

LA TRANSPOSICIÓN A LA NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA DE LAS DIVERSAS FORMAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL CONTEMPLADAS EN EL ESTATUTO DE ROMA.

Alfonso Galán Muñoz¹

En el presente artículo se realiza un estudio de las distintas formas de atribución de responsabilidad penal que se contemplan en el denominado Estatuto de Roma. Con tal fin, se analizan de forma separada las normas de atribución de responsabilidad de los mandos y de sus subordinados que tomasen parte en la comisión de los delitos sobre los que el Tribunal Penal Internacional, creado por dicho estatuto, puede llegar a ejercer su competencia subsidiaria.

Sumario: 1. Introducción. 2. Incidencia del principio de complementariedad del Estatuto de Roma sobre los ordenamientos jurídicos de sus Estados partes. 3. Responsabilidad penal de los superiores jerárquicos. a) La responsabilidad de los superiores por sus órdenes. b) La responsabilidad por omisión de los superiores. 4. Responsabilidad penal de los subordinados. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la evolución socio-política de nuestro mundo nos aboca a una internacionalización del Derecho, fenómeno éste al que el Derecho Penal, evidentemente, no podía permanecer ajeno. Son muchos los factores que han incidido en esta “internacionalización del Derecho Penal”. Así, la denominada “globalización”, derivada de la utilización de redes informáticas y telemáticas de comunicación, la internacionalización de los flujos comerciales y financieros internacionales o incluso el imparable desarrollo de las redes de transporte internacionales, han venido a representar factores decisivos de la aparición de una “transnacionalización” o internacionalización de la criminalidad, fenómeno éste que ha obligado a los estados a

buscar nuevos medios jurídicos que permitan luchar contra dichos fenómenos de una forma coordinada y eficaz.

Pese a que existen algunos movimientos importantes de integración supranacional, que puede servir para agilizar el desarrollo de instrumentos jurídicos que permitan combatir a la criminalidad internacional, lo cierto es que ello no desvirtúa el hecho de que siga siendo la realización de convenios o acuerdos internacionales, (bio multilaterales), el más importante pilar a la hora de garantizar la colaboración de los estados en la lucha contra aquellos sectores de la criminalidad que presentan un mayor carácter internacional, como podrían serlos casos referidos, por ejemplo, al tráfico de drogas, al terrorismo o a la delincuencia informática.

¹Ayudante de la Universidad Pablo de Olavide

Este incesante desarrollo no puede hacer olvidar, sin embargo, el hecho de que el primer intento de crear un Derecho Penal internacional con pretensiones de aceptación y aplicación universal estuvo referido precisamente a los delitos de guerra y contra la humanidad. Fueron precisamente casos como el del procesamiento del general japonés Yamashita por la Corte Suprema norteamericana, o los celebres Juicios de Nüremberg, en los que se enjuició a los mandos alemanes por las atrocidades cometidas durante la segunda Guerra mundial, los que vinieron a poner de manifiesto las insuficiencias que presentaba el Derecho Penal internacional vigente en aquel momento, para afrontar el reto jurídico que representaba el enjuiciamiento de dichos casos.

No cabe duda de que conductas tan atroces e inhumanas como las realizadas en los campos de exterminio alemanes durante la Segunda Guerra mundial, requerían de un castigo. El problema era, y sigue siendo, que dichas conductas eran enjuiciadas o bien por los propios tribunales de los países vencedores, como sucedió en el caso Yamashita, o bien por tribunales creados ad hoc por dichos países, para el enjuiciamiento de tales hechos, soluciones ambas que no parecen cumplir, en modo alguno, con las garantías mínimas y necesarias que han de rodear cualquier procedimiento penal y que también deberían de poder predicarse en procedimientos de esta índole.

¿Cómo garantizar la presunción de inocencia del acusado cuando los miembros del tribunal que los ha de juzgar han sido designados directamente por los países vencedores del conflicto bélico que se juzga, que son precisamente quienes le acusan? ¿Cómo garantizar la debida seguridad jurídica cuando tanto el tribunal, como el procedimiento que éste ha de seguir han sido creados por y para juzgar tan solo a los vencidos y nunca a los vencedores?

Pese a la importancia de los casos comentados y de los problemas que éstos presentaron, lo cierto es que nuestra historia reciente nos muestra como ni se ha acabado con el fenómeno de la creación de tribunales de guerra ad hoc (véanse los recientes ejemplos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia o Ruanda), ni la consagración del principio de justicia universal a la hora de juzgar delitos como los de genocidio, llega a alcanzar la eficacia pretendida cuando se intenta aplicar a personas que se encuentran amparadas por quienes ostentan o son amparados por el poder político en sus respectivos países.

Es en este desalentador panorama donde hay que incardinar la aparición del Tribunal Penal Internacional creado por el Estatuto de Roma aprobado el 17 de Julio de 1998 con el voto favorable de ciento veinte representaciones gubernamentales; Tribunal que pretende solventar algunos de los problemas comentados, gracias a su carácter permanente y su competencia complementaria respecto a la propia de los tribunales nacionales

Precisamente, la ratificación del Estatuto de Roma por el Estado español, realizada el 25 de Octubre de 2000 y la consiguiente aceptación de la competencia complementaria del Tribunal Penal internacional a efectos de juzgar los crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y el crimen de agresión, han motivado que el legislador se viese obligado a adoptar una serie de medidas tendentes a coordinar nuestro ordenamiento penal a las exigencias establecidas en el Estatuto de Roma.

2. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DEL ESTATUTO DE ROMA SOBRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE SUS ESTADOS PARTES.

