

colaboración de los estados en la guerra contra los sectores de la criminalidad que presentan un mayor grado de internacionalización, como sean, el tráfico de drogas, el terrorismo y la delincuencia informática. En este cuadro, el surgimiento del Tribunal Penal Internacional en 1998, creado por el Estatuto de Roma, en carácter permanente y competencia complementaria a los tribunales nacionales, pretende resolver muchos de estos problemas. La ratificación del Estatuto de Roma por España ha obligado al legislador español a adoptar medidas de coordinación entre las leyes penales internas y las exigencias del Estatuto de Roma. Este es el tema central del análisis realizado en este artículo.

Palabras-Clave

Derecho Penal; Internacionalización; Estatuto de Roma.

Resumo

Este artigo trata da internacionalização do Direito Penal, reflexo da transnacionalização ou internacionalização da criminalidade, fenômeno que obrigou os estados a procurar novos meios jurídicos capazes de combatê-la de forma coordenada e eficaz. A luta contra a criminalidade internacional produziu convênios ou acordos internacionais, constituídos assim como o mais importante esteio para garantir a colaboração dos estados na guerra aos setores da criminalidade que apresentam um maior grau de internacionalização, como por exemplo, o tráfico de drogas, o terrorismo e a delinquência informática. Neste quadro, o surgimento do Tribunal Penal Internacional, em 1998, criado pelo Estatuto de Roma, com caráter permanente e competência complementar com respeito aos tribunais nacionais, pretende resolver muitos destes problemas. A ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado espanhol fez que com que o legislador espanhol precisasse adotar medidas de coordenação entre os diplomas repressivos internos e as exigências do Estatuto de Roma. Este é o tema central sobre o qual se debruça o autor.

Palavras-Chave

Direito Penal; Internacionalização; Estatuto de Roma.

Abstract

This article deals with the internationalization of Criminal law, a reflection of the transnationalization or internationalization of criminality, a phenomenon which has obliged states to seek new legal means capable of combating crime in a coordinated, efficient way. The fight against international crime has led to international agreements, which are the most important mainstay for ensuring collaboration between states in the fight against those sectors of crime which present the highest level of internationalization, such as drug trafficking, terrorism and cybercrime. Within this scenario, the International Criminal Court, which is permanent in nature and acts as a complementary competence to the national courts, was created by the Rome Statute in 1998 with the aim of resolving many of these problems. The ratification of the Statue of Rome by the Spanish State required the Spanish legislator to adopt measures to coordinate the internal diplomas and the requirements of the Statute of Rome. This is the central theme addressed by the author.

Key Words

Criminal Law; Internationalization; Rome Statute

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, (bi- o 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 ser los casos referidos, por ejemplo, al tráfico de drogas, al terrorismo o a la delincuencia informática.

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 norteamericana¹, 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 casos².

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 Ruanda³), ni la consagración del principio de justicia universal a la hora de juzgar delitos como los de genocidio⁴, 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 países⁵.

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 gubernamentales⁶; 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 nacionales⁷

Precisamente, la ratificación del Estatuto de Roma por el Estado español, realizada el 25 de Octubre de 2000⁸ 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 agresión⁹, han motivado que el legislador se viese obligado a adoptar una serie de medidas tendentes 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 Estado¹⁰.

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”¹¹, 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 extradición¹².

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

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 subordinados¹⁵.

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*¹⁶.

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 subordinados¹⁷.

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 ejecute¹⁸.

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 recibida¹⁹.

Esta teoría ha encontrado una muy favorable acogida por parte de la doctrina²⁰ 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 DDR²¹, la de la Junta General argentina²² o los procesos de algunos de los altos mandos militares implicados en los crímenes cometidos durante el conflicto en la ex Yugoslavia²³.

Pese a ello, no es una teoría exenta de problemas, habiendo surgido Teorías que realizan matizaciones con respecto a la misma²⁴,

pero también algunas otras que directamente niegan su viabilidad, por entender que suponen una quiebra fragante 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 pertenecía²⁵.

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 mismo²⁶.

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 cabo²⁷.

No sorprende por tanto que la última de las opciones doctrinales comentadas parta 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 realizar²⁸.

