que constituye un delito autónomo de omisión propia, cfr. *Die Völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, Utz, München, 2008, pp. 182, 183, 188 y ss. Recientemente también, KISS, «La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional», p.60.

¹³ Cfr., por ejemplo, y de forma reciente, COTE-BARCO, G. E., «Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia o entre el derecho penal nacional e internacional?», en *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá* (Colombia), n° 28, enero-junio 2016, p. 65 con ulteriores referencias.

¹⁴ Sobre ello, véase GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión*, pp. 328 y ss. Desde una perspectiva más general, cfr. solo, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 254 y ss., 273 y ss.

el principio de autorresponsabilidad y las distintas excepciones que ciertas posiciones de garantía plantean a dicho principio.

Adicionalmente, en este contexto, debe recordarse que el art. 28 ECPI exige acertadamente que los crímenes deben haber sido cometidos *en razón de que el superior no hubiere ejercido un control apropiado sobre esos subordinados*, por lo que efectivamente se conecta el «omiso control» del superior con la «comisión de los crímenes» de los inferiores¹⁵.

La Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo (2009) ha mencionado que el «control efectivo» del superior sobre los subordinados debe probarse, *al menos*, en el momento que los crímenes iban a ser cometidos; es decir, antes de su consumación¹⁶. Se exige, por tanto, que coincidan en el tiempo el ejercicio del control efectivo y el momento de la comisión del crimen. Esta exigencia de *coincidencia temporal* entre el ejercicio del control efectivo y el momento de comisión del crimen constituye, en mi opinión, un argumento esencial para determinar la clase de responsabilidad que incorpora el art 28 ECPI. De ese modo, todos los deberes de actuar del superior previstos en el art 28 ECPI se restringen a la evitación de los crímenes y no a otro tipo de deberes sin sentido impeditivo, como por ejemplo la mera denuncia o represión no impeditiva *ex post facto*. Si no se tratase de deberes de evitación de los crímenes, no se entendería por qué debe exigirse que los superiores tengan el control efectivo sobre los subordinados, puesto que la imposición de ciertos deberes sin sentido impeditivo no requeriría el ejercicio del control sobre los inferiores *antes* de la consumación de los crímenes¹⁷. Por tanto, si la Sala exige que el superior tenga control sobre los subordinados, al menos, antes de la *consumación* es porque los deberes que se exigen tienen, en última instancia, un sentido impeditivo¹⁸, descartándose así una responsabilidad del superior a modo de un delito de omisión pura o propia.

¹⁵ Así lo ha confirmado la reciente sentencia contra Bemba Gombo de la Corte penal internacional, estableciendo que en la responsabilidad del superior debe probarse, entre otros elementos, que «the crimes committed by the forces must have been a result of the failure of the accused to exercise control properly over them», para. 170 *in fine*. De otra opinión, si bien entiendo, KISS, quien sostiene que: «la ley indica que la responsabilidad penal del superior (y no necesariamente el delito base) surge de la ausencia de un control apropiado, cfr. KISS, A. «La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2016, p. 59. Sobre este asunto, véase especialmente el voto particular de la Magistrada Sylvia Steiner, a la sentencia contra Bemba Gombo, 21.03.2016, paras. 5-7.

¹⁶ ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, (No. ICC-01/05-01/08), 15.6.2009, para. 419.

¹⁷ ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, para 209, donde la CPI ha establecido que: «The Chamber considers that the duty to punish or to submit the matter to competent authorities aims at ensuring that offenders are brought to justice, in order to avoid impunity and to **prevent future crimes**. These duties arise after the commission of the crimes». Negrita añadida. Ello resalta el matiz explicado en torno al contenido de esos deberes de represión y denuncia, que surgen siempre de forma posterior a la comisión de un hecho delictivo, pero que no dejan tener sentido de evitación con respecto a crímenes futuros.

¹⁸ De otra opinión, confiando al deber de castigar un contenido que no redundaría en la evitación de la

Razones sistemáticas y de política-criminal respaldan igualmente la tesis de que la responsabilidad del superior por omisión contempla un supuesto de *comisión por omisión especialmente regulado*, y no un delito de omisión pura¹⁹. Si el art. 28 ECPI contuviese algún delito de omisión pura debería haberse situado entre las disposiciones del Estatuto de Roma que regulan los crímenes (arts. 6-8 bis del ECPI), y no en el art. 28 ECPI junto a las formas de intervención punible en los crímenes, que se contemplan en el art 25 ECPI, en la parte general del Estatuto de Roma. Por otro lado, parece poco razonable que la CPI tenga que dedicarse a enjuiciar delitos de menor gravedad, como los delitos de omisión pura, o de gravedad intermedia, puesto que su principal función radica en investigar y juzgar a los máximos responsables de la comisión de los delitos más graves contra los bienes jurídicos más importantes, cuando los Estados no puedan o no quieran efectivamente hacerlo²⁰. En contra de esta clasificación de la responsabilidad del superior como omisión pura habla también el hecho de que se prevea un estándar subjetivo imprudente para los jefes militares y uno de ceguera intencional respecto a los superiores civiles. Resulta muy discutible que la CPI deba dedicarse a enjuiciar comportamientos omisivos de esta índole, y más extraño aún resulta que ellos se tipifiquen con un estándar subjetivo distinto del dolo, en atención a la debida salvaguarda de los principios de intervención mínima y *ultima ratio* que también deben informar al Derecho penal internacional contemporáneo.

El art 28 ECPI contempla, por tanto, en mi opinión, un supuesto de comisión por omisión legalmente regulada, que permite imputar al superior los crímenes no evitados de sus subordinados, cumplidos con los demás requisitos de imputación objetiva y subjetiva. Para ello, se parte, pues, de que el superior es garante del control de las actividades de sus subordinados, atendiendo a la concurrencia de mando o autoridad y control efectivo sobre los mismos. A partir de ahí, se constata la existencia de un ámbito de organización o esfera de competencias que el superior organiza, administra o gestiona en libertad, y cuyo reverso es su responsabilidad por la organización o gestión defectuosa o lesiva de su propia esfera para terceros. Así, cuando el superior *conozca* (dolo), o *debiese conocer* (imprudencia), que sus

comisión, por ejemplo, entre otros, NERLICH, «Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute», pp. 677 y ss.; KISS, «La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional», p. 60.

¹⁹ A este respecto, debe llamarse la atención de que si se aceptase la tesis de que el art 28 ECPI contuviese una omisión pura, sería completamente extravagante que también se previese su comisión por imprudencia. Los delitos de omisión pura tienen una configuración eminentemente dolosa, por lo que la previsión imprudente en la responsabilidad del superior fortalece la tesis de que el art 28 ECPI contemple una comisión por omisión específicamente regulada, y no otro tipo de responsabilidad omisiva de diferentes estructura y gravedad. En la doctrina han asemejado la responsabilidad del superior a una omisión pura con respecto a la omisa represión y denuncia, por ejemplo, WEIGEND, NERLICH, BERSTER, O MELONI, cfr. nota n° 12 de este mismo texto.

²⁰ Cfr. voto particular de la Magistrada Kuniko Ozaki a la sentencia contra Bemba Gombo, 21.03.2016, para. 5.

subordinados pretenden cometer un crimen, y este no actúe para impedirlo, se le podrá imputar dolosa o imprudentemente la comisión omisiva de los mismos, cumplidos por lo demás los requisitos objetivos y subjetivos de imputación en Derecho penal. Las medidas de represión y posterior denuncia, mencionadas en el art 28 ECPI, deben entenderse como formas de no evitación del crimen futuro de los subordinados, de modo que todas las medidas presentes en la dicción del art 28 ECPI deben interpretarse como eventuales formas de evitación del delito del subordinado.

Aclarada así la naturaleza jurídica que, a mi juicio, tiene el art 28 ECPI, como una *comisión por omisión específicamente regulada*, debe analizarse la pertinencia en su caso de la incriminación del injusto imprudente para los jefes militares y personal asimilado.

