

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado. Director
del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario
de la Cruz Roja Española.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE. 1. El principio de legalidad penal. 2. Los crímenes de la competencia de la Corte.—III. OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL.—IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL. 1. El sujeto activo de los crímenes. 2. Autoría y participación. 3. Formas de resolución manifestada. 4. Los actos de ejecución.—V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS.—VI. ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS CRÍMENES. LA CULPABILIDAD.—VII. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL. 1. Las causas de inimputabilidad. 2. Las causas de justificación. 3. Las causas de exculpación o inculpabilidad.—VIII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA.—IX. TRATAMIENTO DEL ERROR.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal Internacional, como sistema normativo, nace — preciso es reconocerlo — con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación «de facto» del Derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos. El obstáculo era (y, realmente, sigue siendo) de tal magnitud

que los primeros balbuceos de un sistema de justicia penal internacional olvidaron los clásicos fundamentos del «ius puniendi», tan celosamente proclamados por la doctrina y los textos constitucionales, para construir un Derecho penal retribucionista, cuando no vindicativo, que en el mejor de los casos añadió la prevención general, para limitar así (retribución y prevención general) los fines de la pena.

Como en tantos otros aspectos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también significó un paso de gigante (1) en la configuración del fundamento del «ius puniendi» que, ahora, los Estados en buena parte confían a un Tribunal supranacional que no puede prescindir (al lado de la retribución y de la prevención general y especial, y fundamentalmente a la hora de individualizar la pena y ejecutarla), de conceptos tales como el grado de culpa del condenado o el fin resocializador de la sanción, presididos por el principio de humanidad propio del moderno Derecho penal (2).

Así pues, la determinación de los crímenes de la competencia de la Corte (competencia «ratione materiae») en relación con los denominados «principios generales del Derecho penal» y con el sistema de penas, constituye una de las partes más importantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo Estatuto) adoptado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998 (3).

Si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instru-

(1) CONDORELLI, L., «La Court Pénale Internationale: un pas de géant (Pourvu qu'il soit accompli...)», en *Revue Général de Droit International Public*, 1999-1, vol. 103.

(2) Demetrio CRESPO, E., «Prevención general e individualización judicial de la pena», Ed. Universidad de Salamanca, 1999, pp. 68 y ss.

(3) Entre la numerosa bibliografía sobre la Corte Penal Internacional, destacamos: LEE, R., «The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations. Results», Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999. BASSIOUNI, M. CH., «Statute of the International Criminal Court. A documentary history» (Compiled by M.C. Bassiouni). Ardsley, 1999. TRIPFETERER, O. (Ed.), «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers, Notes, Article by Article». Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany, 1999. LATTANZI, F., SCHABAS, W. A. (Eds.), «Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court», Vol. I, ed. Il Sirente, 1999. AMBOS, K., JULIÁN GUERRERO, O. (Comps.), «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. Varios autores, «Creación de una jurisdicción penal internacional». Colección Escuela Diplomática n.º 4, Madrid 2000. KAI AMBOS «Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. Revista de Derecho Procesal, 1999, n.º 3, pp. 553-594.

mento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo la Corte) respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art.1 del Estatuto), que se complementa en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: « ... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Esto explica, entre otros, preceptos tales como los artículos 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

En segundo término, como ha destacado el Embajador Yáñez-Barnuevo García (4), Jefe de la Misión Diplomática de España en la Conferencia de Roma, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que, en el derecho interno, constituiría al menos el contenido de las normas fundamentales (orgánicas probablemente) siguientes: un Código penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional.

Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal («...crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...», en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones provenientes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del «common law»), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición. En general podemos afirmar que el sistema penal del Estatuto, salvo el importante tema de la determinación e individualización de las penas que figura en la Parte VII del Estatuto (a continuación del Juicio), está dominado por los principios generales del Derecho penal continental aunque su plasmación en el Estatuto está presidida por la técnica topográfica propia de las normas internacionales y por ello la parte dedicada a la tipificación de los crímenes (la parte especial del Derecho penal) se incluye entre los criterios de la competencia por razón de la materia (Parte II), al lado de aspectos procesales como la competencia temporal o la admisibilidad, precediendo con técnica bien ajena a la habitual en la ciencia del Derecho penal a la proclamación de los principios generales del Derecho penal (Parte III).

(4) YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Balance y perspectivas», en «Creación de una jurisdicción penal internacional», ob.cit. p. 22.

Volviendo a nuestras consideraciones iniciales sobre los fines de la pena en el sistema de justicia penal internacional que consolida el Estatuto de Roma, podemos afirmar que el fin de la retribución figura claramente expresado en el preámbulo del Estatuto («...poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes»), que proclama también el fin de prevención general (...contribuir así a la prevención de nuevos crímenes»), sin que sea tampoco ajena a los propósitos de los creadores de la Corte la idea de prevención especial, que centra el efecto de la pena en la persona que ha cometido un crimen para que no vuelva a delinquir. Idea que aflora en el artículo 110 del Estatuto (Examen de una reducción de la pena). Como hemos apuntado antes, la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por la creación de la Corte, mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamiento («...para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia»), de la pena y de su ejecución. Aunque objeto de crítica por la moderna doctrina (5), resulta particularmente atractivo en el actual momento de la justicia penal internacional el concepto de la prevención general positiva o de integración, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva, contribuyendo a la socialización del individuo mediante las funciones explicativa, legitimadora y limitadora de la pena (6).

Aunque no faltan autores (7) que sitúan los intentos más recientes de fundamentación de la legitimidad del Derecho penal en la prevención general, pasando a un segundo plano la retribución y la resocialización, no cabe duda de que no es pacífica en el «ius puniendi» la postura que niega la coexistencia de diversos fines de la pena y es irrenunciable el fin de reeducación (y de reinserción) social, al menos mientras la pena más importante sea la de privación de libertad. Una de las aportaciones más relevantes de la Misión de España en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas, Nueva York, 1999-2000) consistió en introducir «las posibilidades de reinsertar en la sociedad y de reasentar al condenado» como uno de los criterios que ha de tener en cuenta la Corte para revisar la cuestión de una reducción de la pena. Y así figura en el

(5) DEMETRIO CRESPO, E., «Prevención general e individualización de la pena», ob. cit. pp. 126 y ss.