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 mediatas²⁹.

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 res-

ponde 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 mediato 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 ejecuta³⁰.

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 realizado³¹, 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 subordinados³².

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 Internacional³³.

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)³⁴

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 permitiría considerarlo como verdadero coautor de dichos delitos³⁵.

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 aquel³⁶.

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 verdaderos delitos de omisión impropia³⁷.

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 imprudentes³⁸.

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 delito³⁹.

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 superior⁴⁰.

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 vimos⁴¹, 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 subordinados⁴², 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 autoridad⁴³, 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 Roma⁴⁴.

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 imprudencia⁴⁵.

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 internacional⁴⁶.

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 domino positivo sobre los mismos⁴⁷.

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 Roma⁴⁸, 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 guerra⁴⁹.

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 *iiii* el dolo!!!!

Parece que con ello se introduce en el Estatuto de Roma un concepto de *dolus malus*⁵⁰, 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 penal⁵¹.

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 antijuridicidad⁵².

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 restric-

tivo 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 accesoriedad 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.

Notas

- 1 El General Tomoyuki Yamashita era el mando responsable de las fuerzas japonesas responsables de la defensa de Manila frente al ataque norteamericano que finalmente culminó con la toma de dicha ciudad el 3 de Marzo de 1945, momento en el que se pudo constatar que las tropas japonesas habían torturado y asesinado a miles de civiles, hecho del que se responsabilizó a Yamashita por no haber adoptado las medidas a su alcance y que hubiesen podido impedir la realización de dichas atrocidades. Vid. AMBOS, K. "La responsabilidad del superior en el Derecho Penal internacional". ADPCP, V. LII, 1999. Pg. 529
- 2 MUÑOZ CONDE, F. realiza un interesante análisis de estos procesos y en concreto de aquella parte de los mismos que se encargaron de enjuiciar a los juristas que colaboraron con el régimen nazi en MUÑOZ CONDE, F./ MUÑOZ AUNIÓN, M. "¿Vencedores o vencidos?". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pg 17 y ss
- 3 Creados por las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU nº 827, de 25 de Mayo de 1993 y la nº 955 de 8 de noviembre, respectivamente.
- 4 Así lo establece el artículo 23,4 a de la Ley Orgánica del Poder Judicial española que atribuye la competencia a la jurisdicción española para juzgar delitos como el de genocidio, aún cuando dicho delito hubiese sido cometido fuera del territorio nacional por un no español, principio que, como señala MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. ha sido invocado por los Tribunales españoles para perseguir a algunos de los responsables de los crímenes cometidos durante las dictaduras chilenas o argentinas. "Derecho Penal. Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Pg. 161.
- 5 Un ejemplo claro de estos supuestos sería el intento frustrado de procesamiento realizados por los tribunales españoles sobre el General Pinochet. Véase sobre esta concreta polémica jurídica, RODRÍGUEZ RAMOS, L. / GIL DE LA FUENTE, J. "Límites a la Jurisdicción penal universal española (A propósito

