

¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional

What are the Obligations of a Military Commander in the Field? Legal Evolution of the Command Responsibility Doctrine: From Yamashita to Bemba Gombo at the International Criminal Court

Quais são as obrigações de um comandante militar em campo? Evolução jurídica da doutrina da responsabilidade do superior hierárquico: de Yamashita a Bemba Gombo na Corte Penal Internacional

Mónica Rocha Herrera*

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 4 de noviembre de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7150>

Para citar este artículo: Rocha Herrera, M. (2018). ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional. *ANIDIP*, 6, 10-58.

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7150>

Resumen

¿Qué es la responsabilidad del superior jerárquico? ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Desde Yamashita (1945) hasta la Corte Penal Internacional (CPI) con Bemba Gombo (2016), *de jure* o *de facto*, la CPI con Bemba Gombo equiparó las obligaciones de los comandantes militares de ejércitos regulares

* Presidenta del Foro de Justicia Internacional A.C., Ciudad de México. Investigadora Externa del Instituto de Investigaciones Estratégicas del Centro de Estudios Superiores Navales de la Marina Armada de México. Coordinadora del Grupo de Relaciones Internacionales y Ciencia Política de la Red Multidisciplinar de Investigación del Instituto Iberoamericano de La Haya.

a las de aquéllos comandantes de fuerzas armadas *de facto*. Los criterios de responsabilidad que identificó fueron: el nivel de conocimiento del comandante de lo que sus hombres hicieron, hacen o están por hacer; las medidas razonables que tomó o está por tomar, a fin de prevenir y/o reprimir los crímenes; el control efectivo que ejerce, ejerció o puede ejercer, a fin de evitar la comisión del injusto, y si notificó o no a las autoridades competentes de lo que sucedió o está por suceder; lo anterior hace parte de los estándares que miden las obligaciones de los superiores jerárquicos militares y también civiles. La actuación del comandante no se asume *a priori*, sino que se analiza *in concreto* (SPI III CPI Bemba Gombo, 2016). Bemba Gombo como Yamashita fueron condenados por no haber ejercido sus obligaciones como comandantes militares. “Los criterios de conocimiento en cada uno fueron distintos”. En el caso de Yamashita se aplicó el *hubiere debido saber* por los partes que recibió y lo colosal de los crímenes, mientras que en el de Bemba Gombo la SPI III de la CPI (2016) aplicó el *actual knowledge*, ya que él sabía o supo, encontrándolo culpable porque no hizo genuinamente nada para prevenir y/o reprimir los crímenes de sus tropas. Respecto a la evaluación de los criterios de prevención y notificación en el artículo 28 la SA de la CPI (2018), en un fallo que nació controvertido, revertió la sentencia de la SPI III (2016) al considerar que esta última incurrió en errores de hecho y de derecho así como de procedimiento en el artículo 28 y 74 (2).

Palabras clave: responsabilidad del superior jerárquico, *command responsibility*, *dolo specialis*, *mens rea*, intención, *modes of liability*, conocimiento, prevención, control efectivo, notificación, comandantes *de facto*, TIPY, TIPR, Corte Penal Internacional, Yamashita, Bemba Gombo, Leipzig, Estatuto de Roma, jurisprudencia, crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad.

Abstract

What does criminal liability of superiors mean? What are the obligations of a military commander in the field? This is a review from Yamashita (1945) to the International Criminal Court (ICC) with Bemba Gombo (2016). *De jure* or *de facto*, the ICC with Bemba Gombo equated the obligations of military commanders of regular armies with those *de facto* commanders. Modes of liability: the level of knowledge of the commander of what his men did, do, or are about to do; the reasonable steps he has taken or is about to take to prevent and/or suppress the crimes; the effective control exercised or that may be exercised to avoid the commission of the unjust; whether or not he notified the competent authorities of what happened, or is about to happen. The modes of liability constitute the standards that measure the obligations of the hierarchical superiors whether military or civilians. The action of the commander is not assumed *a priori*, it is analysed *in concreto* (ICC TC III Bemba Gombo, 2016).

Bemba Gombo as Yamashita, were convicted for not having exercised their duties as military commanders. The knowledge standard in each one was different. In Yamashita the *must have known* was applied because he knew by the reports he received and the colossal dimensions of the crimes. In Bemba Gombo the ICC applied the actual knowledge standard, he knew or knew, finding him guilty because he did nothing to prevent and/or repress the crimes of his troops.

Keywords: Criminal liability of superiors, command responsibility, *dolus specialis*, *mens rea*, intent, modes of liability, knowledge, prevention, effective control, notification, *de facto* commanders, ICTY, ICTR, International Criminal Court, Yamashita, Bemba Gombo, Leipzig, Rome Statute, case law, war crimes, genocide, crimes against humanity.

Resumo

O que é a responsabilidade do superior hierárquico? Quais são as obrigações de um comandante militar em campo? Desde Yamashita (1945) até a Corte Penal Internacional (CPI) com Bemba Gombo (2016). *De jure* o *de facto*, a CPI com Bemba Gombo equiparou as obrigações dos comandantes militares de exercícios regulares a aqueles comandantes de forças armadas *de facto*. Os critérios de responsabilidade: o nível de conhecimento do comandante do que seus homens fizeram, fazem ou vão a fazer; as medidas razoáveis que tomou ou está por tomar com o fim de prevenir e/ou reprimir os crimes; o controle efetivo que exerce ou exerceu ou pode exercer com o objetivo de evitar a comissão do injusto; se notificou ou não às autoridades competentes do que aconteceu, ou está por acontecer, constituem-se nos standards que medem as obrigações dos superiores hierárquicos militares e também civis. A atuação do comandante não assume *a priori*, analisa-se *in concreto* (SPI III CPI Bemba Gombo, 2016). Bemba Gombo como Yamashita foram condenados por não ter exercido suas obrigações como comandantes militares. Os critérios de conhecimento em cada um foi diferente. Em Yamashita se aplicou o *tivesse devido saber* pelas partes que recebeu e o colossal dos crimes. Em Bemba Gombo a CPI aplicou o *actual knowledge*, ele sabia ou soube, encontrando-o culpável porque não fez genuinamente nada para prevenir e/ou reprimir os crimes de suas tropas.

Palavras-chave: responsabilidade do Superior hierárquico, *Command Responsibility*, *Dolo Specialis*, *Mens Rea*, *Intención*, *Modes of Liability*, Conhecimento, Prevenção, Controle Efetivo, Notificação, Comandantes *de facto*, TIPY, TIPR, Corte Penal Internacional, Yamashita, Bemba Gombo, Leipzig, Estatuto de Roma, Jurisprudência, crimes de guerra, genocídio, crimes de lesa humanidade.

Introducción

El presente ensayo tiene como objetivo examinar en la historia, en la doctrina y en la jurisprudencia internacional penal, las responsabilidades del superior jerárquico de civiles y de comandantes militares. Este trabajo se concentra en el análisis de la noción de la doctrina del superior jerárquico, que tiene su origen en el caso emblemático del General Yamashita (1945), hasta llegar a derecho positivo y vigente con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en su artículo 28 sobre *Responsabilidad de los Jefes y Otros Superiores*, aplicado por primera vez en la corta edad de este tribunal, en el caso de la *Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, cuya sentencia y veredicto se dictaron en 2016. También se incluye la discusión de la noción novedosa en la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad del superior jerárquico *de facto* y no necesariamente *de jure*, aplicado al caso de Jean Pierre Bemba Gombo, quien fuera Presidente del Movimiento de Liberación del Congo y Comandante en Jefe de los Ejércitos de Liberación del Congo, durante el conflicto armado bajo escrutinio en la República Centrafricana (2002-2003). En respuesta a interrogantes como porqué la doctrina del superior jerárquico, en apariencia más laxa, se aborda en menor medida para superiores jerárquicos civiles, explico que ello obedece en principio, al desarrollo más abundante de la jurisprudencia para comandantes militares tanto en la historia, como desde los juicios de Leipzig en 1920, hasta la actualidad. Para sustentar lo anterior, señalo el trabajo de la Corte Penal Internacional de recoger, conforme lo establece su Estatuto, los principios legados por los tribunales *ad hoc* de la ONU para la antigua Yugoslavia (TIPY) y para Ruanda (TIPR), creados en los años noventa del siglo XX. Particularmente se retoma el TIPY, también llamado tribunal de guerra de la ONU, por los juicios seguidos de los crímenes internacionales bajo su competencia cometidos durante el conflicto armado en los Balcanes durante la década del noventa. Además, el TIPY se erige como el tribunal penal internacional con el mayor contenido de casos militares en la doctrina de las responsabilidades del superior jerárquico.

En este ensayo se hace un análisis detallado de los estándares de responsabilidad aplicables a los comandantes militares y superiores jerárquicos civiles. Dichos estándares son el conocimiento, prevención y/o represión de la falta, así como el control efectivo de las fuerzas bajo el mando, los cuales se constituyen como la columna vertebral a la luz de la cual se examinan las actuaciones y cumplimiento de manera razonable de las obligaciones de los superiores jerárquicos, y sobre todo de los mandos militares operativos, conforme al Derecho Internacional Penal en los tribunales internacionales. Con relación al modo de conocimiento necesario del comandante militar, el test jurídico de evaluación parte de cuánto sabe o se espera que sepa de

los crímenes cometidos por sus subordinados; en función de ello, hago una revisión exhaustiva de los criterios de conocimiento desde sus formas más básicas: lo ordenó, sabía y/o sabía y se abstuvo de actuar (*teoría de la omisión*), hasta formas más complejas producto de la jurisprudencia como *tuvo razones para saber* o bien *hubiere sabido* (*he knew*), *no hubiere adoptado todas las medidas necesarias* y el *hubiere tenido conocimiento* y/o *should have known*. Con relación al estándar de conocimiento *should have known*, en el artículo 28 del Estatuto de Roma utilizo, en este específico punto, el Estatuto en inglés porque es el lenguaje operativo de la Corte, y no el español, ya que cuando se lee el artículo 28 inciso (a) (i) del Estatuto en su versión en español surgen inconsistencias respecto a su contraparte en inglés. En español el inciso (a) (i) se equipara con el *hubiere debido saber*, que en la versión en inglés no corresponde. El *hubiere debido saber*, se asocia más con la doctrina en Yamashita del *must have known*. Se argumenta que el *should have known*, que aparece en la versión en inglés del Estatuto es un estándar más estricto conforme a la jurisprudencia escasa, pero existente después de la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, se incluye la noción en derecho aceptada de que el comandante militar no tiene responsabilidad de los crímenes materiales que sus hombres comenten, pero puede ser encontrado penalmente responsable si incumplió en sus responsabilidades de mando. Dichas obligaciones incorporan el análisis *in concreto* del grado de conocimiento sobre lo que sus hombres hacen, hacían, están por hacer o hicieron, conjuntamente con las medidas que toma para prevenir y/o reprimir la comisión de los crímenes de sus subordinados, ello basado en el control efectivo y razonable que ejerce sobre sus hombres. Finalmente, analizo una forma de responsabilidad adicional, que consiste en la notificación a la autoridad competente y/o a sus superiores de los crímenes que se están por cometer o se cometieron. En principio, un comandante militar encargado de la disciplina militar no dispensa castigos por los crímenes de sus subordinados, aunque esto se analiza de manera casuística como se hizo en el caso de Bemba Gombo (2016) en la Corte Penal Internacional, donde el hoy condenado por la SPI III por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tenía a juicio de la Corte, la autoridad y el control efectivo de sus tropas para ejercer este mandato, como lo tuvo Yamashita, según el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (1945).

El ensayo aborda cuestionamientos comunes entre militares y comandantes militares operativos en mis cátedras frecuentes a las fuerzas armadas como lo son: ¿Hasta dónde es responsable el comandante militar en campo de las actuaciones de sus hombres?, ¿por qué el comandante militar tiene más obligaciones que un superior jerárquico civil? y ¿qué estándares de cumplimiento espera la justicia

internacional de los comandantes militares? Con el profesionalismo que trato de honrar a partir de la autoridad que el Derecho Internacional Penal y la jurisprudencia penal internacional brinda, abordo estas interrogantes. Finalizo con la reflexión de que solo a través del trabajo del comandante militar comprometido que ejerce control efectivo sobre sus tropas, las sociedades podemos alcanzar el mayor bien jurídico, la noción de humanidad.

Por último quiero señalar que este ensayo consta de cinco capítulos. El primero de ellos se centra en los antecedentes tanto remotos como modernos hasta los juicios de Leipzig en 1920, donde se asienta la *teoría de la omisión*. El segundo desarrolla la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico con Yamashita, la cual se afirma a partir de sus responsabilidades y juicio, que establecieron el estándar del *hubiere debido saber (must have known)*,¹ ante la enormidad de los crímenes e informes que el General recibió de las atrocidades cometidas por las fuerzas japonesas, conforme al fallo del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente. El tercero se concentra, por un lado, en el análisis de los grados de responsabilidad de los superiores jerárquicos, del más estricto al menos estricto en razón del criterio de conocimiento desde Yamashita hasta la Corte Penal Internacional, y por el otro, en la inclusión de los comandantes *de facto* como responsables jerárquicos y el papel que jugó Bemba Gombo como líder político y comandante militar, de acuerdo con el dictamen de la Sala de Primera Instancia en la Corte Penal Internacional. El cuarto contiene el examen exhaustivo de las formas de responsabilidad del superior jerárquico militar, teniendo en cuenta el análisis que hace la Corte Penal Internacional en el caso Bemba Gombo (conocimiento, control efectivo, prevención y notificación), sustentado en la jurisprudencia existente sobre todo del Tribunal Internacional Penal de las Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia. El quinto y último, antes de las conclusiones, señala los razonamientos de la SPI III de la Corte Penal Internacional sobre Bemba Gombo, y en lo particular sobre el incumplimiento de sus obligaciones, no habiendo hecho genuinamente ningún esfuerzo por ejercer el liderazgo sobre sus tropas, donde en su caso y conforme a los hallazgos de la Corte, su autoridad era indiscutible. La SPI III encontró a Bemba Gombo culpable de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad condenándolo a 18 años de prisión. Sin embargo, el 8 de junio del 2018 en la audiencia de la

1 El estándar de conocimiento que el Tribunal Internacional Militar del Lejano Oriente utilizó en Yamashita fue el ‘sabía’ o ‘hubiere debido saber’, cómo se lee en el Reporte del juicio: “*The essence of the case for the Prosecution was that the accused knew or must have known of, and permitted, the widespread crimes committed in the Philippines by troops under his command (which included murder, plunder, devastation, rape, lack of provision for prisoners of war and shooting of guerrillas without trial) [...]*” (énfasis añadido) (United Nations War Crimes Commission, 1948, p. 1).

Sala de Apelaciones esta última en un controvertido fallo, revertió la sentencia absolviendo a Bemba Gombo de todos los cargos, al considerar que la SPI III (2016) incurrió en errores de derecho y de hecho así como de procedimiento en el artículo 74 (2) así como en la evaluación de los criterios de prevención y notificación en el artículo 28.

1. ¿A qué nos referimos con la responsabilidad del superior jerárquico?

De Bruto a Cicerón; ¿me culparías por el crimen de otro? Uno es ciertamente culpable del crimen de otro, si estaba en poder de sí mismo haberlo prevenido.