(6) DEMETRIO CRESPO, E., «Prevención general e individualización de la pena», ob. cit. pp. 109 y ss.

(7) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aproximación al Derecho penal contemporáneo», ed. Bosch, Barcelona 1992, p. 199.

apartado b) de la Regla 223 del Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba (8).

Por otra parte, la propuesta de España en la misma Comisión Preparatoria en relación con las penas (también dentro de la elaboración de las Reglas de Procedimiento y Prueba) fue tomada como texto básico (en unión de la propuesta de Portugal y de otros países iberoamericanos) para el desarrollo de la Parte VII del Estatuto (De las penas). En el texto finalmente aprobado, la Regla 145 a) proclama que la pena «debe reflejar el grado de culpa del condenado» (9), afirmación que recuerda la clásica formulación de C.ROXIN (10) estableciendo que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Pero es que, además, la citada Regla 145 desarrolla el criterio de la gravedad del crimen (artículo 78.2 del Estatuto) vinculándolo, entre otras pautas, al grado de culpabilidad y el segundo factor estatutario (las circunstancias personales del condenado) es relacionado con la edad, instrucción, condición social y económica del condenado, con la capacidad mental sustancialmente disminuida (atenuante) o con su conducta después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte (atenuante). En definitiva, retribución (limitada por los principios de proporcionalidad y culpabilidad) y prevención general negativa (al fijar el marco legal típico en función de la entidad del bien jurídico protegido, por la propia imposición de la pena al condenado y por lo que se refiere al criterio de la gravedad del crimen) y prevención especial si atendemos a las circunstancias personales del condenado (11). El criterio de prevención general positiva, que no guarda relación con la individualización de la pena, aflora en el contexto del Estatuto, particularmente en la tipificación de los crímenes de la competencia de la Corte.

Y aún una consideración preliminar más. El sistema penal del Estatuto no es producto del apresuramiento ni de la improvisación. Si en el año 1998 hemos celebrado el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998) y en el año 1999 el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra (1949-1999), fueron necesarios

(8) Ver el Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio de 2000, p.100.

(9) Ver el Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, cit., p. 73.

(10) ROXIN, C., «Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en «Derecho Penal. Parte General». Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 1997, pp. 91 y 92.

(11) DEMETRIO CRESPO, E., «Prevención general e individualización judicial de la pena», ob.cit., pp.327 y ss.

también casi cincuenta años (12) para que la labor de la «Comisión de Jurisdicción Penal Internacional» (13) para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 (que había presentado en 1994 un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad) fructificase en Roma (17 de julio de 1998) en el Estatuto, sobre un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los crímenes tipificados en el Estatuto, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, de forma virtual puesto que está pendiente de definición y condiciones, el crimen de agresión (14). Se excluyeron, pendientes de la Conferencia de Revisión del Estatuto, los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional.

En la materia que analizamos debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada (15), enumera el artículo 21 del Estatuto, cuando determina que la Corte aplicará:

1.º El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

2.º Los Elementos del crimen (art. 9 del Estatuto) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que deberá aprobar por mayoría cualificada la Asamblea de los Estados-Partes.

(12) YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Balance y perspectivas» ob.cit., pp. 19 y 20.

(13) LIROLA DELGADO, I., «La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», en «Creación de una jurisdicción penal internacional», nº 4 Colección Escuela Diplomática, ob.cit. pp. 47 y ss.

(14) QUEL LÓPEZ, F. J., «La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en «Creación de una jurisdicción...», ob. cit. pp. 89 y ss.

(15) Aunque se trata de comentarios descriptivos, ver: MARGARET MC AULIFFE DE GUZMÁN, «Applicable law. Article 21», en «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court» ob.cit. pp. 435 y ss. PER SALAND, «International Criminal Law Principles», en «The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute», ob.cit. pp. 189 y ss. Ver también, SCHABAS, W. A., *Principios generales de derecho penal*, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional*, U. Externado de Colombia, pp. 274 y ss.

3.º Los tratados y los principios y normas de Derecho internacional aplicables, incluidos los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4.º Los principios generales de derecho, que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

En todo caso, la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos, en los términos que se establecen en el propio Estatuto.

La jerarquía de fuentes que establece el citado artículo 21 del Estatuto ha de ser interpretada sin perder de vista que la Corte Penal Internacional es, ante todo, un Tribunal penal instituido para ejercer jurisdicción sobre personas (no sobre Estados) respecto de crímenes (artículo 1 del Estatuto), enjuiciando y, en su caso, imponiendo una pena a la persona declarada culpable (artículo 77 del Estatuto). No es pues una nueva especie de Tribunal Internacional con competencias penales, sino un auténtico Tribunal de naturaleza penal y ello significa un cambio profundo en la jerarquización de las fuentes del derecho aplicable. Todavía hay, sin embargo, autores que hablando de Derecho Internacional Penal (16) y proponiendo el traslado al ámbito judicial penal de la doctrina de las fuentes del Derecho Internacional general. Lo que resulta aceptable en la interpretación de todo tratado internacional, y lo es sin duda el Estatuto de Roma, tiene el límite infranqueable del principio de legalidad penal (como veremos enseguida) a la hora de enjuiciar los crímenes de su competencia, si queremos que la Corte tenga la consideración de un Tribunal de Justicia penal independiente, que cumpla con elementales exigencias del Estado de Derecho. El carácter embrionario de sus precedentes (Nüremberg y Tokio o los constituidos para la ex-Yugoslavia o Ruanda en La Haya o Arusha) no debe hacernos perder de vista el paso decisivo que ha dado el Estatuto de Roma al esta-

(16) HUESA VINAIXA, R. «Incrimination universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)», en «Creación de una jurisdicción...», ob.cit. pp. 107 y ss. Por el contrario, M. CHERIF BASSIOUNI utiliza la expresión Derecho Penal Internacional en su fundamental aportación en la materia. Ver por todas, «La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligatio erga omnes», en «Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sistemas romano-germánicos)», CICR, 1997, pp. 29 y ss.