- de los casos Pinochet y Guatemala)” en LL nº 5788, 2003. Pg. 1 y ss
- 6 Es reseñable que pese a dicho respaldo mayoritario el Estatuto también se encontró con el rechazo frontal de países tan importantes como China o los propios Estados Unidos. Se puede encontrar un breve estudio referido al largo y arduo camino que ha llevado hasta la promulgación y aprobación del Estatuto de Roma en CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. “Supranacionalidad y justicia penal: La corte Penal Internacional (1) (2)” en AP nº 35, 2003. Pg. 872 y ss
 - 7 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. Pg. 1200
 - 8 LO 6/2000 de 4 de Octubre.
 - 9 Así lo establece el artículo 5 ER, si bien se condiciona la competencia respecto al crimen de agresión al desarrollo que de dicho delito se realice siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 121 y 123 ER, como bien señalan CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. Op. cit. ant. Pg. 878
 - 10 Esto se daría, por ejemplo, cuando como bien señala GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., la sentencia del Estado Parte encubriese el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad criminal ante la Corte Penal Internacional por aplicación del principio de cosa juzgada. En “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el estatuto de la Corte Penal Internacional” en AP nº 42, 2002. Pg. 1126; circunstancias todas ellas que han de ser valoradas por la propia Corte, lo que en palabras de BAIGÚN, D. viene a relativizar la fuerza de la prioridad asignada a los tribunales del Estado interviniente. En “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. Pg. 90
 - 11 CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. Op. cit. ant. Pg. 879
 - 12 En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. afirma que para poder dar contenido real al principio de complementariedad de la Corte Penal internacional y para poder extraditar a los criminales contra la humanidad reclamados por otros países se hace imprescindible tipificar estos delitos en nuestro Derecho Interno de forma idéntica o cuando menos no incompatible con las descripciones contenidas en el Estatuto de Roma. En “Elementos comunes (...)” Pg. 1127.
 - 13 No debe sorprender por tanto que AMBOS, K. encuentre paralelismos evidentes entre las reglas de atribución de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma y otras normativas penales internacionales que contemplan otras modalidades de criminalidad organizada, como por ejemplo el CORPUS IURIS europeo, referido, precisamente, a la criminalidad económica. En “La responsabilidad del superior (...)” Pg. 555 y ss, aunque no debe olvidarse, como bien señala MUÑOZ CONDE, F., que la criminalidad empresarial se diferencia de la delincuencia organizada propiamente dicha, en el hecho de que esta última esta abocada desde un primer momento a la realización de actividades criminales. En “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. Pg. 178
- 14 Nos encontramos en realidad frente a lo que ROXIN, C. ha venido a denominar como “...*maquinarias o estructuras de poder organizadas*”, que facilitan al hombre de atrás “... una “*maquinaria*” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda se pueden cometer crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”. En “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. Ed. Marcial Pons, Madrid 2000. Pg 270
- 15 Seguiremos, por tanto, en nuestro análisis el esquema expositivo ya adoptado en su día por GÓMEZ BENITEZ, J. M. “La parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional” en AP nº 41, 2003. Pg. 1034 y ss
- 16 ROXIN, C. Op. cit. ant. Pg. 269y ss
- 17 Idem Pg. 274
- 18 Idem Pg. 272
- 19 Idem Pg. 276.
- 20 Así, a modo de ejemplo de la influencia que ha tenido esta teoría en el ámbito que nos ocupa, se puede señalar que fue la teoría utilizada por AMBOS, K/ CRAMMER, C. a la hora de emitir su dictamen referido al caso de la muerte de Elisabeth Käsemann durante la dictadura militar argentina, publicado bajo el título “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann” en RP 12, 2003. Pg. 30 y ss
- 21 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, 40, Pg. 218
- 22 ROXIN, C. “Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II” V. Beck. München, 2003. Pg. 48
- 23 Vid. AMBOS, K. “La responsabilidad del superior (...)”. Pg. 541
- 24 El requisito referido a la desvinculación del derecho de las organizaciones es posiblemente el requisito que mayores controversias ha generado, incluso entre los defensores de esta teoría. En este sentido, un significativo sector de la doctrina mantiene la perfecta viabilidad de la aplicación de la citada teoría a aquellas conductas acordes con el derecho temporalmente vigente en un determinado país, pero que fueron realizadas el propio Estado, cuyas instituciones habrían creado dicho Derecho para dar cobertura legal a conductas manifiestamente antijurídicas realizadas por sus propios órganos. En esta línea doctrinal se incardinarían las opiniones de MUÑOZ CONDE, F. “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho” en RP nº 6, 2000, Pg. 111 y ss; AMBOS, K. “Dominio del hecho en virtud de aparatos jerarquizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones” en RDPC nº3, 1999, Pg. 165, o 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. Pg. 56, entre otros.

