

# LA RESPONSABILIDAD POR MANDO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Patricia Faraldo Cabana

Catedrática de Derecho Penal

Universidade da Coruña – España

Publicado en OLÁSOLO ALONSO, H./ CUENCA CURBELO, S. (Coord.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional. Volumen I, 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 171-185. ISBN 978-84-9004-922-8.

**Resumen:** Se analiza la regulación de la responsabilidad por mando en el art. 615 *bis* del Código penal español, modificado en 2003 para implementar los principios generales sobre la exigencia de responsabilidad a los jefes militares y otros superiores contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. También se hace alusión a otros casos de responsabilidad por mando regulados en el Código penal militar. El objetivo es determinar si la normativa española acoge en sus líneas básicas lo dispuesto en el art. 28 del Estatuto de Roma.

**Palabras clave:** responsabilidad por mando, responsabilidad de los superiores, Código penal español

## I. Introducción

En 1994, aprovechando el impulso resultante de la creación de los Tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió retomar los trabajos ya iniciados en 1948 para establecer un Tribunal penal internacional permanente. La aprobación por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, convocada al efecto por las Naciones Unidas, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 supuso un gran paso en la creación de una jurisdicción penal internacional permanente y de carácter general, paso que ya no admite marcha atrás una vez que ha entrado en vigor el Estatuto al conseguirse el número de firmas necesario<sup>1</sup>.

Por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, el Parlamento autorizó la ratificación

---

<sup>1</sup> Según el art. 126 del Estatuto, éste “entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.

por España del Estatuto de Roma, que tuvo lugar el 24 de octubre de 2000. Pero con ello no terminaron las obligaciones internacionales para España, pues era necesario que este país procediera a adaptar el Ordenamiento jurídico interno a los principios del Estatuto de Roma, esto es, que procediera a "implementarlo" con el fin de conseguir la armonización de la legislación nacional con el Estatuto<sup>2</sup>. Y es que la Corte Penal Internacional sólo actúa de acuerdo con el principio de complementariedad, lo que supone que los Estados signatarios han de asumir la represión de los atentados contra los derechos humanos que se cometan en su territorio, incluyendo en su legislación penal tanto los delitos sancionados en el Estatuto como los principios generales sobre la exigencia de responsabilidad a los distintos intervinientes<sup>3</sup>.

Pues bien, ya en 2001 el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española había elaborado una "Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado"<sup>4</sup>, en la que se proponía añadir en el Capítulo IV del Título XXIV del Código penal un nuevo precepto que habría de acoger la regulación del art. 28 del Estatuto de Roma. Por su parte, en 2002 el Grupo de Estudios de Política Criminal había señalado que "debe promoverse una reforma del ordenamiento español con arreglo a los siguientes principios: ... 4. Regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/ o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, hayan organizado, controlado o no impedido la ejecución de estos delitos"<sup>5</sup>. Hubo que esperar a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para que, además de cambiar en profundidad los delitos contenidos en el Título XXIV<sup>6</sup>, se

---

<sup>2</sup> Sobre lo que significa la obligación de implementación para los Estados signatarios, vid. O. TRIFFTERER, "Domésticos de ratificación e implementación", en K. AMBOS (coord.), *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25 ss.

<sup>3</sup> Sobre las lagunas de punición que supone la ausencia de implementación en la legislación interna vid. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español", en E. BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *El Derecho penal internacional*, CGPJ, Madrid, pp. 16 ss.

<sup>4</sup> Publicada en el núm. 78 de la *Revista Española de Derecho Militar*.

<sup>5</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13.

<sup>6</sup> Con el confesado propósito de "coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional", según la Exposición de Motivos de la Ley

introdujera la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/ o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores, no han impedido la ejecución de estos delitos por sus subordinados o no los han perseguido. Queda por ver si se ha hecho respetando lo dispuesto en el art. 28 del Estatuto de Roma, tema al cual se dedican las siguientes páginas.

## II. El art. 615 *bis* del Código penal español: luces y sombras

1. *Introducción.* La responsabilidad por mando se recoge en el art. 615 *bis*<sup>7</sup> del Código penal de 1995, dentro del Capítulo IV, "Disposiciones comunes"<sup>8</sup>, del Título

---

Orgánica 15/2003.

<sup>7</sup> Art. 615 *bis* CP: "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 cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

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 cometidos por sus subordinados 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 comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años".