Nuestras fallas y no prevenir que otros fallen (dijo Agapito a Justiniano) es igualmente criminal [...] En este sentido, debemos entender el conocimiento, cuando el derecho lo pronuncie criminal. Entonces es él que se convierte en responsable de esa Falta, quien investido con suficiente poder no lo previno [...], porque el conocimiento sin autoridad no se equipara a Culpabilidad, por lo que, no puede ser responsable de los Crímenes [...] Porque para hacer a un hombre responsable de las faltas de otro, debe haber una concurrencia entre conocimiento y permisividad. (Groccio, 2004, pp. 454-455)²

A lo largo de las épocas en que ha transitado la humanidad, las sociedades han impuesto e incrementado responsabilidades más onerosas a los comandantes militares, a fin de que controlen a sus tropas. Desde tiempos inmemoriales, se ha buscado que dentro de lo bárbaro que pueda inferirse de lo que implican los conflictos bélicos, estos se regulen a partir de normas humanitarias y del derecho de gentes, hoy Derecho Internacional de los conflictos armados. De esos principios sin duda surge el de la doctrina de la responsabilidad de los mandos militares (*command responsibility*) y/o el principio de responsabilidad del superior jerárquico (*superiors' criminal liability*). Dicho precepto ha permanecido latente a lo largo de los siglos en palabras de teóricos como Sun Tzu (2000), que hacia el año 500 a.C. ya reconocía que

2 Traducción de la autora. La traducción en inglés reza así: *Thus Brutus to Cicero; Will you charge me with another's Crime? One is certainly guilty of another's Crime, if it was in his Power to have prevented it. To be in a Fault ourselves, or not to hinder others to be so (says Agapetus to Justinian) are equally criminal [...] In this Sense are we to understand Knowledge, when the Laws pronounce it criminal. So that it is who becomes accountable for a Fault, who being inverted with sufficient Power did not prevent it [...] because Knowledge without authority will not amount to guilt; so on the other Hand, are they not chargeable with any Crimes [...] For to make a Man accountable for another's Fault, there ought to be a Concurrence of Knowledge and Permission.*

[...] el oficio de un general [...] el cual pondera la situación antes de moverse. No se precipita sin sentido en tentadoras trampas. Es prudente, pero no titubea. Se da cuenta de que hay algunos caminos que no deben seguirse, algunos ejércitos que no deben atacarse, algunas ciudades que no deben sitiarse, algunas posiciones que no deben lucharse y ciertas órdenes del soberano que no deben obedecerse (p. 77).

Del comandante militar en oficio se espera que cree situaciones seguras en la ventaja militar y en la seguridad de sus hombres, y de su disciplina, que a través de ella recree la atmósfera de mando necesaria para el cuidado y debido control de las acciones de sus comandados. Del comandante operativo y su trabajo ético depende no solo la destreza militar, sino la obediencia y el buen comportamiento de sus hombres, que ven en él a su líder. Entonces, es correcto cuando el fiscal Abubacarr Tambadou (2013), en la audiencia de apelación del General Augustine Bizimungu, Jefe del Estado Mayor del ejército de Ruanda durante el genocidio de 1994, ante el Tribunal Internacional Penal de las Naciones Unidas para Ruanda, declaró que: “Y esto, sus excelencias, es la esencia del ser comandante, tal como se reconoció en Hadžihasanović (TIPY, 2008) cuando en la sentencia se estableció, cito, la [falta de] responsabilidad de comando es la consecuencia directa de la no observancia de las obligaciones del mismo”. Sin duda, Tambadou fue acertado; cuando no hay observancia de las obligaciones del comandante militar, la historia ha sido testigo de la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Así, veremos que el oficio del General de Sun Tzu, que no es otro que el del mando militar que comanda desde un ejército hasta una simple escuadra,³ ha sido en realidad sujeto a una dinámica evolución y que con su escrutinio judicial solo a principios del siglo XX y con más certeza con el juicio del General Yamashita a finales de 1945, sin olvidar los aportes de los juicios de Núremberg de 1945-1946, se inicia lo que conocemos como la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico.

3 El mando de una escuadra corresponde a un cabo, inmediato superior del soldado. Es la unidad más pequeña de mando en el Ejército Mexicano; de hecho, la CPI en Bemba Gombo (2016) definió claramente este precepto al decir que el artículo 28 (a) del Estatuto de Roma no solamente cubre a los comandantes inmediatos de las fuerzas que cometen los crímenes, sino que es aplicable también a los superiores de cada nivel, independientemente de su rango, desde comandantes de la más alta jerarquía hasta líderes con solo un puñado de hombres bajo su mando (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, 2016).

1.1. Antecedentes remotos de la responsabilidad de los comandantes militares

Por siglos, la responsabilidad del superior jerárquico estuvo reducida a una obligación general de parte del comandante militar de control de sus subordinados. Aunque la historia relata casos aislados en los que se castigaron comandantes militares que no actuaron conforme a lo que se esperaba de ellos teniendo en cuenta *las leyes de Dios y de la guerra*, estos fueron más una rara curiosidad. Entre ellos podemos citar el juicio que se le siguió a Peter von Hagenbach en 1474 por cargos de asesinato, perjurio, violación y otros crímenes abominables durante la conquista del territorio del Alto Rin —hoy Alemania— a nombre del Carlos de Borgoña, alias ‘Carlos el Temerario’. El tribunal, compuesto por veintiocho jueces puestos ahí por las potencias aliadas del Sacro Imperio Romano, rechazaron el argumento de Hagenbach de que él solo seguía órdenes superiores, sentenciándolo a morir, pues había cometido estos crímenes, que como caballero y comandante tenía la obligación de prevenir. Sin duda, el juicio de Hagenbach es un precedente, aunque no sabemos el nivel de *mens rea*,⁴ intención⁵ y aún menos cuánto conocimiento tenía de lo que aconteció y cuan involucrado estuvo en los crímenes (Stryszak, 2000, p. 2).

En 1621, el rey Gustavo Adolfo de Suecia promulgó un manual militar para sus ejércitos titulado *Articles of Military Lawwes [sic] to be Observed in the Warres [sic]* (Artículos de las Leyes Militares que Gobiernan las Guerras). En este documento se hacía énfasis en la obligación del comandante de no ordenar la comisión de

4 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define el elemento de intencionalidad en su artículo 30, donde incorpora en el mismo la intención y el conocimiento:

1. *Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.*

2. *A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:*

a) *En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;*

b) *En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. [...] (Naciones Unidas, 1998).*

5 Hoy sabemos que el elemento mental es requerido en la comisión de los crímenes internacionales de la competencia de la Corte Penal Internacional. El artículo 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo incorpora en la forma de intención y conocimiento, siendo la base esencial para determinar la responsabilidad penal o culpabilidad de la persona. Los tribunales penales internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente sancionaron la comisión de los crímenes de los cuales se declararon competentes, que con la excepción de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y en contra de la paz los llenaron de controversia al violar los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege* (Cherif Bassiouni, 2003, p. 281). Aunque se hicieron avanzar otros principios que acompañan la idea de que es inaceptable la comisión de crímenes internacionales cuando se tiene conciencia y conocimiento de la ilegalidad e implicaciones atroces de esa conducta. Entonces, *mens rea*, el elemento mental de la intención y conocimiento del injusto jurídico forma parte del análisis del actuar de un presunto acusado para determinar el grado de su responsabilidad, lo que en el principio de superior jerárquico es determinante, pues puede constituirse en un agravante.

crímenes al afirmar que “no Colonel or Capitaine [sic] shall command his souldiers [sic] to do any unlawful thing; which who so does, shall be punished according to the discretion of the judges”⁶ (Mc Cormack, 1997, p. 39).

Groccio (2004) en *The Rights of War and Peace* [De los Asuntos de la Guerra y de la Paz], *treatise* novedoso para la época, fue más allá al decir que “no solo estaba prohibida la comisión de crímenes ordenados por el propio comandante, sino que afirmó claramente que la responsabilidad de este no debía limitarse a ello, sino a su obligación de prevenir los crímenes para que estos no se cometieran” (Groccio, 2004, pp. 454-455). Aún más, Groccio agregó que *conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad*. Hoy sabemos, que el umbral de conocimiento conjuntamente con el control efectivo de las fuerzas armadas bajo el mando de un comandante militar nos ha dado en Derecho Internacional los elementos de prueba de lo que ese comandante en la práctica y razonablemente puede hacer, por lo que no se pueden hacer generalizaciones en derecho objetivo. En el veredicto de Jean Pierre Bemba Gombo (2016)⁷ de la Corte Penal Internacional, esta argumentó acertadamente “que asumir [a priori] que el comandante tenía conocimiento no puede ser presumido. Más bien debe ser establecido con base en la evidencia circunstancial directa o indirecta.”⁸ Yo diría más, autoridad sin conocimiento y control efectivo no significa necesariamente una conducta dolosa, aunque no necesariamente se puede decir que es falta de culpa y por lo tanto libre de responsabilidad, como se verá más adelante.

En el continente americano tenemos otro vestigio singular como el documento titulado, *Artículos de la Guerra*, adoptado en 1775 por el Congreso Provisional de la Bahía de Massachusetts, el cual contenía la obligación del comandante de controlar a sus subordinados para que no cometieran crímenes y de ser el caso, ver que se llevaran a Corte Marcial a los responsables de los crímenes perpetrados llevándose a cabo las reparaciones (Stryszak, 2000, p. 2). Desde Sun Tzu y sus generales hasta al siglo XVIII, no hemos visto más que la obligación del comandante de controlar a sus subordinados para que no cometieran crímenes o conductas de las cuáles no tuviera conocimiento y/o las ordenara él mismo, pero nada de aquéllos crímenes de los cuáles

6 Ningún coronel o capitán ordenará a sus soldados hacer ninguna cosa ilegal; quién lo haga, será castigado de conformidad y a discreción de los jueces.

7 Traducción de la autora. La cita en inglés se lee así: “*The Chamber considers that actual knowledge on the part of a commander cannot be presumed. Rather, it must be established either by direct or indirect (circumstantial) evidence. Examples of direct evidence include the accused’s admission of knowledge or statements he may have made about the crimes*” (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, 2016, p. 89).

8 “*Ejemplos de evidencia directa incluyen la admisión del acusado de tener conocimiento de ello, o declaraciones que haya podido hacer sobre la comisión de los crímenes*” (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, 2016).

no sabía o sí sabía pero escogía no actuar. Este estado de cosas se mantiene más o menos igual durante todo el siglo XIX, no teniendo la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico gran desarrollo en relación con las formas de responsabilidad, es decir, el grado de conocimiento que el comandante poseía sobre lo que sus tropas hacían, hicieron, hacen o están por hacer,⁹ así como qué hacía él para prevenirlo o reprimirlo. Un caso claro de ello es el mismo Código Lieber, promulgado por la Unión durante la Guerra Civil de 1865 en los Estados Unidos, que establecía en su artículo 71 “Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed”¹⁰ (Stryszak, 2000, pp. 2-3).

La doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico reducida al castigo del comandante por la falta de prevención y/o represión cuando sus subordinados cometieran crímenes subsistió en ese estado hasta principios de siglo XX. Un ejemplo claro fue durante la guerra en Filipinas, en 1902, cuando fue llevado a Corte Marcial el General Brigadier Jacob H. Smith del ejército norteamericano, al incitar, ordenar y permitir a sus tropas cometer crímenes de guerra durante las operaciones de contrainsurgencia en la isla de Samar (Stryszak, 2000, p. 4). El General Smith fue condenado por la forma más primitiva e impropia de un comandante de conducirse y esa era las órdenes directas a cometer los ilícitos cuando exigía: “I want no prisoners. I wish you to burn and kill; the more you burn and kill, the better it will please me”¹¹ (Oswald, 2001, p. 9). Sin embargo, hacia principios

9 Algunos ejemplos de dejar de hacer podría ser no ocuparse del cuidado que se debe tener de los prisioneros de guerra, no asegurarse de que la población civil cuente con las garantías de seguridad en situaciones de ocupación y permitir que la población civil sea sometida a ultrajes, violencia sexual, muerte y otros crímenes. Estos, sin embargo, son ejemplos bien regulados hoy en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, cuyo quebrantamiento ha ameritado en tribunales penales internacionales como el de la antigua Yugoslavia a ser considerados no solo crímenes de guerra, sino graves violaciones a los Convenios. El artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incorpora sustancialmente el cuerpo normativo de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.

10 El que intencionalmente infrinja heridas superfluas al enemigo que haya depuesto las armas, o lo asesine, u ordene o incite a los soldados a hacerlo, enfrentará la muerte, si es sentenciado, sea que pertenezca al Ejército de los Estados Unidos, o al enemigo capturado que haya cometido el crimen]. En virtud de ello, en 1865 el Capitán Henri Wirz, Comandante de un campo de prisioneros de los Confederados del Sur fue colgado en Andersonville, Georgia por violar el Código Lieber al ordenar y permitir la tortura y maltrato de prisioneros de la Unión (Traducción de la autora).

11 No quiero prisioneros. Quiero que incendien y maten; entre más incendien y maten, más me van a complacer (Traducción de la autora). El complemento de las órdenes que Smith emitió en la Corte Marcial en 1902, no son menos perturbadoras, según la investigación de Mark Oswald del Departamento del Ejército de los E.U.A: *Early in the campaign, Smith directed several of his garrison commanders and in particular, Marine Major Waller, “ [...] I want all persons killed who are capable of bearing arms in actual hostilities against the United States.... When Waller sought clarification of the age limit to respect, Smith*

del siglo XX aun se reflejaba ese estado incipiente en el desarrollo de la doctrina, a pesar de que ya se contaba con la Convención Cuarta de La Haya de 1907, que marcaba el primer esfuerzo en materia de tratados internacionales, a fin de codificar la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico y que incluía en el artículo 1 del *Reglamento Respecto a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* la responsabilidad del comandante militar; de forma general acordaba los derechos de un beligerante legítimo a estar comandado por una persona responsable de sus subordinados (Roberts, Adam & Guelff, 2000, p. 73).

El cambio se da cuando la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico incorpora de forma explícita la forma de responsabilidad del conocimiento y control efectivo del comandante militar. Esto viene hasta Yamashita en el siglo XX y con ello hay consensos en que nace la doctrina moderna, hoy considerada como el principio de la responsabilidad del superior jerárquico y con la cual estamos más familiarizados. Por lo anterior, decimos que la doctrina y sus formas de responsabilidad, prevención y conocimiento, así como el control efectivo de los comandados como ente jurídico es un fenómeno moderno.

1.2. Orígenes modernos de la doctrina

A través de la historia, actos aislados nos sugieren que a los comandantes militares se les ha imputado la responsabilidad de disciplinar, levantar la moral y controlar a sus tropas. Esta tendencia se da en términos concretos en el siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, con los tribunales militares internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente.¹² Sin embargo, para finales de la Gran Guerra

designated every Filipino boy ten years and older as capable of bearing arms and, accordingly, combatants. (2001, p. 9): Temprano en la campaña, Smith emitió diversas órdenes a sus comandantes de guarnición, en particular al infante de Marina, el Mayor Waller, “[...] Quiero que se mate a cualquier persona que sea capaz de portar un arma en contra de los Estados Unidos... Cuando Waller pidió clarificación sobre la edad límite para respetar, Smith dijo que cualquier niño filipino de 10 años o más capaz de portar armas y por lo tanto ser un combatiente (Traducción de la autora).

