

LOS DELITOS DE OMISIÓN DE LOS MANDOS MILITARES Y SUPERIORES CIVILES ANTE LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL¹

Ana M. Garrocho Salcedo

Doctora en Derecho
Profesora Visitante Lectora de Derecho penal
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: La armonización del Estatuto de la Corte Penal Internacional con el Código penal español motivó la inclusión del artículo 615 bis en el Derecho penal común. A través de esta norma, se incorporaron al ordenamiento jurídico-penal tres delitos de omisión diferentes de diverso alcance y gravedad entre los Delitos contra la Comunidad Internacional, cuyos destinatarios son los mandos militares y los superiores civiles. A la interpretación del artículo 615 bis se dedican las páginas siguientes intentado ofrecer una explicación coherente de estos delitos con el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional del que trae causa. La importancia de esta interpretación es extraordinaria también para los tribunales militares españoles, puesto que, en el enjuiciamiento de crímenes internacionales, deberán aplicar el artículo 615 bis del Código penal común.

¹ Agradezco a los/as revisores/as anónimos/as sus valiosas aportaciones y sugerencias en la configuración de este texto.

Palabras clave: jefes militares y superiores civiles, crímenes internacionales, delitos de omisión, artículo 615 bis Código penal español.

Abstract: The harmonisation of the Rome Statute of the International Criminal Court with the Spanish Criminal Code led to the inclusion of article 615 bis in the Spanish Criminal Law. Through this norm, three crimes of omission of different scope and severity were included in the criminal system between the Crimes against the International Community, whose addressees are the military commanders and other superiors. The following pages are dedicated to the interpretation of article 615 bis, trying to offer a coherent explanation of these offenses with article 28 of the Statute of the International Criminal Court that it derives from. The importance of this interpretation is also extraordinary for the Spanish Military Courts, since, in the prosecution of international crimes, they must apply article 615 bis of the Criminal Code.

Key words: military commanders and other superiors, international crimes, crimes of omission, article 615 bis Spanish Criminal Code.

I. Cuestiones preliminares

Conforme a la legislación penal española, la comisión de crímenes internacionales es punible atendiendo a la tipificación que el Código Penal español contiene sobre el delito de genocidio (art. 607 CP), los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis) y los delitos cometidos con ocasión de un conflicto armado contra personas y bienes protegidos (arts. 608 y ss.). No obstante, conforme al art. 9 del Código Penal Militar, son delitos militares, enjuiciables por la jurisdicción militar, «los delitos cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes», entre las que se encuentra el art. 615 bis CP, sobre responsabilidad del superior por omisión.

Como es sabido, la comisión de estos crímenes internacionales requiere la participación de una pluralidad de individuos, organizados y armados, donde con frecuencia se vislumbra la participación y anuencia de autoridades estatales, militares o civiles, o de carácter paraestatal. La perpetración de estos delitos normalmente parte de la existencia de un «aparato organizado de poder», a través del cual, de forma activa, se ordena la comisión de dichos crímenes. No obstante, en ocasiones, y a falta de otros instrumentos probatorios, la omi-

sión puede ser una forma de imputación de los mismos de altísima utilidad, tanto para los tribunales españoles (militares u ordinarios), como para los tribunales internacionales².

La ratificación de España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 19 de octubre de 2000, supuso la necesidad de efectuar una serie de reformas en el Código penal para acompasar nuestra legislación al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Junto a la tipificación de los crímenes internacionales, el legislador español incluyó, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre en el Código penal, el art. 615 bis CP entre las disposiciones comunes de los capítulos II (delito de genocidio) II bis (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) del Título XXIV entre los Delitos contra la Comunidad Internacional. En dicho art. 615 bis CP, se recogió un precepto de extraordinaria importancia en el ámbito de la intervención delictiva en crímenes internacionales, pues en él se regula la responsabilidad del superior por omisión. Dicho precepto trae causa del art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), siendo la responsabilidad del superior por omisión, desde 1945, una forma de imputación jurídico-penal de los crímenes a las autoridades militares o civiles por los crímenes cometidos por sus inferiores.

De hecho, la responsabilidad del superior por omisión no representa una novedad introducida en el art. 28 ECPI en 1998, sino que fue un criterio de imputación empleado por los tribunales militares internacionales tras la Segunda Guerra Mundial. Los casos del general japonés, *Yamashita*, así como otros altos mandos del ejército alemán (*Von Leeb, et al., Von List et al. etc.*) y japonés (*Hirota, Shigemitsu, etc.*) muestran como ciertas autoridades militares fueron condenados, sobre la base de comportamientos omisivos, en relación con las conductas delictivas de sus subordinados³.

² Entre otras, FARALDO CABANA, P, «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 62, alude, siguiendo a Kai Ambos, a que la responsabilidad del superior por omisión es complementaria a la autoría mediata activa; GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 189.

³ Sobre estos enjuiciamientos, cfr. GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 49 y ss.

Por tanto, en la jurisprudencia internacional originaria, la no evitación de ciertas conductas criminales generaba —cumplidos ciertos requisitos— responsabilidad por omisión de los superiores por los hechos cometidos por su tropa. Asimismo deben recordarse los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, que positivizaron por primera vez en el Derecho Humanitario convencional ciertos deberes de control y vigilancia de los mandos militares y otros superiores. Finalmente, la responsabilidad del superior fue recogida en los Estatutos del Tribunal para la antigua Yugoslavia y Ruanda (arts. 7.3 y 6.3 respectivamente), celebrándose varios enjuiciamientos sobre la base de la llamada *superior responsibility* en dichos tribunales internacionales⁴.

La importancia de la incorporación del art. 615 bis CP al ordenamiento español es múltiple. Por un lado, porque recoge la posibilidad de imputar por omisión la comisión de crímenes internacionales a los superiores militares y civiles que no evitan los crímenes de sus subordinados (art. 615.1, 2, 4 bis CP). Por otro lado, porque el art. 615. 1, 2, 4 bis es precepto especial con respecto al art. 11 del CP que regula, con carácter general, la comisión por omisión de los delitos de resultado en España. En ese sentido, el art. 615 bis encuentra cierto paralelismo con algunos delitos de la parte especial del Libro II que contemplan de forma *específica* delitos de comisión por omisión, como sucede, por ejemplo, con el art. 176 del CP en relación con la responsabilidad de ciertas autoridades y funcionarios, que faltando a los deberes del cargo, permiten que otros ejecuten actos de tortura o contra la integridad moral. En esos casos, dichas personas son sancionadas con las mismas penas que las impuestas a los autores. Adicionalmente, el art. 615. 3 y 5 bis contiene otros delitos de omisión pura que afectan al personal militar y civil una vez los delitos ya se han consumado. Finalmente el art. 615.6 bis CP contempla, de manera absolutamente novedosa, un deber general de todo funcionario con competencia para perseguir la comisión de crímenes internacionales. De ese modo, el art. 615 bis CP contempla, pues, *varios delitos de omisión*, de diferente naturaleza y gravedad en los distintos apartados del precepto⁵.

⁴ Véase una panorámica general en GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 89-127.

⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Disposiciones comunes, art 615 bis CP», en QUINTERO OLIVARES (Dir.) MORALES PRATS F., (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6.º ed., 2007, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 2193.

Antes de evaluar las tres tipologías de delitos de omisión que el art. 615 bis CP recoge, deben efectuarse algunas precisiones en cuanto a los sujetos activos recogidos en la norma.

II. Los sujetos activos en la responsabilidad del superior *ex art. 615 Bis del Código penal*

La responsabilidad del superior por omisión ante la comisión de crímenes internacionales ha sido una forma tradicional y alternativa para imputar los crímenes cometidos por los subordinados a los jefes y superiores en estructuras jerárquicas, fundamentalmente en el Ejército y en otros grupos fuertemente armados. Desde su configuración tradicional, la responsabilidad del superior ha albergado la responsabilidad de jefes militares y asimilados a estos y también de los jefes no militares (alcaldes, responsables de prefecturas e incluso empresarios). De hecho, hasta las negociaciones en Roma del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, el Derecho internacional consuetudinario no distinguía entre militares y civiles y se agrupaba, bajo el paraguas de la responsabilidad del superior o *superior responsibility*, a ambas categorías⁶.

Durante las negociaciones del ECPI en Roma, la delegación de EEUU propuso distinguir entre la responsabilidad por omisión de los jefes militares de otros superiores civiles⁷. Dicha propuesta fue aprobada y finalmente incorporada en el art. 28 del ECPI y de ella trae causa la redacción actual del art. 615 bis CP.

La delimitación entre los jefes militares y aquellos que actúan, efectivamente, como jefes militares, de quienes son superiores no militares, es especialmente importante, puesto que, para los jefes militares y personas a ellos asimilados, el art. 615.2 bis contempla una responsabilidad por imprudencia grave, que no se prevé para los superiores no militares. Por ello, la delimitación entre ambas categorías es esencial, debido al elemento subjetivo más exigente que se cierne sobre el personal militar.

⁶ Por todos, GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 90 y ss., 131-132.

⁷ *United Nations Diplomatic Conferences of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*, Rome, 15-June-17 July 1998, Official Records (A/CONF.183/13), Vol. II, New York, 2002, p. 136, paras. 67, 68.

En todo caso, es importante destacar —como lo hace la doctrina⁸ y la jurisprudencia internacional⁹— que, en los casos en los que resulte de aplicación el art. 615 bis CP o el art. 28 ECPI, no tiene que tratarse de los superiores directos de aquellos inferiores que ejecutan los crímenes, sino que dicha responsabilidad penal se extiende a toda la cadena de mando, incluyendo a los mandos intermedios y a los altos mandos.

En la medida en que los tribunales españoles no han aplicado aún el art. 615 bis del CP, para poder efectuar una delimitación entre los *jefes militares y asimilados* y los *superiores no militares*, se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia incipiente de la Corte Penal Internacional (CPI) que de ello se ha ocupado. A continuación, tratarán de esbozarse los elementos de distinción fundamentales entre ellas.

1. *Los jefes y autoridades militares o quienes actúen efectivamente como jefes militares*

Para la jurisprudencia de la CPI, un jefe militar *de iure* es «aquella persona designada formal o legalmente para ejercer la función de mando militar»¹⁰, donde normalmente los mandos y sus fuerzas pertenecen a fuerzas armadas regulares de un Estado, y comandaran sus fuerzas conforme a las leyes militares nacionales. El art. 615 bis CP hace mención a «autoridades militares»¹¹ en consonancia con el

⁸ Así, por ejemplo, entre nosotros, FELIÓ SÁNCHEZ, B., «Art 615 bis CP», en VVAA *Memento Penal*, 2017, Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, nm. 19780 *in fine*; GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», p. 211.

⁹ CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, para. 179.

¹⁰ CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, para. 176.

¹¹ Conforme al art 3 del Código Penal Militar, son autoridades militares: «1.º *El Rey, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.* 2.º *El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y el Director General de la Guardia Civil.* 3.º *Los oficiales generales con mando, jefatura o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo o que, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en un lugar o territorio determinado.* 4.º *Los militares que, en las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, ostenten la condición de Jefe de Unidad que opere separadamente, en el espacio a que alcanza la acción militar.* 5.º *Los Auditores Presidentes y Vocales de los Tribunales Militares, los Fiscales Jurídico Militares y los Jueces Togados Militares.* 6.º *Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o de aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que*

art. 24 CP y a «jefes militares»¹². Para efectuar una interpretación de quienes son esas autoridades y jefes militares *de iure* deberá acudirse en cada caso a las leyes militares internas, que dispongan la organización de los Ejércitos.