2. La justificación de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares

La realización de actividades de riesgo motiva que el Derecho penal imponga deberes de cuidado a ciertos agentes en el desarrollo de esas actividades peligrosas. La ejecución de ciertas operaciones militares en el contexto de un conflicto armado, o las operaciones especiales de carácter humanitario, acarrear, indudablemente, serios riesgos para las personas. Por ello, parece muy razonable que los jefes militares tengan impuestos deberes de cuidado de control y vigilancia en relación con las actividades de la tropa, puesto que estas ejecutan, en no pocos casos, actividades que suponen un elevado riesgo para la vida e integridad física y moral de las personas²¹. Dicha circunstancia exige que los jefes y mandos militares ultimen las medidas precautorias en relación con las conductas de la tropa²². Por esta razón, la imposición de ciertos deberes de cuidado en relación a los jefes militares y asimilados (por ejemplo, guerrilleros o milicianos insurgentes que operan en conflictos armados) tiene pleno sentido desde un punto de vista preventivo²³, atendiendo a la

²¹ Muy favorable a la incriminación de conductas imprudentes del superior militar, se muestra MARTÍNEZ, «Understanding *mens rea* in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 661-664. Contrario a este estándar subjetivo por desviarse del Derecho internacional consuetudinario, METTRAUX, G., *The law of command responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 210-213; también contrario, O'REILLY, A., T., «Command responsibility: a call to realign doctrine with principles», en *Gonzaga Law Review*, vol. 40, 2004/2005, p. 128 y ss.

²² En sentido parecido, por ejemplo, NEUNER, «Superior responsibility and the ICC Statute», en *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, CARLIZZI, DELLA MORTE, LAURENTI, MARCHESI (Comp.), Vivarium, Napoli, 2003, p. 265; MARTÍNEZ, «Understanding *Mens Rea* in Command Responsibility», p. 663; ROBINSON, D., «How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution», en *Melbourne Journal International Law*, vol. 13, 2012, p. 11. También lo ha resaltado la jurisprudencia de la CPI, ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, «Judgment pursuant to Article 74 of the Statute», (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, para. 172.

²³ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ, «Understanding *Mens Rea*», pp. 661-664. Cfr. sobre las diversas posiciones por parte de la doctrina, NYBONDAS, *Command responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Aser Press, The Hague, 2010, pp. 185-188.

peligrosidad extrema que, las operaciones militares y los contextos de conflicto armado, pueden significar para los civiles y otros bienes protegidos en el ámbito de los conflictos armados, y que, por extensión, van a aplicarse también a las operaciones especiales que estas fuerzas pueden tener encomendadas en tiempos de paz²⁴.

El art 28 b) ECPI no ha previsto, sin embargo, un estándar subjetivo de imprudencia con respecto a los jefes no-militares (por ejemplo, miembros de la policía, ministros, etc.), por lo que estos no se verán afectados por esa eventual forma de responsabilidad imprudente de menor intensidad²⁵.

La falta de control y vigilancia de los jefes militares en relación con la actividad de sus inferiores comporta un comportamiento omisivo, que, en ocasiones, puede dar lugar a la realización de delitos internacionales por parte de los subordinados, y que, en virtud del art 28 a) ECPI, genera responsabilidad para los mandos militares por omisión a título doloso (*conocimiento*) e imprudente (*hubiere debido saber*).

Con respecto a la responsabilidad por imprudencia, de acuerdo con el art. 28 a) ECPI esta es asimilable a nuestra culpa inconsciente²⁶, castigando al jefe militar que ni siquiera advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado²⁷, tal y como ha reconocido la jurisprudencia de la CPI²⁸.

²⁴ Cfr. ROBINSON, «How command responsibility», pp.11-12.

²⁵ Así lo resalta, por ejemplo, WILLIAMSON, J.A., «Some considerations on command responsibility and criminal liability», en *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n° 870, June 2008, p. 309. No obstante, en mi opinión, la responsabilidad por imprudencia de los superiores no militares también podría haber sido prevista de *lege ferenda* en el art. 28 b) ECPI, habida cuenta del potencial lesivo que pueden tener ciertas operaciones de policía o de ciertas secciones controladas por autoridades públicas (comisarios de policía, ministros, alcaldes, gobernadores, directores de centros penitenciarios, etc.) en escenarios en los que se desencadenan crímenes de Derecho penal internacional. De hecho, su falta de previsión, puede provocar la impunidad de la conducta omisiva de ciertos superiores no militares (como los Ministros, directores de centros penitenciarios o de internamiento, o los jefes de policía) cuando medie un error relevante sobre alguno de los extremos examinados anteriormente, y que, sin embargo, no es descartable que se presenten en la praxis.

²⁶ El injusto de la culpa inconsciente radica que el sujeto no ha advertido el peligro que está obligado a conocer, a diferencia de la culpa consciente donde el sujeto sí tiene una representación del peligro que encierra su comportamiento. Como indica MIR PUIG, en la culpa inconsciente se castiga la infracción de una norma de cuidado que obliga al sujeto a advertir el riesgo que comporta su conducta, MIR PUIG, *PG*⁹, 11/28. Existe culpa inconsciente cuando el autor no es consciente del hecho de que puede poner en peligro un bien jurídico ajeno con su comportamiento descuidado; cfr. OTTO *AT*⁷, 10/6. Como señala STRATENWERTH (*AT*⁴, 15/31) la mayor desatención de los deberes de cuidado se produce en la culpa inconsciente, donde el sujeto desconoce un peligro evitable que resulta de la especial indiferencia de este frente a los bien protegidos. En la imprudencia -como afirma ROXIN- la mera cognoscibilidad o advertibilidad de las circunstancias fundamentadoras de peligro bastan para conformar el injusto imprudente, y por ello desde que existe dicha cognoscibilidad ya es posible reprochar al sujeto aquel peligro que el sujeto se podía representar, a pesar de que, en el caso, este no se lo representó, ROXIN, *ATI*, 24/62-63.

²⁷ Así, por ejemplo, AMBOS, «La responsabilidad del superior», p. 592; FENRICK, «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», en TRIFFTERER (ed). *Commentary on the Rome Statute*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517; VAN SLIEDREGT, *The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humanitarian Law*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2003, pp. 187-188; NEUNER, «Superior responsibility and the ICC Statute», pp. 263-264; ARNOLD, «Article 28», p. 837 n.m. 115; MELONI, *Command Responsibility*, pp. 184-185. Señala los problemas que esta cuestión plantea, por ejemplo, KISS, «La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional», p. 53 con abundantes referencias.

En esos casos, lo que se reprocha a los jefes militares es haber desconocido aquello que debían conocer al haber incumplido ciertos deberes de cuidado sobre las operaciones de sus tropas. Para ello, los jefes militares deben, en primer lugar, formar e instruir adecuadamente a la tropa, y tras ello asegurarse de que el desarrollo de sus operaciones se encuentran dentro del umbral del riesgo permitido, para lo cual es esencial que los jefes militares establezcan sistemas de control, vigilancia e información²⁹. Dichos deberes de cuidado traen causa -como se ha advertido- del potencial lesivo que sus tropas pueden representar cuando entran en contacto con terceros en el desarrollo de un conflicto armado, o en ciertas actividades de índole humanitaria que realizan las Fuerzas Armadas. Atendiendo, por tanto, a la peligrosidad que las operaciones bélicas (estatales o paraestatales) pueden acarrear para ciertos bienes jurídicos, el jefe militar debe organizar las actividades de sus fuerzas de modo que estas no excedan el ámbito del riesgo permitido.

