

# EL DEBER DE CUIDADO DE LOS JEFES MILITARES ANTE LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES POR SUS SUBORDINADOS

ANA M. GARROCHO SALCEDO\*

## I. INTRODUCCIÓN

Al estudio de la responsabilidad de los jefes militares por imprudencia dedicaré las siguientes páginas de merecido homenaje a Agustín Jorge Barreiro, cuya investigación sobre la responsabilidad penal por imprudencia en el ámbito médico-quirúrgico es una referencia obligada. Sirva esta contribución como muestra de mi más sincero afecto al profesor Jorge Barreiro, un penalista garantista y un catedrático comprometido con la Universidad Pública.

Con carácter general, los delitos de Derecho penal internacional (el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra) prevén en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) su comisión exclusivamente dolosa. De hecho, el art. 30 ECPI dispone que «salvo disposición en contrario, 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». Al margen de los Elementos de los Crímenes, 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 se ha establecido la posibilidad de imputar crímenes internacionales a los jefes militares, siempre que pueda probarse, al menos, 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 deliberada* respecto a la comisión de los crímenes por parte de los superiores no-militares (art. 28 b) ECPI).

---

\* Profesora Visitante de Derecho Penal (acreditada a Profesora Contratada Doctora).  
Universidad Carlos III de Madrid.

Ciertamente 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. Por ello, 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 delimitado y determinado por los jefes de la organización criminal, que será ejecutado por los miembros de la misma<sup>1</sup>.

No obstante —y al margen de ciertos supuestos de error, que son posibles imaginar con respecto a ciertos crímenes de guerra<sup>2</sup>— existe un claro ámbito de actuación en el que tiene pleno sentido, desde una perspectiva preventiva, la conformación de una responsabilidad por imprudencia: el ámbito de la responsabilidad de los superiores por omisión en relación con las conductas de sus subordinados<sup>3</sup>. El art 28 a) ECPI solo prevé la responsabilidad por imprudencia de los *jefes militares y asimilados a ellos* (ej. mandos de guerrillas o milicias paramilitares) dejando al margen de la responsabilidad culposa a los superiores no militares o civiles (ej. alcaldes, comisarios de policía o ministros)<sup>4</sup>.

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 militares de mantenerse informados con respecto a la conducta

<sup>1</sup> Un 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.

<sup>2</sup> Así lo advierte acertadamente GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *AP*, núm. 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, pp. 374-379.

<sup>3</sup> Así lo destacó ya 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.

<sup>4</sup> 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 la tropa<sup>5</sup>. También el caso *Roehling* resulta paradigmático a este respecto, donde el tribunal destacó que los superiores (aquí, se trataba de un empresario) 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 conocimiento<sup>6</sup>.

## II. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR IMPRUDENCIA ANTE LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Como ya he tratado de fundamentar en otro lugar<sup>7</sup>, el art. 28 ECPI contempla 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. Se parte de la premisa 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 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 los demás 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 impedir el delito del subordinado.

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 previsión de la responsabilidad por imprudencia en el art 28 a) ECPI queda justificada, atendiendo al contexto de peligro en el

---

<sup>5</sup> *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p. 1281.

<sup>6</sup> *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XIV, appendix B, Washington, 1950, p. 1106.

<sup>7</sup> GARROCHO SALCEDO, A. M., 2016, pp. 203 y ss.

que, normalmente, se desenvuelven las operaciones militares o los conflictos armados asimétricos protagonizados por las guerrillas o grupos paramilitares. La ejecución de ciertas operaciones militares en el contexto de un conflicto armado, o las operaciones especiales de carácter humanitario, acarrearán, indudablemente, serios riesgos para las personas. Por ello, parece razonable que los jefes militares tengan impuestos deberes de cuidado de control y vigilancia en relación con las actividades de la tropa<sup>8</sup>, puesto que estas ejecutan, en no pocos casos, actividades que suponen un elevado riesgo para la vida e integridad física y moral de las personas<sup>9</sup>.