<sup>8</sup> Se trata de disposiciones comunes a los delitos contenidos en los Capítulos II (genocidio), II *bis* (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Aquí hay que tener en cuenta que el Código penal español no incluye en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado los delitos de resultado, que deben castigarse mediante la aplicación de los delitos comunes. Como apunta A. GIL GIL, "Artículo 615 *bis*", en M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 2023, "dado que el art. 615 *bis* sólo es aplicable a "los delitos comprendidos en los Capítulos II, II *bis* y III de este Título" resulta que no será aplicable por ejemplo, al

## XXIV del Libro II.

El Derecho penal español ya conocía dos preceptos que recogían casos de responsabilidad por mando, si bien no en el Código penal común<sup>9</sup>, sino en el militar (aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), de forma fragmentaria e incompleta<sup>10</sup>: por una parte, el art. 78 CPM, que al sancionar penalmente la realización de "cualesquiera otros actos contrarios" a las normas del Derecho Internacional Humanitario incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el art. 87 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)<sup>11</sup>; por otro lado, el art. 137 CPM, que regula un supuesto de responsabilidad por mando que no supone la atribución al superior de los delitos cometidos por los subordinados y no impedidos a título de autoría, pues se configura como un delito de omisión pura del deber de impedir delitos y no como un delito de omisión y resultado<sup>12</sup>.

---

homicidio de una persona protegida, por encontrarse el delito de homicidio en otro título del CP”.

<sup>9</sup> En el que a partir de 2003 sí hay un tipo residual aplicable a “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado” (art. 614 CP).

<sup>10</sup> Como apunta J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en “la criminalización de la barbarie””, *Revista Española de Derecho Militar* núm.82, 2003, p. 222.

<sup>11</sup> Art. 78 CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión”.

Sobre este precepto, vid. ampliamente P. FARALDO CABANA, “Artículo 78”, en P. FARALDO CABANA (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; J. L. FERNÁNDEZ FLORES, “Delitos contra las leyes y usos de la guerra (Artículos 69 a 78)”, en R. BLECUA FRAGA/ J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 807-845.

<sup>12</sup> Art. 137 CPM: “El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión”.

Al respecto vid. por todos J. A. del OLMO PASTOR, “Delitos contra los deberes

2. *Sujetos activos*. En cuanto a los sujetos activos, se distingue entre autoridad o jefe militar, o quien actúe efectivamente como tal, por un lado, y el superior no comprendido en esas categorías, por otro. La persona que ejerce un poder fáctico o de hecho se asimila a las autoridades y jefes militares, pudiendo llegar a ser castigada como autora de los hechos cometidos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo. Además, se incluye en un último apartado al 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 comprendidos en los capítulos indicados. En este caso se trata de un funcionario o autoridad con obligación de promover la persecución de delitos.

La alusión a las *autoridades o jefes militares* no permite incluir a miembros de la Administración civil, aunque también puedan tener capacidad de mando y control efectivo. Su responsabilidad es exigible, en su caso, a través de los apartados 4 y 5, que castigan a los superiores. Ahora bien, puesto que se trata de autoridades o jefes *militares* ha de aplicarse el Código penal militar, y no el común, ya que su condición de militares atrae la jurisdicción militar, que es preferente, por especialidad<sup>13</sup>. Llama la atención que una conducta de omisión del deber de impedir delitos militares se castigue en el art. 137 CPM con una pena que puede llegar a ser notablemente inferior a las previstas en el art. 615 *bis* CP, aunque cierto es que también puede ser superior en algún supuesto. En cualquier caso, en el Código penal militar se castiga la misma conducta con un intervalo de pena que no depende de cuál sea el delito cometido por los subordinados y que no se hace coincidir con la que se impone a los autores del delito cometido. Si falta algún elemento típico se aplica subsidiariamente el art. 615 *bis* CP, precepto que es de aplicación principal cuando el sujeto activo no es un militar en el sentido expuesto en los arts. 7 y 8 CPM.

---

del mando (Artículos 130 a 143)”, en R. BLECUA FRAGA/ J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios*, cit., pp. 1633-1636.

<sup>13</sup> Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ/ M. ABAD CASTELOS, “Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 3, 1999, pp. 458-459. Vid. no obstante J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “La reforma”, cit., p. 227, quien entiende que los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados se castigarán conforme a los arts. 69 a 79 CPM, pero los derivados de la responsabilidad del mando militar se castigan como delitos comunes a través del art. 615 *bis* CP, que sería de aplicación preferente en el concurso de leyes por alternatividad. Sin embargo, las reglas del art. 8 CP deben aplicarse por orden, y es preferente la especialidad a la alternatividad, por lo que no coincide con la posición de este autor.