Como ya hemos anticipado, el

Tribunal Penal Internacional tiene una competencia complementaria con respecto a las distintas jurisdicciones nacionales de sus Estados partes, conforme a lo establecido en los artículos 17 y 20 del Estatuto de Roma, hecho que resulta decisivo a la hora de apreciar la necesidad de que los ordenamientos jurídicos penales de los distintos Estados partes hayan de coordinarse con lo que establecido por dicho Estatuto.

En concreto y a los efectos que centran el presente estudio habremos de prestar una especial atención a lo establecido por el artículo 17 ER, según el cual, el Tribunal Penal Internacional sólo podrá entrar a enjuiciar asuntos que no sean objeto de investigación o enjuiciamiento por parte de los tribunales nacionales de los estados partes; regla general, que encuentra, sin embargo, una serie de importantes excepciones en el comentado artículo.

Así, por ejemplo, el Tribunal Penal internacional sí podrá entrar a enjuiciar aquellos casos en los que un determinado Estado parte no pudiese iniciar el enjuiciamiento de los supuestos en cuestión por problemas derivados de su ordenamiento interno; o aquellos otros, en los que simplemente se constatase la existencia de una voluntad contraria a su enjuiciamiento por parte de tal Estado.

De este modo, "...el denominado principio de complementariedad implica la subsidiariedad de la jurisdicción de la Corte con respecto a los Estados en el enjuiciamiento de los crímenes tipificados en el Estatuto", dado que el Tribunal Penal Internacional podrá entrar a investigar y a enjuiciar aquellas conductas que fuesen constitutivas de delito conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, pero no lo fuesen conforme al ordenamiento interno de uno de sus Estados partes.

Este hecho será el que indirectamente obligará a los ordenamientos penales estatales a contemplar en sus legislaciones con una

normativa tal que permita sancionar todas las conductas sancionables conforme a lo establecido en dicho Estatuto, ya que sólo mediante su regulación expresa y coordinada, se podrá garantizar la preferencia de la competencia de los Tribunales nacionales con respecto a la del Tribunal Penal Internacional sobre los posibles delitos de esa índole que se cometiesen en su territorio, solventando al mismo tiempo los problemas que la inexistencia de la doble incriminación de tales delitos podría generar a efectos de la extradición.

Esta problemática ha sido tenido muy en cuenta por el legislador penal español, quien en la Exposición de motivos de la reforma efectuada por la LO 15/2003 de 25 de Noviembre de 2003, afirmaba expresamente que mediante la misma "...se permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional".

Este es el presupuesto básico del que se parte en el presente estudio, puesto que en el mismo se pretende analizar de forma breve si la entrada en vigor de la citada Ley orgánica, permitirá considerar como responsables penalmente en España a todas aquellas personas que podrían ser considerados como tales atendiendo a las normas establecidas en el Estatuto de Roma; esto es, si el ordenamiento penal Español permite perseguir y castigar a quienes pueden ser considerados como autores o partícipes de delitos, conforme a las reglas de atribución de responsabilidad contempladas en el citado Estatuto.

Las preceptos que nos van a servir de principal referencia para afrontar esta tarea se encuentran en los artículos 25 y 28 del Estatuto, relativas respectivamente a las reglas de atribución de responsabilidad penal individual y a aquellas que rigen la responsabilidad de los denominados jefes y superiores; distinción que es un claro efecto reflejo de una de las características comunes a

todos los delitos que nos ocupan, la de ser delitos paradigmáticos de la denominada criminalidad organizada.

En efecto, nos encontramos ante delitos que se suelen cometer mediante la utilización de un sistemas organizados y altamente jerarquizados, lo que nos obligará a analizar, no sólo las reglas de atribución de responsabilidad al individuo que ejecutase materialmente el hecho delictivo en cuestión, sino también y con especial detenimiento, las referidas a aquel que sin estar presente en la ejecución, ostentase un puesto decisorio en dicha organización, esto es, la responsabilidad de los jefes o superiores de dichos individuos.

Analizaremos, por tanto, de forma independiente la concreta problemática que suscita la atribución de responsabilidades penales a los ejecutantes materiales y la, mucho más cuestionada responsabilidad de los jefes y superiores, comenzando, precisamente, por esta última.

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS.

Toda organización presenta una estructura fundamentada en la necesidad de dividir las funciones que se han de realizar para tener éxito en sus objetivos, así como en el establecimiento de una jerarquía entre los concretos individuos que la integran, características éstas que, obliga a diferenciar, a la hora de concretar la responsabilidad penal de los miembros de una organización criminal, entre quienes deciden cómo, cuándo y donde se han de realizar las conductas delictivas y aquellos otros que se limitan a ejecutarlas.

Ahora bien, también dentro del primer grupo de sujetos se puede realizar una segunda clasificación relevante a efectos penales, puesto que, mientras que el fundamento de la responsabilidad penal de los dirigentes que directamente ordenan la realización de los delitos comentados está fuera de toda duda, mucho más difícil y cuestionable resulta el

fundamentar las posibles responsabilidades penales atribuibles al superior jerárquico que se limitase a no hacer nada para impedir los crímenes que cometiesen aquellas personas que tuviese bajo su mando.

Es por ello, que dividiremos nuestro análisis relativo a la responsabilidad de los superiores jerárquicos, distinguiendo según si dicha responsabilidad se pretendiese fundamentar en la existencia de una orden expresa de dicho superior, o si, por el contrario, ésta se intentase sustentar en la omisión de aquel superior, que sin dar una orden expresa, tampoco hace nada para impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados.

a) La responsabilidad de los superiores por sus órdenes.

Parece indudable que la transmisión activa de una orden directa a un subordinado dirigida a la comisión de un delito, permite atribuirle una cierta responsabilidad penal personal a aquel que la emitió. Sin embargo, resulta mucho más controvertido el determinar o establecer cuál habría de ser el concreto título por el que se le habría de atribuir dichas responsabilidad.