En contraposición con los jefes y autoridades militares *de iure*, están los jefes militares *de facto*, o quienes actúan efectivamente como jefes militares, pero que, formalmente, no lo son. La CPI entiende que bajo esta categoría deben incluirse a los mandos militares de fuerzas irregulares no gubernamentales, que se rigen por regulaciones internas, escritas o no. Estos individuos no son ni formal ni legalmente nombrados como jefes militares, pero actúan *efectivamente* como jefes de las fuerzas que cometen los crímenes¹³. En ese sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo declaró que los jefes militares *de facto* conforman una categoría más amplia y distinta de los jefes militares, referida a «quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas regulares gubernativas, tales como unidades de policía armadas y fuerzas irregulares, como grupos rebeldes, unidades paramilitares y movimientos de resistencia armados y milicias, que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de mandos»¹⁴.

deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada. 7.º Los Jefes de Unidades que tomen parte en operaciones en el exterior, impliquen o no el uso de la fuerza, durante la participación de la Unidad en tales operaciones, mientras permanezcan fuera del territorio nacional».

¹² De acuerdo al art 2 del Código Penal Militar, son militares: «... Quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica: 1.º Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar. 2.º Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas. 3.º Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar. 4.º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil. 5.º Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo. 6.º En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil. 7.º Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora».

¹³ CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, paras. 176-177.

¹⁴ CPI, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, para. 409.

Sin embargo, es necesario clarificar en mayor medida qué personas deben ser consideradas como jefes militares *de facto*, para restringir lo máximo posible esta categoría y evitar interpretaciones excesivamente amplias. Para ello, comparto la posición con Nora KARSTEN, quien entiende que la determinación de quien ejerce efectivamente como jefe militar depende de un criterio funcional, atendiendo al tipo de organización que el superior se encuentre dirigiendo en el momento de la comisión de los crímenes. Si los inferiores toman parte en un conflicto armado, el jefe será militar, y si aquellos no participan en un conflicto armado, los superiores serán superiores civiles¹⁵.

No obstante, debe precisarse qué significa exactamente participar en un conflicto armado. A mi juicio, se tratará, pues, de una unidad, organización o institución «militar» si su propósito es participar *de forma continuada* en el conflicto armado, de modo que el jefe militar será la persona que se encuentre al mando de dicha organización¹⁶. Es precisamente la participación continua en el combate y no de forma aislada o puntual lo que permite considerar que una organización es «militar» a efectos de aplicar el art. 615 bis CP o el art. 28 ECPI.

2. Los superiores no militares

En sentido contrario, cuando la organización o grupo no tenga como objeto participar de forma continua en un conflicto armado será una organización «civil» y sus jefes o superiores serán, consecuentemente, superiores civiles, que responderán eventualmente conforme a lo dispuesto en el art. 615.4 y 5 bis CP, incluso cuando los inferiores puedan, puntualmente, participar en las hostilidades¹⁷.

¹⁵ KARSTEN, N., «Distinguishing Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC», en *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 7, 2009, p. 1002.

¹⁶ GARROCHO SALCEDO, A.M., «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 158; LA MISMA, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 163-167.

¹⁷ GARROCHO SALCEDO, A.M., «La responsabilidad por omisión del superior», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*, p. 158; LA MISMA, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 164-165; LA MISMA, «La responsabilidad del superior por omisión», en GIL GIL/MACULAN (Dir.) *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 239.

Todos aquellos superiores o jefes que no hayan sido nombrados ni legal ni formalmente como mandos militares, y sin embargo se encuentren controlando a un grupo de personas, que no participen de forma continuada en un conflicto armado, serán superiores no militares a efectos del art. 615.4 bis CP y del propio art. 28 b) ECPI.

Los superiores no militares o civiles son aquellos que dirigen un grupo de personas que pueden estar armadas pero que no toman parte de forma continuada en un conflicto armado (ej. un comisario o un director de la policía, un delegado del gobierno o ministro). Los jefes de ciertas organizaciones terroristas, paramilitares, o escuadrones de la muerte deberán ser considerados como jefes militares a efectos de la aplicación del art. 615.1, 2, 3 bis CP, si puede probarse que los inferiores (bajo su mando y control efectivo) forman parte de una organización que actúa de forma continuada en el seno de un conflicto armado (internacional o interno), pues, de lo contrario, deberán reputarse superiores civiles.

III. La naturaleza jurídica de las omisiones punibles presentes en el art. 615 bis del Código penal

A diferencia de la redacción del art. 28 ECPI, el art. 615 bis CP ha tipificado diversas conductas omisivas de diferente naturaleza y gravedad que dan lugar a delitos de omisión distintos.

El art. 28 ECPI se ocupa de la regular una forma de imputación de crímenes internacionales a la omisión del superior, atendiendo al carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal Internacional en general, y a la necesidad de que la Corte Penal Internacional sancione las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes¹⁸. Sin embargo, en el Código penal español se sancionan conductas de muy diversa gravedad por lo que el art. 615 bis CP ha tipificado omisiones que afectan al superior, de diferente naturaleza jurídica y lesividad, al igual que lo ha hecho el legislador alemán en los arts. 4, 13 y 14 del *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (en adelante, VStGB).

Con todo, debe advertirse que el Código Penal Militar (CPM) regulado por la LO 14/2015, de 14 de octubre, no cuenta con un precepto similar al art. 615 bis CP y, en ese sentido, se encuentra ciertamente desfasado. El Código Penal Militar contempla dos delitos de omisión

¹⁸ Sobre esta cuestión, véase, GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 223 y ss.

pura¹⁹, que quedarán desplazados a favor del art. 615 bis CP común, en virtud del art. 1.3 del CPM²⁰, cuando se trate de la responsabilidad de jefes militares por omisión ante la comisión de crímenes de Derecho Penal Internacional. En esos casos, la jurisdicción militar aplicará el Código Penal Común.

Por un lado, el art. 64 CPM, establece que *«el militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de sus facultades o no procediere con la diligencia necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar»*.

Por otro lado, el art. 80 CPM dispone que: *«el militar que, obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar o que teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiere en inmediato conocimiento de sus superiores, o no lo denunciase a autoridad competente, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión»*.

A continuación, se analizarán cada uno de los tres delitos de omisión que el art. 615 bis del CP contempla.

IV. El deber especial del superior de evitar los crímenes de los subordinados

1. Consideraciones generales

Normalmente cuando se hace referencia a la responsabilidad del superior en Derecho Penal Internacional, se piensa en la omisión del superior a la que poder imputar los crímenes internacionales que cometen sus fuerzas o sus subordinados. De hecho, tanto

¹⁹ Sobre ello, véase la panorámica ofrecida por MARTÍNEZ ALCANIZ, A., «La responsabilidad del superior militar. Especial referencia al ordenamiento jurídico español», en GIL GIL (Dir.)/MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 227 y ss.

²⁰ Recuérdese a este respecto que el art 1.3 del Código Penal Militar establece que: «cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar».

la redacción literal del art. 28 ECPI, como la jurisprudencia de la CPI aclaran que los superiores responden *por los crímenes cometidos* por los subordinados, y no por otra clase de delitos de omisión pura²¹.

En relación con el art. 28 del ECPI, razones sistemáticas y de política criminal abonan igualmente la tesis de que la responsabilidad del superior por omisión contempla un supuesto de *comisión por omisión especialmente regulado*, y no un delito de omisión pura. Así pues, si el art. 28 ECPI contuviese algún delito de omisión pura debería haberse situado entre las disposiciones del Estatuto de Roma que regulan los tipos de delitos entre los artículos 6 a 8 *bis* del ECPI, y no en el art. 28 ECPI junto a las formas de intervención punible en los crímenes, que se contemplan en la parte general del Estatuto de Roma. Por otro lado, parece poco adecuado que la CPI tenga que ocuparse de enjuiciar delitos de menor gravedad, como los delitos de omisión pura, puesto que, su principal función, radica en investigar y juzgar a los máximos responsables de la comisión de los delitos más graves contra los bienes jurídicos más importantes, cuando los Estados no puedan o no quieran efectivamente hacerlo²².

Sin embargo, el CP español —que contempla conductas muy distintas en cuanto a su lesividad— ha ampliado los contornos del art. 28 ECPI en el art. 615 bis y no solo sanciona a los superiores que no evitan los crímenes de los subordinados, a modo de una comisión por omisión específicamente regulada (art. 615.1.2 y 4 bis CP), sino también otras conductas menos graves de omisa persecución *ex post facto* (art. 615.3 y 5 bis) y de incumplimiento general de cualquier funcionario o autoridad que no persiga crímenes internacionales estando obligado a ello (art. 615.6 bis CP).

En el apartado siguiente, deben analizarse las conductas de omisa evitación de los crímenes cuando todavía el superior podía actuar para tratar de impedir que sus subordinados los cometiesen. Es decir: cuando el superior adquiere el conocimiento del riesgo de comisión de los crímenes, estos aún no se han consumado, por lo que el superior debe actuar para tratar de evitarlos, siempre que tenga la capacidad para ello.

²¹ CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, paras. 173-174.

²² GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 203-211; LA MISMA, «La responsabilidad del superior por omisión», p. 242.

2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de la superior prevista en el art. 615. 1, 2 y 4 bis Código Penal

El art. 615. 1 y 4 bis CP²³ contempla la responsabilidad de los jefes militares, asimilados y jefes no militares que no eviten *dolosamente* los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo. En el art. 615.2 bis CP, se prevé la responsabilidad por *imprudencia grave* de las autoridades y jefes militares, *de iure* o *de facto*, exclusivamente, y ella se analizará *infra* en el siguiente apartado.

En los supuestos dolosos, debe sancionarse a los jefes y superiores con la misma pena que a los autores. Por la penalidad prevista, junto a la redacción de los apartados 1 y 4 del art. 615 bis CP, puede afirmarse que lo que contiene dicho tipo penal es una *comisión por omisión especialmente regulada* —como sucede con el art. 176 CP— que desplaza la aplicación del art. 11 CP por especialidad, en la medida que el art. 11 CP contiene la forma de entender, con carácter general, la comisión por omisión de delitos de resultado en España.

En ese sentido, como expresa FEIJÓO SÁNCHEZ, en los casos de crímenes internacionales, «el art. 615.1.2 y 4 bis CP ya ha resuelto la cuestión dogmática de partida: la no evitación del delito por el subordinado equivale a su realización»²⁴. Con ello, se quiere subrayar la especialidad del art. 615 1.2 y 4 bis CP respecto del art. 11 CP, que ya en su configuración lleva implícito el reconocimiento de que la no evitación del superior-garante del crimen de sus subordinados, siempre que ello fuese posible, equivale a su realización o causación

²³ El art 615.1 y 4 bis CP establece que: «1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores (...) 4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores».

²⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. «Art 615 bis CP», nm., 19783. En sentido parecido a FEIJÓO SÁNCHEZ, FARALDO CABANA, P., «La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 97, 2011, pp. 187-188; DÍAZ MORGADO, C., «Art 615 bis», en CORCOY BIDASOLO, M., / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1801. Sin embargo, manifiesta, entre nosotros, sus dudas sobre la naturaleza de comisión por omisión de la responsabilidad del superior en el art 615 bis CP, GALÁN MUÑOZ, A., «La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma», en *Revista penal*, n.º 16, 2005, pp.79, 81.

por vía activa. Sin embargo, es ineludible que la comisión por omisión especialmente regulada en el art. 615.1, 2 y 4 bis CP cumpla con todas las exigencias de imputación objetiva y subjetiva de la dogmática general de la comisión por omisión. El precepto refuerza simplemente la posibilidad de la construcción de la comisión por omisión cuando se trata de crímenes, cometidos por sus inferiores, que no son evitados por parte de los superiores civiles y militares, *de iure* o *de facto*.