El concepto de militar es objeto de interpretación auténtica en el art. 8 CPM<sup>14</sup>. En él se integran, además del personal citado expresamente (funcionarios militares profesionales y no profesionales, requisados, movilizados y militarizados, incluidos los militares de hecho), “los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares” (art. 7 *bis* CPM *a sensu contrario*, añadido por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil). Por su parte, en relación con el concepto de “autoridad o jefe militar” resulta de interés la definición auténtica de lo que se consideran “autoridades militares” a efectos del Código penal militar, recogida en el art. 9 CPM<sup>15</sup>. La

---

<sup>14</sup> Art. 8 CPM: “A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.
2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.
3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.
4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.
5. Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno”.

Sobre este concepto vid. J. L. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, “Definición de “militares” (Artículo 8º)”, en R. BLECUA FRAGA/ J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios*, cit., pp. 215-244.

<sup>15</sup> Art. 9 CPM: “A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares:

1. El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.
2. Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.
3. Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.
4. Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.
5. Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada”.

alusión a quienes actúen efectivamente como autoridades o jefes militares permite incluir en el ámbito de sujetos activos no sólo a quienes de hecho actúen como tales en una estructura organizada formal, sin serlo de derecho, por ej. por haberse producido un problema en la cadena de mando, sino, sobre todo, a quienes detentan una posición de mando en una estructura organizada informal, al margen de las fuerzas armadas regulares<sup>16</sup>. Estos jefes sólo responden en tanto mantienen el control efectivo sobre la organización.

La mención del *superior no comprendido en los apartados anteriores* puede resultar, en una primera aproximación, de difícil comprensión. En efecto, se superpone en buena medida a los conceptos de autoridad o jefe militar. Podría pensarse que su inclusión se debe a que el legislador haya tenido en mente la definición que asume el Código penal militar, que se extiende a otros sujetos que, en principio, no cabría entender comprendidos en las categorías de autoridad o jefe militar, como los prisioneros de guerra investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en los campos de prisioneros<sup>17</sup>. Sin embargo, la razón de la mención específica del superior reside en la necesidad de abarcar a la autoridad civil que no se inserta en una organización militar o paramilitar, y por tanto no actúa efectivamente como autoridad o jefe militar con mando y control efectivo sobre las fuerzas actuantes. Se trata de abarcar autoridades como los secretarios de Estado, los delegados del gobierno, los alcaldes, etc. El superior es, pues, una autoridad o jefe que ocupa una posición superior por el empleo, cargo o función que desempeña. De esta forma, se consigue hacer responder a todos los

---

<sup>16</sup> Parece dar a entender que con la expresión utilizada en el art. 615 *bis* CP no se abarca a quienes “al mando de grupos organizados diferentes a los gubernamentales, cometan delitos contra las personas y bienes en el marco de conflictos armados”, C. QUESADA ALCALÁ, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 384, quien apunta que se echa en falta la expresión, contemplada en el Estatuto de Roma, “el jefe militar o quien actúe efectivamente como tal jefe militar”. En mi opinión, la utilizada en el art. 615 *bis* CP es equivalente a todos los efectos.

<sup>17</sup> El art. 12 CPM define el concepto de “superior” en los siguientes términos: “A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de las mismas, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en relación a quienes les están subordinados”.

involucrados, si bien resulta llamativo que unos lo deban hacer con base en el Código penal común (los civiles) y otros con base en el Código penal militar (los militares).

Por último, se menciona en el apartado 6 al *funcionario o autoridad* que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, pero faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia. Esta caracterización limita considerablemente el ámbito de posibles autores, ya que se alude únicamente a los que tienen asignada la función de promover la persecución de los delitos y de sus responsables, pues sólo ellos faltan a la obligación de su cargo cuando no promueven la persecución de un delito o de sus responsables. Por tanto, este apartado está referido a jueces, fiscales y funcionarios integrantes de la Policía Judicial, que son los señalados en el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>18</sup>. Se pretende, así, el castigo de sujetos que, sin ocupar la posición de superior y sin ejercer un control efectivo, quieran favorecer a los criminales dificultando o impidiendo su persecución<sup>19</sup>, si bien hay que advertir que no se cubren lagunas de punibilidad, pues en ausencia de este precepto sería aplicable el delito de omisión del deber de perseguir delitos recogido en el art. 408 CP, e incluso, en su caso, el delito de encubrimiento previsto en los arts. 454 y siguientes CP. Por lo demás, téngase presente que si el funcionario o autoridad se encuentra en alguna de las situaciones descritas en los apartados anteriores del art. 615 *bis* CP son éstos los preceptos aplicables, ya que el apartado 6 es expresamente subsidiario de los anteriores.