El art. 28 a) ECPI hace referencia únicamente a aquellos supuestos en los que el jefe militar desconoce el riesgo típico, que está obligado a conocer, al no haber ejercido un control adecuado sobre sus fuerzas, donde también se deben incluir los deberes de formación del personal e información de las operaciones³⁰. La falta de control general sobre las tropas genera que el jefe desconozca aquello que debía haber conocido y, a consecuencia de ello, no evita aquello que estaba llamado a impedir, siempre que se compruebe que el cumplimiento del deber de cuidado le habría permitido instar la evitación del delito cometido por la tropa. El superior debe así responder por su conducta imprudente que ha tenido como resultado la comisión dolosa de los crímenes de sus subordinados, y, en ese sentido, entre la imprudencia del superior (no ejercer el control adecuado que acarrea desconocimiento) y el resultado lesivo cometido por los subordinados, debe mediar una relación de imputación que permita vincular la infracción del deber de cuidado al delito cometido –dolosamente- por los inferiores³¹.

La incriminación de la responsabilidad del superior por imprudencia es una previsión plenamente justificada, habida cuenta del alto peligro que las operaciones militares de índole estatal o paraestatal para los bienes jurídicos más importantes de trascen-

²⁸ ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, (No. ICC-01/05-01/08), 15.6.2009, paras. 429, 432.

²⁹ FENRICK, «Article 28», p. 519.

³⁰ Sobre ello véase ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, para. 736.

³¹ A este respecto MELONI (*Command Responsibility in International Criminal Law*, p. 201) señala que esta estructura no es desconocida en ciertas legislaciones nacionales, como por ejemplo la italiana, donde se prevé la sanción del director de un periódico por hechos dolosos cometidos por los empleados, cuando el director, de forma contraria a su deber de cuidado, no supervisase a estos. Cfr. asimismo ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, paras. 211, 213.

dencia internacional. Del art 28 a) ECPI se derivan deberes de cuidado, cuya infracción deben estar conectados con la comisión ulterior de crímenes internacionales, cometidos de forma dolosa por los inferiores. La técnica legislativa empleada en el ECPI permite escindir el título de imputación subjetivo por el que responde el superior por los crímenes (art. 28 a) ECPI), que dolosamente (art. 30 ECPI) cometieron los subordinados. Se trata, por tanto, en estos casos, de un *desconocimiento* reprochable³², cuyo contenido de injusto no tiene la misma gravedad que en los supuestos donde el superior *conocía* la comisión de los crímenes o el riesgo de su efectiva comisión. Por este motivo en sede de determinación de la pena deberá reflejarse el menor grado de injusto de la conducta imprudente respecto a la conducta dolosa (conocimiento) y, en consecuencia, se deberá aminorar la pena correspondiente³³.

III. Contenido de la responsabilidad por imprudencia ex art 28 a) ECPI

La imputación de los crímenes al comportamiento imprudente del superior exige, en primer lugar, y desde la perspectiva *ex ante*³⁴, la infracción de una norma de cuidado, cuya observancia le habría permitido al jefe militar representarse el peligro concreto que amenazaba al bien jurídico. En segundo lugar, y desde la perspectiva *ex post*, una comprobación de que los crímenes han sido realizados efectivamente por sus subordinados, y que aquellos podrían haberse evitado *más allá de toda duda razonable* si se hubiesen adoptado las medidas de cuidado exigidas. El juicio de imputación requiere asimismo comprobar que la finalidad de la norma de cuidado vulnerada por el superior tenía por objeto, entre otras cosas, la cognoscibilidad del estado de las tropas y la posterior evitación en su caso –si ello fuese posible– de las conductas lesivas que estas pudieran llevar a cabo³⁵. Veamos cada uno de los dos niveles de imputación de forma independiente.

³² WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (trad. coord. Por Díaz Pita), 1^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 232. Cfr. ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, (No. ICC-01/05-01/08), 15.6.2009, para. 433, donde la Sala alude a la existencia de un deber activo del superior militar para procurarse información sobre las conductas de sus tropas.

³³ En el mismo sentido, por ejemplo, AMBOS, «La responsabilidad del superior», p. 592; MELONI, «Command Responsibility», p. 636; LA MISMA, *Command Responsibility in International Criminal Law*, p. 202. Así lo ha declarado también la CPI, *vid.*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean- Pierre Bemba Gombo, (No. ICC-01/05-01/08), 21.06.2016, paras. 59-60. Debe llamarse la atención asimismo de que, conforme a la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, el «grado de intencionalidad» del acusado («*degree of intent*») es uno de los factores que debe tenerse en cuenta para la determinación de la pena, por lo que la distinción que el art. 28 ECPI incorpora en sede de elemento subjetivo adquiere también, en el ámbito de la imposición de la pena, notables consecuencias.

³⁴ Sobre la perspectiva *ex ante* en la teoría de la imputación objetiva, véase MIR PUIG, «La perspectiva *ex ante* en Derecho penal», en *ADPCP*, T. XXXVI, 1983, pp. 9-11; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 294-295.

³⁵ Debe comprobarse que, efectivamente, el «control debido» del superior estaba diseñado para lograr la evitación de la comisión del crimen por parte de sus tropas, en el sentido propuesto por la teoría del «fin de protección de la norma» formulada hace ya más de cinco décadas por GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualifi-*

1. *La desvaloración de la conducta: la infracción del deber de cuidado*

La imposición de deberes de cuidado surge con carácter general para impedir que un sujeto realice conductas que generen o no eviten un riesgo no permitido, de lesión o peligro, de un bien jurídico desde la perspectiva *ex ante*³⁶. Se trata de impedir, pues, que un sujeto cree o no evite riesgos previsibles³⁷ y evitables para un determinado bien cuando el sujeto pudiese hacerlo. Por ello, todo injusto imprudente parte de la infracción de una norma de cuidado de posible cumplimiento para el agente. A partir de dicha infracción del deber de cuidado, el riesgo de producción del resultado, que se trataba de conjurar, aumenta, y finalmente este produce la lesión al bien jurídico protegido. Con ello se explica la imputación del resultado desvalorado al comportamiento imprudente del garante omitente³⁸.

Por lo que respecta a los *jefes militares* de iure, las normas militares internas (leyes, reglamentos, circulares, manuales de organización de las unidades) presentarán, con carácter general, una serie de obligaciones de los mandos con respecto a los inferiores insertos en su cadena de mando, que podrán servir para evaluar la desaprobación o permisión de la conducta del superior militar. Así pues, en principio, si el jefe militar incumple las reglas contenidas en el manual de organización militar de su unidad, apartándose de la precaución debida sin motivo objetivo

cados por el resultado y causalidad, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1966, pp. 119 y ss.; y seguida también, entre otros, por RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie», en *JuS*, 1969, pp. 551-552; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 264 y ss. Véase, por ejemplo, sobre la aplicación de este criterio del «ámbito de protección de la norma» en la jurisprudencia española, SSTs de 24-11-1989 (RJ 1989/8724).

³⁶ En la dogmática de corte romano-germánica, el riesgo permitido conforma un límite infranqueable para efectuar el juicio de imputación objetiva de la conducta en el ámbito de los delitos dolosos e imprudentes, que garantiza y permite la interacción social, prohibiendo conductas peligrosas a partir de un determinado nivel, dejando al margen de la desvaloración jurídica conductas peligrosas socialmente aceptadas, compatibles, por tanto, con el Ordenamiento Jurídico. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *PG*⁹, 11/33. Por esta razón, existen conductas altamente peligrosas en relación con determinados resultados típicos que jamás podrán estar desvaloradas jurídico-penalmente al incluirse dentro del riesgo permitido, u otras conductas que no puedan estar desaprobadas al no ser previsiblemente peligrosas en relación con un determinado resultado típico desde la perspectiva *ex ante*. Para poder desaprobado la conducta omisiva del superior, que consiste en no controlar y supervisar las actividades de sus fuerzas, debe comprobarse, de un lado, que desde la perspectiva *ex ante* dicha conducta no evitó un riesgo que previsiblemente amenazaba con lesionar a ciertos bienes protegidos mediante la comisión de crímenes de competencia de la CPI, y, de otro lado, que, desde el punto de vista valorativo, dicho riesgo no evitado excede del riesgo socialmente adecuado y conforma un riesgo no permitido, pues si la conducta no evitada se encontraba dentro del riesgo permitido se tratará de un infortunio o una desgracia y no de un injusto; sobre ello, JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza» (trad. Peñaranda Ramos), en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 213.