blecer (17) entre los principios generales, no lo olvidemos, del DERECHO PENAL (Parte III del Estatuto), el principio «nullum crimen sine lege» en el artículo 22, justamente a continuación del precepto que determina el derecho aplicable (artículo 21). Ahora bien, si es cierto que la teoría de las fuentes del derecho aplicable por la Corte debe estar limitada en materia penal por el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y pre-determinación normativa (art. 22 del Estatuto), también lo es la existencia de problemas de interpretación por la naturaleza de los llamados Elementos de los Crímenes (art.9). En efecto, se trata de unos elementos que ayudan a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto y como tales se mencionan en el artículo 21, si bien con una jerarquía normativa siempre subordinada al propio Estatuto. Sin embargo, parece incontestable concluir, ante el monopolio tipificador del Estatuto, que los Elementos de los Crímenes no pueden ir más allá de las descripciones típicas de los citados artículos 6, 7 y 8. Y esta sería una interpretación integradora del contenido de los artículos 9, 21 y 22 del Estatuto, aún cuando debemos reconocer las dificultades para precisar la naturaleza de los Elementos como norma jurídica «sui generis».

A continuación vamos a examinar los crímenes de la competencia de la Corte a la vista de los principios generales del Derecho penal (18) proclamados en el Estatuto.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS CRIMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

I. El principio de legalidad penal

Reconoce el Estatuto en su artículo 22 y de la forma más clásica (19), el principio «nullum crimen sine lege». Se trata, con esta proclamación, de

(17) PIGRAU SOLÉ, A. «Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en «Creación de una jurisdicción...», ob.cit. pp. 71 y ss. Ver también, GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional*, ed. Tecnos, Madrid 1999, pp. 72 y ss. CUERDA RIEZU, A. y RUIZ COLOMÉ, M. A., *Observaciones sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional*, La Ley, 1-2-1999, nº 4724, p. 2.

(18) PER SALAND afirma que el Estatuto de Roma es el primer instrumento internacional que trata de forma relativamente completa los principios generales del derecho penal basados en la mayor parte de los sistemas legales nacionales («International Criminal Law Principles», ob.cit.pp.190-191).

la adopción del principio de legalidad penal o taxatividad («La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»), tal y como se viene formulando en el sistema continental o romano-germánico (20), frente a la laxitud propia del derecho penal anglosajón o «common law», que no siempre satisface las garantías de «lex scripta, praevia, certa y stricta» exigibles como constitucionales en nuestro Estado de derecho (art. 25 de la Constitución española).

Debemos hacer una observación fundamental. Para cumplir con el principio de predeterminación normativa (garantía penal de «nullum crimen sine praevia lege penale») hay que construir legalmente la estructura del tipo penal según las reglas de la técnica codificadora criminal(21), algo muy distinto que la mera plasmación de las prohibiciones o mandatos contenidos en los Convenios internacionales. El olvido de este principio fundamental del Derecho penal ha conducido a importantes problemas técnicos que afloran en los sistemas llamados de doble incriminación (22) para el castigo de los crímenes de guerra (República Federal de Alemania, Austria, Francia) o en los sistemas penales de incriminación global (Italia, Holanda, Reino Unido o Estados Unidos) también para las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, como se ha puesto de manifiesto en el XIV Congreso de Atenas (23) de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra (1997).

No cabe duda que, de la simple comparación entre la relación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad establecida en los artículos 3 y 5

(19) Redacción calificada de «algo barroca» por F. BUENO ARÚS en «Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en «Creación de una jurisdicción...», ob.cit. p. 121.

(20) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Comentarios al Código Penal», Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 27 y ss.

(21) Afirma H. H. JESCHECK que sólo el Derecho penal estatal podría proteger con sus propias normas el Derecho internacional, transformando los deberes jurídicos impuestos al Estado en deberes del individuo sancionables penalmente («Tratado de Derecho Penal», Parte General. Vol. Primero, traducido por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1981, p. 161).

(22) Ver la obra «Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sistemas romano-germánicos). Reunión de expertos», Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 23-25 de septiembre de 1997. En particular las aportaciones de Damien Vandermeersch (Bélgica), Robert Roth, Jürg Wijnkoop y Bernhard Sträuli (Suiza), Horts Fischer y Sascha Rolf Lüder (Alemania) y J.L. Rodríguez-Villasante, F. Pignatelli Meca y J.M. García Labajo (España).

(23) Ver en la «Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre», Tomo XXXVII-1-2-3-4, 1998, los textos del XIV Congreso de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre de Atenas (10-15 de mayo de 1997), pp. 147 y ss.

del Estatuto (24) del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993) y la tipificación de dichos crímenes determinada en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma, es forzoso constatar el gran paso adelante que significa el Estatuto en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad. Quizás consecuencia de una evolución desde la conceptualización del tipo penal como un simple elemento determinante de la competencia material hasta la proclamación de una garantía penal (25). De forma un poco exagerada podríamos hablar del paso de la prehistoria (con la posible aplicación de normas no escritas) a la historia: normas penales que satisfagan la garantía criminal de la ley escrita, previa y taxativa en su descripción de la conducta incriminada.

En el común sentir de la doctrina (26) las garantías penales deben abarcar y abarcan en el Estatuto el principio de legalidad (art.22.1), la irretroactividad de la ley penal internacional (art.24), la proscripción de la analogía (art. 22.2) y el principio de imputación subjetiva (art.25). Naturalmente estas garantías están recogidas en nuestro vigente Código penal por imperativo del artículo 25.1 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el principio de legalidad en el ámbito penal supone el reconocimiento de la garantía criminal, tanto en su aspecto material de predeterminación normativa como en su aspecto formal (rango de ley de la norma), que ya hemos visto que se respeta en el Estatuto y así debe interpretarse su artículo 21, en cuanto al derecho aplicable. Como ha escrito con acierto William A. Schabas (27) la afirmación de la regla «nullum

(24) El artículo 3, antes de tipificar las «violaciones de las leyes y usos de la guerra», advierte de modo inefable «...sin que esta lista sea exhaustiva», para que abandonen toda esperanza los defensores del principio de legalidad penal. Y el artículo 5 apartado i), paradigma de la «taxatividad», castiga como crimen de lesa humanidad «otros actos inhumanos», sin molestarse siquiera en recurrir a la analogía con las descripciones que le preceden.