En este sentido encontramos varias teorías que pueden ser agrupadas en tres grandes tendencias:

- 1º Aquella que mantiene que los jefes de este tipo de organizaciones serían verdaderos autores mediatos de las conductas realizadas por sus subordinados;
- 2º La que entiende que el superior sólo podría ser considerado como un mero participe en tal conducta;
- 3º La que propugna considerar a ambos sujetos tanto el ejecutante material como el ideológico- como verdaderos coautores de tales delitos.

El defensor más conocido de la primera de las posturas planteadas ha sido el profesor ROXIN, quien ha venido a sustentar dicha posición en la elaboración de su teoría de

la autoría mediante en aparatos jerarquizados de poder.

Según esta teoría, se tendría que atribuir responsabilidad penal, en calidad de autor mediato, al jefe o superior que hubiese ordenado a sus subordinados cometer los delitos que éstos habían finalmente ejecutado, aun cuando los subordinados también pudiesen ser considerados como responsables de tales delitos, por ser perfectamente imputables y no haber actuado bajo ningún error.

Ahora bien para ello se tendrían que dar los siguientes requisitos:

- 1º Que la orden se dé en sede de una organización con estructura jerarquizada, lo que permitirá atribuir a sus superiores un verdadero control efectivo sobre los hechos realizados por sus subordinados, puesto que a mayor nivel de jerarquía mayor control o dominio se tendría sobre los hechos de los subordinados.
- 2º La fungibilidad de los miembros de la organización, requisito éste que vendrá a aludir al hecho de que en la realidad el ejecutante material se nos representa como una pieza de un complejo engranaje delictivo; pieza que podría ser fácilmente sustituida por otra, lo que hace que el superior jerárquico que dé la orden de cometer un delito pueda estar prácticamente seguro de que la misma se ejecutará aún sin saber, ni tan siquiera, quien será el que finalmente la ejecute.
- 3º Que la organización esté desvinculada del Derecho, ya que si se mantiene dentro del Derecho, eso obligaría al destinatario de la orden a no acatarla por estar más vinculado por la fuerza de la ley que por la de la orden recibida.

Esta teoría ha encontrado una muy favorable acogida por parte de la doctrina y de los tribunales tanto nacionales como internacional, habiendo influido de forma notable en casos tan celebres como los juicios de los ex-dirigentes de la DDR, la de la Junta General argentina o los procesos de algunos de los altos mandos militares implicados en los crímenes cometidos durante el conflicto en la ex Yugoslavia.

Pese a ello, no es una teoría exenta de

problemas, habiendo surgido Teorías que realizan matizaciones con respecto a la misma, pero también algunas otras que directamente niegan su viabilidad, por entender que suponen una quiebra flagrante de la concepción tradicional de la autoría, ya que si el ejecutante material del delito es responsable del mismo, no se le podrá considerar como un verdadero instrumento en las manos de aquel que controlase la organización a la que pertenecía.

Se afirma en este sentido, que el pretendido instrumento sería el único que ostentaría el dominio efectivo del hecho delictivo y por tanto, el verdadero autor del delito, lo que obliga a considerar al jefe como un mero partícipe, siendo considerado todo lo más como un inductor del mismo.

Esta tesis, que se ajusta en mucha mayor medida a la concepción tradicional de las diversas formas de autoría y participación, es criticada, sin embargo, por quienes afirman que la misma olvida que quien da una orden en estos delitos tiene un dominio del hecho delictivo muy superior al que generalmente tiene el inductor en cualquier otro delito, ya que mientras que éste no puede estar seguro de lograr que el inducido cometa el delito, el superior jerárquico, si podrá tener el convencimiento de que su orden se va a cumplir y de que el delito que quería cometer va a ser llevado a cabo.

No sorprende por tanto que la última de las opciones doctrinales comentadas para de considerar que el jefe u hombre de atrás, ostenta un verdadero dominio del hecho realizado por el subordinado o ejecutante material, quien, pese a ello, también goza de un dominio positivo del hecho, circunstancia que obliga a pensar que ambos deberían de ser condenados como coautores de los delitos que finalmente llegasen a realizar.

A esta postura se le ha reprochado que haya venido a situar en un mismo nivel de responsabilidad a dos personas que en realidad no se encuentran en una relación horizontal,

como suele suceder en las coautorías, sino vertical, ya que es el jefe quien da la orden al inferior, limitándose éste a acatarla, hecho que asemeja la estructura de este tipo de conductas de forma clara con la de las denominadas autorías mediatas.

No podemos dejar pasar la ocasión de manifestar nuestra propia opinión a este respecto, manifestándonos partidarios de considerar al superior como un coautor del delito del subordinado, postura que sustentamos por considerar que dicha teoría es la única que responde a la verdadera naturaleza de los hechos que estamos analizando.

De este modo, estamos de acuerdo en que calificar al superior como un simple partícipe supone menospreciar su efectiva contribución y dominio del hecho delictivo realizadas por el subordinado, pero también entendemos que calificarlo como autor mediano supone menospreciar el papel que juega el ejecutante material del hecho, quien en cualquier caso es el que finalmente tiene la capacidad de decidir la ejecución real y efectiva del hecho delictivo tal y como se ejecuta.

Lo que realmente sucede en estos casos es que entre el ejecutante y el superior se da una verdadera distribución de papeles que les otorga a ambos un dominio funcional del hecho delictivo finalmente realizado, ya que tanto domina el concreto hecho delictivo quien lo ejecuta materialmente, como aquel sin cuya orden, respaldada y apoyada por su posición en la organización criminal, no se hubiese llegado ni siquiera a plantear la realización del delito.