- 12 Fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial en 1945, cuando los Aliados victoriosos de la guerra decidieron llevar a cabo juicios militares internacionales penales en contra de los líderes y altos jerarcas del Eje. Entonces la idea de crear una jurisdicción penal internacional alcanzó un momento culminante aunque imperfecto en varios sentidos. La visión del Secretario de Estado norteamericano Stimson por hacer rendir cuentas a estos individuos en un juicio internacional prevaleció sobre la posición de Moscú y del mismo Primer Ministro británico, Winston Churchill, de ejecutarlos. Los cuatro aliados (Estados Unidos, la URSS, Inglaterra, y Francia) adoptaron el 8 de agosto del 1945 la Carta de Londres, que crearía el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. La Carta de Londres preveía el *juicio de los mayores criminales de las potencias del Eje* e incluía tres crímenes en su artículo 6 estableciendo su jurisdicción: crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En el juicio 23 individuos fueron acusados, 22 fueron juzgados, 19 fueron sentenciados y 3 fueron absueltos. De los sentenciados, 12 de ellos fueron condenados a la horca, los demás recibieron la pena corporal entre veinte y diez años, respectivamente. *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany, Part 22, Under the Authority of H.M. Attorney General by His Majesty's Stationery Office, London, 1950, p.413.* En el Lejano Oriente, después de la Segunda Guerra Mundial, el General

(1914-1918), se sitúan los primeros antecedentes en lo jurídico, pues se desarrolla lo que se conoce como la *teoría de la omisión* de los superiores jerárquicos militares, la cual argumenta que “el comandante podía ser considerado responsable no solo por ordenar la comisión de crímenes de guerra, sino también por no prevenirlos cuando se percatara de su comisión o de que estos pudieran darse” (Stryszak, 2000, p. 1). Con el Tratado de Versalles de 1919, que pone fin a la Primera Guerra Mundial, y la *Entente Cordiale*, se intentó crear un tribunal especial de guerra que sentara en el banquillo de los acusados al Káiser Guillermo II de la dinastía de los Hohenzollern, así como a su Canciller, el Conde Bismarck, y a los mariscales de campo Paul Von Hindenburg y Erich Ludendorff, pero no fue posible juzgar al Káiser ni a los altos dignatarios alemanes a quienes se les atribuía el cataclismo de la Primera Guerra Mundial y los altos costos de la misma en pérdidas humanas. Aun así, la semilla se había sembrado para fincar responsabilidades a los presuntos autores de la guerra, hombres en posiciones de liderazgo y poder que tenían el deber de haber prevenido las atrocidades cometidas por sus tropas, tal como lo dijo en su reporte la Comisión de la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de las Penas de 1919:

El ex Káiser y aquellos otros en posiciones de alta autoridad tenían conocimiento y podían al menos haber mitigado las barbaridades cometidas durante el curso de la Guerra. Una palabra de ellos hubiera sido suficiente para que sus subordinados utilizaran métodos diferentes de acción [...] ¹³ (Stryszak, 2000, p. 4).

El Káiser encontró resguardo en Holanda, país hoy asociado como el Estado paladín del Derecho Internacional, pero que en aquél momento no tuvo la menor intención de extraditarlo por los crímenes en contra de la moral internacional y santificación de los tratados internacionales, como lo estableció el Tratado de Versalles de 1919 en su artículo 227.¹⁴ Sin embargo, la suerte de la *teoría de la*

Douglas Mac Arthur emitió una proclamación (la Carta de Tokio) estableciendo el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. La Carta de Tokio sirvió para los mismos propósitos que la Carta de Londres que creó el tribunal de Núremberg, llevar a juicio a los principales perpetradores de crímenes internacionales. A diferencia de su contraparte europea, el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente no se basó en la adopción de un tratado internacional como lo fue la Carta de Londres lo cual le atrajo aún más críticas. Sadat (2014:1).

13 Traducción de la autora. La cita en inglés reza así: *The ex Kaiser and others of high authority were cognizant of and could be at least have mitigated the barbarities committed during the course of the war. A word from them would have brought about a different method in the action of the subordinates [...] International Commission Report on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties.*

14 *The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. (Tratado de Versalles, Artículo 227). (Los Aliados*

omisión estaba ya echada; no solo era relevante castigar a aquellos comandantes responsables de ordenar los crímenes, sino también era necesario hacerlo incluso con aquéllos que aunque sabían o supieron, no hicieron nada, ¿por qué? Porque el comandante militar es el que tiene la responsabilidad de la disciplina militar y de recrear esa atmósfera de valores éticos entre sus subordinados, a partir del liderazgo que ejerce: el *command responsibility*. En el caso del Káiser y sus plenipotenciarios, *una sola palabra de ellos hubiera bastado*, como dice el Reporte de la Comisión arriba referido, para si no parar, tal vez mitigar los actos criminales de sus subordinados. ¿Cuánto sabía el Káiser de lo que sucedía entre sus tropas?, ¿o sus Generales? Hoy no podemos decir con certeza, pues no fueron juzgados. Lo que sí podemos decir es que respecto a siglos atrás, el umbral de imputación que teóricamente les fue impuesto fue alto para el estado *status nascendi* de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico. La *Entente Cordiale* fue pronta en observar que los vencidos en su capacidad de liderazgo supieron y se abstuvieron de actuar. La forma de responsabilidad que hoy conocemos del conocimiento como elemento fundamental para entender la capacidad de acción del comandante militar se asentó dando paso a la teoría de la abstención u omisión. Esta se desarrollaría y se volvería más compleja después de la Segunda Guerra Mundial.

1.2.1. La Suprema Corte del Reich en Leipzig (1920)

En la primera posguerra mundial emergía la idea de una Corte Internacional Penal permanente, que juzgara a líderes y comandantes militares de alto rango por sus obligaciones en el derecho de gentes, la cual permanecería en el tintero durante todo el siglo XX. Las dificultades fueron muchas, pues se antepusieron —como todavía hoy subsisten— argumentos en materia soberana de los Estados para juzgar a sus propios nacionales, o bien que los Jefes de Estado sólo podían rendir cuentas a los propios ciudadanos de ese Estado y no a la comunidad internacional; además, aun no existía un código penal internacional conforme al cual los posibles acusados rindieran cuentas. Con todo ello el resultado fue la creación de la Suprema Corte del Reich en Leipzig, instituida ante la negativa alemana del establecimiento de un tribunal internacional, como fue sugerido por la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de Penalidades reunido en Versalles durante la conferencia de paz. La lista que incluía originalmente a altos oficiales de la jerarquía alemana, como el mismo Káiser y su hijo también de nombre Guillermo,

y Poderes Asociados públicamente acuerdan que Guillermo II Hohenzollern, exemperador alemán, por la ofensa suprema en contra de la moral internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, asegurándoles las garantías esenciales al derecho de defensa. Se constituirá por cinco jueces, cada uno designado por las siguientes potencias: a decir, de los EUA, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón (Traducción de la autora).

se redujo a un puñado de nombres de mandos medios militares. Las potencias de la *Entente Cordiale* consintieron a los juicios de Leipzig en 1920 y de una lista original de 45 nombres, esta se redujo a 12 de los cuales 6 fueron absueltos. Solo uno de ellos, el Mayor Bruno Crusius fue sentenciado bajo el principio de la responsabilidad del superior jerárquico. La Suprema Corte de Leipzig lo había encontrado culpable por haber ordenado la ejecución de prisioneros de guerra franceses (Rocha, 2018, pp. 12-13). Aunque imperfecta, se había iniciado ya la evolución vertiginosa no sólo de la doctrina del principio de superior jerárquico, sino del Derecho Internacional Penal que vería su desarrollo en lo jurídico a lo largo del siglo XX.

2. Yamashita y la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico

Con Yamashita nace propiamente la doctrina moderna de la responsabilidad de los comandantes militares, que en el devenir de la humanidad ha ido moldeándose, adquiriendo a veces un tono más estricto o uno un poco más relajado, para volver a ser exigente en sus estándares, los cuales integran preceptos como el nivel de conocimiento y el control efectivo de un comandante de los crímenes cometidos o por cometerse por sus subordinados. Dicha responsabilidad del comandante militar encargado de la disciplina militar viene concatenada con el deber de prevenir o reprimir las infracciones al derecho de gentes, traducidos en crímenes internacionales que los subordinados cometan o estén por cometer, es decir, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio si hacemos una lectura de los artículos 6, 7 y 8, respectivamente, de los crímenes de la competencia de la CPI en su Estatuto que entró en vigor en 1998. En esta sección abordaremos la historia de Yamashita, para algunos un villano, para otros una víctima de la ‘justicia de los vencedores’ y para otros no menos que un hombre incomprendido y controversial.

2.1. Yamashita, su responsabilidad y su juicio

“Claramente, la asignación de tropas militares va acompañada de una autoridad amplia y responsabilidad muy grande [...] Es absurdo, sin embargo, considerar al comandante como un asesino o violador solo porque alguno de sus soldados comete asesinato o violaciones sexuales. Aún así, donde el asesinato, violación y acciones viciosas y vengativas sean delitos ampliados y no haya la intención efectiva del comandante de descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser encontrado responsable, incluso penalmente responsable, por los actos sin ley de sus tropas, dependiendo de la naturaleza y circunstancias que le rodeen.” (Sentencia del General Yamashita por el Tribunal Militar de los EUA para Crímenes de Guerra, 1946)

El General Tomoyuki Yamashita, comandante del 14^a ejército imperial japonés, enfrentó de 1944 a 1945 a las fuerzas norteamericanas encabezadas por el General MacArthur durante la invasión de los Estados Unidos en el pacífico. Cuando cayó Filipinas a manos de los norteamericanos hacia el otoño de 1945, Yamashita, que había dividido su ejército en tres partes, delegando amplia autoridad a sus generales, se rindió ante un escenario devastador: las fuerzas japonesas de ocupación habían asesinado un estimado de 35.000 filipinos, con innumerables casos de violencia sexual, rapiña, destrucción de propiedad y maltrato a civiles y prisioneros de guerra (Stryszak, 2000, p. 6). El juicio de Yamashita por órdenes de MacArthur se abrió el 29 de octubre de 1945 y terminó el 7 de diciembre del mismo año, y los cargos en contra de él fueron que *o sabía de la comisión de las atrocidades o él mismo las había ordenado* (United Nations War Crimes Commission, 1948). Pero lo que realmente dio un cambio en la evolución de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico elevando el umbral de conocimiento de lo que Yamashita como comandante se supone debía saber fue, en palabras del Tribunal Militar, *que los crímenes fueron tan extensos y ampliados en tiempo y espacio, que no era posible creer que Yamashita no supiera lo que sus oficiales ordenaban y aún más increíble, que Yamashita argumentara que nunca se percató de nada al respecto* (Stryszak, 2000, p. 8). Su defensa argumentó que, al estar dividido su ejército en tres partes y Yamashita estar aislado en el norte de Luzón, incomunicado por el bloqueo a cargo de la flota norteamericana, no tuvo control y tampoco conocimiento de lo que aconteció en las otras dos zonas, donde se dieron la mayor parte de las atrocidades. Sin duda, haber dividido su ejército en tres partes tuvo un rol decisivo en la suerte de Yamashita; sin embargo, la naturaleza ampliada de los crímenes, la cantidad de testigos y documentos presentados que mostraban que Yamashita *'hubiere debido saber'* lo que pasaba, además de las contradicciones en las declaraciones de sus generales que, como Yokoyama en Manila, aseguraban haber tenido contacto con su superior hasta junio de 1945, fue suficiente para encontrarlo culpable y condenarlo a muerte (Stryszak, 2000, p.8). Ante la gravedad de los acontecimientos y la evidencia ofrecida, los argumentos que buscaban convencer de que Yamashita ignoraba lo que sus generales permitieron hacer a las tropas no fueron suficientes.

Más allá de lo controversial que pueda ser el caso de Yamashita, lo cierto es que los argumentos a favor o en contra suya todavía se utilizan en los tribunales internacionales penales modernos, como el ya extinto TIPR. En él se escuchó, por parte de la defensa, durante la audiencia de apelación del caso *El Fiscal vs. Ndindilyimana et al.* (2013), que la caída de las comunicaciones en Kigali durante la noche de 1994 en la que murió la Primera Ministra, Agathe Uwilingiyimana, en manos del ejército

genocida ruandés, no permitía suponer, “más allá de la duda razonable”, que el General Ndingilyimana supiera o “tuviera razones para saber” que en dicho asesinato los gendarmes a su comando estuvieran implicados, argumento que retoma la experiencia del bloqueo de comunicaciones de Estados Unidos en el pacífico en 1945. Hoy, con los elementos o criterio de conocimiento como se discierne de la práctica judicial internacional, para algunos, como el abogado de la defensa de *Ndingilyimana*, Christopher Black,¹⁵ Yamashita no hubiera sido encontrado responsable conforme a su obligación como comandante.

3. De Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional. ¿Cuánto sabían y cuánta fue su responsabilidad?

La historia de estos dos acusados, Yamashita (Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, 1945) y Bemba Gombo (SPI III CPI, 2016), después sentenciados en sus respectivos juicios por su responsabilidad como comandantes militares respecto de los crímenes internacionales cometidos por las tropas a su mando, ilustra de forma fugaz la evolución jurídica en menos de un siglo del estándar de cumplimiento que hoy se exige a los comandantes militares como superiores jerárquicos. De la forma más primitiva de ordenar los crímenes y participar incluso en ellos (recordemos a Smith, el comandante norteamericano que alentaba a sus tropas a matar), a la *teoría de la omisión*, donde no era suficiente saber que los crímenes ocurrían, sino que el comandante era responsable por mirar a otro lado y abstenerse de actuar (juicios de Leipzig de 1920), hasta el umbral más alto de conocimiento requerido a Yamashita por pretender ignorar la comisión de crímenes tan extensos y de dominio público, ¿Yamashita debía haber sabido! ¿Y después? ¿Qué sucedió con la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico? Hay un *impasse* provocado, en mayor medida, por el advenimiento de lo que se conoce como la Guerra Fría,¹⁶ donde materialmente

15 Christopher Black, prominente abogado canadiense de la defensa en juicios internacionales, ganó notoriedad desde hace ya algunos años cuando dejó a la comunidad internacional estupefacta, al argumentar que los fundamentos en los cuales se creó el TIPR, a decir el genocidio en Ruanda, eran cuestionables, ya que, según él, la interpretación de los eventos en 1994 no fue la de genocidio. Su cliente, el General Ndingilyimana, condenado a 30 años de prisión, fue después liberado en 2014 al establecer la Sala de Apelación del TIPR que la fiscalía no había demostrado ‘*más allá de la duda razonable*’ que el General tuvo control efectivo de los hombres que comandaba, destacando que siempre se opuso a las matanzas. *El Fiscal vs. Augustin Ndingilyimana et al.*, Sentencia [2014], ICTR, Arusha, Case No. ICTR-00-56-A.