(25) En este sentido es altamente positivo el contenido de la Introducción General del Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, donde se señala la estructura de los distintos tipos criminales de forma muy técnica, con referencias al elemento de intencionalidad, conocimiento, juicios de valor, requisito de «ilicitud» (antijuricidad), conducta, consecuencias y circunstancias de cada crimen, circunstancias de contexto, autoría y concurso de delitos (Documento de Naciones Unidas, PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 6-7-2000).

(26) Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Comentarios al Código Penal», ob.cit. pp. 27 y ss.

(27) SCHABAS, W. A.»Principios generales de derecho penal», en «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» (AMBOS, K. y JULIÁN GUERRERO, O.), ob. cit. P. 284. En el mismo sentido, CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMÉ, *Observaciones sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional*, ob.cit. p. 2.

crimen» excluye toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios. En el mismo sentido, se pregunta F. Bueno Arús (28) si determinados principios o la jurisprudencia de la Corte enumerados en el artículo 21 del Estatuto pueden ser normas creadoras de delitos y penas, respondiendo que el penalista entiende que ello no es posible por el carácter constitucionalmente garantista del principio de legalidad. Añade este autor, en conclusión que debe ser compartida (29), que tales principios, la jurisprudencia y la costumbre no pueden tener el indicado efecto creador, limitándose a ser normas aplicables para la interpretación o, todo lo mas, la integración de las normas escritas. Por mi parte creo que esta postura es la que se deriva de la interpretación literal, sistemática y lógica del artículo 22 del Estatuto, que incluye la prohibición de la analogía y, desde luego, es la única que en España es constitucionalmente posible. Y ello porque, como afirma B. BROOMHALL (30), la máxima «nullum crimen sine lege» es un principio fundamental de cualquier sistema de justicia criminal que pretenda apoyarse en el imperio de la ley. Para este autor, el principio proporciona a la Corte la posibilidad de persecución únicamente con respecto a los crímenes que los Estados Parte han estipulado clara y exhaustivamente en el Estatuto, concluyendo que éste principio general puede llegar a ser relevante para la jurisprudencia de la Corte como parte del derecho aplicable según el artículo 21 del Estatuto.

Implica también la garantía penal (art.23, «Nulla poena sine lege») sin perjuicio de la crítica que pueda merecer la ausencia de una dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera en el procedimiento (31). No

(28) BUENO ARÚS, F.»Perspectivas de la teoría general del delito...», ob. cit. pp. 121 y 122. Ver también, GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, ob.cit.pp. 82 y ss. («...no existen motivos, en mi opinión, para justificar que el Derecho penal internacional no se ajuste al principio de legalidad, pero sí existen, como ya he apuntado, razones tanto jurídicas como de justicia, para exigir la observancia de tal principio»).

(29) Para una postura diferente, ver: HUESA VINAIXA, R., «Incrimination universal y tipificación...», ob. cit. pp. 110 y ss. Ver también la descripción de las dificultades para lograr un acuerdo sobre esta materia en la Conferencia Diplomática de Roma, en SALAND, P.»International Criminal Law Principles», ob. cit. pp. 194-195.

(30) BROOMHALL, B., «General Principles of Criminal Law», en «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court», ob.cit. especialmente p. 447, 451 y 452.

(31) SCHABAS, W.A.»Nulla poena sine lege» en «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court», ob.cit. pp. 463, especialmente 465 y 466: El Estatuto no fija penas específicas para los cuatro delitos, optando en su lugar por un conjunto de previsiones generales aplicables a los cuatro crímenes que componen el contenido de la juris-

obstante, en el Proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba se consiguió la aprobación de unos criterios mínimos para la individualización judicial de la pena que, no lo olvidemos, puede extenderse desde un año de prisión a la reclusión perpetua para cualquiera de los crímenes de la competencia de la Corte (arts. 5 a 8 y 77 del Estatuto), por lo que fue fundamental la elaboración de circunstancias atenuantes y agravantes y la limitación de la pena de reclusión a perpetuidad, condicionada a la existencia de una o más agravantes (32), según la propuesta de España que fue tomada como base del texto aprobado en la Comisión Preparatoria.

Asimismo, a lo largo del Estatuto, se arbitra la garantía jurisdiccional al constituirse una Corte independiente, imparcial, predeterminada, exclusiva, inamovible, competente y regulada por el Estatuto (particularmente, en su Parte IV). Y, finalmente, se establece la garantía penitenciaria que supone la ejecución de la pena bajo la vigilancia de la Corte, aunque las penas privativas de libertad se ejecuten en establecimientos penitenciarios de los Estados (art. 103), pero siempre sujeta a la supervisión de la Corte (art. 106) que decide también en los supuestos de examen de una reducción de la pena (art. 110).

Algunas otras cuestiones debemos precisar en el presente apartado. Así, que la palabra «conducta» (33), empleada en el artículo 22 del Estatuto (principio de legalidad en su vertiente de tipicidad) fue cuidadosamente elegida para comprender no sólo los crímenes de acción (comportamiento positivo) sino también la conducta omisiva (son frecuentes los delitos de omisión dentro de los crímenes de guerra cometidos contra personas protegidas) y la comisión por omisión (art. 28 que regula la responsabilidad de los Jefes y otros superiores por no haber adoptado todas las medidas necesarias para prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados) (34).

dición de la Corte. Ver de este mismo autor, «Principios generales de derecho penal», ob.cit. p. 285. Ver también, desde una aportación meramente descriptiva, SALAND, P., «International Criminal Law Principles», ob.cit. pp. 195-196. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, ob. cit. pp. 92 y ss. CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMÉ, *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, ob.cit. pp. 2 y 3.

(32) Ver el documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio de 2000, Regla 145.p. 73. Son importantes las reflexiones de F.BUENO ARUS en su trabajo «Perspectivas de la teoría general del delito...», ob. cit. pp. 127-130.

(33) BROOMHALL, B., «General principles of Criminal Law», ob.cit. p.455. SALAND, P., «International Criminal Law Principles», ob. cit. p. 195.

(34) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Derecho penal. Parte general», Ed. Civitas, Madrid 1977, pp. 223-227. Para este autor la comisión por omisión no es una tercera forma de la conducta humana pues se trata de delitos omisivos, si bien distintos de los de pura omisión. Ver también, en relación con el Estatuto de Roma, BUENO ARUS, F., «Perspectivas de la teoría general del delito...», ob. cit. pp. 118 y 119.