De cualquier modo y como se puede comprobar, el debate doctrinal sigue abierto, aunque cualquiera de las soluciones propuestas encuentra, a mi modo de ver, perfecto encaje técnico en alguna de las distintas formas de autoría y participación del artículo 24 del Estatuto de Roma, donde se contemplan tanto la coautoría, la autoría mediata (art. 25.3 a), como todas las diferentes

formas de participación (art. 25.3 b); formas de atribución de la responsabilidad penal que aparecen, a su vez, contempladas en los artículos 28 y 29 del CP español.

Entendemos por tanto, que no existe necesidad alguna de reformar nuestro Código Penal en este aspecto para acomodarlo a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, ya que en esencia y a la espera de que se resuelva la controversia referida a la concreta responsabilidad de los autores de estas conductas, no cabe duda de que cualquiera que sea la solución adoptada, también se podrá adoptar conforme a la legislación penal interna.

b) La responsabilidad por omisión de los superiores.

Como ya anticipamos, si bien la existencia de responsabilidad de los superiores por la emisión activa de ordenes nunca ha resultado un tema controvertido, existiendo tan solo discrepancias doctrinales a la hora de fijar el concreto título por el que ésta se ha de atribuir; mucho más difícil y problemático ha sido el justificar la existencia de una posible responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, cuando dicha responsabilidad se pretendía sustentar en aquel comportamiento omisivo y no activo, que se daría cuando los superiores se limitasen a no hacer nada para evitar las actuaciones delictivas de quienes estaban sometidos a sus ordenes.

La importancia de esta posibilidad es evidente por cuanto, será la única vía jurídicamente viable de sancionar a los mandos en aquellos casos, nada infrecuentes en los que no se pudiese demostrar que hubiesen emitido orden expresa alguna orientada a la ejecución de delitos por parte de sus subordinados.

En un principio podría pensarse que el instrumento más adecuado para llegar a sancionar estas conductas se derivaría de la utilización de la figura de la comisión por

omisión, expresamente contemplada por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 11 CP.

Sin embargo, el Estatuto de Roma contempla una norma específicamente destinada a fijar los requisitos y límites de la responsabilidad penal derivada de este tipo de comportamientos, la contenida en el artículo 28 del Estatuto, que establece que los jefes serán responsables por los crímenes que hubiesen cometido las fuerzas bajo su mando y control efectivo, de no haber ejercido un control apropiado sobre las mismas.

En respuesta a esta previsión la Ley orgánica 15/2003 introduce mediante su disposición centésimo sexagésimo séptima un nuevo delito en nuestro ordenamiento penal, el contemplado en el nuevo artículo 615 bis CP, que vendría a sancionar a las autoridades o jefes militares que no adoptaran las medidas a su alcance para evitar la comisión por las fuerzas a su mando de los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional. Podría pensarse que la norma comentada habría venido tan solo a concretar los elementos que permitirían apreciar la presencia de una comisión por omisión penalmente relevante del mando, concretando por ejemplo, los requisitos esenciales de la posición de su garante, o previendo expresamente la posibilidad de la apreciación de dicha comisión por omisión en aquellos supuestos en los que el mando hubiese actuado de forma meramente imprudente (art. 615 bis.2 CP)

Sin embargo, tal consideración debe ser objeto, a nuestro juicio, de un estudio algo más detenido, puesto que, no consideramos que se hubiese podido alcanzar una solución punitiva asimilable a la del artículo 615 bis CP mediante la mera utilización de la figura de la comisión por omisión del artículo 11 CP, siendo por otra parte cuestionable que dicho artículo pueda ser considerado como un ejemplo de una verdadera figura de comisión por omisión.

Analicemos las dos objeciones planteadas.

En primer lugar, consideramos que aun cuando se pudiese afirmar que el mando o superior jerárquico tuviese una posición de garante con respecto a las conductas de sus subordinados, ello no vendría a suponer que se le pudiese considerar automáticamente como coautor de los delitos cometidos por éstos, atendiendo simplemente al hecho de que no había realizado aquellas conductas que podrían haberlos evitado, puesto que, a nuestro entender, dicha calificación sólo se podría efectuar cuando se entendiese que su contribución omisiva tuvo una entidad tal que permitía considerarlo como verdadero coautor de dichos delitos delicto.

Normalmente quien puede y debe evitar un delito de otro y no lo hace, incumpliendo así su deber de control sobre dicha fuente de peligro, contribuye a la realización omisiva del hecho delictivo de aquel, pero no lo hace en una forma tal que permita atribuirle un dominio equivalente al que ostentaba quien activamente cometió el delito, sujeto éste que continuaría siendo su verdadero autor; mientras que el omitente sólo podría ser considerado como un partícipe en aquel.

Este es el fundamento, en nuestra opinión, de que el artículo 615 bis CP establezca expresamente que sus autores serán castigados con la misma pena que la que correspondería a los de los delitos no evitados; lo que, si bien supone que este artículo asimila a efectos punitivos a sus autores con los de dichos delitos, también viene a reflejar la inviabilidad de su consideración como verdaderos autores o coautores de los mismos.

En cualquier caso, tal vez la cuestión más importante de entre las planteadas sería la cuestionable naturaleza de delito de comisión por omisión de la figura comentada, lo que nos enfrenta a la siguiente cuestión: ¿Es el delito del artículo 615 bis CP un verdadero delito de omisión impropia o comisión por omisión?