16 La Guerra Fría o el advenimiento del mundo bipolar. Coulombis y Wolfe (1990) explican acertadamente conforme a la teoría de las Relaciones Internacionales, qué significó este período de la historia en la *real politik*: *The growth of two major clusters of states, euphemistically referred to as the free world and the socialist camp, replaced the system of balance of power. The United States and the Soviet Union became the leaders (sometimes on the basis of coercion) of two strongly organized and fully armed coalitions of nation-states. These coalitions faced each other in a situation variously referred to as armed peace, balance*

no hubo ningún desarrollo significativo en la evolución de la doctrina, excepto por la inclusión del artículo 86 del estándar o criterio de conocimiento de la doctrina en el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.¹⁷ Es prácticamente cuando se desmantela la Unión Soviética en 1990,¹⁸ que no solo la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico se activa, sino que la disciplina del Derecho Internacional Penal, con el establecimiento de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* de la ONU para la antigua Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR), en 1993 y 1994, respectivamente, se desarrolla de forma sustancial.¹⁹

of terror, cold war, and nuclear deterrence. This bipolar system, which pitted two "permanent" Alliance systems against each other while the so called nonaligned countries looked helplessly on, undermined the political environment of balanced and fragmented power that had been considered a basic prerequisite for collective security (p. 285). El surgimiento de dos Estados y sus bloques, eufemísticamente referidos como el mundo libre y el mundo socialista reemplazó el sistema de balance de poder. Los Estados Unidos y la Unión Soviética se convirtieron en líderes (a veces bajo coerción) de dos coaliciones de Estados-Nación fuertemente organizadas y bien armadas. Estas coaliciones se enfrentaron en varias situaciones referidas como paz armada, balance de terror, Guerra Fría y disuasión nuclear. Este sistema bipolar, que presentaba dos alianzas permanentes enfrentadas entre sí mientras que los países llamados no alineados permanecían impotentes, minó el ambiente político del balance de poder de manera proporcional, que había sido hasta entonces considerado un requisito básico para la seguridad colectiva (traducción de la autora).

- 17 El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción (Artículo 86, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949).
- 18 Hacia finales de los años noventa, Rosalyn Higgins, exjueza de la Corte Internacional de Justicia de la ONU señaló las razones por las cuales el Consejo de Seguridad de la ONU finalmente hacía las cosas para las cuales había sido diseñado como guardián de la seguridad internacional en la Carta de la ONU, entre ellas la creación de los dos tribunales de guerra de la ONU, el TIPY y el TIPR: *Since the end of the Cold War there has been a marked decline in the unilateral use of force by the United States outside the United Nations [...] The disappearance of the old, hostile Soviet Union has made the Security Council a more comfortable environment. There has been a substantial common interest in peace and security matters between the United States, France and the United Kingdom with such common ground also with the Russian Federation. China remains uneasy but does not feel strongly enough to veto. (Malanczouk, 1997, 395). Desde que terminó la Guerra Fría ha habido un marcado decline en el uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados Unidos fuera del marco de las Naciones Unidas [...] La desaparición de la vieja, hostil Unión Soviética, generó un ambiente más confortable en el Consejo de Seguridad. Ha habido una coincidencia sustancial de intereses comunes por la paz y temas de seguridad entre los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido compartido con la Federación Rusa. China permanece intranquila pero sin la suficiente fuerza para vetar (traducción de la autora). Higgins agrega también que la posguerra fría significó una coincidencia en las agendas políticas de la ONU con la política exterior de los Estados Unidos, lo cual cambió drásticamente con el nuevo contexto político mundial a partir del 9/11, lo que llevó a esta potencia a retornar a su aislacionismo.*
- 19 Tanto el TIPY como el TIPR fueron creados por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1993 y 1994, respectivamente, conforme al mandato que tiene este órgano político de guardián de la paz y seguridad internacionales en los capítulos VI y VII de la Carta de la ONU. Ambos tribunales *ad hoc* han cerrado sus puertas después de más de veinte años, tras haber enjuiciado a los mayores perpetradores de los crímenes más graves bajo sus competencias de las crisis humanitarias en la guerra de la antigua Yugoslavia (1992-95) y el genocidio en Ruanda (1994). El TIPY cerró en diciembre de 2017 y no tiene fugitivos, mientras que el TIPR, que cerró sus puertas en 2015, tiene tres, de los cuales el MICT se está encargando de su búsqueda y captura. El MICT es el mecanismo residual de los dos tribunales *ad hoc* de la ONU para la antigua Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR), y tiene sede en La Haya (Países Bajos) y en Arusha (Tanzania).

Tanto los Estatutos del TIPY y del TIPR como el artículo 86 del Protocolo I Adicional de Ginebra de 1977, añadieron un estándar, criterio o test a fin de evaluar el nivel de conocimiento y control efectivo de los comandantes militares sobre sus tropas. Respecto a Yamashita, considero que el estándar o criterio de conocimiento en estos desarrollos posteriores es menos rígidos en su valor probatorio, como se puede deducir de la narrativa de sus articulados en la tabla 1. Lo anterior, no aminora el valor de estos dos tribunales *ad hoc* de la ONU en su importante papel al haber configurado el rostro de la disciplina que nos ocupa, siendo el TIPY el tribunal internacional penal que concentra la mayor parte de los juicios militares al día de hoy. En la tabla 1 se incluyen de manera comparativa el umbral, criterio o test de conocimiento requeridos desde Yamashita, donde se aplicó el modo un tanto rígido del ‘debía haber sabido’. Dicho criterio está reflejado, si leemos la versión del Estatuto de Roma de la CPI en español, en el *hubiere sabido o en las circunstancias del momento hubiere debido saber*, que se asienta en el artículo 28 inciso (a) (i).²⁰ El TIPY y el TIPR incorporan el ‘*sabía o tenía razones para saber*’, pasando por el artículo 86 del Protocolo I de 1977, que establece ‘*si estos sabían o poseían información*’. En opinión de la autora, los estándares de prueba ‘*tenía razones para saber*’ en el TIPY y TIPR y ‘*si estos sabían o poseían información*’ en el artículo 86 del Protocolo I Adicional, dejan más espacio para argumentar en el estrado que el superior jerárquico *no tenía razones para saber* como se vio en el caso de *El Fiscal vs. Ndindilyimana et al.* (2014), antes referido ante el TIPR.

20 Cabe aclarar que la versión en inglés del Estatuto de la CPI en el inciso (a) (i) incorpora el *hubiere sabido (he knew)*, pero no el *hubiere debido saber*, incluyendo en su lugar el *should have known* que, como se argumenta en este ensayo, tiene un sentido diferente en la jurisprudencia, incluso de CPI con Bemba. En otras palabras, la versión en español del Estatuto difiere de la versión en inglés, lo cual es problemático si solo leemos la versión en español, considerando que el inglés y el francés son los idiomas operativos de la Corte.

Tabla 1. ¿Cuánto debe saber un superior jerárquico sobre las acciones de sus subordinados?

Más estricto	←————→		Menos estricto
Tribunal del Lejano Oriente	Estándares internacionales en los tribunales penales internacionales		Estatuto de Roma estándar para civiles
a) Sabía o tenía que haber sabido b) Yamashita sabía o debía haber sabido	<p>CPI: <i>El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable [...] [si]hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.</i> (Artículo 28 (a) (i)).</p> <p>TIPY & TIPR: [...] <i>sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo</i> [...] (artículo 7 (3) TIPY; artículo 6 (3) TIPR).</p> <p>Protocolo I (1977) Ginebra: [...] <i>si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción</i> [...] (Artículo 86).</p>		<p>Artículo 28 (b) (i):</p> <p>[...] <i>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></p> <p>i) <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[...].</i></p>

Fuente: Rocha Herrera (2016).

3.1. De las formas de responsabilidad, del más estricto al menos estricto; estándar para civiles vs. responsabilidad en comandantes militares

A mi parecer, el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI contiene todos los criterios. El inciso (a) (i) tiene como antecedente a Yamashita, según el cual, conforme al Tribunal Internacional Militar del Lejano Oriente, no era creíble que el General *no supiera lo que era del dominio común, además de los reportes y amplia documentación con relación a lo que sus tropas hacían*. Sin duda el artículo 28 en este mismo inciso también incluye la figura del *actual knowledge*, que en su forma más primitiva se refiere al *sabía o supo, o hubiere sabido* (recordemos a Hagenbach en el siglo XV). El inciso (b) (i) del mismo artículo se refiere al *hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso*, criterio que se aplica a los superiores jerárquicos civiles como señala Khan *et al.* (2013, p. 959). Dicho criterio aplicado a los civiles es

menos riguroso, como ha quedado establecido por la Sala de Apelaciones del TIPR en los casos Bagilishema, Kajelijeli y Nahimana, cuando esta ha afirmado que *el control ejercido por un superior jerárquico civil no necesita ser de la misma naturaleza al ejercido por el comandante militar* (Khan *et al.*, 2013, p. 959). Sin embargo, y aunque con un umbral distinto, hay que aclarar que con relación a los civiles superiores jerárquicos, el control efectivo sobre los subordinados es también aplicable a ellos, a fin de encontrar su responsabilidad de mando. Jefes de Estado y/o de gobierno o servidores públicos responsables en los gobiernos en posiciones de autoridad están incorporados en esta noción y para ello hay rica jurisprudencia tanto en el TIPY (Alekovski, 2000; Delalić, 1998), como en el TIPR (Kayishema & Rudizana, 1999, Musema, 2000; Karemera *et al.*, 2008), así como en la Corte Especial para Sierra Leona (Fofana & Kondewa, 2007; Khan *et al.*, 2013).

3.1.1. El estándar de conocimiento del ‘hubiere tenido que saber’ (‘should have known’) incluido en el Estatuto de Roma en su versión en inglés y por tanto en la jurisprudencia de Bemba Gombo

Quiero señalar que el inciso (a) (i) del artículo 28 tiene importancia especial, pero debe ser leído en su versión en inglés en el Estatuto de la CPI, que en último caso es la versión operativa del mismo, lo que significa que es el idioma con el que preponderantemente se trabaja en la Corte. El español es un idioma oficial de la CPI, pero no tiene aún una función operativa.²¹ Lo anterior es crucial, porque hay discrepancias en el contenido del artículo 28 (a) (i) entre ambas versiones. La versión en inglés del Estatuto incorpora en dicho inciso el estándar *should have known*, más asociado con un *hubiere tenido que saber*, entendido como un modo de responsabilidad más riguroso, sino el más estricto en la doctrina como a continuación explico. A diferencia de la versión en inglés, el Estatuto en español incorpora en dicho inciso el *hubiere debido saber*, que no encuentra equivalencia con su par en inglés y que la doctrina lo asocia con un *must have known*, derivado del caso Yamashita, que por increíble que parezca es menos riguroso, al referirse al hecho de que la fiscalía tuvo que

21 Apegándonos a los lenguajes operativos del Estatuto, estos son el inglés y el francés hasta ahora, lo cual tiene sentido con el desarrollo de los estándares del modo de conocimiento en la doctrina de las responsabilidades del superior jerárquico. En mi opinión, la versión en español del Estatuto no se apega fielmente a varias disposiciones en su versión en inglés y una de ellas es justamente el artículo 28 inciso (a) (i), que en su segunda parte incorpora el ‘*hubiere debido saber*’, mientras que en inglés se indica el ‘*should have known*’. La diferencia es colosal pues se vio con Yamashita que el estándar del ‘*hubiere debido saber*’ está más asociado con los informes y partes que debió haber recibido, mientras que en el ‘*should have known*’ en el caso de los *Rehenes* (1947-48), se refiere a un ‘*hubiere tenido que saber*’, que no es otra cosa que con o sin informes o partes recibidas, el comandante List tenía que haber sabido, pues su obligación era saber aunque hubiera estado ausente de su comando en el momento de la perpetración de los crímenes.

probar que el General japonés recibió informes y partes de las operaciones de sus subordinados. A diferencia de ello, el estándar *should have known* (*hubiere tenido que saber*), surgido de un par de decisiones judiciales en la Alemania ocupada hacia 1948, demostró ser toda una revelación por el criterio tan estricto con el que se interpretaron las responsabilidades de esos comandantes alemanes. De ellos sobresale el *Caso de los Rehenes* del 8 de julio de 1947 al 19 de febrero de 1948. Este fue un caso colectivo en contra de doce oficiales alemanes por crímenes de guerra cometidos en los Balcanes durante la ocupación alemana en la Segunda Guerra Mundial. El caso lleva el nombre de su acusado más importante, *Estados Unidos vs. Wilhelm List*. El Mariscal de Campo W.S. Walter List fue acusado de las ejecuciones que tuvieron lugar en su comando por sus tropas en virtud de la *Orden de la Jurisdicción Barbarosa*, dirigida para llevar a cabo represalias colectivas en contra de los civiles bajo sospecha de tomar acciones en contra de los alemanes; además, la orden prohibía castigar a los soldados que cometieran estas ofensas en contra de los civiles, las cuáles incluían ejecuciones sumarias (Stryszak, 2000, p. 8). List argumentó no saber que las ejecuciones tuvieron lugar en su área de mando y afirmó haber estado ausente cuando estas sucedieron. A List se le recriminó que *hubiera tenido que saber* (*should have known*) lo que sucedía en su comando, afirmando que:

[...] ningún comandante debía permitirse no hacerse llegar reportes de sus cuarteles, o desconocerlos [...] Que en el caso de ser incompletos o inadecuados, estaría obligado a requerir informes suplementarios a fin de conocer los hechos. Que si fallara en obtener información, su ineptitud no podía usarse como excusa y menos como defensa. [El tribunal incluso agregó], que si no se había enterado de lo que hacían sus hombres por estar ausente, ese era su problema. (Stryszak, 2000, p.16)

Si bien fue probado de hecho que List sí recibió un número importante de informes, lo que llevaría a un modo de conocimiento más apegado a la *teoría de la omisión* o al *must have known* de Yamashita, la formulación del estándar más riguroso del *hubiere tenido que saber* (*should have known*) emergió y es rigurosa, porque según ella, no importa qué suceda y dónde esté el comandante militar, si recibió informes, partes o no, pues continuará teniendo la obligación en todo momento de saber qué sucede en su cuartel. Como hemos afirmado, la CPI incorpora en su Estatuto, al menos en su versión en inglés,²² todas las formas conocidas

22 El estándar *hubiere tenido conocimiento* leído sin su segunda parte o *deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información*, aparece en la versión en español del Estatuto en el inciso (b) (i) del artículo 28.

o criterios de conocimiento de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico en su artículo 28, incluyendo el estándar de conocimiento más riguroso, *should have known* (*hubiere tenido que saber*). Sin embargo, está por verse cómo la CPI interpretará este criterio en el futuro, pues en Bemba Gombo (SPI III 2016), primer caso de la responsabilidad de superior jerárquico en la Corte, conforme al artículo 28 del Estatuto, el criterio de conocimiento analizado fue la forma más básica, *actual knowledge*, en el inciso (a) (i) *he knew* (*él sabía*), en relación con su responsabilidad como superior jerárquico, no sin antes la Corte manifestar que decidió no utilizar el estándar *should have known*.²³

3.2. De los Comandantes Militares de Jure a los Comandantes Militares de Facto. El caso de Pierre Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional

La SPI III CPI determinó en el caso *El Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* (2016), conforme al artículo 28 (a) del Estatuto de Roma, que el acusado fungía *como persona actuando efectivamente como comandante militar*, lo que es parte del desarrollo dinámico aludido de la evolución del principio de superior jerárquico para los comandantes militares en la CPI. La Corte dictaminó en Bemba (2016), que no solo a los comandantes militares *de jure* les pueden ser atribuidas responsabilidades por los actos cometidos por sus subordinados, sino también a los comandantes *de facto*, de milicias y movimientos armados rebeldes,²⁴ como lo fueron los Ejércitos de Liberación del Congo que Bemba Gombo comandaba. La idea del comandante *de facto* está claramente concatenada con la afluencia de los conflictos

En mi opinión, no se empata con su contraparte en inglés esta última versión operativa del Estatuto. No se entiende si el *hubiere tenido conocimiento* leído solo, debería reflejar el *should have known* en la versión en inglés, que aparece en el inciso (a) (i). La confusión es aún más grande cuando la CPI en el caso de Bemba Gombo (SPI III 2016) decide utilizar el estándar de *actual knowledge* o el *he knew*, en lugar del *should have known*, ambos en el inciso (a) (i). En la versión en español ¿Dónde lo ubicamos? El *hubiere sabido* y *hubiere debido saber* en el inciso (a) (i) de la versión en español no refleja el '*actual knowledge*' y '*should have known*' referido por la CPI en Bemba, conforme al Estatuto en inglés.