En segundo término, la existencia de tipos abiertos no implica el desconocimiento del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad pues, frente a los tipos cerrados que hacen una completa descripción fáctica del crimen, los tipos abiertos necesitan ser complementados con elementos normativos. Por ejemplo, la remisión a determinados preceptos de los Convenios de Ginebra u otros instrumentos convencionales, como la encarcelación «en violación de normas fundamentales de derecho internacional» del art.7 e) del Estatuto o el crimen de guerra consistente en dirigir ataques contra objetos o ciudades que «no sean objetivos militares» de los arts. 8.2.b) ii) y v) del mismo Estatuto. O con elementos valorativos constituidos por cláusulas generales que se identifican con el juicio mismo de antijuricidad y que quedan a la libre apreciación de la Corte, salvo que se concreten en la formulación de los «Elementos del crimen» (así el crimen de lesa humanidad que se describe como «otros actos inhumanos de carácter similar...» en el apartado k) del artículo 7.1. del Estatuto o el crimen de guerra consistente en privar a un prisionero de guerra «de sus derechos a un juicio justo e imparcial» del artículo 8.2.a), apartado vi) del mismo Estatuto). En este sentido la Introducción General de los Elementos de los Crímenes (35) expresa en su apartado 4 que, con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos «inhumanos» o «graves», por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa. Cobra aquí especial relevancia la crítica que puede hacerse a la utilización de *conceptos jurídicos interdeterminados* así como de *cláusulas generales* en los tipos penales, en cuanto remiten a un juicio valorativo del Tribunal conceptos, acciones y descripciones que deben ser detallados en la norma penal con el rigor exigible.

No merecen mayores precisiones, aunque sí un juicio favorable, la prohibición de la analogía (36) y la consagración normativa del principio «pro reo» («En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena») que contiene el número 2 del artículo 22 del Estatuto.

(35) Ver el Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1 de 12 de julio de 2000, p. 6.

(36) BROOMHALL, B., «General Principles of Criminal Law», ob. cit. pp.457-458. Tal como la regla de estricta interpretación, la prohibición de la analogía para este autor sólo se aplica a las definiciones de los crímenes. Ver también, SALAND, P., «International Criminal Law Principles», ob.cit. p.195.

También se debe destacar que las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal no se formulan de forma exhaustiva, acaso por las dificultades de abarcar todas las que reconocen los muy diversos sistemas penales de los distintos Estados, estableciendo el artículo 31.3 del Estatuto un *numerus apertus* por referencia al Derecho aplicable (art. 21) y un procedimiento para su examen por la Corte, ya determinado por la Regla 80 del Proyecto de Texto Definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Doc. N.Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1,12-7-2000, p. 43), criterio que no vulnera el principio de legalidad penal.

Sin embargo, el mencionado crimen de lesa humanidad previsto en el artículo 7.1.k), en su formulación estatutaria, parece apelar a la analogía en la descripción de la acción típica (aunque no en los resultados incriminados: Causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física) pues allí se castigan «otros actos inhumanos de carácter similar». Hay que entender que deben ser similares a los que describe el Estatuto en los restantes tipos de crímenes de lesa humanidad (artículo 7). Es verdad que aquí la analogía sólo completa la acción punible y no se extiende a las consecuencias (también típicas), pero hay una extensión analógica que es contradictoria con la terminante prohibición de la analogía establecida en el artículo 22.2 del mismo Estatuto. Y tampoco los Elementos de los Crímenes han servido para resolver esta antinomia, pues al desarrollar éste crimen ciertamente residual se estableció: «2. Que ese acto haya tenido un carácter semejante a otro de los actos indicados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto», explicando la Nota a pie de página nº 29 que por «carácter» se entiende la naturaleza y la gravedad del acto (37).

Consecuencia también de la afirmación del principio de legalidad es la formulación en el artículo 24 de la irretroactividad «*ratione personae*» (38), ya que la irretroactividad procesal figura dentro de los límites tem-

(37) RODRÍGUEZ MOURULLO estima que la analogía, por definición, consiste en aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley («analogía legis») o del ordenamiento en su conjunto («analogía iuris»), concluyendo que la aplicación analógica supone verdadera creación de Derecho y el principio de legalidad hace inviable incriminar comportamientos no comprendidos en la descripción típica («Comentarios al Código penal», ob. cit. p. 35). En la Comisión Preparatoria, Suecia (P. SALAND) sostuvo que el supuesto no era de analogía porque la semejanza se refería a otros preceptos del Estatuto, como si la «analogía legis» no fuera también un caso de analogía. Para una acertada crítica del artículo 7.1.k) ver, CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMÉ, *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, ob. cit. p.2.

porales a la competencia en el artículo 11 del Estatuto. Se reconoce asimismo en el citado artículo 24.2 la retroactividad de las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Un problema que ya se planteó en la Conferencia de Roma, en relación con el principio de irretroactividad, fue la cuestión de los «continuous crimes» (39). Es decir, los delitos permanentes que algunas Delegaciones denominan «delitos continuados». Se trata, según el concepto propio del Derecho penal, de aquellos crímenes en los que a consecuencia de la actividad del sujeto se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su voluntad, característica que puede estar incorporada al tipo en los delitos de permanencia absoluta como las detenciones ilegales (40). La cuestión era la aplicación del principio de irretroactividad al crimen de lesa humanidad de desaparición forzada (art.7. apartados 1.i) y 7.2.i) del Estatuto), que es un delito doloso, complejo, permanente y de mera actividad. Es complejo porque está compuesto por un sujeto activo calificado, un sujeto pasivo también determinado, una circunstancia típica o contexto (parte de un ataque generalizado o sistemático), dos acciones típicas sucesivas (1º La aprehensión, la detención o el secuestro de una persona. 2º La negativa a informar sobre la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas) y un elemento intencional o subjetivo (la intención de dejar a esas personas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado).