³⁷ Sobre esto cabe plantearse si la previsibilidad debe entenderse o no comprendida dentro del ámbito de la institución del riesgo permitido. Así, de hecho, lo sugiere JAKOBS, *AT*², 7/33. De otra opinión, separando en el juicio de imputación objetiva de la conducta entre previsibilidad o riesgo mínimo relevante y riesgo permitido, entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 104; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 337-339.

³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 238 y ss.

alguno, podrá considerarse que el superior habrá infringido el deber de cuidado³⁹, salvo que, en la situación concreta, concurren otras circunstancias que ameriten variar el juicio de desaprobación⁴⁰.

En este ámbito surgen mayores complicaciones en relación con la determinación del deber de cuidado de los *jefes guerrilleros o paramilitares y otros jefes militares* de facto, en la medida que no se cuenta con una regulación al respecto. En estos casos, puede partirse del principio general «*neminem laedere*» para exigir que los jefes guerrilleros o paramilitares mantengan un control sobre sus milicianos, ya que estos comportan un riesgo potencial no permitido sobre terceros. Por ello, el jefe paramilitar o de fuerzas irregulares está obligado a mantener las actuaciones de sus fuerzas dentro del riesgo permitido y, en todo caso, a instar medidas de control y vigilancia adicionales para que estos no lesionen intereses ajenos⁴¹.

En ambos casos, la responsabilidad del jefe militar por imprudencia descansa en la infracción de la norma de cuidado por la que no se evita un riesgo de carácter desaprobado. En este sentido, y como es bien sabido, el límite infranqueable para la desvaloración de la conducta imprudente es la existencia de un *riesgo no permitido* cognoscible o previsible, puesto que la creación o no evitación de *riesgos permitidos o cotidianos* -por muy elevados que sean- imposibilita la apreciación de una responsabilidad por imprudencia⁴².

³⁹ Véase al respecto, en relación con el apartamiento de las reglas generales de actuación contenidas en la *lex artis* o demás protocolos, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 311, con posteriores referencias.

⁴⁰ Por todos, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, p. 108; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 136-137.

⁴¹ La imposición de deberes de supervisión y vigilancia con respecto a los llamados «jefes militares de facto» ha sido también reconocida por parte de la jurisprudencia de la CPI; cfr. sobre ello ICC, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, para. 738.

⁴² Por ello hay operaciones y actividades de la tropa, que aun siendo extremadamente peligrosas, se encuentren dentro del riesgo permitido; ello sucede cuando un batallón de combate en pleno fuego cruzado contra el enemigo efectúa disparos contra el adversario militar que actúa en función de combate. En esos casos, cada uno de los disparos efectuados por las fuerzas en fuego cruzado contra el enemigo militar en el curso de las operaciones de combate cuenta con una autorización normativa conforme al Derecho Internacional Humanitario, que faculta a las tropas a librar el combate contra el enemigo, incluso causándole la muerte. En estos supuestos, el riesgo está socialmente adecuado y, por ello, el superior no debe fiscalizar, por regla general, este tipo de conductas en el ámbito del desarrollo de los conflictos armados. En otros supuestos el omiso control del superior no podrá estar desaprobado, pues no existe un deber de control y vigilancia absoluto, sino solo de aquellas conductas de las tropas *previsiblemente* peligrosas para ciertos bienes jurídicos. Así, cuando uno de sus soldados decide unilateralmente efectuar actos de pillaje de forma objetivamente imprevisible en una ciudad asediada, dicha conducta no podrá ser imputada al superior en caso alguno. Véase el ejemplo que planteado por STRYSZAK, «Command Responsibility: How Much Should a Commander be Expected to Know?», en *Journal of Legal Studies (United States Air Force Academy)* 27, 2002, p. 68, cuando hace referencia a la destrucción de una propiedad privada por parte de un soldado de la unidad del superior, considerando que este, en caso alguno, estará obligado a actuar para neutralizar conductas que no son razonablemente previsibles o esperables. Si el juicio *ex ante* revelase que la falta de control o supervisión general del superior no encerraba peligro alguno, o este se mostraba claramente como improba-

Conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, la determinación del deber de cuidado no solo depende de que el riesgo esté jurídicamente desaprobado, sino también de la operatividad del denominado «principio de confianza» en relación con terceras personas, o de la imputación del riesgo al ámbito de la propia víctima. En el ámbito de la responsabilidad omisiva de jefes militares *de iure* y *de facto*, se prescindirá del análisis del criterio de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, por resultar de menor importancia para el objeto de este estudio. En este punto, sin embargo, debe analizarse con mayor detenimiento el *principio de confianza*, puesto que este principio sirve para delimitar el deber de cuidado en situaciones en las que concurren varios intervinientes en el delito⁴³.

En la comisión de crímenes internacionales, se requiere un contexto macrocriminal donde normalmente concurren una pluralidad de personas que mantienen relaciones horizontales y verticales entre sí, y donde los superiores o líderes de los grupos actuantes pueden ser responsables de los crímenes por acción (coautoría o autoría mediata) u omisión (responsabilidad del superior) respecto a los crímenes ejecutados por sus inferiores. En este contexto, y en relación con la comisión por omisión imprudente (art 28 a ECPI), el jefe militar debe controlar las actividades de sus fuerzas, con independencia de que estos sujetos sean asimismo responsables, puesto que en estos casos el principio de autorresponsabilidad, del que deriva la prohibición de regreso y el principio de confianza, quedan exceptuados por la especial posición del superior con respecto a las actividades de la tropa, quienes no son ajenos o terceros al jefe militar, sino con los que se encuentra normativamente vinculado. Ello afecta al título de imputación por el que responde el jefe o superior- como autor o partícipe-, y a la determinación del deber de cuidado⁴⁴.

1.1. *El principio de confianza*

Como es sabido, el principio de confianza establece que con carácter general las personas no tienen deberes de cuidado en relación con las conductas de terceros. Sin embargo, con carácter excepcional, este principio queda exceptuado en ocasiones ante la concurrencia de una serie de circunstancias que imposibilitan su apreciación. Como indica, entre nosotros, Maraver Gómez, pueden plantearse *cuatro excepciones* al principio de confianza, de la que se deriva la imposición deberes de cuidado con respecto al primer sujeto a pesar de la intervención de un tercero en el hecho lesivo⁴⁵.

ble, la conducta del agente no podrá ser desvalorada jurídico-penalmente en caso alguno, incluso a pesar de que, desde la perspectiva *ex post*, se corroborase la peligrosidad de la conducta.

⁴³ Sobre la inclusión de este principio como criterio de imputación objetiva en delitos dolosos e imprudentes, véase, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 315 y ss.

⁴⁴ GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión*, pp. 335-353, 399-427.

⁴⁵ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 288 y ss.

1) La primera excepción general que se plantea, afecta a las situaciones en las que *existan indicios concretos que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero*.

El límite general básico al principio de confianza viene representado por aquellos supuestos en los que el primer sujeto cuenta con indicios de que el tercero va a comportarse de forma incorrecta⁴⁶. En esos casos, toda persona que observa como un tercero va a comportarse de forma incorrecta no puede seguir confiando y debe ultimar su deber de cuidado para no generar daños en intereses ajenos. La existencia de determinados indicios, que muestren la existencia de ciertos riesgos para los bienes jurídicos, impiden, pues, que opere el principio de confianza y, por consiguiente, el primer sujeto mantendrá intactos sus deberes de cuidado a pesar de la intervención del tercero responsable.

