

La responsabilidad penal del superior jerárquico

V JORNADAS

**SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Palma, 22 de marzo de 2019

Introducción

- Tema: responsabilidad omisiva **en tanto superior jerárquico**
 - No evitar
 - No denunciar
 - Me centraré en conductas dolosas (aunque al final alusión a las imprudentes) y sobre todo en su tratamiento jurisprudencial
- **Incerteza**. Factores:
 - Normativización inherente a los delitos omisivos
 - Tipos omisivos específicos a veces distorsionadores
 - Jurisprudencia TS vacilante en algunos extremos
 - Escasa preocupación doctrinal
- Desechar la responsabilidad penal **no precluye**
 - Responsabilidades disciplinarias en su caso
 - Responsabilidades políticas en su caso

Algunos ejemplos

- Mando policial que no impide que sus subordinados torturen a un detenido en comisaría, le lesionen o le agredan sexualmente.
- Jefe de Unidad de la Policía Local que no interviene para evitar un delito de trato degradante cometido a lo largo de varios años en la propia comisaría por un sargento (subordinado) sobre varias agentes.
- Superior jerárquico (policial o en el seno de la Administración) que conoce delitos cometidos por sus subordinados en el ejercicio de sus cargos (malversación, cohecho, revelación de secretos, etc.) y
 - no los denuncia (si ya hubieran concluido)
 - permite que se sigan produciendo

Los delitos omisivos

- **Comisión por omisión**

- imputación del resultado lesivo como si se hubiera causado activamente
- Requisitos:
 - posición de garantía (ley, contrato, injerencia) : art. 11 Cp
 - relación hipotética de causalidad
 - equivalencia normativa con el tipo activo
- A veces expresamente previstos pero normalmente interacción entre delito activo y cláusula general del art. 11 Cp

- **Delitos de omisión pura**

- mero incumplimiento del deber de actuar
- no se imputa el resultado lesivo
- expresamente tipificados (omisión de socorro art. 195, omisión del deber de evitar delitos del art. 450, no acudir a la mesa electoral LOGE)

Las omisiones ante los delitos cometidos por otro

- No evitar delito que se sabe que va a cometerse, que se está cometiendo o que seguirá cometiéndose
 - Omitente **no garante**: delito de omisión pura del art. 450 (omisión del deber de impedir delitos, y solo para algunos)
 - Omitente **garante**: si se cumplen los demás requisitos de la comisión por omisión, responsabilidad por el delito no evitado, a título de
 - Autor directo en cxa , o participe en cxa del delito no evitado
 - Ejemplos:
 - Madre que conoce y no evita los abusos sexuales continuados de su pareja sobre el menor (suele castigarse como cooperadora necesaria en cxa)
 - Alcalde y funcionario autonómico competente para clausurar la actividad ilegal, que conocen y no evitan delito medioambiental de los explotadores de una cantera ilegal destructiva del paraje natural: STS 711/2006: autores del delito medioambiental en comisión por omisión
- No denunciar o perseguir delito que se conoce a posteriori (imposible la autoría o participación en cxa si el delito ya está consumado y concluido):
 - Regla general: **atipicidad** (no confundir con encubrimiento)
 - Omisión pura del **art. 408** con pena de inhabilitación al funcionario que “faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”

Ejemplos expresos en el Cp para superiores jerárquicos

Ámbito de los delitos contra la comunidad internacional

Artículo 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 (**comisión por omisión**)
- 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 (**omisión pura**)
- 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 (**comisión por omisión**)
- 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 (**omisión pura**).

Responsabilidad omisiva del superior jerárquico

- En el Código penal

- Salvo el art. 615 bis, no hay mención específica
- Tampoco expresamente mencionada entre las fuentes de la posición de garantía por el art. 11 Cp
- § 357 StGB: prevé comisión por omisión...
 - ... pero inaplicado en la práctica.
 - la difícil prueba del conocimiento

- Doctrina

- Claramente reacia a responsabilizar directamente al superior (por el mero hecho de serlo) por el delito no evitado (otra cosa la omisión pura por el no denunciar-perseguir)
- Principio básico: la responsabilidad por hechos propios. Un deber tan intenso de control sobre terceros (hasta el punto de imputar responsabilidad en cxo por lo no evitado) sólo se sostiene respecto del comportamiento de personas no responsables
- Otra cosa es que además de ser superior concorra otra fuente de deber de actuar/evitar

El superior jerárquico en la jurisprudencia

- No hay sentencias que fundamenten de modo claro la posición de garantía del superior por el mero hecho de serlo, de modo válido para todos los contextos
- Más bien (tesis)... cuando se afirma y se deduce de ella responsabilidad en cxa por el delito no evitado suele suceder que **subyace OTRA fuente de garantía** (normalmente un deber de protección del bien jurídico impuesto por ley)
- Distintos contextos en que esto sucede y alguna sentencia discordante

Contexto de detención/privación de libertad

- Delitos cometidos por agentes de policía sobre **personas detenidas**, normalmente en comisaría
 - Tipo específico del art. 176 para los delitos contra la integridad moral (se sanciona con la misma pena al funcionario o autoridad que “faltando a los deberes de su cargo” permitiera que otras personas los ejecutaren)
 - Interpretación compleja, vaivenes jurisprudenciales (¿solo a los superiores?)
 - En cualquier caso, jurisprudencia más reciente: no se imputa solo a los superiores sino también cualquier agente que presencie los hechos y no los evite (incluso inferiores jerárquicos) pudiendo hacerlo: [SSTS 205/2015](#), [4088/2016](#) (ambas por hechos en Palma)
 - Especial vinculación o deber de protección con respecto a la vida/integridad del privado de libertad. Art. 5.5.b) LO 2/1986, de FFCCSS: los agentes “velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia”
 - Perfectamente planteable respecto de la no evitación de otros delitos aunque no sean contra la integridad moral (simples lesiones, agresiones sexuales, etc.). Carácter distorsionador del tipo específico.