Parece innegable que la figura analizada goza de una naturaleza ajena a la comisión por omisión, ya que, a diferencia de tales delitos, en éste es el propio tipo delictivo el que contempla a la omisión como su posible modalidad comisiva; hecho que acerca dicha figura a otras de nuestro ordenamiento jurídico como la contemplada en el 176 CP (omisión del funcionario que deja que otro torture a un tercero) o la del 415 CP (omisión realizada por el funcionario que dejase a un tercero destruir los medios de control de acceso a documentos que tuviese bajo su custodia), alejándola a su vez de la verdadera comisión por omisión.

La similitud estructural entre estos delitos es evidente, lo que determinará que se pueda considerar al nuevo delito del artículo 615 bis CP, igual que a aquellos, como delitos de omisión y resultado y no como verdadero delitos de omisión impropia.

Por otra parte, esta consideración vendría a determinar que el resultado constituido por los delitos cometidos por los subordinados viniesen a formar parte del tipo de injusto del contemplado en el artículo 615 bis CP, teniendo por ello que ser abarcados por el dolo de su autor para que se pudiese apreciar, cuando menos, la ejecución de su tentativa, siendo imposible apreciar, asimismo, su consumación si dichas conductas delictivas ajenas no se llegasen finalmente a producir, o si su producción no fuese causalmente imputable a la omisión realizada.

Del mismo modo, esta configuración típica también provocaría la absoluta irrelevancia penal de la omisión imprudente del superior, cuando de la misma no se derivase la producción de delito alguno por sus subordinados, ya que el ordenamiento jurídico español no contempla la existencia de tentativas imprudentes.

Sin embargo, todos estos efectos son claramente contradictorios con la finalidad que parece perseguir la norma comentada, que

no es otra sino garantizar que los superiores jerárquicos controlarán efectivamente las conductas de sus inferiores.

Es por ello, que AMBOS ha sostenido, acertadamente a nuestro juicio, que la referencia que se hace en el artículo 28 del Estatuto de Roma -precepto paralelo al artículo 615 bis del Código Penal español- a los delitos de los subordinados no puede ser considerada como descriptiva de un elemento de su tipo, ni tampoco de una condición objetiva de la punibilidad de dicho delito.

En su opinión, dicha referencia vendría tan sólo a fijar uno de los puntos de referencia que han de ser tenidos en cuenta al valorar el incumplimiento de supervisión que efectuó el superior, ya que tan sólo obliga a que su mens rea, el elemento intelectual o subjetivo del superior-omitente, debiese haber abarcado los posibles delitos de los inferiores, no siendo, por tanto, su efectiva producción el resultado consumativo del delito realizado por el superior.

Esta propuesta viene a instituir a los delitos de los subordinados como un referente del dolo del tipo de injusto de estos delitos omisivos, pero no como un resultado objetivamente exigido por los mismos, lo que permite considerarlos como verdaderos delitos de omisión propia, que quedarían consumados en el mismo momento en que el superior faltase a su obligación de realizar aquellas conductas que podría y debería haber ejecutado, para impedir los delitos de sus subordinados.

Del mismo modo, esta postura permitirá sancionar a título de imprudencia al superior que hubiese errado de forma vencible al evaluar la situación en la que realmente se encontraba y de forma más concreta, la probabilidad de comisión de delitos por parte de sus subordinados, como a aquel que sufriese dicha clase de error al enjuiciar las medidas que podía y debía haber utilizado para evitarlos, y ello, incluso cuando como consecuencia de su omisión no se llevase

finalmente a derivar la comisión de tales delitos o los mismos no resultasen causalmente imputables a su conducta imprudente.

Es por ello, que entendemos que esta interpretación del artículo 28 ER no sólo es la más respetuosa con el tenor literal de dicho precepto que hace responsables a los superiores "...que conocían la comisión de dichos delitos o que simplemente tenían conocimiento de que se pretendía cometer", sino que también resulta la más acorde con la finalidad motivadora y preventiva que debe cumplir dicha norma con respecto a los superiores, esto es, la de llevar a los superiores jerárquicos a adoptar los medios de que dispusiesen para poder evitar los delitos de sus subordinados, razones éstas que nos llevan a adoptar la comentada interpretación como propia desde este momento.

En cualquier caso y pese a todas las ventajas que presenta la interpretación anterior, no se puede negar que la misma encuentra algunos obstáculos a la hora de ser predicada con respecto al nuevo artículo 615 bis CP, ya que este artículo concreta la pena de su autor en atención a la correspondiente a la de los delitos de los subordinados, lo que parece exigir de forma clara que éstos hubiesen llegado cuando menos a comenzar su ejecución efectiva.

Esta exigencia vendría a dotar al referido artículo 615 bis CP de la naturaleza de delito de omisión y resultado, caracterizando a su tipo de injusto con una cierta accesoriedad con respecto a los delitos de los subordinados, cualidad completamente inexistente en el paralelo artículo del Estatuto de Roma, que quedaría configurado, de este modo, como un delito más amplio que el español.

En este sentido, la configuración del artículo 615 bis CP provocará que algunos comportamientos omisivos de los superiores, irrelevantes para el ordenamiento español, tuviesen relevancia penal conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma,

circunstancia que, como ya vimos, permitiría justificar la competencia complementaria del Tribunal Penal internacional para con respecto a tales casos.

Para solventar este problema se podría propugnar la realización de una interpretación extensiva del tipo delictivo del nuevo artículo 615 bis CP, que viniese a conformarlo como un verdadero delito de omisión pura paralelo al establecido en el art. 28 del Estatuto de Roma, pero esta interpretación resulta difícilmente compatible con el ya comentado sistema punitivo del citado precepto español.

Es por ello, que consideramos necesario reformar el comentado artículo, atribuyéndole una pena completamente autónoma con respecto a la de los subordinados, ya que, de ese modo, se le dotaría de la necesaria independencia con respecto a aquellos; pena que por otra parte, entendemos que debería ser siempre inferior a la correspondiente a los delitos cometidos por éstos.