23 Ver nota 27 y 28.

24 En ciencia política hablaríamos de Actores No Estatales, los cuales condicionan en gran medida el actuar soberano de los Estados. Cede se refiere a ellos de la siguiente manera: *The monopoly of the sovereign state has for a long time given way to a more complex and more fragmented reality of international affairs. With the rise of the non-State actors (e.g. NGOs, the media, ideologies, interest groups, religions [I would say, armed groups] in today's worlds it is a truism to say that the states are no longer the only relevant players in the international system. Therefore the question arises whether the concept of the international community does not need some adjustments in order to bring it in line with the current state of international relations.* (2007, p. 20). *El monopolio del Estado soberano ha dado paso desde hace mucho tiempo a una realidad más fragmentada de los asuntos internacionales. Con el advenimiento de los Actores No Estatales ONGs, los medios, ideologías, grupos de interés, religiones* [yo diría que grupos armados también]), *en el mundo de hoy es indiscutible que los Estados no son los únicos Actores importantes en el sistema internacional. Por lo tanto la pregunta de si es necesario hacer algunos ajustes al concepto de comunidad internacional a fin de ponerla en línea con el estado presente de cosas en las Relaciones Internacionales surge* (Traducción de la autora).

armados de carácter no internacional en Derecho Internacional, siendo con *El Fiscal vs. Dusko Tadić*²⁵ en 1995 ante el TIPY que se originó una nueva y acorde definición a los tiempos que vivimos de conflictos armados dentro de los Estados, de carácter no internacional. El artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma de la CPI incorporó esta definición o principio conocido como la *fórmula Tadić* (Rocha, 2011) “que se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales” (Estatuto de Roma, 1998).

La fórmula Tadić, incorporada en el Estatuto de Roma, ha desplazado de la práctica judicial en los tribunales penales internacionales la primacía del reconocimiento de beligerancia por parte de los Estados en el artículo 1 (1) del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977.²⁶ En el caso de la CPI, el artículo 21 (1) (a) del Estatuto es contundente al enunciar la aplicación primaria del Estatuto antes que otras fuentes de derecho. Ello significa que ante la CPI, si se llegara a interponer como argumento la ausencia del reconocimiento de beligerancia de un grupo armado de parte del Estado involucrado, dicha posición no sería sustentable como defensa para evitar que se fincara responsabilidades a un comandante militar *de jure o de facto* si las condiciones de la fórmula Tadić en el Estatuto (artículo 8 (2) (f)) se determinaran favorablemente. Entonces, ¿cómo no incluir en la categoría de comandantes militares

25 El caso Tadić [1995] y la formulación que del mismo surgió en el TIPY de lo que significa hoy un conflicto armado de carácter no internacional es ampliamente aceptada. Dicha definición conocida como la fórmula Tadić (Rocha, 2011) es citada constantemente en la jurisprudencia de diversos tribunales internacionales. En lo que se refiere a la CPI, en *El Fiscal vs. Lubanga* (2012), así como en *El Fiscal vs. Katanga* (2014) y en *El Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* (2016) ha sido citada y reafirmada. Ya en la *Decisión de Confirmación de Cargos del Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* [2009] en la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI se había tomado nota de la interpretación del concepto de conflicto armado de carácter no internacional a la luz de la jurisprudencia del TIPY en Tadić manifestando su incorporación como principio establecido en Derecho Internacional de los conflictos armados. En el caso *El Fiscal vs. Dusko Tadić, Decisión sobre el Alegato de la Defensa en la Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción*, SA, 1995, para. 70 del TIPY, este tribunal había definido conflicto armado de carácter no internacional en estos términos: (...) *an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. [...] Un conflicto armado existe cuando hay recurso a la fuerza armada entre Estados o violencia armada sostenida entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro del Estado* (traducción de la autora) (SCP II, Corte Penal Internacional, 2009).

26 Consultar en Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I [2012] *La Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No: ICC-01/04-01/06, donde la Corte prioriza el artículo 8 (2) (f) sobre el Protocolo II Adicional de Ginebra de 1977: *Lo anterior [artículo 8(2) (f)] no incluye el requerimiento del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977, que los grupos armados ejerzan un control tal sobre parte del territorio que los habilite a llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas. Es por lo tanto innecesario para el tribunal establecer que los grupos armados relevantes ejerzan control sobre parte del territorio del Estado. Asimismo, el artículo 8(2)(f) no incorpora el requisito de que los grupos organizados estén bajo mando responsable como se indica en el artículo 1(1) del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977. En su lugar, los grupos organizados deben poseer un grado suficiente de organización que les permita llevar a cabo violencia armada sostenida.*

con responsabilidades a aquéllos comandantes *de facto* que, como Bemba, dirigían, controlaban y se hacían obedecer ante sus tropas?, ¿qué no es esta categoría de comandantes militares *de facto* de gran proclividad parte de un fenómeno global como dirían los politólogos? Si tenemos un agregado múltiple de diversos conflictos armados de carácter no internacional en la escena internacional —o guerras civiles ante la mirada del politólogo— que delinea el perfil global multifacético del acontecer internacional,²⁷ ¿cómo no entender que dichos grupos armados estén comandados por jefes o comandantes militares *de facto*? El Estatuto de Roma lo hace y por eso es novedoso y acertado al incorporar a Tádić, y asumir a los comandantes militares *de facto* con la sentencia de la SPI III de Bemba Gombo, lo que sin duda significó un antes y un después respecto al edificio jurídico en derecho de los tratados, que hasta antes de la adopción del Estatuto en 1998 sólo reconocía a los comandantes *de jure* en esta categoría.

3.2.1 Bemba Gombo y su posición como Presidente del Movimiento de Liberación del Congo y Comandante en Jefe de los Ejércitos de Liberación del Congo

Jean Pierre Bemba Gombo fundó el Movimiento de Liberación Nacional del Congo en 1998 (MLC), el cual tenía como objetivo destituir al gobierno de Kinshasa. A lo largo del tiempo, el MLC se transformó de un movimiento rebelde a un partido político, del cual Bemba Gombo se desempeñaba como Presidente. Además de su función política, tenía una función militar, ya que se desenvolvía como el Comandante en Jefe del Ejército de Liberación del Congo (ELC). Ostentaba el rango de General de División e inspiraba gran respeto entre sus tropas al ser el fundador del movimiento, además de ejercer autoridad y control sobre sus soldados. Bemba Gombo, conforme a los Estatutos del MLC, ejercía amplias funciones y poderes los cuales incluían el manejo de la organización interna y la dirección tanto de las facciones políticas como armadas de todo el movimiento. Tenía el monopolio de estas funciones las cuales no poseía ningún otro miembro del ala política del MLC. Bemba Gombo, en palabras de la SPI III de la Corte, *tenía autoridad primaria que cubría todas las esferas, siendo la autoridad más importante en la toma de decisiones. Lo que decidía no era debatible.* Así mismo, añade la Corte, Bemba Gombo tenía la máxima autoridad para nombrar, promover y destituir oficiales militares y altos mandos del MLC. La autoridad

27 Es sin duda un logro importante incorporar en el derecho del Estatuto de Roma a aquéllas personas que *actúan efectivamente como comandante militar* ante el ascenso de lo que en ciencia política se denomina *guerras civiles* y en Derecho Internacional, conflictos armados de carácter no internacional, pues desde mediados del siglo XX lo que ha predominado son los conflictos armados internos, y en menor medida aquellos entre Estados (Malanczouk, 1997, p. 391).

de Bemba Gombo se extendía a toda la logística militar, que incluía la adquisición y distribución de armas y municiones dentro del MLC, así como de los medios de transporte, muchos de los cuales él mismo era propietario. Además, Bemba Gombo ejercía un control estrecho de las finanzas y del gasto (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, pp. 171-173, para. 383-385).

3.2.2. Los Cargos y el veredicto en contra de Bemba Gombo

El 5 de junio de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI confirmó que había suficiente evidencia para creer que Bemba Gombo era responsable como *persona actuando efectivamente como jefe militar*, conforme al significado del artículo 28 (a) del Estatuto de Roma. En virtud de ello era presunto responsable por crímenes de lesa humanidad por asesinato y violación sexual conforme al artículo 7, así como de crímenes de guerra por asesinato, violación sexual y destrucción de propiedad y pillaje cometidos por sus subordinados en el territorio de la República Centroafricana del 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003. (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 10, parágrafo 2). En el veredicto (2016), la Sala de Primera Instancia de la Corte reafirmó los cargos, encontrando culpable *más allá de la duda razonable* a Bemba Gombo, de conformidad a su responsabilidad en el artículo 28 del Estatuto (*responsabilidad de jefes y otros superiores*), por los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación sexual, así como de crímenes de guerra por asesinato, violación sexual y pillaje, crímenes cometidos por sus tropas en el curso de los acontecimientos en el periodo comprendido entre 2002 y 2003 en la República Centroafricana (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 359, para. 742). Con relación a la concurrencia de condenas acumulativas por los cargos de asesinato y violencia sexual como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los artículos 7 y 8 del Estatuto, la Sala encontró un concurso de delitos al destacar la naturaleza *lex specialis* de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, concluyendo que estas eran ofensas distintas (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 363, para. 751).

4. Criterios de responsabilidad del Superior Jerárquico y/o elementos de comando: análisis en Bemba Gombo

4.1. Conocimiento

La Sala de Primera Instancia III (2016) al dictar su veredicto en Bemba Gombo concluyó cuál estándar de conocimiento o *accused's knowledge* aplicaría con base en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI. Por las razones explicadas en otra

parte de este ensayo, a saber, el Estatuto en inglés es la versión operativa y no el español, y lo que es más importante, el estándar de conocimiento en el inciso referido en su versión en español no corresponde fielmente con su contraparte en inglés, por tanto, he decidido utilizar en el inciso (a) (i) que reproduzco aquí, la versión en inglés del Estatuto:²⁸

A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person *either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known* that the forces were committing or about to commit such crimes [...] [Énfasis añadido]. (Estatuto de Roma, 1998)

La Sala determinó que, aunque consideró utilizar la forma alternativa de conocimiento en el artículo 28 inciso (a)(i) “*the military commander [...] should have known*”, después del análisis de las evidencias circunstanciales utilizaría la forma *actual knowledge*,²⁹ es decir que, conforme a las responsabilidades de Bemba Gombo como Comandante en jefe del ELC y del MLC, el acusado sabía de las acciones cometidas por sus soldados (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 89-90, párrafos 192-196). En otras palabras, dicha determinación de la Sala estuvo basada en diversos factores “que incluían órdenes para cometer crímenes o el hecho de que el acusado estuvo informado personalmente de que sus fuerzas armadas estaban envueltas en actividad criminal” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 89, para. 193). El estándar de conocimiento en el Estatuto *should have known* fue desechado por la forma más simple [he] *knew*, o él sabía. Lo anterior se da cuando la Sala concluye que el acusado contó en todo momento con información de inteligencia y de telecomunicaciones, como radios, teléfonos satelitales, *thurayas* [proveedor de comunicaciones por satélite], telefonía celular entre otras comunicaciones llegadas a él a través de su Estado Mayor y/o otros canales de información (p. 346, párrafo 707) estando enterado todo el tiempo de las situaciones de combate, posiciones de las tropas y alegatos de los crímenes cometidos por sus hombres.

28 Ver notas 25, 27 y 28 para razones de utilizar el Estatuto de Roma en inglés.

29 Ver notas 25, 27 y 28 para privilegiar el uso de la narrativa de la versión en inglés del Estatuto, idioma operativo de la CPI, y no la versión en español.

Significativamente recibió reportes que se referían a varios actos cometidos por los *Banyamulengués* [grupos armados de origen ruandés leales a Bemba Gombo, *Mr Bemba's men*] (p. 286) y las tropas del MLC, que incluían robo, saqueos, violaciones sexuales, asesinato de civiles, acoso de personas y de transportes de suministros redirigidos a la República Democrática del Congo a través de Zongo y Libengue. Así mismo, fue importante la determinación de que el acusado estaba consciente, seguía los reportes de la prensa internacional y al mismo tiempo discutía con altos oficiales del Estado Mayor sobre los crímenes cometidos por las tropas del MLC (p. 343, para. 708-709).

4.1.1. La CPI y el análisis de la jurisprudencia internacional para el criterio de conocimiento

A fin de determinar el criterio de conocimiento de Bemba Gombo como comandante militar, la Sala recogió los siguientes factores esgrimidos de la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, notablemente el TIPY (*Delić; Kordić & Čerkez; Orić; Hadžihasanović; Galić*) (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 89-90, para. 191-195):

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

La Sala fue enfática al recordar que la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como sus elementos contextuales son del conocimiento del acusado (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* p. 90, para. 195); además, en el veredicto reconoció que en el caso de crímenes de lesa humanidad, aunque no está explícito en el artículo 7 del Estatuto el elemento mental en el asesinato ni tampoco en los *Elementos de los Crímenes*, considera aplicable el artículo 30 del Estatuto que incorpora la intención y conocimiento en la comisión del crimen (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 50, para. 89-90).

4.2. Control Efectivo

En palabras de la Sala, el artículo 28 del Estatuto está diseñado para reflejar la responsabilidad del superior jerárquico en virtud del control que ejerce sobre sus subordinados. Para los propósitos del artículo 28 (a), y con base en la consistente jurisprudencia penal internacional, la Sala de Primera Instancia III consideró (2016), que el control efectivo requiere que el comandante tenga la habilidad material para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o que dé parte a las autoridades competentes. Un grado menor de control, dicho sea la habilidad de ejercer influencia, incluso influencia sustancial sobre las fuerzas que cometieron los crímenes sería insuficiente para establecer responsabilidad de mando. La Sala determinó que el artículo 28 no establece requerimientos de que el comandante tenga la exclusiva autoridad y control sobre las fuerzas que cometen los crímenes. En otras palabras, la Corte dejó ver que el control efectivo de un comandante no necesariamente excluye el control efectivo ejercido por otro comandante en las operaciones militares. De manera muy interesante, la Corte retomó la jurisprudencia internacional (Delić, TIPY) al afirmar que la mera participación de fuerzas específicas en operaciones de combate no es suficiente en sí mismo para establecer que el comandante tuvo control efectivo sobre las diferentes unidades participantes en la operación (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, pp. 85-86, para.182-185).