En el ámbito de la responsabilidad de los jefes militares, cuando el superior cuenta con ciertos indicios que *en el caso concreto* pongan de manifiesto el carácter incorrecto de la actuación del subordinado, el jefe militar ya no podrá confiar y deberá ultimar sus medidas de cuidado. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando miembros de la tropa se encuentren bajo los efectos del alcohol o drogas al desarrollar una operación, o cuando el superior advierta una actitud violenta de un determinado soldado, o escuche unos comentarios o actitudes que evidencien un riesgo de lesión o peligro típico hacia un bien jurídico. En esos casos, el jefe militar no podrá desvincularse de sus deberes de cuidado, de control y vigilancia, dado que contaba con indicios fiables y concretos que evidenciaban la conducta incorrecta del inferior, o su previsible incorrección atendiendo a las circunstancias del caso enjuiciado⁴⁷. En ese contexto, el jefe militar debe ultimar sus medidas de precaución y no le está permitido confiar en la conducta de los inferiores, sino que, ante tales indicios concretos, su deber de cuidado se revitaliza, debiéndolos controlar para mantener su ámbito de organización dentro del margen del riesgo permitido.

Con todo, estos supuestos deben convenientemente ser deslindados de aquellos otros en los que el jefe militar *conoce* la existencia de un riesgo cierto y concreto con respecto a la indemnidad de un bien jurídico determinado, en cuyo caso proce-

⁴⁶Véase solo MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 125 y ss. con multitud de referencias. Como advierte correctamente este autor esta excepción no se deriva propiamente del principio de autorresponsabilidad, sino que es una consecuencia de la necesidad de concretar el deber de cuidado más allá de la limitación general de los ámbitos de responsabilidad.

⁴⁷ Así, ROXIN, *ATI*, 24/23; JAKOBS, «La imputación objetiva», p. 220; FEIJOO SÁNCHEZ, «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, marzo 2000, pp. 119-120; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 298-304; PIÑA ROCHFERT/COIX VIAL, «Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (Dir.) *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 195-198 insistiendo en la necesidad de que en ese caso concorra una posición de garantía, además de que el primer sujeto cuente con indicios del comportamiento incorrecto del tercero, pues nadie tiene obligación de utilizar ciertos conocimientos si no existe un deber previo que le obligue a utilizarlos.

de -siempre que sea posible- que el superior adopte todas las medidas a su alcance para evitar que dicho riesgo se convierta en lesión. En caso de no hacerlo, y de tener capacidad para ello, el superior ya no responderá por el hecho lesivo a título de imprudencia sino a título doloso, siempre que se pruebe por lo demás que el superior tuvo capacidad de evitar el delito que el subordinado pretendió y consiguió finalmente realizar.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que los «elementos de contexto» exigidos por los diversos tipos penales del Estatuto de Roma (arts. 7 y 8 ECPI) suelen ser hechos notorios, conocidos por la generalidad. En ese contexto, como resulta lógico, los deberes de cuidado de los mandos militares y asimilados se acentúan y, en todo caso, se circunscriben a la contención de riesgos previsibles para personas y bienes en esos determinados contextos cognoscibles con carácter general. Cuando un determinado jefe militar (por ejemplo un General del Ejército X) está dirigiendo una operación en una zona en la que se desarrolla un conflicto armado, en cuyo seno hay riesgo de «limpieza étnica» contra los enemigos combatientes, el mando no solo debe evitar el riesgo concreto conocido que amenaza con convertirse en lesión contra dichos enemigos, sino que también -en ese contexto- debe ultimar las medidas precautorias en relación con las actividades de sus tropas, antes de que el superior adquiera conocimiento del riesgo concreto, que desembocará en la responsabilidad del superior a título doloso.

2) La segunda excepción que cabe oponer al principio de confianza se refiere a la *inexistencia de un ámbito de responsabilidad ajeno*⁴⁸.

En el ámbito del Derecho penal internacional, esta excepción va a operar cuando el subordinado sea un inimputable por carecer de mayoría de edad, tratándose de un niño soldado, o se trate de un soldado o miliciano que esté incapacitado sectorialmente para llevar a cabo una determinada operación militar. En esos casos, el jefe militar no podrá aducir el principio de confianza para delimitar su deber de cuidado en relación con terceros bajo su mando que sean penalmente *irresponsables*. De hecho, el jefe militar no puede confiar, ya que el tercero no es un sujeto responsable y, como tal, no tiene deberes de cuidado atribuidos normativamente.

En ese sentido, el jefe militar que incumple las medidas de control y vigilancia sobre los menores de edad no podrá en caso alguno aludir a una presunta confianza, pues esta no podrá invocarse al no concurrir un tercero responsable con deberes de cuidado asignados. En ese punto, la actuación del tercero irresponsable es como cualquier otro fenómeno natural y el deber de cuidado del superior militar no se verá delimitado por el principio de confianza⁴⁹. Es más, no resultaría mínimamente

⁴⁸ Así, por ejemplo, entre otros, JAKOBS, «La imputación objetiva», pp. 219-220; STRATENWERTH, *AT*⁴, 15/68-69; FEIJOO SÁNCHEZ, «El principio de confianza», pp. 123-126; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 289-291.

⁴⁹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, p. 289.

razonable que se disminuyesen los deberes de cuidado del jefe militar, atendiendo a la actuación de un tercero menor de edad, pues, con respecto a estos, ya no solo es que el jefe militar tenga ciertos deberes de supervisión y control general sobre las fuerzas, sino que con respecto a los niños soldado debe aplicarse un principio general de *desconfianza*, que refuerza, y no disminuye, los deberes de cuidado.

En cualquier caso, la problemática de los «niños soldados» suele aparecer en el seno de milicias irregulares o rebeldes, que con frecuencia constituyen grupos y organizaciones criminales, cuyo objeto asociativo u organizativo se sitúa, desde el principio, al margen del ordenamiento jurídico. Los deberes de cuidado en escenarios de clara significación delictiva son mucho mayores que los que deben exigirse en contextos de ausencia de un propósito criminal; en primer lugar, porque pueden apreciarse indicios de comportamiento incorrecto del tercero que impiden que la confianza pueda operar; y, en segundo lugar, porque la circunstancia de que en el hecho intervengan sujetos primariamente irresponsables, como los menores de edad, refuerza la idea de que, en este ámbito, los deberes de cuidado del jefe militar son mucho más intensos.

3) La siguiente excepción que cabe oponer al entendimiento general del principio de confianza afecta a aquellas situaciones en las que *el sujeto ostente una posición de garantía* por la que un determinado sujeto deba controlar un riesgo determinado con independencia de lo que haga un tercero.

En esos supuestos, el sujeto debe instar *medidas de doble aseguramiento* para verificar el estado inocuo (riesgo permitido) de la cosa o producto, y no puede alegar un principio de confianza, puesto que su función consistía, precisamente, en subsanar o enmendar los errores que terceros hubieren podido cometer⁵⁰. Este tipo de supuestos suelen estar conectados con la responsabilidad penal por productos defectuosos en el ámbito de los controles de calidad. Un ejemplo de esta excepción viene representada por los responsables de control de calidad de un producto o servicio. Estos son personas que deben ejercer medidas de doble aseguramiento en torno a la verificación de una determinada maquinaria o instrumento, compensando asimismo los posibles fallos que otras personas en la cadena de producción hayan cometido. En la medida que este grupo de casos, no presenta especial importancia en relación con la responsabilidad del superior por omisión por crímenes internacionales, se plantea aquí solo sumariamente dicha excepción.

4) La última matización de este principio de confianza viene representada por aquellas situaciones en las que el sujeto tenga especialmente encomendada, sobre la base de su posición de garantía, *el control y supervisión del comportamiento de sus subordinados*, tal y como sucede en la responsabilidad del superior en el art 28

⁵⁰ Por todos, entre otros, ROXIN, *ATI*, 24/25; JAKOBS, «La imputación objetiva», pp. 219-220; EL MISMO, *AT*², 7/55.