Esta menor pena se deriva del hecho de que el autor del nuevo delito de omisión pura que proponemos vendría a responder tan sólo por la dejación dolosa o imprudente de sus funciones de vigilancia y control, mientras que, en caso de que se llegase a constatar que realmente su conducta omisiva llegó a aportar una contribución efectiva y dolosa a los delitos finalmente cometidos por sus subordinados, se tendría que proceder a evaluar la responsabilidad penal derivada de la misma, conforme a los criterios generales que rigen la responsabilidad penal derivada de la comisión por omisión.

Muchos son los temas que dejamos en el tintero respecto a los preceptos que venimos analizando, pero consideramos suficiente realizar esta pequeña aclaración, ya que la misma alude a la que es, a nuestro juicio, la principal reforma que se ha de efectuar, para perfeccionar la adaptación del precepto español con respecto a lo establecido en el Estatuto de Roma, dado que, el resto de sus

elementos delimitadores han venido, en nuestra opinión, incluso a ampliar al campo represivo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

Así, por ejemplo, mientras que el citado precepto del Estatuto sólo exige que el superior adopte las medidas “necesarias y razonables” para evitar o prevenir los delitos de los subordinados, el artículo 615 bis CP exige que el superior hubiese adoptado cuantas medidas tuviese a su alcance para evitar su comisión, lo que, a nuestro juicio, supone un mayor grado de exigencia objetiva que el contemplado en el referido artículo del Estatuto.

Por otra parte, el artículo 615 bis CP considera como posible autor de su modalidad imprudente, tanto al jefe militar como a la autoridad, lo que supone de nuevo, a nuestro juicio, una clara ampliación típica con respecto a lo establecido por el Estatuto, ya que, si bien, en la legislación española se contempla el mismo grado de exigencia subjetiva para el superior militar y para la autoridad no militar, esto no se corresponde con lo establecido por el artículo 28 del Estatuto de Roma.

En este sentido, se ha de señalar que el citado artículo del Estatuto sanciona al jefe militar cuando hubiese sabido o hubiese debido saber que se iban a cometer delitos bajo su mando (es decir, contempla tanto la responsabilidad dolosa como imprudente), pero sólo sanciona al resto de superiores no militares, cuando tuviesen conocimiento de los delitos que debían intentar evitar (dolo) o cuando deliberadamente hubiesen hecho caso omiso de información que indicase claramente la comisión de los delitos, exigencia subjetiva, más cercana, a nuestro juicio, al desprecio absoluto hacia el bien jurídico protegido que caracteriza al dolo eventual que a la mera imprudencia.

Quedarían por tanto, conforme al artículo 28 Estatuto de Roma sin responsabilidad penal todos los superiores no

militares que omitiesen imprudentemente las conductas que debían y podían haber realizado para evitar los delitos de sus mandos, mientras que tales conductas, que, sin embargo, serían perfectamente sancionables conforme al artículo 615 bis CP, cuando fuesen cometidas por una autoridad, lo que vendría a demostrar que en este concreto aspecto se da una mayor amplitud punitiva por parte del Texto español que por aquel que determina la creación del Tribunal Penal internacional.

Una vez que hemos concretado los problemas que presenta la atribución de responsabilidad penal a los superiores jerárquicos, pasemos a hacer una breve referencia las principales particularidades que presenta la responsabilidad penal de los subordinados y ejecutantes materiales con respecto a los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional.

4. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUBORDINADOS.

De lo expuesto anteriormente se deduce claramente que, conforme a lo establecido en nuestro ordenamiento, no existe problema alguno a la hora de fundamentar la atribución de responsabilidad penal a título de autoría para los subordinados, ejecutantes materiales de los delitos sobre los que tiene competencia la Corte Penal internacional, siendo precisamente la existencia de dicha responsabilidad uno de los motivos fundamentales de nuestro rechazo con respecto a la teoría de la autoría mediata sustentada por ROXIN.

Ahora bien, no en todos los supuestos se va a poder exigir dicha responsabilidad de los subordinados, puesto que, en muchos casos éstos podrían ser inimputables, actuar justificadamente o bajo la influencia de un error que les eximiese de responsabilidad penal, siendo precisamente la concurrencia de estas circunstancias las que podrían justificar la consideración del superior jerárquico u hombre de atrás como verdadero autor

mediato de sus hechos, siempre y cuando ostentase un verdadero dominio positivo sobre los mismos.

Ningún problema se presenta por tanto a la hora de responder conforme a nuestro ordenamiento a las exigencias de responsabilidad penal personal, atribuibles a estos sujetos, establecidas por el artículo 25 ER.

Sin embargo, el artículo 33 del Estatuto de Roma ha venido a establecer una importante restricción respecto a la causa de justificación referida al cumplimiento de un deber.

Dicho precepto establece que la citada causa de justificación sólo se podrá apreciar respecto a las conductas que se hubiesen realizado bajo ordenes que no fuesen manifiestamente ilícitas, afirmándose seguidamente que cualquier orden tendente a la comisión de los delitos de genocidio o de lesa humanidad habrían de ser consideradas en todo caso como manifiestamente ilícitas.

Con ello, se excluye totalmente la posibilidad de apreciación de esta causa de justificación respecto a los citados delitos, restricción que se ha venido a introducir en nuestro ordenamiento penal por el nuevo 616 bis CP, el cual ha venido a excluir del posible ámbito de aplicación del art. 20 7º CP estos es, de la causa de justificación de cumplimiento de un deber- a todos los delitos que aparecen contemplados en el capítulo II y II bis del Título relativo a los delitos contra la Comunidad Internacional.