---

<sup>18</sup> Art. 283 LECrim: “Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:

1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.
2. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.
3. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de Barrio.
4. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.
5. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural.
6. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.
7. Los funcionarios del Cuerpo especial de prisiones.
8. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados.
9. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes”.

<sup>19</sup> Como apunta A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 778-779.



3. *Conductas típicas*. En lo que respecta a las conductas típicas, se distinguen dos modalidades: no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión de alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos II, II *bis* y III del mismo título por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo; y no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos esos delitos cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo. La conducta de dejar de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos anteriormente citados encaja en la última de las citadas.

Respecto de la primera, conviene destacar que da lugar a la imposición de las mismas penas que corresponden a los autores de los delitos. Se trata, en mi opinión, de un supuesto de omisión y resultado específicamente previsto en la ley, aunque en la doctrina se suele hablar en este caso de comisión por omisión<sup>20</sup>. Sin embargo, esta expresión alude únicamente a aquellas omisiones penales referidas a resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa. Por tanto, la denominación "delito de comisión por omisión" no es aplicable a aquellos supuestos de omisión y resultado específicamente previstos, como es el caso que nos ocupa, que ya configuran expresamente la posición de garante y consideran estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado. En efecto, el art. 615 *bis* CP atribuye expresamente en sus apartados 1 y 4 a autoridades y jefes militares, así como a quienes actúan efectivamente como tales, y a superiores en el ámbito de su competencia no comprendidos en las categorías anteriores, una posición de garante<sup>21</sup>, considerando estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado en el supuesto de que no adopten las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos mencionados por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo o por sus

---

<sup>20</sup> Vid. por todos M. GARCÍA ARÁN, "Artículo 615 *bis*", en J. CÓRDOBA RODA/ M. GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2720. Sobre el concepto de omisión que utilizo, vid. P. FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, julio 2005, núm.16, pp. 29-78.

<sup>21</sup> Que se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que establece la obligación de los comandantes de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados, por lo que puede hablarse de una obligación legal de actuar en evitación de tales hechos, puesto que se recoge en un Tratado internacional que además tiene la consideración de derecho consuetudinario. En este sentido, entre otros, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "La reforma", cit., p. 222. Lo ponía en duda A. GIL GIL, "España", en K. AMBOS/ E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, Montevideo, 2003, p. 376, nota núm.181.

subordinados, respectivamente<sup>22</sup>. De esta forma, no es necesario acudir al art. 11 CP, que regula la comisión por omisión, pues el legislador ya ha equiparado la omisión a la acción en este supuesto<sup>23</sup>. Puede llamar la atención que no se prevea aquí una cláusula de inexigibilidad de la conducta alusiva a la inexistencia de riesgo propio o de terceros similar a la prevista en el art. 450 CP. Al respecto se ha de tener presente, por un lado, la relación de superioridad jerárquica de que disfruta el sujeto activo del art. 615 *bis* CP en comparación con el del art. 450 CP, que lleva a pensar que corre menos riesgos, y por otro la importancia de los bienes jurídicos afectados, que obliga a operar en esta materia con un criterio restrictivo. Serán de aplicación, en cualquier caso, las circunstancias eximentes y atenuantes comunes.

Es necesario que entre las competencias de la autoridad o jefe militar o del superior se encuentre la adopción de medidas para evitar la comisión de delitos por los subordinados y que en concreto estuviera en condiciones de adoptarlas, en particular porque era conocedor de que se iban a cometer o ya se estaban cometiendo, pues con otro entendimiento no se podría justificar que se le impusiera la misma pena que a los autores.