La responsabilidad por imprudencia *ex art. 28 a)* ECPI es asimilable a nuestra culpa inconsciente<sup>10</sup>, castigando al jefe militar que no advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cui-

<sup>8</sup> En sentido parecido, por ejemplo, NEUNER, M., “Superior responsibility and the ICC Statute”, en CARLIZZI, G. / DELLA MORTE, G. / LAURENTI, S. / MARCHESI, A. (ed.), *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli (Vivarium), 2003, p. 265; MARTÍNEZ, J., “Understanding *Mens Rea* in Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, issue 3, 2007, p. 663; ROBINSON, D., “How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution”, *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.

<sup>9</sup> Favorable a la incriminación de conductas imprudentes del superior militar, MARTÍNEZ, J., *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 661-664. Contrario a este estándar subjetivo por desviarse del Derecho internacional consuetudinario, METTRAUX, G., *The law of command responsibility*, Oxford, (Oxford University Press), 2009, pp. 210-213; también contrario, O'REILLY, A. T., “Command responsibility: a call to realign doctrine with principles”, *Gonzaga Law Review*, vol. 40, 2004/2005, pp. 128 y ss.

<sup>10</sup> El injusto de la culpa inconsciente radica en 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, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Barcelona (Reppertor), 2011, 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, H., *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, Berlin (De Gruyter), 2004, 10/6. Como señala STRATENWERTH, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Auflage, Köln (Heymanns), 2000, 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 bienes 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, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Auflage, München (C. H. Beck), 1994, 24/62-63.

dado<sup>11</sup>, tal y como ha reconocido la jurisprudencia de la CPI<sup>12</sup>. 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 encuentra dentro del umbral del riesgo permitido, para lo cual es esencial que los jefes militares establezcan sistemas de control, vigilancia e información<sup>13</sup>.

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 operaciones<sup>14</sup>. 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 inferiores<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en Derecho penal internacional”, *ADPCP*, vol. LII, 1999, p. 592; FENRICK, W., “Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, Baden-Baden (Nomos), 1999, p. 517; VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague (T.M.C Asser Press), 2003, pp. 187-188; NEUNER, M., 2003, pp. 263-264; ARNOLD, R., “Art. 28-Analysis and interpretation of elements”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC, Observers’ notes, article by article*, 2ª ed., München (C.H. Beck), 2008, p. 837, n. m. 115; MELONI, CH., *Command Responsibility in International Criminal Law*, The Hague (T.M.C Asser Press), 2010, pp. 184-185. Destaca los problemas que esta cuestión plantea, por ejemplo, KISS, A., “La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional”, *ZIS*, núm. 1, 2016, p. 53 con abundantes referencias.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> FENRICK, W., 1999, p. 519.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> A este respecto MELONI (2010, 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

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* reproachable<sup>16</sup>, 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 correspondiente<sup>17</sup>.

### 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*, 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 inferiores, 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 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.

<sup>16</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (trad. coord. por Díaz Pita), 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 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.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, por ejemplo, AMBOS, K., *ADPCP*, vol. LII, 1999, p. 592; MELONI, CH., 2010, 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 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.

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 cabo.

### 1.1. 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*. Se trata de impedir, pues, que un sujeto cree o no evite riesgos previsibles<sup>18</sup> y evitables para un determinado bien cuando el sujeto contaba con la capacidad personal de hacerlo. Por ello, todo injusto imprudente parte de la infracción de una norma de cuidado de posible cumplimiento para el agente.

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 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 alguno, podrá considerarse que el superior habrá infringido el deber de cuidado<sup>19</sup>, salvo que, en la situación concreta, concurran otras circunstancias que ameriten variar el juicio de desaprobación<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> 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, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnung Lehre*, 2. Auflage, Berlin (Walter de Gruyter), 1991, 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, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid (Edersa), 1992, p. 104; 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*, Cizur Menor (Civitas-Thomson Reuters), 2009, pp. 337-339.

<sup>19</sup> Véase en relación con el apartamiento de las reglas generales de actuación contenidas en la *lex artis* o demás protocolos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *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*, Barcelona (J.M. Bosch), 2001, p. 311, con posteriores referencias.

<sup>20</sup> Por todos, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona (PPU), 1989, p. 108; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 136-137.

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 ajenos<sup>21</sup>.

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*<sup>22</sup> 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, 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 delito.