- 25 Dentro de nuestra doctrina, rechazan la teoría del dominio de la voluntad por aparatos jerarquizados de poder, considerando como meros inductores a los "hombres de atrás" o "superiores de las organización en cuestión, autores como, GIMBERNAT ORDEIG, E. "Autor y cómplice en Derecho Penal", Ed. Universidad de Madrid. Madrid, 1966. Pg. 189 u OLMEDO CARDENETE, M. D. "La inducción como forma de participación accesoria". EDERSA, Madrid, 1999. Pg. 193
- 26 Esta es la postura mantenida por GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. quien afirma que el hecho de que el artículo 25.3 del Estatuto de Roma, contemple de forma expresa en su apartado b) la responsabilidad de quienes diesen ordenes dirigidas a la comisión de crímenes por quienes las reciban, diferenciándolos de las formas de autoría y complicidad contempladas en otros apartados, es muestra de la proximidad de dicha forma de responsabilidad personal a la de inducción o proposición. En "La parte General (...)". Pg. 1034
- 27 En esta línea, JESCHECK, H-H/ WEIGEND, T. señalan que la apreciación de una autoría mediata en los supuestos que nos ocupan no es factible si los ejecutores materiales de los delitos en cuestión pueden ser considerados como autores plenamente responsables de los mismos, lo que no puede hacer olvidar, sin embargo, que "...la persona que ocupa la posición central en la organización es coautor precisamente porque domina la organización". En "Tratado de Derecho Penal". Ed. Comares. Granada, 2003. Pg. 722. JAKOBS, G., por su parte, considera la apreciación de la autoría mediata en estos casos superflua y nociva, considerando más adecuado apreciar una verdadera coautoría. En "Derecho Penal. Parte General". Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pg. 784.
- 28 En este sentido, MUÑOZ CONDE, F. quien afirma que la figura de la coautoría respondería mucho mejor a la realidad de estos supuestos que el resto de categorías de autoría y participación. En "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en "Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos". Ed. Universidad de Huelva. Huelva, 1999. Pg. 155. El mismo autor, en "Dominio de la voluntad en virtud (...)". Pg. 113
- 29 Así lo entendía, BLOY, R. "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung" en GA 1996. Pg. 440; postura sostenida también por ROXIN, C., autor que además rechazaba la posibilidad de coautoría, por entender que en los casos comentados ni se puede apreciar un acuerdo o decisión delictiva común, ni se puede afirmar que ambos sujetos ejecutan conjunta o colectivamente el hecho. En "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II" (...) 52 y 53. El mismo autor, en "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en "Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos". Ed. Universidad de Huelva. Huelva, 1999. Pg. 194 y ss
- 30 El hecho de que pudiese ser sustituido por otro en dicha ejecución carece, a nuestro juicio, de relevancia a efectos penales, ya que valorar la sustitución hipotética de tal sujeto como una causa reductora de su dominio del hecho viene a dotar de relevancia penal a los denominados cursos causales hipotéticos,

cursos que tradicionalmente han sido consideradas como irrelevantes incluso a efectos de la teoría de la imputación objetiva. Cfr. ROXIN, C. "Derecho Penal. Parte General. Tomo I" Ed. Civitas, Madrid, 1997. Pg. 353 y ss. JAKOBS, G. Op. cit. ant. Pg. 282 y ss.

- 31 En idéntico sentido, se manifiesta MUÑOZ CONDE, F., quien considera que entre el superior y el subordinado se da un verdadero reparto de roles, que el atribuye a cada uno de ellos un verdadero dominio funcional del hecho. En "Problemas de autoría y participación (...). Pg. 156; señalando, que sería, precisamente, la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho, la que determinaría que el coautor, para ser considerado como tal, no siempre tenga que tomar parte en la fase ejecutiva del delito, como exige la doctrina tradicional mayoritaria. El mismo autor, en "Dominio de la voluntad en virtud (...)". Pg. 113
- 32 Así, como bien señalan AMBOS, K/ GRAMMER, C. uno de los problemas esenciales a los que se enfrentan generalmente los tribunales a la hora de enjuiciar estos casos (p. ej. a la hora de enjuiciar los delitos cometidos durante la dictadura argentina o durante la guerra en la ex-Yugoslavia), es el de la ausencia de pruebas documentales (ordenes escritas, actas de reuniones, etc...) en los que se pueda constatar la existencia de las ordenes que vendrían a incriminar a los superiores por las conductas de sus subordinados; siendo, tal vez, el enjuiciamiento de los ex-dirigentes de la RDA, el único en el que existe una abundante cantidad de documentos incriminatorios. En Op. cit. ant. Pg. 32.
- 33 *"Art. 615 bis 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.*
2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.
 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, será castigado con la pena inferior en dos grados a la de 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.
 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, será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.
 6. 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 el empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.”