En este contexto es muy importante tener en cuenta que la responsabilidad del superior por omisión por la comisión de crímenes internacionales no es una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno o por el cargo, que se derive del mero estatus de superior respecto a sus fuerzas o sus subordinados (cfr. caso Viemann, también conocido como plan operativo Pavo Real/plan Gavilán, SAN 5/2017, de 6 de marzo, FJ.º 4.º). En sentido contrario, y como no podía ser de otro modo, la responsabilidad del superior es un supuesto de comisión por omisión especialmente regulada pero que debe cumplir con los principios, garantías y límites de cualquier forma de responsabilidad penal.

3. *Imputación de la conducta y del resultado. Límites a la imputación*

El fundamento material de la responsabilidad por omisión de los jefes militares y superiores civiles proviene de la defectuosa organización de su ámbito de competencias. En el caso de que los subordinados se propongan cometer los crímenes, o los estén cometiendo, el superior tiene un deber de reconducir las actividades de sus subordinados a un estado inocuo (o mejor dicho, dentro del riesgo permitido); en caso de no hacerlo, el superior es responsable de los actos lesivos causados por sus inferiores al no haber instado las medidas de evitación que dicho aseguramiento requería. El fundamento de la responsabilidad penal del superior proviene, por tanto, de no haber organizado su esfera de competencias dentro del riesgo permitido, garantizando que terceras personas no resulten dañadas²⁵.

La existencia de mando o autoridad y control efectivo sobre los subordinados conforma un dato estable para, a partir de ahí,

²⁵ Así, GARROCHO SALCEDO, A.M., «La responsabilidad por omisión del superior», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*, pp. 167-169; LA MISMA, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 223 y ss.

poder delimitar el ámbito de organización concreto que el superior administra o gestiona, y del que se deriva eventualmente su responsabilidad penal por omisión. Por ello, el art. 615 .1.2 y 4 bis CP menciona que los subordinados deben estar sometidos a su «*mando y control efectivo*», cuando se trate de jefes militares *de iure* o *de facto*, y se alude al superior no militar, que en el «ámbito de sus competencias», no adoptará las medidas de evitación de los crímenes a manos de sus subordinados. En ambos casos, se subraya la perspectiva material y no meramente formal con la que se contempla la conformación de la posición de garantía²⁶. No obstante, hubiese sido deseable que el legislador español —siguiendo la literalidad del art. 28 b) ECPI— hubiese hecho referencia a la existencia de «autoridad y control efectivo», cuando se trate de significar la posición de garante de los superiores no militares o civiles.

Por su parte, la jurisprudencia internacional es constante recordando que la prueba

de la mera designación formal en el puesto como superior no es suficiente para conformar la responsabilidad del superior por omisión²⁷. Lejos de articularse una mera responsabilidad formal o una responsabilidad por el estatus, tanto el art. 615 bis CP, como el art. 28 ECPI, incorporan una fundamentación material de la responsabilidad omisiva de los superiores, que viene especialmente destacada con la exigencia de que el superior esté ejerciendo el «mando y el control efectivo» sobre sus fuerzas, o que el superior actúe en el «ámbito de sus competencias» debiendo evitar las conductas lesivas de sus subordinados.

Por tanto, lo primero que deberá corroborarse es que el superior —militar o civil—

estaba verdaderamente a cargo de sus subordinados cuando este tuvo conocimiento de la situación típica de peligro para el bien jurídico, que le obligaba a actuar para intentar evitar el delito. Por ello, si no se llegase a probar la existencia de dicho control efectivo del superior sobre los subordinados en el momento de actuar, no podrá deducirse responsabilidad alguna para el superior. Sin la prueba del control y el mando, o la autoridad efectiva del superior sobre los

²⁶ Entre otras, GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», p. 209.

²⁷ Por ejemplo, TPIY, *Brđanin*, Trial Chamber, Judgement, de 1 de septiembre de 2004, para. 276; *Blagojević and Jokić*, Trial Chamber, Judgement, de 17 de enero de 2005, para. 791.

inferiores, no cabe atribuir responsabilidad por omisión al superior por los delitos cometidos por aquellos.

Los indicios manejados por la jurisprudencia internacional (CPI y TPIY) para la comprobación del control efectivo del superior hacia sus subordinados son los siguientes:

- 1) *La posición oficial del imputado;*
- 2) *Su poder de impartir órdenes;*
- 3) *Su capacidad para garantizar el cumplimiento de dichas órdenes;*
- 4) *Su posición dentro de la estructura militar y el tipo de tareas asignadas;*
- 5) *Su capacidad de impartir órdenes a fuerzas o unidades bajo su mando para involucrase en las hostilidades;*
- 6) *Su capacidad de modificar la subordinación de las unidades o modificar la estructura de mando;*
- 7) *Su potestad de promocionar, reemplazar, eliminar o sancionar a sus fuerzas, y*
- 8) *Su autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y replegar las fuerzas en cualquier momento*²⁸.

En todo caso, la comprobación de que el superior está ejerciendo el mando/autoridad y control efectivo sobre sus inferiores subraya la concurrencia de una posición de garantía, o, si se prefiere, de un ámbito de organización determinado que administra el superior. A partir de ahí, se puede construir la responsabilidad por omisión del superior por los crímenes cometidos por sus subordinados, siempre que, por lo demás, se cumplan los demás criterios de imputación objetiva y subjetiva en los supuestos de comisión por omisión.

De hecho, el art. 615. 1 y 4 bis del CP establece que, en estos casos, el superior (militar o civil) «será castigado con la misma pena que los autores». A mi juicio, la equiparación penológica solo es admisible porque, en realidad, los superiores en estos casos —y al igual que sucede en el caso de la autoría mediata activa a través de «ins-

²⁸ CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009, para. 417; TPIY, *Kordić & Čerkez*, Trial Chamber, Judgment, 26 Febrero 2001, para. 438; *Orić*, Appeals Chamber, Judgment, 3 de Julio de 2008, paras. 91-92; *Hadzihasanović & Kubura*, Appeals Chamber, Judgment, 22 Abril 2008, para. 21; *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgment, 29 Julio 2004, para. 69; *Strugar*, Trial Chamber, Judgment, 31 enero 2005, paras 406 y 408; *Delalić et al.*, Trial Chamber, Judgment, 16 Noviembre 1998, para. 767.

trumento» responsable— son *autores* por omisión de los crímenes de los subordinados y no meros partícipes (inductores o cooperadores necesarios). El concreto título de imputación por el que responde el superior, con carácter general, es —a mi juicio— a título de autor, puesto que la responsabilidad del subordinado no elimina en absoluto la posibilidad de considerarlo autor. La imbricación del ámbito de responsabilidad del superior con el del subordinado posibilita mantener el título de autoría del mando respecto al delito no evitado del inferior²⁹.

Al igual que ocurre en la autoría mediata —que concretamente es regulada legalmente en el art. 25.3 a) ECPI, y que muchos ordenamientos del entorno reconocen— el superior omitente que no evita el crimen del subordinado es autor del mismo, habida cuenta, precisamente, de su facultad de mando o autoridad y control efectivo sobre el inferior. En realidad, la autoría mediata activa, e incluso la coautoría activa, y responsabilidad del superior por omisión son dos reversos de la misma moneda, donde el superior que no evita el delito del inferior, con carácter general, no *participa* en su hecho facilitando o colaborando en él, sino que el crimen es obra suya, puesto que, desde su esfera de competencias, se ha producido un hecho lesivo que puede y debe serle imputado, salvo algunas excepciones, al superior como autor³⁰.

La posible autoría de los dirigentes de organizaciones, tanto por comportamientos activos, como por comportamiento omisivos, puede fundamentarse en la imbricación material de ámbitos de responsabilidad, que en muchos casos descansa en la existencia de una relación de jerarquía del superior con respecto a las conductas de

²⁹ Así, PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto a hechos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, p. 423; EL MISMO, «Autoría y participación en la empresa», en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 184-185. En el mismo sentido, en 2005, MARAVER GÓMEZ, M., «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad», p. 646 con referencias, estimando que «la idea es que si los ámbitos de responsabilidad están claramente diferenciados, el comportamiento del tercero excluye, en todo caso, la relación de autoría y solo hay lugar a una posible responsabilidad basada en la participación. Si, por el contrario, no existe una clara delimitación de ámbitos de responsabilidad, todos los sujetos serán competentes o garantes de la evitación del resultado y podrán responder como coautores». Se aproxima también a estos planteamientos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, pp. 226-227.

³⁰ Sobre ello, véase *in extenso*, GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 335 y ss.

los subordinados³¹. La calificación del superior como autor mediato o coautor es una cuestión secundaria, pues, en definitiva, se trata de posiciones que mantienen intacto el título de *autoría* como forma más grave de responsabilidad penal. Con todo, la preferencia por la responsabilidad a título de autoría descansa en la existencia de una relación de jerarquía, y en la verificación de que el superior ostenta un poder de mando y dirección. De hecho, según creo, es este poder de mando o dirección lo que fundamenta en definitiva la autoría mediata o la coautoría por «dominio de la organización»³², o la responsabilidad penal por omisión del dirigente.

Esa vinculación o imbricación de ámbitos de responsabilidad no está presente, sin embargo, en las formas clásicas de participación. Por ejemplo, cuando un sujeto solicita o propone a un sicario la comisión de un delito, este carece de dicho poder de dirección o mando con respecto al sicario, en la medida que ambos sujetos no se hayan vinculados en modo alguno, más allá del propósito criminal que les une puntual y transitoriamente.

La razón que fundamenta la autoría es, pues, la competencia directa del superior sobre los subordinados, de manera que el ámbito

³¹ Cfr. en el mismo sentido, aunque con respecto solo a los supuestos omisivos, PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión», p. 423; EL MISMO, «Autoría y participación en la empresa», pp. 184-185. En el mismo sentido, también MARAVER GÓMEZ, M., «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad» en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 646; EL MISMO, *El principio de confianza*, p. 265; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa*, pp. 226-227; de otro modo, aunque llegando a la misma conclusión que fundamenta al autoría sobre la base la «determinación por completo del hecho», ROBLES PLANAS, R., «Los dos niveles de intervención, (el ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, 2/2012, p. 18 afirmando que el injusto del omitente en supuestos de superiores jerárquicos (sic.) es «al menos igual o superior en intensidad al de los intervinientes activos (¡incluyendo el de los ejecutores activos!) y ello se debe a que las respectivas omisiones no solo suponen —ciertos— actos de organización desaprobados (...) sino que tales omisiones pueden valorarse en el conjunto del acontecimiento como infracciones especialmente graves de sus deberes, dada la posición que ocupan y el sentido delictivo que exteriorizan».