La cuestión que se planteaba a algunas Delegaciones era la posibilidad de que, dado el carácter permanente del crimen de desaparición forzada, se pudiera interpretar que el delito sigue cometiéndose mientras no se ponga fin a la situación antijurídica, es decir: hasta que no se revele el des-

(38) PANGALANGAN, R.C., «Non-retroactivity *ratione personae*», en *Commentary on the Rome Statute...*, ob.cit. pp.467 y ss. En este trabajo se distingue justamente entre la irretroactividad prevista en el artículo 11 y en el artículo 24 del Estatuto. W. A. SCHABAS da cuenta de las críticas a tal principio de irretroactividad, respondiendo que la solución para los casos de impunidad es la aplicación por los Estados de la jurisdicción universal («Principios generales de derecho penal», ob.cit.pp.284-285). Ver también, CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMÉ, *Observaciones sobre el Estatuto...*, ob. cit. p.3.

(39) SALAND, P., «International Criminal Law Principles», ob.cit. pp. 196-197. Para este autor el problema era, al parecer semántico y consistía en la relación de la palabra «conducta» con las expresiones «cometido», «ocurrido», «iniciado» o «completado», resultando imposible encontrar una palabra aceptable en los seis idiomas de trabajo.

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., «Derecho penal español. Parte general», Dykinson, Madrid, 1992, p.421.

tino o paradero de la persona desaparecida (41). Por lo que el principio de irretroactividad no impediría la persecución de estos crímenes (que no prescriben) por la Corte, aunque la detención o secuestro fuera anterior a su entrada en vigor. La solución adoptada por el Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes (42), que obtuvo el consenso de los Estados que participan en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, se concretó en una importante nota a pié de página (la n° 24) que zanjó procesalmente la cuestión al establecer que el crimen (de desaparición forzada) será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 (elemento de contexto: Ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil) se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto. No cabe duda de éste ataque es condición indispensable para que pueda calificarse una desaparición forzada como crimen de lesa humanidad de la competencia de la Corte (art.7.1 del Estatuto), por eso en la interpretación dada por los Elementos de los Crímenes no actúa únicamente como un elemento más del crimen complejo de desaparición forzada (como lo serían la detención o la negativa a informar), sino fundamentalmente como un elemento determinante del «umbral» necesario para que pueda conocer la Corte de esta clase de crímenes.

2. Los crímenes de la competencia de la Corte

Los artículos 5 a 8 del Estatuto describen los crímenes de la competencia de la Corte, es decir los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, reducidos finalmente a cuatro familias de delitos:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;

(41) Ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 1988 (caso Velásquez Rodríguez) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1998 (caso Kurt v. Turkia). Ver también, «A Latin American Perspective on Enforced Disappearance of Persons. Jurisprudence and Testimonies», preparado por E. GONZALEZ CUEVAS. Y «O Crime do Desaparecimento Forçado de Pessoas e o Tribunal Penal Internacional» de TARCISO DAL MASO JARDIM.

(42) Ver el Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.2, de 6 de julio de 2000, p. 17.

d) El crimen de agresión (éste último pendiente de definición y condiciones para su aplicación).

Haremos constantes referencias a estas categorías de crímenes, relacionándolas con los principios generales del derecho penal recogidos en el Estatuto.

Como consecuencia de la búsqueda del consenso en la elaboración del Estatuto y a iniciativa de algún Estado miembro permanente del Consejo de Seguridad, se incluyó en el artículo 124 una disposición de transición, que autoriza a un Estado, al hacerse parte del Estatuto, a declarar que, durante un periodo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie su comisión por sus nacionales o en su territorio. Este sistema de «opting out», excepcional y renunciabile en cualquier momento, ha sido objeto de numerosas críticas y el Comité Internacional de la Cruz Roja ha pedido a los Estados que no hagan uso de esta cláusula al ratificar el Estatuto. En todo caso, el propio precepto dispone que la norma será reconsiderada en la Conferencia de Revisión que se convoque siete años después de la entrada en vigor del Estatuto. En el momento actual únicamente Francia, en el momento de ratificar el Estatuto (9 de junio de 2000), ha formulado la Declaración prevista en el citado artículo 124.

III. OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

Con independencia del principio de legalidad y de sus consecuencias (irretroactividad), la Parte III del Estatuto establece dos principios fundamentales: el de igualdad ante la ley penal internacional y el de imprescriptibilidad.

1. El principio de igualdad ante la Ley Penal Internacional

En efecto, el artículo 27, denominado «Imprudencia del cargo oficial», dispone que el Estatuto será aplicado por igual a todos (principio de igualdad ante la ley), sin distinción alguna basada en el cargo oficial, añadiendo que éste cargo (aunque se trate de una persona que sea Jefe del Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario del gobierno) en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena.

Más concretamente el número 2 del citado artículo precisa que las inmunidades y las normas especiales de procedimiento (por ejemplo la petición de un suplicatorio a las Cortes) que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno (artículos 56.3 y 71 de la Constitución española) o al derecho internacional (inmunidades diplomáticas y consulares), no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre todas estas personas (43).

De tal forma que, en el primer número de la norma se niega al cargo oficial (electivo o no) virtualidad alguna como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal y en el segundo se dejan sin efecto las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que implique el cargo oficial, tanto si su fundamento hay que buscarlo en el derecho interno como en el derecho internacional (44). Ello ha planteado a algunos países incluso la reforma constitucional (45) para salvar la inviolabilidad penal del Jefe del Estado o parlamentarios (46).

En el derecho español (47), la institución del refrendo que confiere la responsabilidad de los actos del Rey a las personas que los refrenden (art.64.2 de la Constitución) pudiera salvar la dificultad que, para la ratificación del Estatuto, significa el artículo 56.3 de la norma fundamental («La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad»). En todo caso, por Ley Orgánica 6/2000, las Cortes autorizaron por unanimidad la ratificación por España del Estatuto y el día 24 de octubre de 2000 fue depositado el Instrumento de Ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas, sin que previamente se modificara ningún precepto constitucional ni se creyera necesario formular ninguna declaración relativa a las inmunidades del Rey o de los parlamentarios.

(43) F. BUENO ARÚS trata este principio de igualdad dentro de la punibilidad, examinando la larga tradición del rechazo de las inmunidades en el Derecho Penal Internacional («Perspectivas de la teoría general...», ob. cit. p. 127).

(44) TRIFFTERER, O.»Irrelevance of official capacity» en «Commentary on the Rome Statute...», ob.cit. pp.501 y ss.