Se excluye de este modo también la posibilidad de la aplicación en nuestro ordenamiento de dicha causa de justificación respecto a los delitos de genocidio y los de lesa humanidad, acatando estrictamente de este modo lo establecido por el Estatuto de Roma, aún con la opinión en contra de algunos autores que consideraban que tal exclusión debería haberse ampliado a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, esto es, a los denominados delitos de guerra.

Parece por tanto, que la legislación penal española y la del Estatuto de Roma no presentarían problema de coordinación alguno con respecto a la concreta responsabilidad de los subordinados. Sin embargo, algún problema se puede derivar del de tratamiento que el Estatuto otorga al error de los intervinientes en una conducta delictiva en su artículo 32 CP.

Dicho precepto elude la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición y habla de nuevo de error de hecho y error de derecho, en lo que ha sido considerado como un intento de responder a las diferencias técnicas existentes entre los ordenamientos penales del state y del common law con respecto al tema del error.

Si ya es cuestionable que dicha norma pueda llegar a encajar con el tratamiento del error que establece nuestro artículo 14 CP, mucho más difícil es sostener su coordinación con nuestro ordenamiento cuando en el apartado 2 del art 33 ER se establece que el error de derecho (de prohibición) podrá eximir de responsabilidad a aquel que lo sufre si llegase a hacer desaparecer en el mismo el elemento intencionalidad, esto es ¡¡¡¡ el dolo!!!!

Parece que con ello se introduce en el Estatuto de Roma un concepto de *dolus malus*, es decir, una concepción del dolo, según la cual, no sólo se tiene que abarcar en su seno la tipicidad de la conducta sino también la antijuridicidad de la misma, regulación manifiestamente contrapuesta a la establecida por nuestro Código penal.

Muchas serían las cuestiones que se podrían plantear respecto a esta discordancia normativa, pero por lo que a nosotros nos ocupa en este trabajo, nos tendremos que plantear una única pregunta: ¿Viene a determinar la regulación del error en el Estatuto de Roma una mayor extensión de la irrelevancia del error del subordinado, haciéndolo así responsable en casos en los que no lo sería conforme al ordenamiento penal

español?

La respuesta a esta pregunta es evidentemente negativa, puesto que si por algo se ha caracterizado la exigencia del *dolus malus* a efectos penales es, precisamente, por haber venido a generar unos campos de impunidad mucho mayores que los que se derivan de la concepción del dolo como *dolus bonus*, esto es, como un dolo limitado a los elementos del tipo del delito y no a su antijuridicidad.

Por otra parte, tampoco se puede olvidar que el artículo 14 CP sólo excluye la responsabilidad penal de quien sufre un error de prohibición cuando dicho error fuese invencible, viniendo el error vencible simplemente a atenuar la pena de aquel que lo sufriese. Esta delimitación y el diferente trato establecido para cada una de las clases de error no aparece contemplada, en modo alguno, en el art. 32 del Estatuto de Roma, lo que hace dudar sobre si, conforme a dicha normativa, el error de derecho vencible podría llegar también a provocar la exclusión de la responsabilidad penal de aquel que lo sufriese.

En caso de que se afirmase que, conforme al Estatuto de Roma, el error vencible de derecho podría llegar a tener el mismo efecto que el invencible, se dotaría a dicho tipo de error de un efecto restrictivo de la responsabilidad muy superior al que se le otorga en nuestro ordenamiento penal, con lo que nos encontraríamos de nuevo ante un supuesto en que el ordenamiento español no sólo no contiene una laguna punitiva con respecto al del Estatuto de Roma, sino que se muestra mucho más severo que aquel, haciendo del todo imposible que el Tribunal Penal Internacional pudiese llegar a ejercer su competencia complementaria basándose en este concreto aspecto.

5. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión y con carácter general, podemos afirmar que la creación del Tribunal Penal Internacional por el Estatuto de

Roma supone la apertura de un camino esperanzador en el arduo camino que ha de llevar a la instauración de una jurisdicción penal internacional aplicable a todos aquellos que realicen crímenes contra la humanidad o de guerra. Pese a esta prometedora pretensión, tampoco se ha de olvidar que existen aún importantes reticencias, como las mantenidas por los gobiernos de los Estados Unidos o de China, que vienen a demostrar lo lejano que está aún el establecimiento de una verdadera e indiscutida jurisdicción penal internacional, y ello, pese a la existencia de innumerables ejemplos de crímenes contra la humanidad y de guerra, cometidos tanto por vencedores, como por vencidos, que se pueden encontrar incluso en la historia más reciente de la humanidad.

De cualquier modo, la aprobación del Estatuto de Roma conlleva la aceptación de la jurisdicción subsidiaria y complementaria del Tribunal Penal Internacional por parte de aquellos países que lo han firmado y ratificado, como sucede con España; hecho que ha obligado al legislador español a adaptar su legislación penal interna, para evitar lagunas en temas de extradición y para mantener la competencia efectiva de los tribunales españoles sobre los delitos que son competencia objetiva de dicho tribunal internacional, finalidad que se ha pretendido conseguir con la aprobación de la LO 15/2003, de 23 de Noviembre.

Es precisamente, esta necesidad de una coordinación legislativa entre lo establecido en el Estatuto y lo contemplado en el Código Penal la que nos ha llevado a plantearnos, si, realmente, el ordenamiento jurídico español contempla, tras la reforma, un régimen de atribución de responsabilidad personal acorde con el que se establece en el citado texto internacional.

Para ello, hemos analizado de forma independiente la problemática que presentan las normas de atribución de responsabilidad de los superiores y las de sus subordinados,

distinción que responde al hecho de que estos delitos se suelen realizar generalmente en el marco de organizaciones estatales o paraestatales, lo que provoca que nos enfrentemos a una problemática muy cercana a la que presentan los distintos fenómenos de la denominada “criminalidad organizada”.