ECPI, o en algunos supuestos de coautoría en equipos de trabajo⁵¹. En este punto, se concretará lo que afecta a la relación vertical superior-subordinado.

En estos casos, el sujeto mantiene deberes reforzados de cuidado o deberes secundarios con respecto al comportamiento de sus subordinados que son asimismo *responsables*⁵². En esos casos, el jefe militar no puede invocar sin más la aplicación del principio de confianza para delimitar su deber de cuidado, porque precisamente él ha adquirido un competencia sobre el riesgo, que le obliga a velar o supervisar la corrección del comportamiento del subordinado en el desempeño de la gestión del riesgo que este lleva a cabo⁵³.

Los deberes secundarios para los jefes militares consisten, en un primer momento, en la adecuada elección y formación de la tropa⁵⁴, cuya infracción genera la llamada «responsabilidad *in eligendo*», y, posteriormente, cuando estos se encuentran realizando operaciones sobre el terreno, en la adecuada supervisión y control de las actividades de las mismas. La infracción de estos deberes por parte del garante da lugar a la denominada «responsabilidad *in vigilando*», que en el ámbito de la responsabilidad de los jefes militares y asimilados será de extraordinaria importancia⁵⁵. Con respecto al deber general de control de los jefes militares con

⁵¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 295 y ss., haciendo referencia a supuestos de riesgo compartido entre varias personas frente a un mismo riesgo, propias de situaciones de autoría o coautoría, donde es imposible delimitar negativamente el deber de cuidado porque los sujetos se ven obligados a gestionar conjuntamente un determinado aspecto del riesgo. Ello también concurriría a juicio de este autor en el ámbito de las relaciones verticales de jerarquía.

⁵² Cfr. por ejemplo, sobre la posición de garantía del superior o el empresario en relación con conductas de sus trabajadores, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, pp. 143 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «El principio de confianza», pp. 129-130; DOPICO GÓMEZ ALLER, «Del riesgo al resultado Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción», en POZUELO PÉREZ (coord.) *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1ª ed., Comares, Granada, 2006, pp. 515-516; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 294-298.

⁵³ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 295-298.

⁵⁴ A este efecto debe recordarse lo dispuesto en el art. 87.2 del Protocolo Adicional I (1977) que rige en los conflictos armados internacionales, y que establece que «con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán 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». De dicha norma internacional convencional puede derivarse un deber genérico de formación e instrucción de la tropa en las normas de Derecho internacional humanitario. Bien es cierto que dicha norma vincula exclusivamente a los Estados y a las Partes en conflicto de conflictos internacional internacionales. No obstante, dicho deber de cuidado puede igualmente extenderse con respecto a las milicias de conflictos internos, y en todo caso puede imponerse como deber general de cuidado para todos los jefes militares, habida cuenta de la gestión de una actividad peligrosa como la que estas personas llevan a cabo.

⁵⁵ Con respecto al deber general de información del mando con respecto a la conducta de la tropa, conviene recordar lo que el tribunal sentenciador sostuvo en el caso *Hostages (rehenes)*: «A commanding general of occupied territory is charged with the duty of maintaining peace and order, punishing crime, and protecting lives and property within the area of his command (...). He may require adequate reports of all occurrences that come within the scope of his power and, if such reports are incomplete or otherwise inadequate, he is obliged to require supplementary reports to apprise him of all the pertinent facts. If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defence. Absence from headquarters cannot and does not relieve one from responsibility for acts committed in accordance with a policy he instituted or in which he acqui-

respecto a los comportamientos de la tropa es donde surgen los problemas de *delegación de funciones*, que pueden modular la posición de garante y el deber de cuidado de los jefes militares.

El jefe militar delegante mantiene con respecto a las conductas delegadas, ciertos deberes de control de las mismas para asegurarse de que las actividades de sus fuerzas se mantengan dentro del riesgo permitido⁵⁶, como ha reconocido también la jurisprudencia internacional⁵⁷. El hecho de que el máximo jefe militar haya delegado en terceros la supervisión de las tropas en los distintos responsables de cada unidad militar, que interactúan en la operación dirigida por el mando, no le exime de responsabilidad cuando este haya descuidado el seguimiento más o menos asiduo de las actividades de las fuerzas⁵⁸.

Ciertamente la existencia de una delegación del superior sobre el control y vigilancia de las tropas en terceras personas exonera al superior de estar *constantemente* ejecutando labores de control, pero no le exonera de un deber genérico de conocer, que le obliga a estar al tanto del estado de sus fuerzas en el desarrollo de las operaciones. Para ello, el jefe militar, o quien actúe efectivamente como jefe militar, deberá cumplir con su deber general de control y supervisión sobre el estado de sus tropas, a través del cual el jefe militar mantendrá un seguimiento de las operaciones de sus inferiores. Para ello el superior militar -que ha delegado las funciones de control específico- debe exigir informes periódicos a los delegados para estar al corriente de las operaciones de sus fuerzas, y poder intervenir -en su caso- en el supuesto de que el peligro potencial abstracto amenace con convertirse en lesión al bien jurídico.

esced». Vid. *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p. 1271.

⁵⁶ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, p. 140. Aquí, se trata ciertamente de adquirir un conocimiento del estado de las tropas que el jefe militar que delega, debe, en todo caso, exigir a sus mandos inmediatamente inferiores en quienes delegó la tarea de la supervisión y el control directo sobre las tropas.

⁵⁷ La delegación de funciones no elimina ciertos deberes del superior de supervisión y vigilancia sobre la tarea delegada; ello ya fue puesto de manifiesto por el Tribunal Internacional de Tokio, y reiterado por el TPIY; cfr. RÖLING/RÜTER (eds). *The Tokyo Judgment. The international military Tribunal for the far east (I.M.T.F.F.E)*, 29 April 1946-12 November 1948, vol. I, University Press Amsterdam, Amsterdam, 1977, p. 30, «it is not enough for the exculpation of a person, otherwise responsible, for him to show that he accepted assurances from others more directly associated with the control of prisoners if having regard the position of those others, to the frequency of reports of such crimes, or to any other circumstances he should have been put upon further enquiry as to whether those assurances were true or untrue»; Orić, TC, Judgment, de 30 de junio de 2006, para. 559, «What is unacceptable for the Trial Chamber is that commanders, who like the Accused, positively know that detainees have been exposed to murder and cruel treatment, are discharged from their said obligations under international law to protect prisoners, by merely delegating the responsibilities in that regard to subordinates without further enquiries...». En el mismo sentido, por ejemplo, KISS, «La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional», p. 44.

⁵⁸ Sobre ello, cfr., por ejemplo, FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», (trad. Paredes Castañón), en LUZÓN PEÑA/ MIR PUIG (coord.) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 121; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 121-123, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, pp. 184 y ss.

La delegación de las funciones de control y supervisión de los distintos jefes militares en otros mandos intermedios o inferiores⁵⁹ no elimina, por tanto, los deberes de cuidado del jefe militar delegante, sino que los matiza, disminuyendo su intensidad⁶⁰. Con todo, y a pesar de la delegación realizada, el jefe militar mantiene los deberes de información sobre las actividades de la tropa, y de supervisión sobre la delegación efectuada para verificar que esta se cumple, adecuadamente, ajustándose a los márgenes del riesgo permitido. El jefe militar-delegante no puede descargarse de dichos deberes de supervisión y control residuales, pues la competencia de lo que ocurre en el ámbito de organización que dirige no puede delegarse por completo, sin aseguramientos ulteriores del desempeño efectivo de la tarea delegada de forma correcta⁶¹.