(45) Este fué el caso de Francia que modificó su Constitución, mediante una fórmula general habilitante, con carácter previo a la ratificación del Estatuto de Roma.

(46) RODRÍGUEZ RAMOS, L.»Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios», en «Comentarios a la legislación penal», Tomo I «Derecho penal y Constitución», Edersa, Madrid 1982, pp. 289-297. FERNÁNDEZ SEGADO, F.»El sistema constitucional español», Dykinson, Madrid 1992, pp. 596-599.

(47) Ver el Dictámen del Consejo de Estado en relación con la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

2. La imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte

Otro principio general aplicable es el de la imprescriptibilidad de todos los crímenes de la competencia de la Corte. Principio que fue poco discutido (48) en la Conferencia Diplomática de Roma, pese al escaso número de Estados que son Partes en la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Se ha esgrimido para explicar la falta de aceptación universal de este convenio que no distingue entre las infracciones graves y las menos graves, en materia de crímenes de guerra. Pero lo cierto es que algunos países que no han ratificado el convenio, como España (49), establecieron en su derecho interno (Código penal de 1995) la imprescriptibilidad del genocidio (50) o de los crímenes de guerra (Bélgica, Holanda, Suiza, Estados Unidos, Argentina, Rumania, Rusia, Turquía o Austria) (51).

Ciertamente el umbral que se ha establecido para los crímenes de la competencia de la Corte que son, no lo olvidemos, los más graves delitos de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, ha ayudado a la proclamación del carácter imprescriptible de tales crímenes.

W.A. Schabas (52) sostiene que el texto adoptado por el Estatuto de Roma es innecesario, pues es obvio para el autor que, en ausencia de una regla estableciendo la prescripción («statutory limitation»), el silencio del Estatuto puede sólo significar que no existe la prescripción. Por lo que concluye que el artículo 29 es superfluo. Ahora bien, muchos Estados que no han reconocido la imprescriptibilidad de éstos crímenes (genocidio, crí-

(48) P. SALAND da cuenta de las objeciones que plantearon en Roma países tan importantes como Francia (que no aceptaba la imprescriptibilidad para los crímenes de guerra), China y Japón, y el planteamiento de la cuestión en relación con los delitos permanentes («International Criminal Law Principles», ob.cit.pp.204 y 205).

(49) LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Comentarios al Código penal», ob. cit. p. 374.

(50) RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Delitos contra la Comunidad Internacional», en «Seguridad Nacional-Seguridad Internacional», VIII Seminario «Duque de Ahumada», M.Interior 1997, p.71.

(51) En la obra «Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario», cit., ver las Ponencias de Bélgica (Damien Vandermeersch) p.159, Suiza (Bernhard Sträuli) p.229, Alemania (Sascha Rolf Lüder) p.241, Conclusiones del Grupo de Trabajo (p.117) y cuadro comparativo de la prescripción en Alemania, Bélgica, España y Suiza (p. 311).

(52) SCHABAS, W. A., «Non-applicability of statute of limitations», en «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court», ob. cit. pp.523 y ss, en especial p. 525.

menes de lesa humanidad o crímenes de guerra) o de alguno de ellos podrían tener dificultades para conceder la extradición, en particular porque los Tratados sobre extradición suelen excluir justamente los supuestos de delitos que han prescrito en sus Códigos penales internos y éste argumento podría incidir en la colaboración con la Corte. Lo deseable es que los Estados, en el proceso de ratificación del Estatuto y antes de su entrada en vigor, modifiquen sus Códigos penales (comunes o militares) para declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte, logrando así la coherencia de lo dispuesto en el artículo 29 con su legislación penal interna.

P. Saland (53) se plantea si el artículo 29 es de aplicación a los delitos contra la administración de justicia (art.70 del Estatuto), que tienen distinta naturaleza, concluyendo que era cuestión que debía resolverse en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Y efectivamente se estableció el plazo de prescripción de cinco años para tales delitos y el de diez años para las penas impuestas, en la Regla 164 (Plazos de Prescripción de los delitos contra la administración de justicia y faltas de conducta en la Corte) (54).

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

1. EL SUJETO ACTIVO DE LOS CRÍMENES

La responsabilidad penal que se establece en el Estatuto es de carácter individual o personal y se concreta en la competencia exclusiva de la Corte sobre las personas físicas o naturales. Esta determinación de los sujetos activos de la acción criminal es valorada positivamente por F. Bueno Arús (55), que destaca la ausencia de un precepto sobre las organizaciones criminales (art.10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg), aclarando con acierto que en la contribución a la comisión de un crimen colectivo (art.25.3.d) del Estatuto) no comete delito la asociación como persona moral.

(53) SALAND, P., «International Criminal Law Principles», ob. cit. p. 205.

(54) Ver el Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 164, p. 81.

(55) BUENO ARÚS, F., «Perspectivas de la teoría general del delito...», ob.cit. p.121. Ver también, RODRÍGUEZ DEvesa y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, ob.cit. pp. 390 y ss. SCHABAS, W.A., *Principios generales de derecho penal*, ob. Cit. pp. 285 y 286.

Así se declara en el artículo 25. 1 del Estatuto, una vez que fue suprimido el precepto propuesto por Francia que pretendía la exigencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas (56), excluido el Estado. La propuesta fue rechazada con razonamientos bastante convincentes (57). Se sigue así el principio de que sólo la persona natural o física puede ser sujeto activo del crimen («societas delinquere non potest»), por otra parte acogido en el Código penal español que configura el comiso y determinadas medidas sobre empresas, asociaciones, sociedades o fundaciones no como penas sino como consecuencias accesorias de la pena (art.129 del Código penal) (58).

Seguidamente en el mismo precepto se acoge el principio de la personalidad de las penas (59), al determinar que (solo) quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto.

Finalmente, el mismo artículo 25 del Estatuto, en su número 4, se cuida de salvar todo el sistema de responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. Ya sabemos que la Corte tiene competencia penal sobre las personas y no sobre los Estados pero podría haberse arbitrado una responsabilidad civil subsidiaria de las entidades públicas con el fin de amparar a las víctimas frente a personas físicas responsables insolventes.