³² Ello es destacado especialmente por MEINI, I., «La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori», Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19-2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009, pp. 605-606, quien estima que «la admisión del poder de mando como elemento del dominio de la organización es, entonces, gravitante para entender su naturaleza. No solo porque dibuja con suficiente claridad la relación que existe entre quien detenta dicho poder y quien se encuentra sujeto a él, sino, fundamentalmente, porque a partir del poder de mando se debe admitir que el ejecutor, que actúa lo suficientemente libre como para ser autor directo del delito, actúa voluntariamente».

de organización del superior comprende o incluye el de los subordinados, quienes están sometidos a su mando o dirección. Así pues, cuando el superior decide desestabilizar activamente el foco de peligro, ordenándoles la comisión de un hecho delictivo, o cuando no lo revoca, cuando estos están cometiendo delitos, el superior responde como autor. En ambos casos el superior dirige la organización, tiene capacidad decisoria, puede impartir directrices y ostenta la facultad de organizar libremente su esfera de competencias. El reverso de esa capacidad decisoria y libertad organizativa lo conforma el deber del superior de velar por el «estado de sus asuntos», para que su organización no lesione a los demás. El ámbito de competencias del superior trazará asimismo los eventuales límites a su responsabilidad y, por ello, es preciso que toda autoría del superior se predique respecto a hechos delictivos de los subordinados durante el desempeño de las actividades que les conciernen, dentro de la relación de jerarquía que les vincula.

Así, pues, la estructura de imputación en organizaciones no se aviene a la estructura tradicional de imputación entre sujetos plenamente libres y responsables, cuyas esferas de responsabilidad están perfectamente delimitadas. El fenómeno organizativo debe tener un impacto en el tratamiento de la accesoriedad, ya que esta obedece a una intervención libre y responsable de aquel que se sitúa junto al autor para facilitar o coadyuvar en la realización del hecho delictivo. La aportación del partícipe consiste, así, en una facilitación del hecho delictivo de otro, cooperando con el autor o prestando un medio instrumental para que este pueda ejecutar el delito. Sin embargo, la vinculación entre individuos en organizaciones impide que los sucesos delictivos se distancien unos de otros, allí donde se observa una determinada posición de garantía de unos respecto a otros, o en relación con el riesgo que causa el resultado³³. Afirmar, en estos casos, que el jefe que ordena al empleado hacer un vertido radiactivo en un río o atacar una población civil *ha facilitado* o *colaborado* en el hecho delictivo del empleado pervierte —como es evidente— el sentido de las palabras³⁴. El jefe no ha facilitado, ni cooperado en el hecho del empleado, sino que es obra suya y, por ello, su intervención en el hecho lesivo debe ser calificada como una forma de autoría.

³³ Sobre ello, fundamental, MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza*, pp. 263-265.

³⁴ En torno a la cuestión del «significado» de la actuación cuyo título de intervención se examina, cfr. RUEDA MARTÍN, M.A., *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción dolosa cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 95 y ss.

A continuación, se esbozarán los elementos esenciales que conforman la responsabilidad del superior por los crímenes de los subordinados en comisión por omisión.

1.º) Lo primero que debe comprobarse es que la comisión de uno de los crímenes internacionales (genocidio, delitos de lesa humanidad o delitos contra personas y bienes cometidos con ocasión de un conflicto armado) es imputable a los subordinados de un determinado jefe militar o superior civil (art. 615 bis CP). Si no se tratase de delitos de Derecho Penal Internacional, serán delitos comunes cometidos por omisión, dolosos o imprudentes, que a lo largo del Libro II se contengan, aplicando el art. 11 CP.

2.º) En segundo lugar, deberá demostrarse que dicho superior estaba al mando o tenía autoridad sobre los inferiores en el momento de comisión de los hechos. Ello demarcará la posición de garantía del superior.

3.º) En tercer lugar, deberá probarse que el superior tuvo conocimiento de la situación típica de peligro (riesgo de comisión de los crímenes) y no instó las medidas a su alcance para intentar evitarlos. En caso de que el superior no pudiese adoptar medidas de evitación, o cuando estas se mostrasen como inidóneas para evitar el resultado ya desde la perspectiva *ex ante*, no podrá efectuarse una desvaloración de la conducta omisiva del superior omitente. Por ello, cuando el sujeto no tiene capacidad individual de actuar, su omisión no puede considerarse típica, atendiendo a la naturaleza imperativa de las normas penales, pues el ordenamiento jurídico no puede imponer o prescribir a los individuos la realización de determinadas conductas de imposible realización personal (*ad impossibilia nemo tenetur*)³⁵.

³⁵ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 26 y ss., 298-299. De forma constante, la jurisprudencia del TPIY ha reconocido que el superior solo puede ser responsable si se prueba que tenía la capacidad material (*material ability*) de controlar a los subordinados. Así, *Čelebići*, Trial Chamber, Judgment, de 16 de noviembre de 1998, paras. 378, 395; *Blaškić*, Trial Chamber, Judgment, 3 de marzo de 2000, para. 335; *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgment, de 29 de julio de 2004, para. 72; *Naletilic et al.*, Trial Chamber, Judgment, de 31 de marzo de 2003, para. 66 y ss. 394; *Halilović*, TC, Judgment, de 16 de noviembre de 2005, para. 73 y ss.; *Hadzihasanović*, Trial Chamber, Judgment, de 15 de marzo de 2006, paras. 86, 88, 122 y ss.; *Mrkšić et al.*, Appeals Chamber, Judgment, de 8 de diciembre de 2010, paras. 153-155. Cfr. BOAS, G. / BISCHOFF, J. L.,/REID, N., *Forms Of Responsibility In International Criminal Law International Criminal Law*, Practitioner Library Series, Volume I, 1.ª ed., Cambridge University Press, New York *et al.*, 2007, 183-193 con interesantes referencias jurisprudenciales.

En caso de que el superior no tome medidas para evitar los delitos que estaban a su alcance y que estas, desde la perspectiva *ex ante*, se mostrasen como idóneas y razonables para impedir la comisión del crimen, la conducta omisiva del superior ya podrá merecer el reproche como *tentativa*.

Cuestión distinta es que el superior haya provocado activamente, dolosa o imprudentemente, un estado de incapacidad de actuar que le va a ser reprochado jurídico-penalmente como *omissio libera in causa*, más concretamente *omissio libera in agendo*, o cuando pudiendo haber evitado su estado de inconsciencia o de inimputabilidad o su ausencia de acción, el superior no ha hecho nada para evitarla, en cuyo caso se estará ante un escenario de *omissio libera in omittendo*³⁶. Un ejemplo de lo primero sería cuando el superior se embriaga para incapacitarse posteriormente para instar medidas de evitación de eventuales riesgos cognoscibles por el superior que le alertaban de que sus subordinados se disponían a cometer un crimen internacional. Ejemplo de lo segundo sería cuando el superior tolera o no evita que un tercero le inyecte droga intravenosa, que le conducirá a un estado de intoxicación, cuando podía haberlo evitado. Atendiendo a las causas de exención de la responsabilidad previstas en el art. 20.2.º CP, no es descartable que se produzcan en la praxis intoxicaciones provocadas por parte de los superiores, para, posteriormente, aducir un supuesto de incapacidad de acción. En esos casos, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 20.2.º CP, dicho estado de intoxicación provocado no eximirá de responsabilidad penal. Ante eventuales supuestos de este tipo podrá acudirse al instrumento dogmático de la *omissio libera in agendo* o *in omittendo*, que permitirá dejar sin operatividad la pretendida intoxicación como explicación de la ausencia de capacidad de actuar, y entender que dicha intoxicación fue provocada, imputando al comportamiento anterior su omisión comisiva, siempre que —al menos— se pruebe que el superior estaba alertado del riesgo de comisión del crimen que posteriormente se realizó.

Al margen de la intoxicación provocada como *actio* y *omissio libera in causa* regulada específicamente en el art. 20.2.º CP, puede ocurrir que la «incapacidad de actuar» del superior no redunde en la creación de un estado de inimputabilidad, sino de otra situación en la que el sujeto se auto-provoque su incapacidad de actuar. Estos casos deberían entenderse incluidos entre los supuestos de incapacidad de acción provocada a modo de *omissio libera in agendo* o *in omittendo*.

³⁶ Sobre estas cuestiones, véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión*, pp. 260-273. Asimismo, por ejemplo, WEIGEND, T., § 4 VStGB, en MK², n.m. 51, p. 1074, con referencias.

4.º) En cuarto lugar, la imputación del resultado requerirá la comprobación de que la conducta de evitación que el superior omitió habría resultado idónea, también *ex post*, para evitar el resultado lesivo producido por sus subordinados. La mayor o menor certitud acerca de la idoneidad de la conducta de evitación debida por el superior, valorada desde el punto de vista *ex post*, es una cuestión de prueba, cuyo valor debe verificarse más allá de toda duda razonable³⁷.

En este punto el Tribunal Supremo alude a la llamada causalidad hipotética, (STS 636/2007, de 28 de marzo; STS 459/2013, de 28 de mayo) mientras que la Corte Penal Internacional se ha decantado por emplear la *teoría del incremento del riesgo* para medir dicha relación hipotética entre el resultado lesivo producido y la medida de evitación no adoptada por el superior-garante³⁸.

Todo lo afirmado hasta aquí son consideraciones generales acerca del fundamento y de la imputación de la conducta y del resultado en la responsabilidad del superior por omisión, aplicables tanto a supuestos dolosos como imprudentes.

La incriminación de la responsabilidad del superior militar y civil en el art. 615 bis del CP es dolosa, aunque en lo que afecta al personal militar, también se ha previsto en el art. 615.2 bis CP la responsabilidad del superior militar por *imprudencia grave*. Por esta razón, la delimitación conceptual entre autoridades y jefes militares y aquellos que se asimilan a ellos y los superiores no militares o civiles es fundamental, puesto que el elemento subjetivo con el que se puede operar, en uno y otro caso, es especialmente significativo.

A continuación deben analizarse con cierto detenimiento las diferencias que pueden concurrir en la forma de responsabilidad dolosa (apartado 4) o imprudente (apartado 5) con la que actúen los jefes y superiores.

³⁷ Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 566 y ss. Del mismo modo, GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 268; LA MISMA, «La responsabilidad del superior», en GIL GIL/MACULAN, *Derecho penal internacional*, p. 245.

³⁸ CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009, para. 425 *in fine*.

4. *La responsabilidad de los jefes militares y no militares por no evitar dolosamente los crímenes de los subordinados*

El grado de responsabilidad subjetiva más intensa en la responsabilidad del superior viene representada por aquellas situaciones en las que el superior —civil o militar— *conoce* la existencia de un peligro cierto y concreto de comisión de los crímenes a manos de sus inferiores, y no realiza ninguna conducta tendente a evitarlo. Esta vendría a contemplar una responsabilidad dolosa, donde, como es sabido, en el ámbito de la comisión por omisión del *civil law*, el elemento referido a la *intención* no suele formar parte del dolo en las omisiones comisivas.

El Tribunal Supremo viene estimando la presencia de dolo en la comisión por omisión cuando el garante conoce: 1) la situación típica de peligro que le obliga a actuar, 2) su capacidad de actuar para tratar de evitar el resultado desvalorado y 3) las circunstancias que fundamentan su posición de garante (SSTS de 30 de junio de 1998 y de 24 de octubre de 1990; STS 1648/1999, de 22 noviembre; STS 1061/2009, de 26 octubre). No obstante, afirma el TS que «habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida» (STS 459/2013, de 28 de mayo).

El objeto de referencia del conocimiento del superior viene conformado por los crímenes base cometidos por los subordinados y todos los elementos objetivos y subjetivos, generales o específicos, de los distintos crímenes. Cuando el superior *conoce* el riesgo de comisión o la efectiva comisión de los crímenes, este adquiere conocimiento sobre la situación típica que le obliga a actuar para tratar de evitarlos. Dicho conocimiento, que podrá probarse a través de indicios, servirá también para efectuar el juicio de imputación subjetiva que permite imputarle el crimen cometido por el inferior de forma dolosa. En caso contrario, no podrá deducirse responsabilidad penal alguna, salvo que quepa, para el caso de los jefes militares, imputarles el crimen por imprudencia grave (*vid. infra* apartado 5).