Como es sabido, con carácter general, las personas no tienen deberes de cuidado en relación con los comportamientos de terceros, de modo que se insta un principio de confianza en relación con la conducta de otros. Sin embargo, existen situaciones en las que sí existen deberes de cuidado de un individuo respecto a la conducta de un tercero, exceptuándose la regla general. Precisamente en el ámbito de la responsabilidad de los jefes militares va a ser muy importante contemplar las excepciones que la doctrina<sup>23</sup> ha destacado en relación con el principio de confianza.

- 1) La primera excepción general que se plantea al principio de confianza afecta a las situaciones en las que existan indicios concretos que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Sobre la inclusión de este principio como criterio de imputación objetiva en delitos dolosos e imprudentes, véase, MARAVER GÓMEZ, M., 2009, pp. 315 y ss.

<sup>23</sup> Esencial al respecto, MARAVER GÓMEZ, M., 2009, pp. 288-304.

<sup>24</sup> Así JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1º ed., Madrid (Tecnos), 1990, pp. 154 y ss.



Si en el caso concreto, el jefe militar cuenta con indicios que ponen de manifiesto el carácter incorrecto de la actuación del subordinado, el jefe militar ya no podrá confiar y deberá ultimar sus medidas de cuidado en relación con la conducta de sus inferiores. En ese caso, el mando 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 enjuiciado<sup>25</sup>. 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.

- 2) La segunda excepción que cabe oponer al principio de confianza se refiere a la inexistencia de un *ámbito de responsabilidad ajeno*<sup>26</sup>.

En el ámbito del Derecho penal internacional, esta excepción va a operar cuando el subordinado sea un inimputable por carecer de mayoría de edad, *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. Es más, no resultaría mínimamente razonable que se disminuyesen los deberes de cuidado del jefe militar, atendiendo a la actuación de un tercero menor de edad, o de un incapacitado sectorialmente, pues, con respecto a ellos, ya no solo es que el jefe militar tenga ciertos deberes de

---

<sup>25</sup> Así, ROXIN, C., 1994, 24/23; JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, M., Buenos Aires (Ad Hoc), 1996 (3ª reimpresión, 2005), p. 220; FELJOO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, *RDPCr*, núm. 1, marzo 2000, pp. 119-120; MARAVER GÓMEZ, M., 2009, pp. 298-304; PIÑA ROCHEFORT, I. / COIX VIAL, F., “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. / MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, (La Ley), 2013, pp. 195-198 insistiendo en la necesidad de que, en ese caso, concurra 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.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, entre otros, JAKOBS, G., *La imputación objetiva*, pp. 219-220; STRATENWERTH, G., *AT*<sup>4</sup>, 15/68-69; FELJOO SÁNCHEZ, B., *RDPCr*, 2000, pp. 123-126; MARAVER GÓMEZ, M., 2009, pp. 289-291.

supervisión y control, sino que debe aplicarse un principio general de *desconfianza*, que refuerza, y no disminuye, los deberes de cuidado del mando.

- 3) La siguiente excepción que cabe oponer al entendimiento general del principio de confianza afecta a aquellas situaciones en las que el sujeto ostenta una posición de garantía por la que un determinado sujeto deba controlar un riesgo determinado con independencia de lo que haga un tercero. Este tipo de supuestos suelen estar conectados con la responsabilidad penal por productos defectuosos en el ámbito de los controles de calidad, presentando una incidencia menos destacada en el grupo de casos que afecta a este trabajo.
- 4) La última matización al 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 ECPI, o en algunos supuestos de coautoría en equipos de trabajo<sup>27</sup>.

En estos casos, el sujeto mantiene deberes reforzados de cuidado o deberes secundarios con respecto al comportamiento de sus subordinados que son asimismo *responsables*<sup>28</sup>. 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 una 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 cabo<sup>29</sup>.

Los deberes secundarios para los jefes militares consisten, en un primer momento, en la adecuada elección y formación de la tropa<sup>30</sup>, cuya in-

<sup>27</sup> MARAVER GÓMEZ, M., 2009, 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.

<sup>28</sup> Cfr. sobre las relaciones verticales médico-enfermera y su impacto en la determinación del deber de cuidado, véase, JORGE BARREIRO, AG., 1990, pp. 147 y ss. Sobre la posición de garantía del superior o el empresario en relación con conductas de sus trabajadores, ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Madrid (Ministerio del Trabajo), 1981, pp. 143 y ss; FEIJOO SÁNCHEZ, B. *RDPCr*, 2000, pp. 129-130; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción”, en POZUELO PÉREZ, L. (coord.), *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1ª ed., Granada (Comares), 2006, pp. 515-516; MARAVER GÓMEZ, M., 2009, pp. 294-298.