4.2.1. La CPI y el análisis de la jurisprudencia internacional para el criterio de control efectivo

A fin de evaluar concretamente cuánto control efectivo ejerció Bemba Gombo como comandante militar, la Sala se apoyó en la jurisprudencia internacional proveniente del TIPY (Orić, 2008; Hadžihasanović & Kubura, 2008; Kordić Čerkez, 2004; Strugar, 2008; Halilović, 2007; Blaškić, 2004; Delalić *et al.*, 2001; Delić, 2008), TIPR

(Nahimana, 2007), y de la Corte Especial para Sierra Leona (Brima *et al.*, 2008), para determinar los factores indicativos (SPI III Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 88, para. 188):

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

Partiendo de los anterior, la Sala declaró, con base en la evidencia presentada, que durante el periodo bajo examen (2000-2003) Bemba Gombo ejerció un control efectivo sobre las fuerzas armadas del MLC (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 343, parágrafo 700). Dicha evidencia dejó claros elementos sustanciales para creer que “i) Bemba Gombo era una persona actuando como comandante militar; ii) las fuerzas estaban bajo su control efectivo [...] iii) los crímenes se cometieron por su falta de voluntad de ejercer control apropiado sobre las tropas; iv) él sabía que las fuerzas estaban cometiendo o estaban por cometer dichos crímenes; v) incumplió en tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o reprimir la comisión o someter la cuestión a las autoridades competentes para su investigación o juicio” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 30, para. 59). Para la SPI III, el acusado en realidad no hizo lo mínimo para ejercer control de sus tropas a pesar de que sabía lo que acontecía y tenía toda la capacidad, autoridad y control efectivo para llevar a cabo medidas razonables y necesarias para prevenir y/o evitar los crímenes.

4.2.2. ¿Control efectivo absoluto de parte del comandante?

Cuando la Corte y prácticamente la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales como el TIPY y el TIPR dicen que el comandante debe tomar las medidas necesarias y razonables para la prevención de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, ¿es esta una obligación absoluta? No. No basta la autoridad sino también se necesita el control, pero este último debe ser efectivo, es decir, debe ser un control material de la situación y de los subordinados. Un caso elocuente para entender si un comandante militar tuvo un control efectivo y material de las tropas a su mando es el del General Delić, del ejército bosniaco durante el conflicto armado de la antigua Yugoslavia en los años noventa del siglo XX. En *El Fiscal vs. Rasim Delić* (2008) del TIPY, el Comandante del Estado Mayor del Ejército de Bosnia Herzegovina (ABiH), el General Delić, tenía a su mando al grupo paramilitar de los Mujahedines, conocidos por su notoriedad en la comisión de crímenes y alta proclividad para actuar por cuenta propia (Rocha, 2016). En su sentencia, la Sala mencionó lo siguiente, refiriéndose a la relación entre el superior y el subordinado del General Delić y los perpetradores de los crímenes de Bikoši en 1993:

La Sala recuerda que en sus hallazgos previos no fue probado más allá de la duda razonable, que los perpetradores, como fue alegado por la Fiscalía, hubieran sido Mujahedines del grupo de Poljanice. La Sala examinó sin embargo el argumento de la Fiscalía del 8 de junio de 1993, los Mujahedines de Poljanice habían sido de facto subordinados al 3er Cuerpo. En este aspecto, la Sala nota que no existe evidencia específica de órdenes recibidas por los Mujahedines de Poljanice de parte de unidades del ABiH. En particular, la evidencia solamente muestra que el 8 de junio de 1993 Mujahedines del Campo de Poljanice participaron en combate en contra de las fuerzas del HVO en el Valle de Bila simultáneamente con unidades del ABiH. Es más, mientras la evidencia indica que Mujahedines del Campo de Poljanice y los soldados del ABiH estaban conscientes de la presencia de unos y de otros, la evidencia no es clara si los dos grupos actuaban conjuntamente. Por ello, la Sala no está satisfecha de que los Mujahedines de Poljanice hubieran estado subordinados a Rasim Delić (TIPY, 2008, p. 5).

Conjuntamente con la jurisprudencia internacional, así como si tomamos en cuenta las célebres palabras de Groccio, quien afirmaba que “el conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad” (2004, pp. 454-455), puede decirse con comodidad que no se deben hacer generalizaciones *a priori* sin conocer las razones materiales

en cada caso. En este sentido, los tribunales penales internacionales TIPY y TIPR, la CPI y otros tribunales mixtos, híbridos e internacionalizados (la Corte Especial para Sierra Leona y las Salas Extraordinarias para las Cortes de Camboya) han dejado claro que el análisis del control efectivo del comandante debe hacerse caso por caso, conforme la evidencia existente y el estándar de prueba que debe satisfacer a las Salas de una corte *más allá de la duda razonable*. El estándar de prueba va de la mano con la garantía jurídica de la presunción de inocencia. En el Derecho Internacional Penal lo entendemos como un principio de legalidad cuya interpretación debe ser compatible con los Derechos Humanos a la luz del artículo 21 (3) del Estatuto de Roma de la Corte. En el caso de Bemba Gombo (2016) , la Corte Penal Internacional enfatizó en la observancia de esta garantía judicial, como lo hizo antes en Lubanga (2012) y Katanga (2014): “Conforme al artículo 66 (1), el acusado se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad al derecho aplicable” (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 98, para. 215). Según el artículo 66 (2) “incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado,” así como en el artículo 66 (3) “[p]ara dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.” En este sentido, la Sala de Apelaciones ha especificado que este estándar debe ser aplicado no en cada hecho de la sentencia de la Sala de Primera Instancia, sino “solo a los hechos que constituyan los elementos del crimen y la forma de responsabilidad en los cargos del acusado”(Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 98, para. 215).

De esta forma, el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, *más allá de la duda razonable*. La presunción de inocencia aunada al estándar de prueba debe hacerse *in concreto*, como lo ha dicho la CPI en Bemba (2016) y en su momento lo hizo el TIPY en el caso específico del General Delić para determinar la extensión del control efectivo del comandante.

4.3. Prevención

La CPI ha explicado que la premisa del control efectivo y autoridad del comandante se basa en el poder material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes perpetrados por sus subordinados, así como de someter la cuestión a la autoridad competente (SPI, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 343, para. 698). A lo largo de este ensayo, hemos visto que la responsabilidad del superior jerárquico debe analizarse a la luz de los criterios, a saber, el conocimiento y el control efectivo. Hay un criterio más y ese es la prevención. La Sala recuerda que el término ordinario de ‘prevenir’ es ‘evitar que pase’ o ‘evitar que alguien haga

algo' o 'impedir', por lo que considera que el comandante viola su obligación de prevenir cuando falla en tomar las medidas para parar esos crímenes que están por suceder o que están sucediendo. La obligación de prevenir nace de la perpetración de los crímenes e incluye aquellos que están en progreso o en curso, algo que se vio en Ruanda durante el genocidio de 1994, como crímenes continuos y sostenidos (Nahimana *et al.*, TIPR, 2007). Sin embargo, la Corte advierte que el alcance del deber de prevenir depende del poder material del comandante para intervenir en situaciones específicas, las cuales están condicionadas a las circunstancias en un período de tiempo. Ya la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en Bemba Gombo (2009) había advertido factores que rebelan la labor preventiva del comandante (TIPY, *Hadžihasanović & Kubura*, 2008; *Strugar*, 2008; TIPR *Nahimana et al.*, 2007; *Case United States et al. vs. Araki et al.*, 1948) (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 91, para. 197-198), a saber, las siguientes:

- Asegurar que las fuerzas estén adecuadamente entrenadas en el DIH.
- Monitorear con reportes que las acciones militares se lleven a cabo de conformidad con el Derecho Internacional.
- Asegurarse de que las órdenes emitidas estén de acuerdo con las prácticas de las leyes de la guerra.
- Llevar a cabo medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por las fuerzas bajo el mando.
- Emitir órdenes específicas para prevenir los crímenes, y no solo emitir órdenes generales y de rutina.
- Desaprobar y ser críticos de conductas criminales.
- Insistir ante la autoridad superior sobre qué acción inmediata debe tomarse para prevenir o castigar los crímenes.
- La capacidad de posponer operaciones militares.
- Suspender, excluir, expulsar y transferir subordinados violentos.
- Conducir las operaciones militares de tal forma que se minimicen los riesgos de cometer crímenes o de dar oportunidad a que sucedan.

4.4. Notificación del asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento

La obligación del comandante militar de comunicar el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento es un deber derivado de los elementos de la prevención y control efectivo, apenas se peca o adquiere conocimiento de la infracción. Según la Corte, la palabra reprimir significa 'terminar', 'contener', 'refrenar'. La Sala de Primera Instancia (2016) en Bemba Gombo, así

como la Sala de Cuestiones Preliminares (2009), concluye que la obligación de reprimir implica la obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de los crímenes; que sea un comandante *de facto* no releva al mismo de tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder para reprimirlos. Si el comandante no tiene el poder disciplinario suficiente (control efectivo), la Corte advierte que algunas medidas como las siguientes satisfacen las obligaciones del comandante dependiendo de las circunstancias: proponer sanciones a sus superiores que tengan el poder disciplinario y/o remitir el caso a la autoridad judicial reuniendo la mayor evidencia posible (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 92, para. 202).

4.4.1. Estándares internacionales de notificación en la jurisprudencia internacional

En el caso de *El Fiscal vs. Hadžihasanović* (2008), la Sala de Apelación del TIPY reconoció que un superior jerárquico no debe dispensar sanciones personalmente, sino que debe reportar al subordinado infractor a las autoridades competentes (Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Enver Hadžihasanović & Amir*, 2008, p. 64, para. 154). En este caso se incorpora el tratamiento de la autoridad y desempeño del Coronel Enver Hadžihasanović, comandante del ABiH (ejército bosniaco) en la guerra de la antigua Yugoslavia durante los años noventa del siglo XX,³⁰ constituyendo un ejemplo claro de notificación satisfactoria a las autoridades competentes en el aspecto que

30 Con todo y que sigue siendo un caso controversial en otros aspectos del principio del superior jerárquico, como lo es la responsabilidad del superior jerárquico que sucede a otro en una comisión, sobre todo por el precedente que dejó la determinación de este caso para la evolución del superior sucesor y que liberó en 2014 al General Augustin Bizimungu del ejército genocida de Ruanda en su juicio de apelación ante el TIPR. En relación a ello, en su declaración final el fiscal Tambaou hizo patente el legado controversial de Hadžihasanović: *Lo que hace de este caso fundamental, Sus Señorías, es que el fallo del caso Hadžihasanović [2008] en el TIPY condicionó a la Sala de Primera Instancia [TIPR] en su decisión de determinar que el General Bizimungu no estaba bajo ninguna obligación de incluso iniciar una investigación sobre estos asesinatos que sucedieron cuatro días antes de su nombramiento oficial como Jefe de Estado Mayor del ejército ruandés. De conformidad al presente estado del derecho establecido en Hadžihasanović, la Sala no pudo hacerlo responsable de conformidad a su responsabilidad como superior jerárquico, a pesar de que todos los elementos de este principio están establecidos en el artículo 6(3) del Estatuto del TIPR [...] La injusticia ocasionada en este caso por el presente derecho resultado de los hallazgos en Hadžihasanović es la razón por la que la Sala de Primera Instancia en [ese juicio] expresó su desaprobación por el estado de cosas en relación a la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico sucesor. Pero dicha Sala [en este razonamiento] no está sola en su desaprobación, otras Salas del TIPY han expresado desacuerdos similares a causa de la sentencia en Hadžihasanović. Entre ellos, el caso Orić [2008] en la Sala de Apelaciones del TIPY, por ejemplo, que reconoció la necesidad de dejar atrás la decisión en Hadžihasanović pues, cito, 'aunque es una cuestión de derecho también lo es de error en el mismo.' Esto mereció que el juez Shahabudeen dijera, y cito, 'hay ya una mayoría que apela este criterio sobre la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico sucesor' (TIPR, Audiencia del juicio de apelación en el caso *El Fiscal vs. Nindiyimana et al.*, 2013, 9 de mayo).*

nos ocupa. En Hadžihasanović, la Sala de Apelación consideró que el reporte entregado al procurador municipal en Bugoino, en Bosnia Central, de los crímenes en Slavonija, conjuntamente con las sanciones disciplinarias impuestas por el órgano militar competente constituyeron medidas necesarias y razonables para castigar a los perpetradores. El Coronel Hadžihasanović, comandante del Tercer Cuerpo del ABiH, quien había sido promovido a Comandante Supremo del Estado Mayor de ese ejército fue condenado conjuntamente con Amir Kubura, jefe de la Séptima Brigada de Montaña en el 2006, por su responsabilidad del superior jerárquico en el artículo 7 (3) del Estatuto del TIPY, así como por las violaciones de las leyes de la guerra en su responsabilidad de prevenir y castigar los crímenes de las tropas a su mando. Fueron sentenciados a cinco y dos años y medio de prisión, respectivamente; sin embargo, la Sala de Apelaciones, en el caso de Hadžihasanović, desechó parte de los hallazgos y de la condena de la Sala de Primera Instancia, y la redujo a tres años y seis meses. El reporte entregado al procurador municipal en Bugoino de los crímenes en Slavonija hizo lo suyo y fue suficiente para demostrar que Hadžihasanović había llevado a cabo su labor de notificación a la autoridad competente (TIPY, 2008, p. 65, para. 155).³¹

5. La CPI y su primera sentencia con relación a la responsabilidad del superior jerárquico: Bemba Gombo

La Sala determinó que el acusado, como superior jerárquico, adoptó una actitud de permisividad absoluta ante la comisión de los crímenes de sus tropas en la República Centroafricana. Bemba Gombo tuvo no solo la capacidad de reprimir y prevenir, sino también la autoridad indiscutible sobre sus subordinados, pero a pesar de saber lo que sus hombres hacían, no llevó a cabo medidas necesarias y razonables para impedir, reprimir y notificar los crímenes. El caso de Bemba Gombo conforma un estándar o criterio de conocimiento de los más primitivos, el *actual knowledge* o el

31 La Corte se refirió así: [T]he Appeals Chamber finds that no reasonable trier of fact could have concluded, given the evidence, that the measures taken to punish the perpetrators of the crimes at the Slavonija Furniture Salon on 5 August 1993 were inadequate in the circumstances of the case. Accordingly, the Appeals Chamber reverses Hadžihasanović's convictions for having failed to take the adequate measures required to punish those responsible for the murder of Mladen Hauranek and the cruel treatment of six prisoners at the Slavonija Furniture Salon on 5 August 1993. La Sala de Apelación considera que ningún juzgador razonable podría haber concluido, dada la evidencia, que las medidas llevadas a cabo para castigar a los perpetradores por los crímenes de Slavonija Furniture Salon del 5 de agosto de 1993 fueron inadecuadas en las circunstancias del caso. De conformidad a ello, la Sala de Apelación revoca la sentencia de Hadžihasanović por haber fallado en llevar a cabo medidas a fin de castigar a los responsables de las muertes de Mladen Hauranek y del trato cruel de los seis prisioneros en Slavonija Furniture Salon el 5 de agosto de 1993 (traducción de la autora) (TIPY, 2008, p. 65, para. 155).

sabía y no hizo nada creíble para frenarlo. Al no ejercer su obligación de comandante, el mensaje que transmitió a sus subordinados fue el de permisividad e impunidad.