No obstante, el objeto del conocimiento del superior no se agota en los crímenes base que dolosamente cometen los subordinados, sino que, además, este conocimiento debe existir en relación con las circunstancias que delimitan su posición de garantía, así como

el conocimiento de su capacidad de actuar, para poder efectuar el máximo reproche al superior en estas circunstancias. De ese modo, para poder realizar el máximo juicio de reproche subjetivo, el superior debe conocer:

- i. Que concurre una situación típica de peligro para los bienes jurídicos, representado por el riesgo de comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes cometidos con ocasión de un conflicto armado;
- ii. Que ese peligro proviene de «focos de peligro» sometidos a su poder/mando/autoridad y control efectivo, siendo así consciente de la existencia de su posición de garantía, o, lo que es lo mismo, su vinculación con el hecho lesivo, o, en su caso, que ostenta una posición de garantía respecto a la protección de los bienes amenazados que le obliga a asegurar que sus tropas actúen para evitar el riesgo potencial que los amenaza; y
- iii. Que tiene capacidad personal para actuar para poder evitar o neutralizar dichos riesgos para que estos no se conviertan en una lesión al bien jurídico.

4.1. La prueba del conocimiento

El conocimiento del superior sobre los crímenes base no puede ser presumido y deberá efectuarse a través de la prueba de indicios. La jurisprudencia internacional ha manejado lo siguientes:

«Número y extensión de actos ilícitos; comisión generalizada de los crímenes; momento o tiempo en el que estos tuvieron lugar; tipo y número de tropas involucradas; medios de comunicación disponible; *modus operandi* de actos semejantes; extensión y naturaleza de la posición del superior y responsabilidad en la estructura jerárquica; localización temporal y geográfica del superior en el momento de la comisión de los actos o la existencia de una estructura organizada con un sistema de información y supervisión»³⁹.

La prueba del conocimiento en el ámbito de los delitos de Derecho Penal Internacional no representa excesivos problemas probatorios, ya que, con carácter general, los crímenes cometidos alcanzan una sistematicidad, gravedad y notoriedad manifiesta, de modo que difícilmente puede negarse su concurrencia.

³⁹ CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio 2009, para. 431.

Asimismo, la restricción típica que opera en los crímenes de guerra y especialmente en los crímenes de lesa humanidad, cuando se exige la existencia de ciertos elementos de contexto, hacen difícil que, desde el primer momento comisivo, se contemplen como «típicas» ciertas actuaciones, puesto que su tipicidad requiere su inserción en un contexto de sistematicidad en el ataque o de generalización que impiden su apreciación desde el momento primero. En cualquier caso, comprobada la concurrencia de los elementos típicos que los diversos delitos requieren conforme al Código penal puede construirse la responsabilidad del superior en omisión siempre que el conocimiento de la comisión de los crímenes pueda inferirse de las circunstancias del caso concreto, y para ello los criterios enunciados *supra* pueden servir para su prueba.

En este contexto son especialmente significativos los casos en los que el superior ha tenido conocimiento de la comisión de un crimen por sus subordinados o por sus tropas *ex post facto*, tras el cual —una vez se ha tenido conocimiento de una primera secuencia delictiva (por ejemplo, ejecuciones extrajudiciales de presos, operaciones de «limpieza social» o violaciones sistemáticas contra mujeres durante el asedio a una comarca)— el superior ya no podría alegar desconocimiento con respecto a ulteriores episodios delictivos de idéntica tipicidad.

El conocimiento del riesgo de comisión de más crímenes puede ser inferido, nunca presumido, en atención a las circunstancias del caso y en relación con delitos de igual naturaleza. Más complejo es, sin embargo, el escenario donde el superior ha conocido *ex post facto* la realización de unos determinados crímenes y, posteriormente, se cometen otros delitos no de idéntica, sino de *similar* naturaleza (por ejemplo malos tratos/tortura) o incluso de *distinta* naturaleza (torturas y violaciones), y conocidos por el superior tras su consumación⁴⁰.

El conocimiento cierto del superior sobre la comisión de un crimen (por ejemplo, homicidios contra civiles) debería ser suficiente para poder imputar un conocimiento del riesgo posterior con respecto a crímenes de menor gravedad (por ejemplo, torturas). En ese caso, el conocimiento de un riesgo típico de especial intensidad puede servir para alertar al superior de la existencia de riesgos típicos de menor entidad, y con ello perfeccionarse así la prueba del

⁴⁰ TPIY, *Hadzihasanović & Kubura*, Trial Chamber, Judgement, de 15 de marzo de 2006, paras. 114-115; *Krnojelac*, Appeal Chamber, Judgement, de 17 de septiembre de 2003, para. 155.

conocimiento en relación con delitos de menor gravedad. Asimismo, cuando el superior conoce que los subordinados han cometido delitos de tortura contra detenidos, puede deducirse o inferirse de ese hecho un conocimiento del superior en torno a posteriores delitos de malos tratos, y a la inversa, en la medida que ambos tipos de delitos están en estrecha relación y su diferencia atiende a una cuestión de grado en la intensidad del ataque contra el bien jurídico protegido.

Sin embargo, podría ser discutible que, a partir de la prueba de un conocimiento cierto del superior sobre la comisión de ciertos crímenes (por ejemplo violaciones masivas a mujeres), pueda inferirse un conocimiento sobre eventuales delitos de mayor gravedad como, por ejemplo, el homicidio.

En estos supuestos, cabrá en su caso construir la responsabilidad del superior por omisión a partir de la imprudencia, en la medida que el conocimiento de un riesgo típico es suficiente para poner en alerta al superior, obligándole a tomar medidas precautorias en relación con las conductas de sus fuerzas. En tal caso, procede, pues, que el jefe militar inste controles adicionales necesarios que pudieran alertarle en un momento posterior de que sus fuerzas se proponen cometer delitos de mayor gravedad. No obstante, en atención a las circunstancias del caso, y a la prueba del conocimiento cierto del superior sobre un concreto riesgo típico, es posible incluso que, en ocasiones, no sea descartable inferir de las circunstancias un conocimiento de mayor intensidad que posibilite la imputación de los crímenes al superior a título de dolo eventual.

5. *La responsabilidad de los jefes militares por no evitar con imprudencia grave los crímenes de los subordinados*

5.1. Consideraciones previas

La comisión imprudente de un genocidio, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra no parece ser el escenario habitual en la práctica, e incluso podría ser técnicamente discutible. De hecho, la fenomenología de estos delitos muestra una clara intención de los intervinientes en la comisión de estos crímenes, que con altísima frecuencia cuentan con la participación activa y directa de los agentes estatales, o cuanto menos con su clara anuencia. De ese modo, la autoría mediata y la coautoría activa y dolosa son las formas de imputación tradicionales en este tipo de crímenes, donde concurre un plan de criminal, perfectamente delineado y determina-

do por los jefes de la organización criminal, que será ejecutado por los miembros de dicha organización⁴¹.

No obstante —y al margen de ciertos supuestos de error, que son posibles imaginar con respecto a ciertos crímenes de guerra⁴²— existe un claro ámbito de actuación en el que tiene pleno sentido, desde una perspectiva preventiva⁴³, la conformación de una responsabilidad por imprudencia de los jefes y superiores en relación con las conductas de sus inferiores: el ámbito de la responsabilidad de los superiores por omisión (art. 615.2 bis CP⁴⁴). En esos casos, puede tener sentido vincular el omiso control imprudente del superior con la ulterior comisión dolosa de un crimen internacional por parte de los subordinados. Ciertamente, lo que desde la perspectiva de un comportamiento activo no tiene sentido alguno, sí lo puede adquirir cuando lo que se evalúa es un comportamiento omisivo. Como ya afirmaba, entre nosotros, QUINTANO RIPOLLÉS, en relación con la responsabilidad del superior por omisión, «nada impediría (...) una estimativa culposa, posible en quien no adoptando las medidas cautelares que la prudencia aconseja para prevenir la infracción previsible, la provoca con su conducta negligente»⁴⁵.

El derecho consuetudinario internacional encuentra en el caso de los rehenes (*Hostages case*) el antecedente más explícito de la responsabilidad de los superiores por omisión imprudente, en el que se resalta el deber de los mandos militares de mantenerse in-

⁴¹ Así, GARROCHO SALCEDO, A. M., «Imprudencia y Derecho penal internacional. Algunas consideraciones al hilo de su previsión en el Estatuto de la Corte penal internacional», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, n.º 19, 2017, p. 3.

⁴² GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La parte general del Estatuto de la corte penal internacional», en *Actualidad penal*, no 41, 2003, p. 1040. Sobre el art 32 ECPI y el error en este ámbito cfr., GARROCHO SALCEDO, A. M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 374-379.

⁴³ Así, por ejemplo, en la doctrina española, GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», pp. 215-217. Recientemente, GARROCHO SALCEDO, A. M., «Imprudencia y Derecho penal internacional», pp. 3-4. Favorable también en la doctrina anglosajona, ROBINSON, D., «A justification of command responsibility» en *Criminal Law Forum*, 2017, pp. 6 y ss.

⁴⁴ El art 615.2 bis CP establece en relación a la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, que: «si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados».

⁴⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Vol. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, p. 653.

formados con respecto a la conducta de la tropa⁴⁶. También el caso del empresario *Roehling* resulta paradigmático a este respecto, donde el tribunal destacó que los superiores tenían un deber de conocer (*duty to know*) aquello que sucedía en su organización, de manera que la ausencia de conocimiento solo podía producirse por la imprudencia (*negligence*) del superior en la adquisición de dicho conocimiento⁴⁷.

Esta forma de responsabilidad omisiva por imprudencia no creo que vaya a tener una aplicación significativa en la jurisprudencia venidera de la CPI, pues ella se encargará de enjuiciar los casos más graves donde se dirimirá la responsabilidad penal más intensa de los máximos responsables. Sin embargo, en Derecho penal interno, la responsabilidad del superior militar por imprudencia grave puede tener un amplio recorrido, en la medida que los tribunales penales nacionales cuentan con medios materiales mejores para efectuar imputaciones jurídico-penales de diferente gravedad. La responsabilidad del jefe militar o asimilado por imprudencia menos grave y leve son obviamente atípicas conforme al CP español.

5.2. La justificación de la inclusión de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares

La realización de actividades de riesgo motiva que el Derecho penal imponga deberes de cuidado a ciertos agentes en el desarrollo de esas actividades peligrosas. La ejecución de ciertas operaciones militares en el contexto de un conflicto armado, o las operaciones especiales de carácter humanitario, acarrearán, indudablemente, serios riesgos para las personas. Por ello —como señala la doctrina internacional⁴⁸— parece muy razonable que los jefes militares tengan

⁴⁶ *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p. 1281.

⁴⁷ *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XIV, appendix B, Washington, 1950, p. 1106.

⁴⁸ Así, MARTÍNEZ, J.S., «Understanding *mens rea* in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», en *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 663-664; ROBINSON, D., «How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution», en *Melbourne Journal International Law*, vol. 13, 2012, pp. 11-12. Contrario en la doctrina a la distinción entre jefes militares y civiles con respecto al distinto estándar subjetivo incorporado *ex novo* en el art. 28 ECPI, VETTER, G.R., «Command Responsibility of Non-Military Superiors in International Criminal Court (ICC)», en *Yale Journal Of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 95-96, *passim*, 116.

impuestos deberes de cuidado de control y vigilancia en relación con las actividades de la tropa, puesto que estas ejecutan en no pocos casos actividades que suponen un elevado riesgo para la vida e integridad física y moral de las personas.