- 34 En este sentido, GÓMEZ BÉNITEZ, J. M. “La parte general del Estatuto (...)”. Pg. 1036
- 35 No compartimos, por tanto, la postura sostenida por quienes rechazan la viabilidad de la participación omisiva. Vid. por todos KAUFMANN, A. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. - 2. Aufl.. V. Schwartz. Göttingen 1988. Pg 291 y ss
- 36 Compartimos la postura defendida por MIR PUIG, S. quien considera que en los casos en los que la posición de garante se derive del deber de control que ostentan determinadas personas sobre la fuente de peligro que puede generar la conducta de determinados terceros (p. ej. Padres respecto a hijos, Médicos respecto a enfermos, etc...), sólo será verdadero autor el vigilado, mientras que el omitente responderá todo lo mas a título de cooperador necesario por omisión. En “Derecho Penal. Parte General”. Ed. Reppertor. Barcelona 2002. Pg.321 y 322. En similares términos, JESCHECK, H-H/ WEIGEND, T. Op. cit. ant. Pg. 749
- 37 Atendemos así a la clasificación de delitos omisivos realizada por MUÑOZ CONDE, F/ GARCÍA ARÁN. M. Op. cit. ant. Pg. 240. AMBOS, K, como veremos supra, considera que el artículo 28 del Estatuto de Roma, paralelo al 615 bis del CP español, contempla un delito propio de omisión y no uno de comisión por omisión, figura ésta que además fue rechazada durante los trabajos de elaboración del Estatuto, por considerarla como contraria al principio de legalidad. En “La responsabilidad del superior (...)”. Pg. 564.
- 38 Así, lo entiende la totalidad de la doctrina española, que argumentan que es el propio fundamento de la tentativa y el tenor literal del artículo 16 CP regulador de la tentativa, el que excluye dicha posibilidad, Vid. MUÑOZ CONDE, F/ GARCÍA ARÁN. M. Op. cit. ant. Pg.418; MIR PUIG, S. Op. cit. ant. Pg. 344; entre otros
- 39 AMBOS, K. “La responsabilidad del superior (...)”. Pg. 565
- 40 Idem. Pg. 564 y 565
- 41 Vid. supra
- 42 Sobre la interpretación de dicho concepto véase AMBOS, K. “La responsabilidad del superior (...)”. Pg. 578 y ss
- 43 “Art. 24 CP. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”