Como resultado del citado análisis, hemos concluido que el Código Penal español viene a establecer un sistema de atribución de responsabilidad para los subordinados, que resulta incluso más amplio que el establecido por el Estatuto de Roma, lo que en principio hará que el Tribunal Penal Internacional no tenga posibilidad alguna de ejercer la comentada competencia complementaria establecida por el artículo 17 del citado Estatuto.

Sin embargo, alguna consideración más habría que hacer en torno a las normas de atribución de responsabilidad de los superiores o mandos.

En primer lugar, se debe señalar que no existe problema técnico alguno para incardinar las distintas posibles calificaciones jurídicas, que se han venido manteniendo doctrinalmente con respecto a la conducta realizada por el superior que da órdenes a sus subordinados, para que éstos cometan alguno de los delitos que se sancionan en el Estatuto de Roma.

El verdadero problema se presenta a la hora de establecer la posible responsabilidad de esos mismos superiores,

cuando no se pudiese constatar que dieron dichas ordenes, pero sí que no habían hecho nada para evitar los desmanes de las personas que se encontraban bajo su responsabilidad, supuesto que aparece expresamente contemplado en el art. 28 del Estatuto de Roma y que ha sido, pretendidamente, transpuesto a nuestro ordenamiento mediante la aprobación del nuevo artículo 615 bis CP.

Precisamente, es la configuración del nuevo artículo 615 bis CP, y de forma más concreta el sistema punitivo que se establece en el mismo para los superiores, la que, a nuestro modo de ver, vendrá a generar problemas de coordinación con el paralelo artículo 28 ER, ya que podría hacer que este último tuviese un ámbito de aplicación mayor que aquel, abriendo un pequeño resquicio a la posibilidad de que el Tribunal Penal Internacional hiciese uso de su competencia complementaria.

Es por ello, que consideramos imprescindible efectuar una reforma del artículo 615 bis CP, orientada a desdotar a la responsabilidad por omisión de los superiores de cualquier atisbo de accesoriadad con respecto a la de los inferiores, lo que armonizará realmente dicho precepto con su paralelo internacional, cerrando, con ello, el último resquicio de posible competencia complementaria del citado Tribunal Penal Internacional.

BIBLIOGRAFÍA.

AMBOS, K.

-“La responsabilidad del superior en el Derecho Penal internacional”. ADPCP, V. LII, 1999.

-“Dominio del hecho en virtud de aparatos jerarquizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones” en RDPC nº3, 1999.

-“Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts”. V. Duncker & Humblot. Berlin, 2004.

AMBOS, K/ CRAMMER, C.

-“Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann” en RP 12, 2003.

BAIGÚN, D.

-“El estatuto de Roma y la responsabilidad de las personas jurídicas”. En “Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam”. Ed. Universidad de Salamanca, 2001.

BLOY, R.

-“Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung” en GA 1996.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.

-“Supranacionalidad y justicia penal: La corte Penal Internacional (1)(2)” en AP nº 35, 2003.

CARUSO FONTÁN, V.

-“La autoría a través de aparatos jerarquizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial”, En RDP nº9, 2003.

CUERDA RIEZU, A. /RUÍZ COLOME M. A.

-“Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal internacional (I)” La Ley, nº 4724, 1999.

DÍAZ PITA, M^a. M.

-“El dolo eventual”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

FLETCHER, G. P.

-“Conceptos básicos de Derecho Penal”. Ed. Tirant lo Blanch” Valencia, 1997.

GALÁN MUÑOZ, A.

-“El Fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, E.

-“Autor y cómplice en Derecho Penal”, Ed. Universidad de Madrid. Madrid, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.

-“La Corte Penal internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria” AP nº 45, 2002.

-“Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el estatuto de la Corte Penal Internacional” en AP nº 42, 2002. Artículo también publicado en CDJ VII-2001.

-“La parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional” en AP nº 41, 2003.

GÓMEZ RIVERO, C.

-¿Aún un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al estatuto de la Corte Penal Internacional RP, nº 14, 2004.

JESCHECK, H-H/WEIGEND, T.

-“Tratado de Derecho Penal”. Ed. Comares. Granada, 2003.

JAKOBS, G.

-“Derecho Penal. Parte General”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997.

KAUFMANN, A.

-Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. - 2. Aufl.. V. Schwartz. Göttingen 1988

MUÑOZ CONDE, F.

-“Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en “Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos”. Ed. Universidad de Huelva. Huelva, 1999.

-“Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho” en RP nº 6, 2000

-“Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?” en Derecho Penal económico. Manuales de Formación Continuada. CGPJ, 2001.

MUÑOZ CONDE, F./MUÑOZ AUNIÓN, M.

-“¿Vencedores o vencidos?”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍAARÁN M.

-“Derecho Penal. Parte General” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MIR PUIG, S.

-“Derecho Penal. Parte General”. Ed. Reppertor. Barcelona 2002.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.

-“Responsabilidad penal en la empresa”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. / GIL DE LA FUENTE, J.

-“Límites a la Jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala)” en LLnº 5788, 2003.

ROXIN, C.

-“Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. Ed. Marcial Pons, Madrid 2000.

-“Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II“ V. Beck. München, 2003.

-“Derecho Penal. Parte General. Tomo I” Ed. Civitas, Madrid, 1997.

-“Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en “Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos”. Ed. Universidad de Huelva. Huelva, 1999.

OLMEDO CARDENETE, M. D.

-“La inducción como forma de participación accesoria”. EDERSA, Madrid, 1999.

WERLE, G.

-“Völkerstrafrecht”. V. Mohr Siebeck. Tübingen, 2003.