Dicha circunstancia exige que los jefes y mandos militares ultimen las medidas precautorias en relación con las conductas de la tropa. Por esta razón, la imposición de ciertos deberes de cuidado en relación a los jefes militares y asimilados (por ejemplo, guerrilleros o milicianos insurgentes que operan en conflictos armados) tiene pleno sentido desde un punto de vista preventivo, atendiendo a la peligrosidad extrema que, las operaciones militares y los contextos de conflicto armado, pueden significar para los civiles y otros bienes protegidos en el ámbito de los conflictos armados, y que, por extensión, van a aplicarse también a las operaciones especiales que estas fuerzas pueden tener encomendadas en tiempos de paz⁴⁹.

El art. 615 bis CP —al igual que el art. 28 ECPI— no ha previsto un estándar subjetivo de imprudencia con respecto a los jefes no militares (por ejemplo, miembros de la policía, ministros, etc.), por lo que estos no se verán afectados por esa eventual forma de responsabilidad imprudente, de menor intensidad en relación con la comisión de crímenes internacionales. No obstante, para los jefes civiles siempre podrá aplicarse la comisión por omisión prevista en el art. 11 CP en relación con delitos que, como el homicidio o las lesiones (arts. 142 y 152 CP) sí admiten su comisión imprudente.

El tipo de responsabilidad por imprudencia grave que contiene el art. 615.2 bis CP es una suerte de *culpa inconsciente*, por la que se castiga al jefe o autoridad militar que ni siquiera advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado⁵⁰, tal y como también ha reconocido la jurisprudencia de la CPI⁵¹.

⁴⁹ MARTÍNEZ, J.S, «Understanding *mens rea* in command responsibility», p. 663; ROBINSON, D., «How command responsibility got so complicated», pp. 11-12.

⁵⁰ Por todos, AMBOS, K., «La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, p. 592; FENRICK, W., «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», en TRIFFTERER, O., (ed). *Commentary on the Rome Statute*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517; VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humanitarian Law*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2003, pp. 187-188.

⁵¹ CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009, paras. 429, 432.

En esos casos, lo que se reprocha a los jefes militares es haber desconocido aquello que debían conocer al haber incumplido ciertos deberes de cuidado sobre las operaciones de sus tropas⁵². Para ello, los jefes militares deben, en primer lugar, formar e instruir adecuadamente a la fuerza, y tras ello asegurarse de que el desarrollo de sus operaciones se encuentra dentro del umbral del riesgo permitido, para lo cual es esencial que los jefes militares establezcan sistemas de control, vigilancia e información⁵³.

Dichos deberes de cuidado traen causa —como se ha advertido— del potencial lesivo que sus tropas pueden representar cuando entran en contacto con terceros en el desarrollo de un conflicto armado, o en ciertas actividades de índole humanitaria que realizan las Fuerzas Armadas. Atendiendo, por tanto, a la peligrosidad que las operaciones bélicas (estatales o paraestatales) pueden acarrear para ciertos bienes jurídicos, el jefe militar debe organizar las actividades de sus fuerzas de modo que estas no excedan el ámbito del riesgo permitido.

Lo que se reprocha al jefe militar en virtud del art. 615.2 bis CP es su falta de control general sobre las tropas, que genera que este desconozca aquello que debía haber conocido y, a consecuencia de ello, no evita aquello que estaba llamado a impedir, siempre que se compruebe que el cumplimiento del deber de cuidado le habría permitido instar la evitación del delito cometido por la tropa. El superior debe así responder por su conducta imprudente que ha tenido como resultado la comisión dolosa de los crímenes de sus subordinados, y, en ese sentido, entre la imprudencia del superior (no ejercer el control adecuado que acarrea desconocimiento) y el resultado lesivo cometido por los subordinados, debe mediar una relación de imputación que permita vincular la infracción del deber de cuidado al delito cometido —dolosamente— por los inferiores.

La incriminación de la responsabilidad del superior por imprudencia es una previsión plenamente justificada habida cuenta del alto peligro que las operaciones militares de índole estatal o paraes-

⁵² Como ha señalado, recientemente, ROBINSON, la responsabilidad por imprudencia del superior refleja una desconsideración hacia la vida y seguridad de las personas que es «moralmente reprobable, socialmente peligrosa, y que debe ser adecuadamente sancionada», ROBINSON, D., «A justification of command responsibility», p. 6.

⁵³ FENRICK, W., «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», p. 519.

tatal para los bienes jurídicos más importantes de trascendencia internacional⁵⁴. Del art. 615 bis CP y del art. 28 ECPI, se derivan deberes de cuidado, cuya infracción deben estar conectados con la comisión ulterior de crímenes internacionales, cometidos de forma dolosa por los inferiores.

De la novedosa técnica legislativa empleada en el art. 615. 2 bis CP para la incriminación de la imprudencia, se deduce que, en estos supuestos, procede efectuar una rebaja de pena en uno o dos grados a la señalada para los autores del delito doloso consumado. Con ello, se reconoce implícitamente que la comisión de crímenes internacionales por imprudencia grave es perfectamente imaginable en supuestos de falta del control debido de la tropa por parte del jefe militar. La penalidad de referencia es la señalada para el delito doloso consumado por lo que ello da muestra de una particular técnica legislativa desconocida en nuestro código, pero que, sin embargo, mantiene como referencia la penalidad del crimen internacional doloso. A pesar de la técnica legislativa particular que se ha empleado, ella resulta la más idónea, dado que solo, en supuestos de responsabilidad del superior por omisión, es técnicamente posible y conveniente la incriminación por imprudencia de crímenes internacionales.

5.3. La delimitación del deber de cuidado de los jefes militares

Como es sabido, cuando en el hecho lesivo aparece la intervención de varias personas, es preciso acudir al denominado «principio de confianza» para delimitar el deber de cuidado. En este caso, dicho deber de cuidado solo resulta en relación con los jefes y autoridades militares. Los jefes militares delegarán en la cadena de mando las distintas operaciones que se vayan a desarrollar y los jefes no tendrán que estar efectuando permanentemente inspecciones y controles sobre sus tropas. En principio, dichos mandos podrán confiar. El principio de confianza establece que, con carácter general, las personas no tienen deberes de cuidado en relación con las conductas de terceros. Sin embargo, con carácter excepcional, este principio queda exceptuado en ocasiones

⁵⁴ ROBINSON, «How command responsibility got so complicated», pp. 11-12; GARROCHO SALCEDO, A. M., «Imprudencia y Derecho penal internacional», pp. 11-12. Mantiene dudas acerca que de esta responsabilidad por imprudencia deba solo afectar al personal militar, por ejemplo, FARALDO CABANA, P., «La responsabilidad por mando», p. 185.

ante la concurrencia de cuatro circunstancias que imposibilitan su apreciación⁵⁵.

En el ámbito de la responsabilidad por omisión de los jefes militares hay dos circunstancias que son, especialmente, importantes, —aunque no las únicas— y que, por ello, serán objeto de mención más detallada en estas líneas.

I) La primera es que el jefe militar cuente con indicios concretos de que sus fuerzas se van a comportar de forma incorrecta. En esos casos, con independencia de todo, los jefes militares deben ultimar las medidas precautorias y asegurarse de que sus inferiores se comportan correctamente. En atención a la intensidad de los indicios disponibles en cuanto a la información que transmiten, podremos hablar de responsabilidad por omisión de los crímenes dolosa (art. 615.1 y 4 bis CP) o imprudente, si se trata de jefes militares o asimilados (art. 615.2 bis CP).

II) La segunda circunstancia especialmente relevante en este ámbito viene representada por aquellas situaciones en las que el sujeto tenga, especialmente encomendada, sobre la base de su posición de garantía, el control y supervisión del comportamiento de sus subordinados, tal y como sucede en la responsabilidad del superior en el art. 615.2 bis CP, o en algunos supuestos de coautoría en equipos de trabajo⁵⁶. En estos casos, el sujeto mantiene deberes reforzados de cuidado o deberes secundarios con respecto al comportamiento de sus subordinados que son asimismo *responsables*. En esos supuestos, el jefe o la autoridad militar no puede invocar sin más la aplicación del principio de confianza para delimitar su deber de cuidado, por-

⁵⁵ Cfr., MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 288 y ss., quien señala la existencia de tres excepciones y una matización al principio de confianza. Ellas consisten en los siguientes elementos: 1) La inexistencia de un ámbito de responsabilidad ajeno; ello concurrirá cuando el tercer sujeto sea una persona no responsable (inimputable), incapacitada sectorialmente o inmersa en un error invencible. En los casos que aquí interesan será de especial importancia hacer referencia a la problemática de la utilización de los denominados «niños soldado» en los conflictos armados. 2) La concurrencia de una posición de garantía que contemple una relación positiva del sujeto con el riesgo, de la que se derivan deberes de doble aseguramiento del primer sujeto para neutralizar eventuales conductas incorrectas de terceros; 3) La existencia de una posición de garantía por la que se establezca una relación especial del primer sujeto con el tercero, de la que se deducen deberes específicos de selección, información, control o supervisión; 4) La concurrencia de indicios concretos que alerten al primer sujeto de la conducta descuidada del tercero.

⁵⁶ MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal*, pp. 295-296.

que precisamente él ha adquirido una competencia sobre el riesgo que le obliga a velar o supervisar la corrección del comportamiento del subordinado en el desempeño de la gestión del riesgo que este lleva a cabo.

Los deberes secundarios para los jefes militares consisten, en un primer momento, en la adecuada elección y formación de la tropa, cuya infracción genera la llamada «responsabilidad *in eligendo*», y, posteriormente, cuando estos se encuentran realizando operaciones sobre el terreno, en la adecuada supervisión y control de las actividades de las mismas. La infracción de estos deberes por parte del garante da lugar a la denominada «responsabilidad *in vigilando*», que en el ámbito de la responsabilidad de los jefes militares y asimilados será de extraordinaria importancia⁵⁷.

Con respecto al deber general de control de los jefes militares sobre los comportamientos de la tropa es donde surgen los problemas de *delegación de funciones*, que pueden modular la posición de garante y el deber de cuidado de los jefes militares⁵⁸.

El jefe militar delegante mantiene con respecto a las conductas delegadas, ciertos deberes de control de las mismas para asegurarse de que las actividades de sus fuerzas se desarrollan dentro del riesgo permitido, como ha reconocido también la jurisprudencia internacional. El hecho de que el máximo jefe militar haya delegado en terceros la supervisión de las tropas en los distintos responsables de cada unidad militar, no le exime de responsabilidad cuando este haya descuidado el seguimiento más o menos asiduo de las actividades de las fuerzas⁵⁹.

Ciertamente, la existencia de una delegación del superior sobre el control y vigilancia de las tropas en terceras personas exonera al superior de estar *constantemente* ejecutando labores de control, pero no le exonera de un deber genérico de conocer, que le obliga a estar al tanto del estado de sus fuerzas en el desarrollo de las operaciones. Para ello, el jefe o autoridad militar, o quien actúe efectivamente como jefe militar, deberá cumplir con su deber general de control y supervisión sobre el estado de sus tropas, a través del cual el jefe

⁵⁷ Cfr. Caso Hostages, *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p. 1271.

⁵⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «Art 615 bis CP», nm. 19784.

⁵⁹ Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 121-123; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Derecho penal de la empresa*, pp. 184 y ss.; MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 296.

militar mantendrá un seguimiento de las operaciones de sus inferiores. Para ello, el superior militar —que ha delegado las funciones de control específico— debe exigir informes periódicos a los delegados para estar al corriente de las operaciones de sus fuerzas, y poder intervenir —en su caso— en el supuesto de que el peligro potencial abstracto amenace con convertirse en lesión al bien jurídico.