<sup>29</sup> MARAVER GÓMEZ, M., 2009, pp. 295-298.

<sup>30</sup> 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

fracción 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 últimos 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 importancia<sup>31</sup>. En relación con el deber general de control de los jefes militares con 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.

Así, 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 permitido<sup>32</sup>, como ha reconocido también la jurisprudencia internacional<sup>33</sup>. 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 no le exime de responsabilidad cuando este haya descuidado el seguimiento más o menos asiduo de las actividades de las fuerzas<sup>34</sup>.

---

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”.

<sup>31</sup> Con respecto al deber general de información del mando con respecto a la conducta de la tropa, vid. *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p. 1271.

<sup>32</sup> Lo advierte el profesor JORGE BARREIRO (1990, pp. 161 y ss.) en relación con el trabajo médico vertical. También cfr., MARAVER GÓMEZ, M., 2009, 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.

<sup>33</sup> 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, B.V.A / RÜTER, C. F. (ed.), *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, Amsterdam (University Press Amsterdam), 1977, p. 30; Orić, TC, Judgment, de 30 de junio de 2006, para. 559. En el mismo sentido, por ejemplo, KISS, ZIS, 2016, p. 44.

<sup>34</sup> Sobre ello, cfr., por ejemplo, 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, J. M., en LUZÓN PEÑA, D. M. / MIR PUIG, S. (coord.) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona (J.M. Bosch), p. 121; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes*

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. La delegación de las funciones de control y supervisión de los distintos jefes militares en otros mandos intermedios o inferiores<sup>35</sup> no elimina, por tanto, los deberes de cuidado del jefe militar delegante, sino que los matiza, disminuyendo su intensidad<sup>36</sup>. 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. Por ello, el jefe militar delegante no puede descargarse de ciertos deberes de supervisión y control residuales, pues la competencia de lo que ocurre en su ámbito de organización no puede delegarse por completo, sin aseguramientos ulteriores del desempeño efectivo de la tarea delegada de forma correcta<sup>37</sup>.

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 absolución.

## 1.2. La imputación del resultado

Comprobada la infracción del deber de cuidado del jefe militar, debe evaluarse si dicha infracción del deber de cuidado ha tenido un impacto en

---

*de garantía*, Madrid (Civitas), 2002, pp. 121-123, FELIÓ SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid (Reus), 2007, pp. 184 y ss.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Por ejemplo, MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona (Atelier), 2008, pp. 90-95. Sobre este concreto problema en el ámbito de la construcción, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2006, 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.

<sup>37</sup> Por todos, FRISCH, W., 1996, p. 121.

el resultado lesivo producido, o, por el contrario, este trae causa de *otro* riesgo distinto que el que pretendía conjurar la norma de cuidado. Entre comportamiento y resultado lesivo debe mediar, pues, 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».

A este respecto es esencial verificar, por un lado, que los crímenes han sido cometidos efectivamente por los subordinados<sup>38</sup>, 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 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 protección;
- 2) El deber de cuidado, desde la perspectiva *ex ante* y *ex post*, estaba formulado 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, debe probarse que 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.

La idoneidad de la medida que el superior no adoptó no puede verificarse con una seguridad total, sino que tendrá un carácter hipotético y solo podrá afirmarse o negarse más allá de la duda razonable<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en IDEM, *Ensayos penales*, Madrid (Tecnos), 1999, pp. 232-233; IDEM, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, Buenos Aires (Rubinzal-Culzoni), 2003, pp. 52-53.

<sup>39</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 556 y ss.

### III. 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 Mundial<sup>40</sup>.

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 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*, extremo que deberá tenerse en cuenta en la fase de imposición de la pena ante el menor reproche efectuado 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 impidió lo que debía evitar al haber incumplido 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 tropas realizan, podrá descargarse de su deber de cuidado.

Dicho deber de cuidado de control 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 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, debiendo ultimar sus medidas de control y vigilancia sobre las operaciones de sus fuerzas. En caso de no hacerlo, el jefe militar podrá ser responsable a título imprudente de los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados.

---

<sup>40</sup> *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.