Contexto de detención/privación de libertad

- Funcionarios penitenciarios y malos tratos en **prisión**
 - [STS 65/2015](#)
 - Jefe de centro y jefe de servicio: garantes por ser **superiores** de los funcionarios agresores pero también se menciona la **posición de garantía de la Administración Penitenciaria** respecto a la seguridad de los internos)
 - Otras sentencias en que se sanciona también en cxa a compañeros
- **Centros de internamiento de menores** (Comunidad Autónoma)
 - [STS 718/2013](#)
 - Se imputa en cxa a la coordinadora de educadores el delito contra la integridad moral cometido por un vigilante sobre un menor, que ella no evitó a pesar de que era **jerárquicamente superior** del vigilante, y de tener un **deber de velar por la integridad física, vida y salud del menor** impuesto al personal de los centros de internamiento por el art. 56.2.a) de la LRPM
 - De hecho, en el mismo caso se imputa también en cxa a otro vigilante que permaneció pasivo

Mandos policía

- **Dificultades de trasladar** esta jurisprudencia sin más al ámbito de la Administración para afirmar una posición genérica de garantía del superior
- **Factor añadido** (en el contexto policial): una relación de mando más intensa que en la Administración
- Quizás esto explica asunción de posición de garantía aun en casos ajenos a detención
 - **SAP Barcelona 262/2016** (disparo pelotas de goma). Se sume sin más... aunque también late la idea de la **injerencia**
 - **STS 1697/2002** (polvorín militar de Santa Gertrudis, Ibiza), condena por homicidio imprudente en cxo, se asume sin más ... pero de nuevo posible fundamento por **injerencia**

Contexto malversación

- “Permitir que otro sustraiga”
- Condenas poco frecuentes por esta modalidad
- Lo decisivo es **que el omitente tenga el control de esos fondos**, y en tal caso es irrelevante si permite que los sustraigan inferiores o terceros
 - O incluso superiores: **SAP Baleares 64/2012** (fondos de Inestur)
 - **STS 606/2017**: corrupción urbanística en Marbella, Presidente Consejo de Administración de sociedad municipal de gestión
 - **A la espera** de la sentencia AP Sevilla por el **caso ERE**
 - **Auto instructor TS** instando petición de suplicatorio 24-6-15 contra M.CH. (y otros dos imputados): considera prevaricación activa (expresamente “no se precisa, pues, acudir a una autoría en la modalidad de comisión por omisión por ser garantes de lo que bajo su jerarquía de mando se estaba haciendo”) y descarta malversación (se entiende que esta sí hubiera sido omisiva) porque no está probado que conocieran el desvío de los fondos para beneficios ilícitos y no para ayudas a empresas
 - Peticiones por Fiscalía: M.Ch prevaricación, G.(Consejero de Hacienda) y otros imputados también malversación (por no haber puesto fin a las ayudas conocido el desvío de fondos a que daban lugar).

Nota discordante

- [STS 325/2013](#), condena como autor en cxo por delito contra la integridad moral a mando policial que conoce y no interviene repetidas humillaciones por subordinado a agentes en la propia comisaría
- Se le considera garante **por ser el superior...**
- ... con alusión expresa a un fundamento legal:
 - art. **5 2 a) LFCS**, que menciona como uno de los principios básicos de actuación de los miembros de las FFCCSS “el impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral”
 - Aplicable a cualquier policía en cualquier contexto
 - No se considera en la doctrina fuente directa de posición de garantía
- De nuevo **confusión**: alusión enérgica a la PG del superior, pero con fundamento ambiguo y en contexto policial (intensidad relación de mando)
- ¿Se habría dicho lo mismo en el mismo delito pero en la Administración civil?
Oportunidad perdida STS 694/2018

Algunas conclusiones

- Dificultades para afirmar con carácter general una PG del superior que permita imputarle en cxa el delito no evitado cometido por el subordinado
- Más fácil responsabilidad por omisión pura del art. 408 (funcionario que “faltando a los deberes de su cargo” deja de promover la persecución de delitos): en la práctica muy poco aplicado

Para terminar

- Responsabilidad omisiva del superior **por imprudencia** (no conocimiento del delito, pero sí inadecuado control)
 - La imputación en cxa requiere igualmente afirmar la posición de garantía (**mismas dificultades**)
 - Incluso si se admitiera PG, **solo se podrá imputar el delito en cxa si está prevista la modalidad imprudente** (no por ejemplo en la malversación): STS 155/2002 fondos reservados → responsabilidades políticas
- Suele invocarse más como **base de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración**
 - STS 496/2000: los superiores que sabían de los problemas con la bebida de un policía debieron evitar que llevara armas
 - STS 837/2016: culpa in eligendo (maestro condenado por abusos sexuales)

Una nueva perspectiva

- Acento en la prevención de la corrupción en el quehacer de la Administración
- El *public compliance*