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

En cualquier caso, si el jefe militar cumple con esos deberes residuales o secundarios de información y supervisión, no podrá ser responsable de cursos lesivos no evitados, pues este habrá cumplido con el deber de cuidado exigible en las circunstancias, procediendo, en tal caso, la absolución⁶².

No obstante, en el caso de que el superior militar conozca o tenga indicios concretos de la conducta incorrecta de la tropa, el mando militar-delegante retoma sus deberes originarios en toda su

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 90-95. Sobre este concreto problema en el ámbito de la construcción, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción», en POZUELO PÉREZ (coord.) *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1.ª ed., Comares, Granada, 2006, pp. 529, distinguiendo entre la supervisión genérica y específica según el garante cuente o no con indicios de irregularidad en el desarrollo de su ámbito competencial y la modulación de la intensidad de estos deberes de cuidado.

⁶¹ A este respecto resulta interesante destacar que el art 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010, de 2 de julio) establece que entre, las *facultades indelegables* del Consejo de Administración se encuentra «la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado».

⁶² Así lo considera, GARROCHO SALCEDO, A.M., «Imprudencia y Derecho penal internacional», p. 22.

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

V. El deber especial del superior perseguir los crímenes de los subordinados *ex post facto*

1. Clasificación de la omisión punible

Junto a la omisa evitación dolosa de los superiores (militares y civiles) o también imprudente de los jefes militares, el art. 615. 3 y 5 bis CP⁶³ castiga la omisa adopción de medidas de persecución de los crímenes de los subordinados por parte de los superiores (civiles o militares), una vez estos ya se han consumado. Esta propuesta normativa proviene de la que se promovió en el seno del Grupo de Estudios de Política Criminal en 2001⁶⁴. En estos casos, las medidas de persecución que el superior no adopta son, fundamentalmente, la represión, el castigo o la denuncia ante las autoridades, como tradicionalmente lo ha entendido el Derecho Penal Internacional.

Este delito es un delito doloso de *omisión pura de garante o de gravedad intermedia* —en la terminología de SILVA SÁNCHEZ— que afecta a los jefes militares, asimilados y a los superiores no militares respecto a los hechos de sus inferiores cuando los crímenes ya han

⁶³ Dispone el art 615. 3 y 5 bis CP respectivamente: «3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores. / 5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores».

⁶⁴ Cfr: la propuesta GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de Justicia penal Internacional*, n.º 6, 2001, pp. 51-52, en línea <http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/gepc6.pdf>

sido consumados⁶⁵. Se trata de una omisión de garante *ex post facto* sin imputación de los crímenes, al haberse consumado estos cuando el superior adquiere el conocimiento. La pena prevista en estos casos es la inferior en dos grados a la pena correspondiente por el delito que no se persigue. Nótese que, en el caso de tratarse de ciertas modalidades típicas muy graves, como el homicidio o asesinato genocida o de crímenes de lesa humanidad, la pena por este delito de omisión pura de garante será ciertamente elevada, puesto que la del autor del delito base es prisión permanente revisable, pudiendo llegar, por tanto, a ser la pena de prisión de los superiores de 5 años a 10 años menos 1 día⁶⁶.

El delito de omisa persecución de los arts. 615. 3 y 5 bis CP es un delito que solo admite su comisión dolosa, y que consiste en que el superior no adopta las medidas a su alcance para perseguir los crímenes internacionales que sus fuerzas o subordinados han cometido. Efectivamente, la imposición de medidas para perseguir los crímenes no se impone a la generalidad, sino exclusivamente a los superiores que conocen los delitos consumados por sus subordinados. En ese sentido, se afirma que es un delito de omisión pura de garante, en el sentido de que quien no ostente la condición de jefe militar —*de iure* o *de facto*— o superior no militar no podrá ser sancionado por este delito en relación con los delitos de sus inferiores. Se trata, por tanto, de un delito especial.

En este contexto puede ser pertinente traer a colación la discusión jurisprudencial que se planteaba en el Tribunal penal para la antigua Yugoslavia en relación con aquellas situaciones en las que se producen alteraciones en el tiempo en la cadena de mandos⁶⁷. Ciertamente, para los casos que nos ocupan en relación con el art. 615.3

⁶⁵ A juicio de FARALDO CABANA, «se trata de un delito de omisión pura o propia, en el que se sanciona tanto la mera inactividad, como la actividad insuficiente, siempre que en ambos casos se pueda decir que no se han adoptado las medidas a su alcance... donde en ningún caso se imputa el resultado», FARALDO CABANA, P., «La responsabilidad por mando», p. 188.

⁶⁶ En el § 14 VStGB alemán, se sanciona con pena de prisión hasta 5 años el incumplimiento doloso del deber de investigar (*Untersuchung*) o perseguir (*Verfolgung*) los crímenes ante las autoridades competentes *ex post facto*. A este respecto, debe tenerse en cuenta el delito militar previsto en el art 80 del CPM muy próximo al delito aquí examinado, y que, por tener una pena inferior al previsto en el CP común, quedará desplazado en la práctica cuando se trate de crímenes internacionales en su aplicación por la jurisdicción militar en virtud de lo establecido en el art 1.3 CPM.

⁶⁷ Véase *in extenso*, GARROCHO SALCEDO, A. M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 113-117.

y 5 bis del CP, debe convenirse que todo superior *en el ejercicio de su cargo* que no persiga los delitos de su fuerzas cuando este conoce que cometieron delitos, debe responder por el delito de omisión pura regulado en el art. 615. 3 y 5 bis CP. No es preciso, por tanto, demostrar que el superior estuviese a cargo de esos inferiores o subordinados cuando los hechos se cometieron, pero sí debe exigirse que el superior esté a cargo cuando surge el deber de perseguir los delitos ya consumados.

El deber de perseguir delitos no es un deber alternativo al deber de evitar⁶⁸. Son deberes completamente diferentes que se imponen en momentos distintos de la secuencia delictiva, *ex ante* y *ex post facto*. El superior que adquiere conocimiento de los crímenes una vez estos ya se han consumado y estos no se proyectan en el futuro, solo podrá ser sancionado por un delito de omisión pura conforme al art. 615. 3 y 5 bis CP. *A sensu contrario*, si el superior conoció el riesgo de comisión antes de la consumación de los crímenes, lo que procede es que trate de evitarlos, y no que espere a que estos se consuman para después perseguirlos debidamente⁶⁹. Por tanto, este delito de omisión pura de garante obviamente solo lo pueden cometer aquellos superiores que no incurran en la responsabilidad del superior por omisión de los apartados 1 y 4 del art. 615 bis, que responderán con la pena de los ejecutores. Ello es así, puesto que existe una relación de consunción entre la menos grave omisa persecución de la comisión del crimen *ex post facto* y la omisa evitación *ex ante facto*, desplazando esta a la omisa persecución *ex post facto*, cuando se evalúe el deber de actuar de un mismo superior con capacidad inicial de evitar la comisión del crimen de sus subordinados.

Dentro de ese deber de perseguir la comisión de los crímenes, suele distinguirse entre el *deber de reprimir o castigar disciplinariamente* a los subordinados por los crímenes cometidos, y el *deber de denunciar* ante las autoridades competentes (*v. gr.* ante la policía, órganos judiciales nacionales o la propia CPI) la comisión de los mismos, en caso de que dicha facultad sancionadora no esté al alcance del superior (normalmente se tratará de superiores no militares). En todo caso debe verificarse que el superior contaba con dicha capacidad de actuar en ese sentido, pues si no podía efectuarlo, no podrá responder penalmente en modo alguno.

⁶⁸ Por todos, FARALDO CABANA, P, «Formas de autoría y participación», p. 66; LA MISMA, «La responsabilidad por mando», p. 189.

⁶⁹ GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», p. 220.

2. *Bien jurídico protegido*

En los casos previstos en el art. 615. 3 y 5 bis CP, los delitos de los inferiores ya se han consumado y lo que pretende el legislador es favorecer un escenario de *tolerancia cero* ante la comisión de crímenes internacionales. Ello, por un lado, desde el punto de vista de la prevención especial, previene la comisión de futuros crímenes, y, por otro lado, desde la perspectiva de la prevención general, lanza un mensaje a la sociedad de cumplimiento de la legalidad vigente en el seno de las cadenas jerárquicas, de no tolerancia de crímenes internacionales.

El bien jurídico protegido en este delito de omisión pura es pluriofensivo, y parece situarse, de un lado, en la debida contribución a la Justicia que deben, efectivamente, realizar los superiores en relación con los crímenes de sus subordinados, y, por otro lado, en la prevención de crímenes internacionales por parte de quienes están al frente de grupos jerárquicos, que han cometido crímenes internacionales. En realidad se trata de un delito cualificado contra la Administración Pública (como el art. 408 CP), o mejor dicho contra la Administración de Justicia en relación de crímenes de Derecho Penal Internacional. La gravedad de los hechos delictivos cometidos aconseja mantener este delito en la ubicación actual, y al margen de los delitos contra la Administración Pública.

De dicho deber de contribuir a la realización de la Justicia y prevenir crímenes internacionales, deriva la necesidad de reprimir y castigar los crímenes por parte de quienes se encuentran al mando de dicha organización, y, por ello, precisamente, se les impone un deber cualificado de persecución. Dentro de las medidas de persecución imaginables, la primordial es la *sanción* de los inferiores, o en caso de no disponer de esa facultad de sanción o represión de las infracciones cometidas, deberá *denunciarse* ante las autoridades para que ellas comiencen una investigación al respecto, aunque en realidad dentro del deber de perseguir deberían incluirse ambas (sanción y denuncia) de forma cumulativa cuando ello fuera posible.

Este delito de omisa persecución dolosa *ex post facto* no se encuentra en el art. 28 ECPI. Así pues, el art. 28 del ECPI exige que los crímenes «se vayan a cometer o se estén cometiendo», y no, por tanto, que estos se hayan cometido. Junto a consideraciones sistemáticas y de política criminal, la dicción literal del art. 28 ECPI aclara que, en la responsabilidad del superior, *ex art. 28 ECPI*, el superior responde «por los crímenes» de los inferiores. Ello abona ciertamente la tesis de que el art. 28 ECPI es un criterio de imputación por

omisión de los crímenes internacionales, y no contiene delitos de omisión pura, de menor gravedad a los delitos sancionados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, lo que no tiene sentido que castigue y enjuicie la Corte Penal Internacional no tiene por qué ser inconveniente por parte de los tribunales penales nacionales. Así pues, lo que pretende el precepto contenido en el art. 615.3 y 5 bis CP es reforzar la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales como forma de romper con la tradicional impunidad con la que estos crímenes se han desarrollado desde antiguo. Por ello, es especialmente importante que las autoridades militares y los superiores civiles españoles tengan en cuenta que la persecución de los crímenes internacionales de sus inferiores es un deber irrenunciable, que en caso de no cumplirse genera responsabilidad penal por un delito de omisión pura de garante, sancionado con la pena inferior en dos grados a la señalada para los delitos cometidos de forma dolosa por sus fuerzas. En otras ocasiones, y satisfechos los elementos de imputación necesarios, el incumplimiento de dicho deber puede incluso derivar en la imputación al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados (art. 615.1, 2 y 4 bis CP), siempre que se trate de incumplimientos de los deberes de evitar la consumación de los crímenes.

3. *Elemento subjetivo y consumación*

El delito previsto de omisa persecución *ex post facto* es exclusivamente doloso, y puede cometerse con las tres formas de dolo admitidas por la doctrina y la jurisprudencia.