En relación con la segunda modalidad de conducta, no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos esos delitos, nos encontramos ante una omisión del deber de perseguir determinados delitos que puede adoptar dos formas, según el sujeto activo tenga competencias para perseguir o no: no perseguir los delitos y no denunciar los delitos a quien tiene competencias para perseguirlos. A diferencia de la anterior modalidad, aquí nos encontramos ante delitos de omisión pura o propia<sup>24</sup>, en los que se sanciona tanto la mera inactividad como una actividad insuficiente, siempre que en ambos casos se pueda decir que no se han adoptado las medidas que el sujeto tenía a su alcance y estaba obligado a emplear. En cualquier caso, no se imputa un resultado. Dado este menor desvalor de injusto, la conducta se castiga, coherentemente, con una pena inferior a la de los autores.

Ahora bien, para que surja el deber de perseguir los delitos o, subsidiariamente, de denunciarlos es necesario, en primer lugar, que el sujeto activo haya conocido<sup>25</sup>, por

---

<sup>22</sup> Evitándose así el tener que comprobar la equivalencia entre la omisión y la causación activa del resultado, que suele ser problemática.

<sup>23</sup> Vid. sin embargo A. GIL GIL, “Artículo 615 *bis*”, cit., p. 2023.

<sup>24</sup> A. GIL GIL, “Artículo 615 *bis*”, cit., pp. 2022-2023.

<sup>25</sup> Aquí no se prevé una modalidad imprudente, lo que obliga a exigir que ese conocimiento sea efectivo, sin que baste que el sujeto activo pudiera haberlos conocido de haberse comportado diligentemente. Ello no supone, en mi opinión, que no se haya hecho una correcta adaptación del art. 28 del Estatuto de Roma al Derecho interno. En la letra a)

cualquier vía, su perpetración actual o futura, sea por denuncia, sea por haberlos presenciado él mismo. Téngase en cuenta que si el sujeto ha presenciado los hechos se le podría imputar la no adopción de las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, por supuesto siempre que se diesen los elementos de esta modalidad de conducta, que se aplicaría preferentemente y de manera exclusiva, no siendo punible en tal caso el incumplimiento del deber de perseguir los delitos en aplicación del privilegio de impunidad del autoencubrimiento.

En segundo lugar, se debe producir un efectivo abandono o dejación de funciones, de modo que no se lleve a cabo conducta alguna tendente a la persecución del delito. No se castiga aquí el escaso celo desplegado, ni tampoco un mero retardo, que podrán dar lugar, en su caso, a una infracción disciplinaria, sino la total omisión de medidas tendentes a esa persecución que, eso sí, puede enmascarse con la adopción de medidas ineficaces.

En tercer lugar, se requiere capacidad de actuación por parte del sujeto que omite, esto es, la posibilidad material de impedir la comisión del delito o, subsidiariamente, de denunciarlo.

4. *Aspecto subjetivo.* Todas las conductas del art. 615 *bis* CP son dolosas, y por tanto hay que entender que se exige el conocimiento de los hechos realizados o que se proponen realizar los subordinados. La única modalidad imprudente se refiere a la conducta tipificada en el apartado 1, respecto de la cual se castiga la imprudencia grave con la pena inferior en uno o dos grados. Esta regulación permite perseguir casos de error vencible sobre la actuación y los propósitos de los subordinados, que reciben el tratamiento del error de tipo<sup>26</sup>. Este castigo de la modalidad imprudente de la infracción del deber de impedir la comisión de determinados delitos no se extiende al supuesto en que el sujeto activo es el superior: aquí se ha optado por no castigar la imprudencia grave,

---

de su apartado 2 se señala, en cuanto al elemento subjetivo que debe concurrir en el superior, que responderá siempre que “hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Se trata, a mi juicio, de dolo en ambos casos, ya que es presupuesto del delito omisivo que el dolo abarque la comisión actual o futura de los delitos por parte de los subordinados. En este sentido, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una propuesta, cit., p. 53. Se trata, sin embargo, de una cuestión discutida, pues no faltan autores que ven en la redacción de este inciso del Estatuto de Roma un grado de imprudencia, si bien de mayor gravedad que la exigida para el castigo del jefe militar. Vid. K. AMBOS, Nuevo Derecho penal internacional, INCP, México, 2002, p. 474; A. GIL GIL, “Artículo 615 *bis*”, cit., p. 2022; G. WERLE, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 232.