Con todo, si el jefe militar cumple con esos deberes residuales o secundarios de información y supervisión, no podrá ser responsable de cursos lesivos no evitados, pues este habrá cumplido con el deber de cuidado exigible en las circunstancias, procediendo, en tal caso, la absolución⁶². Por ello, en este caso, se alude a una «limitación» del principio de confianza y no a una completa «excepción». No obstante, en el caso de que el superior militar conozca o tenga indicios concretos de la conducta incorrecta de la tropa, el mando militar-delegante retoma sus deberes originarios en toda su extensión, debiéndose asegurar de que sus subordinados cumplen con corrección sus funciones⁶³. En caso de que no adopte todas las medi-

⁵⁹ A este respecto la propia jurisprudencia de la CPI ha declarado que las responsabilidades del superior por omisión no afecta solo a los mandos inmediatos o intermedios, sino a todos aquellos –incluidos los máximos jefes situados en la cúspide de la cadena de mando– que mantuvieran autoridad y control efectivo sobre las fuerzas; véase, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, de 21 de junio de 2016, para. 179.

⁶⁰ Por ejemplo, MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 90-95. Sobre este concreto problema en el ámbito de la construcción, DOPICO GÓMEZ ALLER, «Del riesgo al resultado», p. 529, distinguiendo entre la supervisión genérica y específica según el garante cuente o no con indicios de irregularidad en el desarrollo de su ámbito competencial y la modulación de la intensidad de estos deberes de cuidado.

⁶¹ Por todos, FRISCH «Problemas fundamentales», p. 121.

⁶² Por ello, el principio de confianza en este ámbito solo matiza el deber de cuidado y toda vez que este sea cumplido no cabrá imputar el resultado lesivo al superior ni siquiera a título imprudente, pues el habrá cumplido debidamente con sus deberes de formación y selección, y posterior control y vigilancia, pudiendo, por tanto, confiar, salvo indicio sólido en contrario. En este sentido, los deberes de cuidado no son absolutos, ni pueden impedir que el jefe militar cumpla adecuadamente con sus funciones, pues con este entendimiento se estaría imposibilitado el desarrollo de actividades complejas esenciales para la Sociedad.

⁶³ La delegación de funciones no elimina ciertos deberes del superior de supervisión y vigilancia sobre la tarea delegada; cfr. solo RÖLING/RÜTER (eds). *The Tokyo Judgment*, v. I, p. 30, «it is not enough for the exculpation of a person, otherwise responsible, for him to show that he accepted assurances from others more directly associated with the control of prisoners if having regard the position of those others, to the frequency of reports of such crimes, or to any other circumstances he should have been put upon further enquiry as to whether those assurances were true or untrue»; *Orić Trial Judgement*, para. 559, «What is unacceptable for the Trial Chamber is that commanders, who like the Accused, positively know that detainees have been exposed to murder and cruel treatment, are discharged from their said obligations under international law to protect prisoners, by merely delegating the responsibilities in that regard to subordinates without further enquiries...».

das de evitación a su alcance, el jefe militar responderá por la no evitación *dolosa* de los crímenes de sus fuerzas, al haber contado con un conocimiento de un riesgo concreto, que finalmente consuma una modalidad delictiva prevista en el ECPI, o *imprudente* si el conocimiento de la situación de riesgo era más vaga o imprecisa en relación con el crimen que luego se cometió, pero pervive el reproche jurídico penal en atención al debido control y vigilancia sobre sus fuerzas que debió accionar.

2. *La imputación del resultado*

Comprobada la infracción del deber de cuidado por parte del jefe militar, debe evaluarse si dicha infracción del deber de cuidado ha tenido un impacto en el resultado lesivo producido, o, por el contrario, si este trae causa de *otro* riesgo distinto que el que pretendía conjurar la norma de cuidado. Entre comportamiento típico y resultado lesivo debe mediar una vinculación de sentido o relación de imputación que permita explicar el resultado a partir de la infracción de la norma de cuidado. De hecho, el art 28 ECPI se encarga de resaltar que entre el omiso control del superior y la comisión del crimen debe establecerse dicho vínculo, cuando la norma dispone que los crímenes deben haber sido cometidos «en razón de no haber ejercido (el jefe militar) un control apropiado sobre esas fuerzas».

Así pues, entre la comisión del crimen ejecutada por el subordinado y la infracción del debido control del superior media una relación de imputación, por la que puede sancionarse al superior por el resultado típico producido, a título doloso o imprudente según sea el caso.

La realización del riesgo no evitado -por no haber adoptado la conducta debida el omitente- en el resultado producido es precisamente lo que permitirá efectuar el juicio de imputación del resultado a la omisión del superior. Por ello, constatada la infracción del deber de cuidado, el resultado producido debe ser una manifestación de la infracción del control que los jefes militares debían ejercitar. En ese sentido es esencial comprobar, por un lado, que los crímenes han sido cometidos efectivamente por los subordinados⁶⁴, y, por otro lado, comprobar que la conducta desvalorada *ex ante* de falta de control del superior también estaba desvalorada desde la perspectiva *ex post*, pues el riesgo acaecido era precisamente uno de los que la norma

⁶⁴ A este respecto, GIMBERNAT ORDEIG que prescinde de todo juicio hipotético para imputar a las omisiones comisivas los resultados desvalorados, exige en todo caso comprobar, por un lado, que el foco de peligro, sometido al control del garante-omitente, ha causado efectivamente el resultado desvalorado, y comprobar adicionalmente que «la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida)», GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», pp. 232-233; EL MISMO, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 52-53.

de conducta pretendía evitar, y que adicionalmente la conducta de cuidado debida habría sido idónea para evitar el resultado desvalorado más allá de toda duda razonable (art. 66.3 ECPI).

La imputación del resultado descansa así, pues, en la comprobación de que:

- 1) El resultado lesivo ha sido causado con total seguridad por los subordinados o por cualquier otro foco distinto que el superior debía neutralizar atendiendo a su posición de garante de protección⁶⁵;
- 2) El deber de cuidado desde la perspectiva *ex ante* y *ex post* estaban formulados para tratar de evitar la clase de riesgos que han producido efectivamente el resultado, en el sentido del criterio del ámbito de protección de la norma; y
- 3) De forma adicional, la medida precautoria vulnerada por el superior habría sido idónea desde la perspectiva *ex post* para evitar el crimen de los inferiores, más allá de toda duda razonable que es el estándar probatorio manejado con carácter general por los tribunales y también por la Corte penal Internacional.

El juicio hipotético solo surge así en relación con la evaluación de la medida que no se adoptó y que, desde la perspectiva *ex ante* y *ex post*, debe mostrarse idónea en el caso concreto para evitar el crimen de los subordinados más allá de toda duda razonable⁶⁶. Sin embargo, con anterioridad a dicha comprobación, es esencial, por un lado, y como afirma Gimbernat Ordeig, comprobar que el resultado ha sido causado efectivamente por el foco de peligro que el omitente tiene a cargo, y, por otro lado, comprobar que la infracción de la medida de precaución o norma de cuidado «ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido, ya que, si se hubiere adoptado, el foco de peligro (en este caso, los subordinados) *se habría mantenido* dentro de éste»⁶⁷. Es, por tanto, en la última parte del juicio de imputación donde se sitúa el juicio hipotético, puesto que no se debe prescindir de dicho juicio, en la medida que se trata de evaluar la virtualidad

⁶⁵ A este respecto es importante destacar que la sentencia condenatoria contra Bemba Gombo por parte de la Sala de Primera Instancia, de 21 de marzo de 2016, ha señalado en el párrafo 186, que: «Proof of a superior- subordinate relationship does not require the identification of principal perpetrators by name. It is sufficient to identify the perpetrators by group or unit in relation to a particular crime site. The perpetrators need, however, to be identified at least to the extent necessary to assess the existence of the superior-subordinate relationship with the commander. The identification of the principal perpetrators by name may assist in this verification; however, it is not a legal requirement».