El superior en estos casos debe contar con indicios que le muestren la comisión de crímenes de Derecho Penal Internacional por parte de sus inferiores. Si el superior valorase erróneamente la realidad, y no creyese que se trata de uno de los crímenes internacionales, sino de un delito común, se produciría un error de tipo vencible que conduciría a la impunidad respecto al art. 615. 3 y 5 bis CP pero sería de aplicación entonces el art. 408 CP.

La consumación del delito se produce cuando el superior tiene conocimiento de la situación típica que le obligaba a actuar y este, sin embargo, no adopta medidas para perseguir el crimen de sus inferiores. En ese sentido, se puede decir que se trata de un delito de mera actividad y no de resultado y de consumación instantánea.

4. Concursos

El delito previsto en el art. 615. 3 y 5 bis del CP puede entrar en concurso de leyes a resolver por especialidad con el delito previsto en el art. 408 CP y con el delito de encubrimiento en la modalidad de elusión de la investigación por parte de autoridades o sus agentes previsto en el art. 451. 3.º a) CP. En ambos casos, dicho concurso de leyes debe resolverse a favor del art. 615 bis CP por especialidad, en función de los crímenes internacionales objeto de referencia.

VI. El deber general de los funcionarios y de las autoridades de persecución de crímenes internacionales

En último lugar, y de forma subsidiaria a los apartados anteriores, el art. 615.6 bis CP⁷⁰ castiga al funcionario o autoridad (24 CP) que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes cometidos contra personas y bienes cometidos con ocasión de un conflicto armado, de los que tenga noticia. La penalidad prevista es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Este delito representa una completa novedad respecto a la legislación internacional y nacional de otros Estados, que en caso alguno contemplan un precepto similar.

Se trata de un delito de omisión pura, doloso, de mera actividad y de consumación instantánea. En este caso, ya no se está ante un deber cualificado de los superiores militares o civiles respecto al deber de contribuir a la persecución de crímenes de sus fuerzas, sino de cualquier funcionario público español que deja de promover la persecución de estos crímenes —cometidos en España o en el extranjero— cuando estaba obligado a ello. Se trata de un delito especial

⁷⁰ Art 615.6 bis CP dispone que: «El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

propio, que solo pueden cometer los funcionarios y autoridades que estén obligados a promover la persecución de delitos. Entre estas personas —y sin ánimo de exhaustividad— pueden mencionarse a los Jueces y Magistrados del orden penal, los miembros del Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen encomendadas entre sus funciones las de descubrir y perseguir delitos⁷¹.

Para interpretar adecuadamente este delito debemos acudir a la regulación del llamado *principio de jurisdicción universal* del art. 23.4 LOPJ en materia de crímenes de Derecho Penal Internacional⁷². Teniendo en cuenta que la configuración típica del deber de perseguir debe atender a la regulación de la LOPJ en esa materia, caben dos escenarios fundamentales.

Si el crimen internacional se ha cometido en el extranjero por parte de extranjeros, solo la presencia del presunto autor en España permite abrir una investigación por delitos de DPI (art. 23.4 a) LOPJ), por lo que la tipicidad de un eventual delito del art. 615.6 bis quedaría circunscrito a la vulneración de esa obligación de perseguir ante la presencia de sujeto activo en España. El enjuiciamiento de los delitos cometidos fuera de España le corresponde en principio a la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional (art. 65.1.º e) LOPJ).

A *sensu contrario*, si el crimen se ha cometido en España, o ha sido cometido por un nacional español en el extranjero, fundamentalmente por militares en operaciones bélicas o humanitarias en el exterior, los tribunales españoles serían competentes para ejercer la jurisdicción penal sobre él. En estos escenarios, de misiones en el exterior del Ejército español es donde parece que esta forma de responsabilidad por omisión (art. 615 bis CP) puede tener una singular importancia para el enjuiciamiento por parte de los tribunales españoles. Asimismo la responsabilidad del superior puede ser un

⁷¹ En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P., «La responsabilidad por mando», p. 186.

⁷² El art 23.4 de la LOPJ dispone que: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas».

instrumento valioso cuando se dilucide la responsabilidad de jefes no militares o civiles (ej. Ministros o autoridades públicas) que tengan nacionalidad española y que hayan desempeñado un cargo en el exterior con dicha cualificación (recuérdese a este respecto, el Caso de Carlos Vielmann, de nacionalidad española, antiguo Ministro de Gobernación de Guatemala, enjuiciado y absuelto, en principio, por el asesinato de varios presos por la SAN 5/2017, de 6 de marzo).

VII. Conclusiones

- 1) El Código Penal ha armonizado la ley penal española con los compromisos internacionales ratificados por España, fundamentalmente con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Concretamente, en el caso de la responsabilidad del superior por omisión (art. 615 bis CP), la armonización ha ido más allá de lo que exigía la norma internacional, y se han incorporado varios delitos de omisión para superiores militares, asimilados y superiores civiles de diversa índole y gravedad.
- 2) La normativa internacional de referencia ha previsto en el art. 28 del Estatuto de Roma un criterio de imputación de los crímenes de los subordinados a los jefes militares y superiores civiles. Con ello, se ha incorporado una suerte de comisión por omisión específicamente regulada por la que se imputan al superior por omisión los delitos dolosos de los subordinados. Con ello se completan las formas de responsabilidad por acción y omisión de crímenes internacionales.
- 3) El art. 615 bis del CP español ha recogido por su parte tres delitos de omisión de diversa naturaleza y gravedad.
- 4) Por un lado, en los apartados 1, 2 y 4 del art. 615 bis CP se tipifica la omisión dolosa e imprudente (solo para jefes militares y asimilados a ellos) de los crímenes por parte de los superiores. En los supuestos dolosos, la pena será la misma de los autores. Por la penalidad prevista, así como por la estructura del tipo penal, se puede afirmar que se trata de un supuesto de comisión por omisión específicamente regulado en el CP —como sucede con el art. 176 CP— en el que los superiores que no evitan dolosamente, y con capacidad para ello, los crímenes de los inferiores responden con la misma

pena que los autores materiales del hecho. Desde el punto de vista dogmático, no hay impedimento alguno para considerar que, en esos casos, y con carácter general, los superiores son autores de los crímenes de sus subordinados. La imbricación de los diversos ámbitos de responsabilidad (superior y subordinado) sirve para fundamentar la autoría, al igual que sucede en los supuestos de autoría mediata o coautoría activa en cadenas jerárquicas, aparatos organizados o equipos de trabajo.

- 5) Con respecto a la omisa evitación imprudente (art. 615.2 bis CP), se prevé una rebaja penológica de uno o dos grados a la señalada para los autores de los delitos dolosos consumados. El sistema de tipificación de esta responsabilidad por imprudencia difiere de forma habitual en que el CP incrimina los delitos imprudentes. A pesar de la peculiar técnica legislativa, debe destacarse la necesidad de incorporar una previsión normativa de estas características, destacándose que la responsabilidad por imprudencia de crímenes internacionales solo tiene sentido en relación con la responsabilidad del superior por omisión.
- 6) Los apartados 3 y 5 del art. 615 bis CP incriminan las conductas de omisa persecución dolosa del superior de los crímenes una vez estos se han cometido. Dicho delito de omisión pura de gravedad intermedia no se prevé en la legislación internacional. Sin embargo, es una infracción que se contempla en Derecho comparado y que puede servir para que los tribunales nacionales refuercen la prevención de los crímenes internacionales, exigiendo a sus nacionales la persecución de los crímenes por parte de sus superiores una vez se han consumado los crímenes. En todo caso, dicha norma debe desplazar al art. 80 del Código Penal Militar que contempla una infracción similar pero con menor penalidad, cuando se trate del enjuiciamiento de la responsabilidad de jefes y autoridades militares ante la comisión de crímenes de Derecho Penal Internacional. A este respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1.3 del CPM.
- 7) Finalmente, el apartado 6 del art. 615 bis del CP contempla un delito de omisión pura de los funcionarios (jueces, fiscales, policía judicial) que, faltando a los deberes del cargo, dejen de promover, dolosamente, la persecución de crímenes internacionales. Dicha tipificación se desconoce en derecho compa-

rado y, desde luego, pretende subrayar el compromiso de las autoridades españolas en la persecución y enjuiciamiento de los crímenes internacionales. No obstante, el limitado alcance previsto en el art. 23.4 de la LOPJ del llamado *principio de jurisdicción universal*, impide en buena medida la operatividad de este tipo penal. De hecho, dicho tipo se vacía de contenido en buena parte, resultando una manifestación del Derecho penal simbólico, puesto que su recorrido es ciertamente limitado en el escenario más necesario, esto es: cuando se trate de perseguir crímenes internacionales cometidos en el extranjero por nacionales de terceros Estados.

Bibliografía

- AMBOS, K., «La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 527-593.
- BOAS, G. / BISCHOFF, J. L. / REID, N.: *Forms Of Responsibility In International Criminal Law International Criminal Law*, Practitioner Library Series, Volume I, 1.^a ed., Cambridge University Press, New York *et al.*, 2007.
- DÍAZ MORGADO, C., «Art. 615 bis», en CORCOY BIDASOLO, M., / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1801-1803.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- «Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción», en POZUELO PÉREZ, L. (coord.) *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1.^a ed., Comares, Granada, 2006, pp. 501-544.
- FARALDO CABANA, P., «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 16, 2005, pp. 29-78.
- «La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 97, 2011, pp. 169-191.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007;

- «Responsabilidad penal del superior» en VVAA, *Memento penal Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre/El Derecho, Madrid, 2017, pp. 2016-2018.
- FENRICK, W., «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», en TRIFFTERER (ed). *Commentary on the Rome Statute*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 515-522.
- GALÁN MUÑOZ, A., «La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma», en *Revista penal*, n.º 16, 2005, pp. 72-87.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», en en GIL GIL (Dir.)/MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.185-225.
- GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016;
- «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 147-184;
- «La responsabilidad del superior por omisión. Capítulo X», en GIL GIL/MACULAN (Dir.) *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016;
- «Imprudencia y Derecho penal internacional. Algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 1-27.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Actualidad penal*, n.º 41, 2003, pp. 1029-1043.
- KARSTEN, N., «Distinguishing Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC», en *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 7, 2009, pp. 983-1004;
- *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten, Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 28 IStGH- Statut*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad», en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 627-665.
- *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009.
- MARTÍNEZ, J. S.: «Understanding *mens rea* in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 638-664.
- MEINI, I., «La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19-2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009, pp. 603-608.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto a hechos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 411-430.
- «Autoría y participación en el empresa», en SERRANO PIEDECASAS/ DEMETRIO CRESPO (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 161-186.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Vol. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto «Francisco de Vitoria», Madrid, 1955.
- ROBINSON, D., «How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution», en *Melbourne Journal International Law*, vol. 13, 2012, pp. 1-57.
- «A justification of command responsibility» en *Criminal Law Forum*, 2017, pp. 1-43 .
- ROBLES PLANAS, R., «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, 2/2012, pp. 1-25.

- RUEDA MARTÍN, M. A., *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción dolosa cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Disposiciones comunes, art. 615 bis CP», en QUINTERO OLIVARES (Dir.) MORALES PRATS F., (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6.º ed., 2007, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 2191-2193.
- VETTER, G. R., «Command Responsibility of Non-Military Superiors in International criminal Court (ICC)», en *Yale Journal Of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 89-143.
- WEIGEND, § 4 VStGB, en *Münchener Kommentar*, 2.ª Auf., Band 6/2 Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht, Beck, München, 2013.