<sup>26</sup> Como señala M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 615 *bis*”, cit., p. 2721.

probablemente porque por su lejanía respecto de los hechos no se estima que exista merecimiento de pena. La punición de los delitos imprudentes de omisión y resultado se rige por las mismas normas que la de los delitos dolosos<sup>27</sup>. Teniendo en cuenta que el delito imprudente se caracteriza por la causación de un resultado que es consecuencia de la creación o el aumento de un peligro no permitido a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado, la omisión imprudente debe suponer la creación de un riesgo no permitido o bien la transformación de un riesgo originalmente permitido en otro no permitido por ausencia de las medidas de precaución exigibles, riesgo que desemboca en la producción del resultado típico<sup>28</sup>. Por lo que a nosotros interesa, el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido en los delitos imprudentes de omisión y resultado viene establecido por las normas de diligencia<sup>29</sup>. Así pues, la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal siendo competente para la vigilancia del foco de peligro responde como autor imprudente por omisión al no haber evitado los resultados dañosos causados por sus subordinados como autores inmediatos dolosos (no imprudentes, porque no se prevé la comisión imprudente de los delitos internacionales)<sup>30</sup>.

### III. Conclusiones

El art. 615 *bis* CP no ha trasladado al Derecho penal común español exactamente la misma regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Estatuto de Roma<sup>31</sup>. Como rasgo diferenciador, cabe señalar que no se sanciona con la misma pena al superior que omite impedir que al que omite reprimir o informar a las autoridades competentes para que repriman los crímenes cometidos por los subordinados, pues en este segundo caso, que se configura como un delito de omisión pura, recibe la pena

---

<sup>27</sup> Cfr. M. PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999, p. 110; de la misma autora, “La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995”, Revista de Derecho Penal y Criminología núm. extraordinario, 2000, p. 165.

<sup>28</sup> Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en C. M. ROMEO CASABONA (ed.), Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución, Comares, Granada, 1997, pp. 80 ss.

<sup>29</sup> Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad”, cit., p. 82.

<sup>30</sup> Ampliamente E. GIMBERNAT ORDEIG, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, Revista Peruana de Ciencias Penales núm.9, 1999, pp. 357 ss.

<sup>31</sup> Pese a la opinión de alguna autora, que afirma que “en el art. 615 *bis* se establece la responsabilidad de los jefes militares o superiores, en consonancia con el art. 28 del Estatuto de Roma y con las mismas condiciones estipuladas en éste”. C. QUESADA ALCALÁ, La Corte Penal Internacional, cit., p. 383.

inferior en dos grados a la de los autores. Se ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal en este aspecto, que señalaba la conveniencia de establecer “dos niveles de responsabilidad: uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas cuando aún pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del delito mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor”<sup>32</sup>.

Ahora bien, al margen de esta cuestión la superposición es prácticamente total, lo que en principio merece un juicio positivo. Cuestión distinta es que debido a la aplicación preferente del Código penal militar, por especialidad, los jefes y autoridades militares hayan de ser juzgados conforme a una normativa que no responde en absoluto a los principios generales del Estatuto de Roma, como es la constituida por los arts. 78 y 137 CPM. La existencia de una doble incriminación de conductas similares o idénticas en el Código penal común y en el militar, cometidas en el primer caso por cualquier persona y en el segundo sólo por militares, con algunas faltas de coordinación debidas a los distintos momentos en que se elaboraron ambos códigos, estando afectada España por distintas obligaciones internacionales (al respecto es decisiva la fecha del 21 de abril de 1989, cuando España ratifica los Protocolos I y II, momento en el que está en vigor el Código penal militar, pero el común no se modificaría hasta 1995, y en el aspecto que nos interesa hasta 2003), ha llevado a un importante sector doctrinal a proponer un cambio de técnica legislativa, consistente en la reelaboración del Código penal militar para hacerlo complementario del Código penal, eliminando el Título II y haciendo remisión al texto común para el castigo de las conductas que incluye, que podría aplicarse por la jurisdicción militar al ser militares sus autores<sup>33</sup>. Hasta el momento no se ha abordado una modificación en este sentido, aunque su urgencia es evidente.

---

<sup>32</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una propuesta, cit., pp. 52-53.

<sup>33</sup> Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ/ M. ABAD CASTELOS, “Los delitos”, cit., pp. 458-459; F. PIGNATELLI Y MECA, “El Código Penal Militar. Perspectivas de “lege ferenda””, en F. PÉREZ ESTEBAN (dir.), El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 146-150. Sobre las difíciles relaciones entre ambos textos legales, vid. J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, “El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes”, en F. PÉREZ ESTEBAN (dir.), op. cit., pp. 21 ss.