5.1. La sentencia de Bemba Gombo

El 21 de junio de 2016, la Sala de Primera Instancia III de la CPI libró su sentencia. Fue condenado a 18 años de prisión por asesinato y violación sexual como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como por pillaje y despojo como crimen de guerra. La Corte ordenó servir la condena de manera concurrente por los crímenes cometidos por las tropas del MLC a su mando (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 45-46, para. 95). La Sala condenó a Bemba Gombo conforme al artículo 28(a) del Estatuto, como *persona actuando como comandante militar* que sabía que sus tropas bajo su efectiva autoridad y control material cometieron o estaban por cometer crímenes de lesa humanidad, por asesinato y violación sexual así como crímenes de guerra por asesinato, violación sexual, pillaje y despojo (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 30, para. 61). La Sala concluyó que la comisión de estos crímenes “fue el resultado de no ejercer un control apropiado. La Sala hizo notar que el acusado no intentó de manera genuina llevar a cabo todas las medidas necesarias y razonables en su capacidad material para prevenir o reprimir estos crímenes como era su obligación [...]. Esto a pesar del conocimiento que tenía de los crímenes y la indiscutible autoridad que ejercía sobre el contingente del MLC, habiendo fallado de manera constante en llevar a los responsables ante las autoridades competentes” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 31, para. 63; pp. 45-46). Como en Leipzig en 1920, la CPI trajo a colación un argumento vital conectado a la autoridad del comandante militar, al decir que “aunque tuvo a su disposición los medios necesarios y razonables que no utilizó, lo que hubiera disuadido la perpetración de los crímenes —habiéndolos disminuido sino eliminado— en realidad generó un clima de aceptación e impunidad que facilitó la comisión de los mismos” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 31, para. 63).

5.1.1. La controvertida sentencia de la Sala de Apelación La Fiscal vs. Bemba Gombo (2018)

El 8 de junio del 2018 tuvo lugar la audiencia de apelación del caso La Fiscal vs. Bemba Gombo en la que, en un giro inesperado, la Sala de Apelaciones de la CPI consideró apropiado revertir la sentencia del acusado Bemba Gombo declarando los alegatos en el caso discontinuados (SA Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, 2018, p. 79, para 197). En consecuencia se ordenó la

absolución de todos los cargos en contra de Bemba Gombo a causa de los errores de hecho y de derecho así como de apreciación y procedimiento incurridos por la Sala de Primera Instancia, según lo determinó la Sala de Apelaciones. Sin duda, la sentencia emitida por la Sala de Apelaciones (2018) en el primer caso sobre el artículo 28 del Estatuto en materia de la Responsabilidad del Superior Jerárquico ante la CPI nace controvertida. Con relación al artículo 28, en términos generales, la Sala determinó que los criterios de prevención y notificación atribuibles al superior jerárquico no fueron evaluados adecuadamente en Bemba Gombo. La SA lo expresó de la siguiente forma:

La Sala de Apelaciones ha identificado los siguientes errores graves en la evaluación que la Sala de Primera Instancia llevó a cabo con relación a todas las medidas necesarias y razonables que tomó el Señor Bemba Gombo para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes por sus subordinados así como para transmitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y juicio: (i) La SPI erró en apreciar las limitaciones que el Señor Bemba Gombo pudo haber afrontado en la investigación y juicio de los crímenes al ser un comandante a distancia que enviaba tropas a un Estado extranjero; (ii) la SPI erró al concluir que el Señor Bemba Gombo no refirió los alegatos de crímenes a las autoridades de la República Centro Africana para su investigación al ignorar el argumento del envío por parte del Señor Bemba Gombo de una carta a las autoridades de la República Centro Africana denunciando los hechos; (iii) La SPI erró en considerar que las motivaciones para adoptar medidas preventivas para reprimir la comisión de los crímenes de parte del Señor Bemba Gombo no eran genuinas; (iv) la SPI erró en disminuir la importancia de las medidas tomadas por el Señor Bemba Gombo en las circunstancias en las que se encontraba; (v) la SPI erró en determinar que el Señor Bemba Gombo no empoderó adecuadamente a otros mandos y oficiales del MLC para que se llevaran a cabo las investigaciones y juicios para castigar los crímenes; (vi) la SPI erró en dar una indicación del número aproximado de crímenes perpetrados a fin de evaluar el impacto de ellos en la determinación de los mismos por parte de la defensa del Señor Bemba Gombo y; (vii) la SPI erró en tomar en consideración la reasignación de las tropas del MLC a fin de evitar el contacto con la población civil (SA, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, 2018: 77, para 189).

La Sala de Apelaciones, a fin de argumentar el haber revertido la sentencia de Bemba Gombo, basó su hallazgo en la noción de que la SPI III no aplicó correctamente el estándar de prueba “más allá de la duda razonable”. Para la Sala de Apelaciones los hechos deben ser probados más allá de la duda razonable, siendo claros e inexpugnables en términos de evidencia y racionalidad. De acuerdo a, la mayoría de la Sala, cuando la misma es capaz de identificar argumentos que pueden quedar en duda los debe desechar (Resumen de la sentencia del 8 de junio del 2018, p. 4). Sin embargo, este último argumento encontró oposición ya en la minoría de los jueces de la Sala de Apelaciones, estableciéndolo así en sus Opiniones Disidentes los jueces Monangeng y Hofmanski, que estuvieron en desacuerdo con esta noción como en gran parte del razonamiento de la mayoría en lo referente al artículo 28. Este fallo de apelación desde su origen empieza a ser muy controvertido por los sesgos que arroja en sus aspectos interpretativos echando abajo la sentencia de primera instancia por cuestiones de técnica y rigidez del derecho. Había más en juego, sin embargo, se dio más peso a una visión normativa donde los errores de hecho y de derecho, así como de procedimiento argumentados en este fallo tuvieron mayor cabida. Con una escasa mayoría (tres contra dos), la Sala de Apelaciones, privilegió en mayor medida lo objetivo olvidándose en gran parte de lo subjetivo en derecho. Además de los errores en materia del artículo 28 arriba referido, la Sala de Apelaciones argumentó otros en virtud de lo establecido en el artículo 74 (2) del Estatuto: *la Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o a las modificaciones a los cargos en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio* (Estatuto de la CPI). La Sala de Apelaciones consideró más errores en la parte procedimental de parte de la Sala de Primera Instancia III en la aplicación de este artículo en el caso Bemba Gombo lo cual en su opinión comprometió la justicia impartida al acusado.

Conclusiones

¿Por qué hacer un ensayo sobre las responsabilidades del superior jerárquico? ¿Por qué hacerlo sobre las obligaciones del comandante militar en campo? Cuando me percaté y tal vez me sensibilicé de que las infracciones y crímenes, incluso de mayor gravedad, como lo son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, podrían ser paliadas con la justa, oportuna y razonable intervención del comandante militar a partir de la atmósfera de respeto de los valores fundamentales y humanitarios transmitidos como líder a sus tropas, ello conjuntamente con el ejercicio de la disciplina militar, pensé que este era uno de los trabajos más difíciles

del mundo. Más de una vez me han preguntado en cursos y conferencias que dicto a las fuerzas armadas, “¿por qué el comandante militar tiene más obligaciones en campo que un superior jerárquico civil?”, “¿por qué los ‘políticos’ que nos envían a las operaciones no tienen las mismas responsabilidades que nosotros los comandantes militares?”, ¿por qué los superiores jerárquicos civiles no tienen jurídicamente la misma carga y son tratados con menos rigor que los comandantes militares?” Tanto estas preguntas, genuinas y realistas, como las respuestas a ellas, deben ser abordadas con mucha responsabilidad y por ello escribí este ensayo, pues en él he tratado de responder a muchos de estos cuestionamientos bajo el amparo y seguridad profesional que el Derecho Internacional Penal y la autoridad existente en la jurisprudencia internacional en la materia nos brinda; con ello considero se responden de manera profesional cuestionamientos como los referidos arriba.

Si pudiera sintetizar las responsabilidades del superior jerárquico aquí tratadas pero de una forma acotada, podría decir lo siguiente, basándome en la evolución de la doctrina del *command responsibility* o responsabilidad de los mandos: los superiores jerárquicos tienen responsabilidades incluso penales en la comisión de los crímenes de sus subordinados, no por los actos materiales de estos últimos, sino porque son los encargados de ejercer autoridad y control efectivo sobre sus hombres e imponen disciplina y transmiten valores de respeto de los principios humanitarios en la conducción de sus operaciones. El comandante militar y no el civil, se encuentra en campo y tiene el pulso de la situación; su estado de conocimiento de lo que sucede es directo y lo que acontece le compete porque él como militar es el responsable de manera razonable de la conducta y desempeño de sus subordinados, pues ¿no es el encargado de la disciplina militar? Al ejercer su mando, sus tareas incluyen prevenir lo que no ha sucedido, reprimir lo que va a suceder y notificar lo que ya sucedió. En principio, no se espera de él que imponga las penas por los crímenes que cometan sus hombres, pero al comunicar y dar parte a sus superiores y autoridades competentes de lo que aconteció, no solo está haciendo su trabajo, sino que está generando el ambiente adecuado de mando y espíritu de cuerpo entre sus tropas, donde el mensaje que transmite es el de la intolerancia a la impunidad o permisividad en la comisión del injusto (Rocha, 2018, pp. 5-6).

Su tarea es aún más ardua si se percata de que las autoridades competentes puedan actuar a su vez de manera corrupta e impune, dejando ver simulación y no un actuar genuino conforme al derecho, pero ¿sus obligaciones se extienden también aquí? Aquí hay un poco de controversia, pues como lo hace notar la SPI III de la CPI en Bemba (2016), los tribunales TIPY/TIPR han establecido el estándar mínimo de las medidas que el comandante debe cumplir en su obligación de castigar y ello consiste,

como el TIPY lo dijo en *Kvočka*, en “asegurarse que se haga una investigación adecuada y capaz de enjuiciar a los perpetradores” o bien, como lo aclaró en *Boskoski & Tukulovski*, “si la remisión se hace a una autoridad no funcional o a una autoridad, donde haya la posibilidad que se conduzca la investigación de manera inadecuada o el proceso de enjuiciamiento no sea el adecuado, las obligaciones del comandante no se consideran satisfechas”. Esto es un criterio estricto, sin embargo, el TIPY en *Delalić* se ha referido a los alcances razonables de las obligaciones de los superiores jerárquicos, estableciendo que las mismas terminan cuando se pone en manos de las autoridades competentes el asunto, a fin de que los perpetradores sean llevados a la justicia.

Entre otras dificultades, el comandante podría encontrarse con situaciones en las que notificar al superior inmediato no sea la mejor opción por encontrarse ante un clima de permisividad asociado con la autoría y/o coautoría mediata, a través de aparatos organizados de poder,³² de autores con el dominio del hecho delictivo, o bien lo que en el TIPY y TIPR se asocia con el *Joint Criminal Enterprise*, o Empresa Criminal Conjunta. El juicio del General Ratko Mladić es emblemático en esta forma de responsabilidad de la Empresa Criminal Conjunta del TIPY o *Mode of Liability*, ya que es útil para explicar justamente esta situación donde un comandante militar se encuentra en dificultades para notificar a su superior si este último pudiera ser precisamente actor mediato de la Empresa Criminal Conjunta. El General Ratko Mladić era jefe del ejército serbio bosnio y exsuperior jerárquico del General Kistić, este último condenado por el TIPY a treinta y cinco años de prisión por su papel como partícipe en el genocidio de Srebrenica en 1995. Al General Mladić, sentenciado en diciembre del 2017 a cadena perpetua por el TIPY, se le encontró culpable de haber ordenado el genocidio en Srebrenica durante el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, en coautoría con Radovan Karadžić, este último condenado por

32 Olasolo (2013) explica en su libro *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Internacional Penal*, de manera muy clara la coautoría mediata a través de aparatos organizados de poder haciendo uso de la escuela de Claus Roxin: *Roxin desarrolló una teoría desde la cual los superiores podían ser considerados como quienes desde atrás, detentaban el dominio del hecho, en cuanto qué decidían si los delitos eran cometidos y de qué manera serían llevados a cabo por sus subordinados. De este modo se podía considerar a dichos superiores como autores mediatos incluso en aquellos casos en los que los subordinados autores directos fueran plenamente responsables por los delitos cometidos. El concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder fue aplicado por primera vez a nivel internacional por la SCP II del TIPY en su sentencia del 31 de julio de 2003 en el caso Milomir Stakić que fue condenado por coautoría mediata, aunque la Sala de Apelaciones del TIPY rechazó en el 2005 la aplicación conjunta de coautoría mediata y coautoría por dominio funcional del hecho, tomando el enfoque de la Empresa Criminal Común. La CPI ha aplicado el concepto de autoría y coautoría mediata en la mayoría de los casos, significativamente para el primer caso con relación a los ex Jefes de Estado de Libia y Costa de Marfil (Muammar Gaddafi y Laurent Nbagbo), en el caso Keniata, en Katanga, Bemba y Ngudjolo, y para el actual Presidente de Sudán Omar Al-Bashir. En el segundo caso, la coautoría mediata se utilizó por primera vez en el caso Bemba Gombo en el 2008 en la Orden de Arresto (pp. 297-327).*

el TIPY a cuarenta años de prisión (2016). Ante este escenario es posible preguntarse: ¿qué podía hacer el General Kristić en términos materiales ante la Empresa Criminal Conjunta, donde sus superiores eran los coautores o autores mediatos del crimen de genocidio que estaba por sucederse?, ¿hasta qué punto fue responsable el General Kristić de que las Drina Corps a su cargo fueran involucradas en la matanza de alrededor de 8.000 bosnios musulmanes por órdenes expresas de sus superiores? En el TIPY, La Sala de Apelación en el caso Kristić (2004) redujo su sentencia al encontrar factores mitigantes en su obligación de mando, como las órdenes por escrito que emitió de “tratar humanamente a los musulmanes” y no compartir la intención genocida en primer grado de sus superiores, a decir, Karadžić y Mladić. Sin embargo, la Sala consideró que el General Kristić formó parte de la Empresa Criminal Común al haber evidencia de que por lo menos estaba al tanto del plan de conspiración para liquidar a los musulmanes. Sin duda se seguirá hablando por más tiempo sobre cuánto control efectivo el General Kristić en realidad pudo ejercer sobre sus hombres, ¿podía impedir el General Kristić los crímenes a sucederse ordenados directamente por sus superiores jerárquicos?, ¿estar al tanto significa actuar dolosamente? Dolosamente a lo mejor no, pero culposamente por lo menos sí y esa pudo haber sido la situación del General Kristić. La Sala de Apelaciones consideró que formó parte de la Empresa Criminal Conjunta, pero en calidad de partícipe al conocer lo que iba y estaba por suceder, lo que no es lo mismo a coautoría, donde se requiere la intención de llevar a cabo la forma objetiva del delito (Olasolo, 2013).