- 44 AMBOS, K. entiende que se establece un distinto grado de exigencia subjetiva en los apartados a) y b) del artículo 28 del Estatuto de Roma para los superiores militares y los no militares, respectivamente. De este modo, mientras que el jefe militar responderá, tanto si sabía como si hubiese debido saber que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer delitos, el superior no militar sólo será responsable si realmente sabía o deliberadamente hubiese hecho caso omiso de información que indicase claramente dichas situaciones, lo que supone restringir su responsabilidad a los casos de “*willfully blind*” o ceguera voluntaria. En “La responsabilidad del superior (...)” Pg. 582 y ss
- 45 Entendemos en este sentido que esta “ceguera voluntaria” alude a al concepto de desconsideración (*Recklessness*) anglosajona, concepto que en nuestra opinión denota ya el desprecio hacia el bien jurídico protegido que diferencia al dolo (eventual en nuestra opinión) de la mera imprudencia consciente. Una argumentación más extensa sobre nuestra postura personal a la hora de delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente se encuentran en GALÁN MUÑOZ, A. “El Fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Pg. 507 y ss. También asimila la *Recklessness* anglosajona al dolo MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. en Op. cit. ant. Pg. 273; partiendo para ello del concepto unitario del dolo, que mantienen entre otros, HASSEMER, W. “Los elementos característicos del dolo” en ADPCP, 1990. Pg. 928 y ss o DÍAZ PITA, M^º. M. “El dolo eventual”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. Pg. 289 y ss. WERLE, G. por su parte considera que, pese a que no se haya recogido el concepto de *Recklessness* de forma expresa en el Estatuto de Roma, parece que la desafortunada regulación de dicho Estatuto, junto con el hecho de que dicho concepto haya sido utilizado en algunos casos de entre los juzgados por el Tribunal de la ex-Yugoslavia, han determinado que se pueda fundamentar la punibilidad de formas de imputación por debajo del nivel del dolo directo. En “*Völkerstrafrecht*”. V. Mohr Siebeck. Tübingen, 2003. Pg. 118 y ss. AMBOS, K., por su parte, asimila la ceguera voluntaria a la imprudencia consciente, precisamente por su paralelismo con la *Recklessness* anglosajona. En “La responsabilidad del superior (...)” Pg 586 y ss. Este mismo autor, ha afirmado recientemente y de modo más general que la *Recklessness* es algo que exige menos que el dolo eventual y más que la simple imprudencia; en “*Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*”. V. Duncker & Humblot. Berlín, 2004. Pg. 480; postura que es acorde con la anteriormente manifestada por FLETCHER, G. P. en “Conceptos básicos de Derecho Penal”. Ed. Tirant lo Blanch” Valencia, 1997. Pg. 175, que, sin embargo, no compartimos.
- 46 La inclusión de las autoridades no militares como posibles sujetos activos del delito contemplado en el art. 615 bis CP puede ser cuestionada, ya que el propio tenor literal del citado precepto, que habla de “*La autoridad o jefe militar (...)*”, podría hacer pensar que sólo serían sujetos activos de dicho delito los superiores y las autoridades militares. Sin embargo, tanto la definición legal del concepto de autoridad contemplada en el art. 24.1 CP, como el hecho de que el hecho de que el art. 615. 4. bis CP delimite sus posibles sujetos activos

aludiendo simplemente a “Los superiores no comprendidos en los apartados anteriores (...)” sin hacer alusión alguna a su carácter no militar, ni mencionar expresamente a las autoridades, nos han llevado a entender que las autoridades tanto militares, como no militares serán posibles sujetos activos del delito contemplado en el art. 615.1. bis CP y no del contenido en el art. 615.4 bis CP, que ni siquiera menciona expresamente a las autoridades entre sus posibles sujetos activos. De esta forma, se posibilita la imputación de este delito a título de imprudencia a algunos superiores que no tendrían carácter militar, pero que gozarían de una enorme influencia en las actuaciones de los militares (p. ej. los parlamentarios), respondiendo así, parcialmente, a la recomendación hecha en su día por la Fiscalía General del Estado respecto al anteproyecto de Ley Orgánica en el que tuvo su origen la ya vigente Ley Orgánica 15/2003, que venía a pedir la extensión de imputación imprudente a los superiores no militares. Vid. “Informe de la Fiscalía general del Estado sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal”; en “Documentación preparada para la tramitación del proyecto de Ley orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal”. Secretaria General del congreso de los Diputados. Madrid, 2003. Pg. 688.

47 En este sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Responsabilidad penal en la empresa”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pg. 174 y ss

48 Cfr. 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. Pg. 35 y ss

49 GÓMEZ BENITEZ, J. M. “La parte general (...)”. Pg. 1042

50 Idem. Pg. 1041

51 Se volvería así a una doctrina causalista clásica del dolo, superada como señala MIR PUIG, S., gracias al finalismo, que se decantó por un concepto más restringido del dolo denominado “dolo natural”, según la cual, habría dolo cuando se conociese y se quisiese realizar la situación objetiva descrita por el tipo de injusto, sin necesidad de que concurriese conciencia de la antijuridicidad. En Op. cit. ant. Pg. 255. En similares términos, véase MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. Op. cit. ant. Pg. 268.

52 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “La parte general (...)”. Pg. 1041.

Referencias

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** n°3, 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** n° 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** n°9, 2003.

CUERDA RIEZU, A. /RUÍZ COLOME M. A. Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal internacional (1) **La Ley**, n° 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.; GARCÍA ARÁN 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 LL nº 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.

Recebido em: 27/01/2005

Avaliado em: 15/02/2005

Aprovado em: 21/03/200