⁶⁶ DOPICO GÓMEZ- ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 552 y ss., resaltando el acierto de la postura de GIMBERNAT aunque la matiza, rescatando la formulación de los juicios hipotéticos en materia de capacidad de acción y de idoneidad de la medida no adoptada por el omitente para reconducir el foco de peligro desestabilizado, puesto que no se puede verificar al 100% de seguridad (¡y no se debe!) que la omisión ha causado el resultado, sino basta con que ello se comprueba más allá de toda duda razonable. El carácter hipotético de esta relación de causalidad ha sido señalado por la jurisprudencia de la CPI, cfr. ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, (No. ICC-01/05-01/08), 21.03.2016, paras. 212-213.

⁶⁷ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», pp. 232-233. Cursiva añadida.

que habría tenido la adopción de una medida en el resultado que se pretende imputar a la omisión.

La idoneidad de la medida que el superior no adoptó y que, por tanto, no fue realizada, no puede verificarse con una seguridad total, sino que tendrá un carácter hipotético y solo afirmarse o negarse más allá de la duda razonable⁶⁸.

IV. Recapitulación y conclusiones

La inclusión en el art 28 a) ECPI de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares es un acierto desde la perspectiva preventiva de la comisión de crímenes internacionales. Dicha forma de responsabilidad no es novedosa del Estatuto de Roma, sino que forma parte del derecho consuetudinario, cuyos precedentes más explícitos son el caso de los rehenes (*Hostages case*) y el caso Roehling, enjuiciados por tribunales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial⁶⁹.

La imposición de los deberes de cuidado a los jefes militares trae causa de los graves peligros para la vida y la integridad física y moral de las personas, que los conflictos armados y las operaciones militares conllevan. Lo que se imputa en estos casos a los superiores es no haber evitado los crímenes dolosos de sus subordinados al haber incumplido los deberes de control y vigilancia que los jefes militares deben ejercer sobre sus tropas. En esos casos, la omisa evitación del crimen es imprudente, porque el superior desconocía la situación típica de peligro que le obligaba a actuar, por lo que el crimen imputado deberá tener en cuenta en la fase de imposición de la pena dicha rebaja del reproche penal en sede de imputación subjetiva. La técnica legislativa empleada permite, por un lado, hacer una desvaloración objetiva de la conducta, que se remite a los tipos que regulan los crímenes en los arts. 6-8 ECPI, y, por otro, realizar una desvaloración subjetiva atendiendo a la previsión del art 28 a) ECPI, que regula la responsabilidad penal por imprudencia del superior. El crimen cometido (el resultado) se imputa al comportamiento descuidado del superior que no evitó lo que debía evitar al no haber cumplido con su deber general de control de las operaciones de sus fuerzas.

Si el jefe militar cumple con sus tareas de control genérico sobre las operaciones de sus inferiores, de modo que esté al tanto de lo que sus inferiores realizan, podrá descargarse de su deber de cuidado con la realización de dichos controles genéricos frecuentes. Dicho deber de cuidado solo se revitalizará cuando el superior disponga de indicios de comportamiento incorrecto del tercero (del delegado o del subordinado mismo) que le impidan confiar y que le imponen, por el contrario, el deber de

⁶⁸ DOPICO GÓMEZ- ALLER, *Omisión e injerencia*, pp. 556 y ss.

⁶⁹ *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p.1281. *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XIV, appendix B, Washington, 1950, p. 1106.

conocer más de lo que en ese momento conoce. En esos casos, el jefe militar no podrá escudarse ni en la delegación de funciones, ni en la plena responsabilidad de sus inferiores, porque ante indicios concretos de comportamiento incorrecto de sus tropas, su deber de cuidado permanece intacto y deberá ultimar sus medidas de control y vigilancia sobre las operaciones de la tropa. En caso de no hacerlo, el jefe militar podrá ser responsable a título imprudente de los crímenes internacionales cometidos, cumplidos los demás criterios de imputación.

Bibliografía

- Ambos, K., «La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 527-593.
- Arnold, R., «Art. 28-Analysis and interpretation of elements», en Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC, Observers' notes, article by article*, 2ª ed., C.H. Beck; Portland, Or.: Hart, München, 2008, pp. 824- 843.
- Arroyo Zapatero, L., *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.
- Berster, L. C., *Die Völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, Utz, München, 2008.
- Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.
- Cote-Barco, G. E., «Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia o entre el derecho penal nacional e internacional?», en *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá* (Colombia), nº 28, enero-junio 2016, pp. 50-112.
- Dopico Gómez Aller, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- «Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción», en Pozuelo Pérez (coord.) *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1ª ed., Comares, Granada, 2006, pp. 501-544
- Feijóo Sánchez, B., «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, marzo 2000, pp. 93-138.
- *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001
- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.
- Fenrick, W., «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», en Triffterer (ed). *Commentary on the Rome Statute*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 515-522.
- Frisch, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», (trad. Paredes Castañón), en Luzón Peña/ Mir Puig (coord.) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 99- 127.
- Garrocho Salcedo, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters- Aranzadi, 2016.
- Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1966.

- «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003
- Gómez Benítez, J. M., «La parte general del Estatuto de la corte penal internacional», en *Actualidad penal*, nº 41, 2003, pp. 1029-1043.
- Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnung Lehre*, 2^o ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991. (cit.=AT²).
- «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza» (trad. Peñaranda Ramos), en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.
- Kiss, A. «La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2016, pp. 40-66.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio: *La protección penal de la Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.
- Maraver Gómez, M., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009.
- Martínez, Jenny S.: «Understanding *mens rea* in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 638-664.
- Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
- Meloni, Ch., «Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?», en *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 619-637.
- *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2010.
- Mettraux, G., *The law of command responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Mir Puig, S., «La perspectiva *ex ante* en Derecho penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. XXXVI, fasc.11983, pp. 5-22.
- *Derecho Penal. Parte General*, 9^a ed., Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. = PG⁹).
- Montaner Fernández, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.
- Nerlich, V., «Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?», en *Journal Of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 665-682.
- Neuner, Matthias: «Superior responsibility and the ICC Statute», en *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*. Carlizzi, Della Morte, Laurenti, Marchesi (Comp.), Vivarium, Napoli, 2003.
- Nybondas, M. L.: *Command responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
- Olásolo Alonso, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional. En homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- O’Reilly, A., T., «Command responsibility: a call to realign doctrine with principles of individual accountability and Retributive Justice», en *Gonzaga Law Review*, vol. 40, 2004/2005, pp. 127-155.
- Otto, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, 7^aed., Walter de Gruyter, Berlin, 2004. (cit. = AT⁷).
- Piña Rocherfort, J. I./ Cox Vial, F., «Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa», en Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.) *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 185- 213.

- Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Vol. I, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto «Francisco de Vitoria», 1955.
- Robinson, D., «How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution», en *Melbourne Journal International Law*, vol. 13, 2012, pp. 1-57.
- Röling B.V.A./Rüter C.F., (Eds): *The Tokyo Judgment. The international military Tribunal for the far east (I.M.T.F.F.E)*, 29 April 1946-12 November 1948, vol. I, University Press Amsterdam, Amsterdam, 1977.
- Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ªed., C. H. Beck, München, 1994.
- Rudolphi, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», en *JuS*, 1969, pp. 551-552.
- Silva Sánchez, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
- Stratenwerth, Günter: *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4ª ed., Heymanns, Köln et al., 2000 (cit. =AT^d).
- Stryszak, M., «Command Responsibility: How Much Should a Commander be Expected to Know?», en *Journal of Legal Studies (United States Air Force Academy)* 27, 2002, pp. 27-81.
- Van Sliedregt, E., *The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humanitarian Law*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2003.
- Vetter, G. R., «Command Responsibility of Non-Military Superiors in International criminal Court (ICC)», en *Yale Journal Of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 89-143.
- Weigend, T., «Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, 2004, pp. 999-1027.
- Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (trad. coord. Por Díaz Pita), 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Williamson, J.A., «Some considerations on command responsibility and criminal liability», en *International Review of the Red Cross*, vol. 90, nº 870, June 2008, pp. 303- 317.