Hay otras dificultades de tipo material con las que el comandante lidia y de las que la Jurisprudencia Internacional Penal y doctrina del superior jerárquico se ha ocupado como medidas razonables a sus posibilidades de actuación ante la comisión del delito. En ese sentido, todavía hoy discutimos si el General Yamashita tenía posibilidades de saber de manera realista qué sucedió en Filipinas, ante el bloqueo marítimo de los Estados Unidos en la Guerra del Pacífico durante la Segunda Guerra Mundial, teniendo sus cuarteles generales en el norte de Luzón a cientos de kilómetros de distancia. El bloqueo en las comunicaciones fue justamente el argumento que utilizó la defensa del General Ndingyimana para que la Sala de Apelaciones lo absolviera en el 2014 en el TIPR en Arusha, y pasó, pues la Sala determinó que la fiscalía no había demostrado *más allá de la duda razonable* que el General Comandante de los gendarmes en el gobierno genocida de Ruanda supiera si sus hombres estaban implicados en los asesinatos de la Primera Ministra y de los miembros de las fuerzas de paz belgas. Entonces, ¿qué medidas razonables debe tomar un comandante? Por eso es fundamental el estudio de los parámetros o criterios de actuación a los que histórica y jurídicamente están sujetos los superiores jerárquicos. Dichos

estándares incorporan a) el nivel de conocimiento, ¿cuánto en realidad sabe o se espera que sepa el comandante?, ¿supo, debería saber, omitió saber o tenía que saber de la comisión de los crímenes de sus subordinados?; b) prevención, en términos reales, ¿qué posibilidades materiales tuvo o tiene el comandante para prevenirlos?, ¿qué medidas necesarias y razonables llevó o lleva a cabo en las circunstancias en las que se encuentra? En materia de prevención, la obligación del comandante inicia cuando este se percató o tiene una sospecha razonable de que un crimen se está cometiendo o está por cometerse por sus subordinados (*El Fiscal vs. Kristić*, 2004, TIPY); c) control efectivo, donde lo que realmente cuenta es el ejercicio efectivo de poder y control sobre los subordinados (*El Fiscal vs. Delalić et al.*, 2001, TIPY). Así, hoy sabemos que un superior puede quedar absuelto si demuestra que no estaba en posición de ejercer un control efectivo (*El Fiscal vs. Blaskić*, 2000, TIPY).

Estos tres estándares o criterios de responsabilidad del superior jerárquico (conocimiento, prevención y control efectivo) forman parte del examen bajo el cual la actuación de los comandantes en sus obligaciones como superiores jerárquicos se analizan hoy en los tribunales penales internacionales, incluida la CPI. El caso de Bemba Gombo, que fue el primero en el que la CPI examinó las responsabilidades del superior jerárquico conforme al artículo 28 del Estatuto, fue resuelto a la luz de estos estándares o criterios de responsabilidad del comandante recogidos a lo largo de la evolución de la doctrina del *command responsibility* desde Yamashita hasta el TIPY y el TIPR. El estándar aplicado a Bemba Gombo fue uno muy básico, el *actual knowledge*, en palabras de la SPI III de la CPI, es decir, sabía lo que sus hombres hacían y no hizo genuinamente nada a fin de pararlo y/o reprimirlo, a pesar de que su autoridad y control de las tropas del MLC era indiscutible.

Finalmente, quisiera comentar sobre la pregunta de por qué los superiores jerárquicos civiles, en apariencia, son tratados con más laxitud en los tribunales penales internacionales con relación a su responsabilidad como superiores jerárquicos. La mayor parte de los casos de superiores jerárquicos llevados a juicio en la historia y en los tribunales penales internacionales son de comandantes militares, por lo que hay más decisiones judiciales y en esto el TIPY concentra la mayor parte de la jurisprudencia, por eso su estudio es obligado. Por otro lado, al comandante militar se le asocia con una responsabilidad más estrecha de vigilancia y control por estar en campo, mientras que el superior jerárquico civil está generalmente a distancia. Estos factores explican por qué el enjuiciamiento de comandantes militares ha sido más común, más estrecho y más estricto, lo cual se ha traducido en una evolución de la doctrina del superior jerárquico militar mucho más rica y extensa que en los civiles. Sin embargo, no debemos dejar de apreciar que en los últimos años los tribunales

penales internacionales ya se han empezado a ocupar de enjuiciar a altos jefes civiles, como Charles Taylor, expresidente de Liberia, encontrado culpable por la Corte Especial de Sierra Leona por crímenes de guerra cometidos en el conflicto armado de Sierra Leona de 1991 a 2002, y Radovan Karadžić, serbio bosnio, con una sentencia del TIPY en 2016 por cuarenta años de prisión por su responsabilidad y coautoría en el plan de conspiración para cometer el genocidio en Srebrenica en 1995.

Quiero agregar que este ensayo lo escribo a la luz de los cursos de Derecho Internacional Penal y Litigio Internacional que imparto a las Fuerzas Armadas de México desde 2016, donde, de manera respetuosa, recojo dudas profesionales y anécdotas útiles para entender en el mundo civil las preocupaciones y realidades que enfrenta un comandante militar operativo. Con gran responsabilidad me dirijo siempre a los mandos de México, que si no a todos, a casi todos he llegado con estas cátedras, que son para su beneficio y de sus tropas, pero mayor aún para la sociedad civil, que depende del buen actuar de los comandantes militares para que, a través de su liderazgo y disciplina militar, transmitan los valores de humanidad que nos son propios como civilización. No hay duda, como bien dijo un oficial de la Marina Armada de México, que los militares no son educados para incumplir estos valores fundamentales, sino para hacerlos valer. Eso lo sabemos, pero hay que estar conscientes de que aún con genuina voluntad y control férreo, así como disciplina ejercida por parte del comandante comprometido, muchos ejércitos del mundo continúan cometiendo crímenes y provocando muertes. No basta entonces con estar conscientes, sino recordar que los actos del injusto se suceden y por ello el comandante militar debe estar capacitado y vigilante en este conocimiento, no solo en su beneficio y en el nuestro como sociedad, sino porque saber, además de ser su obligación, también es su derecho, al prevenir y/o reprimir los actos de los elementos equivocados en sus filas, eximiéndolo y/o mitigando su posible responsabilidad penal. Es verdad, el trabajo es continuo y su obligación es enorme, porque tienen que estar alerta todo el tiempo, como también es cierto que sus decisiones se exigen en la medida de lo razonable en las circunstancias que les toca afrontar, lo contrario sería excesivo, como está sólidamente establecido en la jurisprudencia internacional. La CPI reiteró este principio en Bemba Gombo (SPI III 2016)³³, apoyándose en la jurisprudencia del TIPY: “el comandante si ha ultimado su obligación de tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder, él no puede ser responsable incluso si los crímenes de hecho ocurren o si los perpetradores permanecen sin castigar” (*Blaskić*,

33 Traducción de la autora. La cita en inglés reza así: *The Chamber agrees with the Defence that, if the commander has discharged his obligation to take all necessary and reasonable measures within his power, he cannot be held responsible, even if the crimes nonetheless ultimately occur or the perpetrators go unpunished* (Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 92, para 200).

2004; *Brdanin*, 2004; *Stakić*, 2003; *Krnojelac*, 2002; *Galić*, 2003) (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 92, para 200).

Quiero cerrar este ensayo y mis conclusiones con el pensamiento de Groccio (2004), pues este sabio pensador bien dijo, con relación a los comandantes militares, que para hacer a un hombre responsable de las faltas de otro, debe haber una concurrencia entre conocimiento y permisividad. Hago votos para que los ejércitos del mundo regulares y *de facto* incorporen estos conocimientos para sus comandantes, buscando que a través de ellos y su liderazgo, se transmitan y ejerzan estándares para el comportamiento adecuado, a fin de proteger el bien jurídico mayor, la noción de humanidad.

Referencias

Libros y artículos en libros y revistas especializadas

- Armitage, D. (2017). *Civil Wars, A History in Ideas*. Nueva York: Alfred A. Knopf.
- Bassiouni, C. (2003). *International Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Cede, F. (2007). The International Community and Non State Actors. En A. Reinisch (Ed.), *The Law of International Relations* (pp. 19-31). Utrecht: Eleven International Publishing.
- Coulombis, T. A., & Wolfe, J. H. (1990). *Introduction to International Relations Power and Justice* (Cuarta Edición). New Jersey: Prentice Hall.
- Grotius, H. (2004). *The Rights of War and Peace, In Three Books, Wherein are Explained, The Law of Nature and Nations, and The Principal Points Relating to Government*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Khan, Karim K.K. , Dixon, R. (2013). *Archbold Intenational Criminal Courts Practice Procedure & Evidence*, Londres: Sweet & Maxwell.
- Malanczouk, M. (1997). *Modern Introduction to International Law*. Reino Unido: Routledge.
- Mc Cormack, T. L. H. (1997). From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. En T. L.H. Mc Cormack & G. J. Simpson (Eds.), *The Law of War Crimes National and International Approaches* (pp. 31-63). La Haya: Kluwer Law International.

- Olasolo, H. (2013). La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales. Especial referencia a los casos “Al Bashir”, “Al Gaddafi” y “Al Senussi” ante la Corte Penal Internacional. En E. Maculan & A. Gil (Eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional* (pp. 297-327), Madrid: Dickinson. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/301892915_La_aplicacion_del_concepto_de_autoria_mediata_a_traves_de_aparatos_organizados_de_poder_por_los_tribunales_penales_internacionales_especial_referencia_a_los_casos_Al_Bashir_Al-Gaddafi_y_Al-Senussi_ant
- Olasolo, H. (2013a), *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Internacional Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Oswald, M. (2001). *The Howling Wilderness Courts- Martial of 1902*, US Army War College, Carlisle Barracks, PA 17013.
- Roberts, A. (2000), *Documents on the Laws of War* (Tercera Edición). Reino Unido: Oxford University Press.
- Rocha Herrera, M. (2011). La Fórmula Tadić (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia) y su aplicación en conflictos armados de carácter no internacional. *Guerrero Miztli*, 9, pp. 14-24. Recuperado de http://codenal.sedena.gob.mx/images/boletines/boletin_9.pdf
- Rocha Herrera, M. (2016). Actores no estatales, grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares, ¿pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho Penal Internacional?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 4, pp. 14-38. Recuperado de <http://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/195/ANIDIP%20Volumen%204.pdf>
- Rocha Herrera, M. (2018). Evolución del Derecho Internacional Penal de Núremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: Sentando las Bases de la Justicia Internacional. Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México, Centro de Estudios Superiores Navales de la Secretaría de Marina Armada de México. Recuperado de https://www.academia.edu/36545888/Evolucion_del_Derecho_Internacional_Penal_de_Nuremberg_y_Tokio_a_la_Corte_Penal_Internacional_Sentando_las_Bases_de_la_Justicia_Internacional
- Sadat, L. (2014). The International Criminal Court. *Legal Studies Research Paper Series*, (14).

Stryszak, M. (2000) Command Responsibility. How Much a Commander be Expected to Know?" *Journal of Legal Studies*.

Sun Tzu. (2000). *El Arte de la Guerra*. Colombia: Panamericana Editorial.

Documentos

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (1998). *Estatuto de Roma*. Roma: Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre H.IV*. de 1907 La Haya. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Reglamento Respecto a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* de 1907. Anexo a la Convención IV, La Haya. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, Ginebra. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm#25>

Declaración Final. (9 de mayo del 2013). del Abogado Litigante Abubacarr Tambadou, Audiencia del juicio de apelación en el caso *El Fiscal vs. Ndindiliyimana et al.*, TIPR, Arusha, Tanzania.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, prepared by Francis Lieber, LL.D., Originally Issued as General Orders No. 100, Adjutant General's Office, 1863, Washington 1898: Government Printing Office. *General Orders No. 100: The Lieber Code, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*. The Avalon Project, Documents in Law, History and Diplomacy, Lillian Goldman Law Library, Yale Law School. Recuperado de http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec3

Law Reports of Trials of War Criminals Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission (1948) London: published by His Majesty's Stationery, vol IV. Recuperado de https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf]

Paris Peace Conference, *Treaty Peace with Germany (Versailles Treaty)* XIII 55,740, 743, Senate Document 51 66th Congress 1st session. Recuperado de <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>

Rome Statute of the International Criminal Court (1998). A/CONF.183/9 of 17 July 1998. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf

Casos ante tribunales penales internacionales

Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones [2018] *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeal of Mr. Jean Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant article 74 of the Statute", No. ICC-01/05-01/08 A. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III [2016] *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo. Veredicto con Anexos Públicos I, II y A -F*, No. ICC-01/05-01/08. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II [2009]. *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo. Decisión de Confirmación de Cargos Conforme al artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma*, No: ICC-01/05.01/08.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I [2012] *La Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No: ICC-01/04-01/06. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II [2014], *La Fiscal vs. Germain Katanga*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No: ICC-01/04-01/07. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF

Summary of the Appeal Judgment in the case The Prosecutor vs. Jean Pierre-Bemba Gombo, The Hague, 8 June 2018. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180608-bemba-judgment-summary.pdf>

International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany [1950] *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Part 22, Under the Authority of H.M. Attorney General by His Majesty's Stationery Office, London, 1950.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1995), Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995* (“Tadić Interlocutory Appeal Decision”). La Haya, Case No. IT-94-1-AR72.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [1995] *El Fiscal vs. Dusan Tadić a/k/a “Dule” Goran Borovnica*, Acusación, La Haya, Case NO. IT-94-1-I [Recuperado el 24 de abril del 2017. Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-ii950213e.pdf>]

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [1997] *El Fiscal vs. Đusko Tadić*. Sentencia, La Haya, Case IT-94-I-T. Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones [2004] *El Fiscal vs. Radislav Krstić*, Sentencia, La Haya, Case IT-98-33-A. Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2008) *El Fiscal vs. Rasim Delić. Resumen de la Sentencia de Rasim Delić*, La Haya. Recuperado de http://www.icty.org/x/cases/delic/tjug/en/080915_Delic_summary_en.pdf

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2008), *El Fiscal vs. Enver Hadžihanović & Amir Kubura*, Sentencia, La Haya, Case No. IT-01-47-A. Recuperado de http://www.icty.org/x/cases/hadzihanovic_kubura/acjug/en/had-judg080422.pdf

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones (2014), *El Fiscal vs. Augustine Bizimungu*, Sentencia, Arusha, Case No. ICTR-00-56B-A. Recuperado de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-00-56/appeals-chamber-judgements/en/140630.pdf>

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones (2014), *El Fiscal vs. Augustin Ndingiyimana et al.*, Sentencia, Arusha, Case No. ICTR-00-56-A. Recuperado de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-00-56/appeals-chamber-judgements/en/140211.pdf>

Notas y Manuscritos

Rocha Herrera, M. (noviembre 2016). *Curso de Derecho Internacional Penal y Litigio Internacional para Mandos, Jefes, Oficiales y Tropa en la Secretaría de la Defensa Nacional de México*, Ciudad de México, México.

Rocha Herrera, Mónica. (marzo- noviembre 2017). *Curso de Derecho Internacional Penal y Litigio Internacional para Mandos, Jefes, Oficiales y Tropa en la Secretaría de la Defensa Nacional de México*, Ciudad de México, México.