(56) P. SALAND escribe relatando las dificultades de la negociación ante los diferentes sistemas legales nacionales en la materia. Para este autor, Presidente del Grupo de Trabajo que se ocupaba de los Principios Generales del Derecho Penal, la inclusión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (propuesta por Francia e Islas Salomón) llegó a ser aceptable a un numeroso grupo de naciones. Entre las cuales, añadimos nosotros, consumieron turnos a favor Estados como Alemania, no siempre coherentes con su legislación nacional y doctrina. Pero es que, además, la oposición no se limitó a los Países Nórdicos, Suiza, Rusia y Japón (que ya sería bastante), sino que numerosos países pertenecientes al grupo de los «like-minded», entre ellos España, mostraron su oposición a la propuesta («International Criminal...», ob. cit. p.199.

(57) KAI AMBOS estima que la responsabilidad de las personas jurídicas fue rechazada por diversas razones, en general, bastantes convincentes, planteaba serios problemas de prueba y el concepto aún no había sido reconocido en algunos de los sistemas de Derecho penal...En consecuencia la ausencia de responsabilidad criminal colectiva en muchos Estados convertía en impracticable el principio de complementariedad («Individual criminal responsibility» en «Commentary on the Rome Statute...», ob.cit.p.478. Del mismo autor, *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional*, en la obra *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, U. Externado de Colombia, ob. Cit. p.116. Y con análogo contenido y título, publicado en la Revista de Derecho Procesal, ob. cit., p. 567.

(58) JORGE BARREIRO, A., «Comentarios al Código penal», ob.cit. pp. 360 y ss. La ubicación sistemática de las «consecuencias accesorias» en un Título independiente, respecto de las penas, dice este autor, proviene de la PANCP y bajo una clara influencia germánica (parágrafos 45 y ss. del C.P. alemán). Ver p. 361.

(59) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, ob. cit. pp. 880 y ss.

A estos efectos el artículo 91 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, determina la responsabilidad (subsidiaria) del Estado por actos cometidos por personas que formen parte de sus fuerzas armadas (60). Ciertamente el Estatuto no impide la exigencia de este tipo de responsabilidad al disponer que sus normas (al establecer la responsabilidad penal de las personas naturales) no afectan a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional (art.25.4).

2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Tratando de presentar sistemáticamente la materia que regula el largo e intrincado número 3 del artículo 25 del Estatuto (Responsabilidad penal individual), examinaremos en primer lugar el tratamiento que recibe la autoría y participación.

Se considera, ante todo, penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte al autor directo (61), es decir al que cometa el crimen por si solo (autoría individual directa), a quien ejecute el crimen con otro (supuesto de coautoría) y al que lo realice por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, que comprende la llamada autoría mediata (62). Son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, dirá el artículo 28 del Código penal español. El Estatuto acoge pues el concepto unitario y restrictivo de autor y, también aquí, lo podemos distinguir de otras formas de participación igualmente punibles.

El partícipe (63) no realiza el hecho como propio (teoría jurisprudencial del dominio del hecho) sino que interviene (participa) en un hecho ajeno y esta contribución puede equipararlo al autor (en los casos de orden,

(60) JEAN DE PREUX, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, C.I.C.R. Genève, 1986. pp. 1079 y ss.

(61) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, en *Commentary on de Rome Statute*, ob. Cit. pp. 475 y ss. Ver también, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, ob.cit. pp. 167 y ss.

(62) BUENO ARUS, F., *Perspectivas de la teoría general...*, ob.cit. p. 120. KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob.cit. p. 478 a 480. Destaca este autor, por lo que se refiere al inciso final de éste apartado («sea éste o no penalmente responsable»), que en la versión francesa y española del Estatuto figura en singular, pese a que la interpretación teleológica nos indica que se debe referir tanto a los supuestos de coautoría como a la perpetración por medio de otro.

(63) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, ob.cit. pp. 168 y 169.

inducción o cooperación necesaria) o comportar una menor responsabilidad en los supuestos de complicidad o encubrimiento.

El Estatuto hace referencia a quien ordene, proponga o induzca (64) a la comisión de un crimen consumado o en grado de tentativa. Creemos, sin embargo que la simple proposición (que existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a cometerlo, según el art. 17 del Código penal) es un acto preparatorio (65), pues solo la provocación (donde se incita a la comisión de un delito) se castiga como inducción si es seguida de la perpetración del crimen (art.18.2 del Código penal).

Es un acierto del Estatuto la mención de la orden como forma de participación (66). Y aún podría sostenerse que es una forma de autoría mediata (se comete el crimen por conducto de otro), si compartimos la teoría del dominio del hecho, puesto que la orden despliega su eficacia dentro de una estructura de poder organizado y jerarquizado, cuyo ejecutor es el subordinado destinatario (a veces no conocido siquiera por quien imparte el mandato) de la orden. El artículo 19 del Código Penal Militar español define la orden como todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta (67).

(64) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob.cit. pp.480 y 481. Este autor estudia con cierto detalle estas tres formas de participación, que considera muy diferentes. Ver RODRÍGUEZ DEVESEA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, ob.cit.pp.808 y ss. En contra W. A. SCHABAS denomina «cómplices» a los que organizaron, planearon e incitaron el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y considera que la complicidad se trata en los apartados B y C del artículo 25.3 del Estatuto, sin distinguir entre actos preparatorios y de ejecución (*Principios generales de derecho penal*, ob. cit. p. 288).

(65) La proposición, según la sentencia del Tribunal Supremo de 5-febrero-1993, supone que alguien haya resuelto cometer un delito y proponga a otro u otros su ejecución. Resulta intrascendente que la invitación sea aceptada o no por el destinatario y hay que partir de que la expresión legal, es decir «invitar a ejecutar el delito», significa invitarlo en concepto de autor (RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, ob.cit. p.81).

(66) KAI AMBOS, después de citar los casos *AKAYESU* y *CELEBICI* (Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda), concluye que las órdenes del artículo 25.3 b) complementan el artículo 28: En el último caso se trata de una culpabilidad por omisión y en el supuesto de la orden de comisión de un crimen el superior es culpable por haberlo ordenado. Concluye que la primera alternativa del subpárrafo b) en realidad integra una de las formas de perpetración prevista en el subpárrafo a), siendo una forma de comisión «por conducto de otro» (*Individual criminal responsibility*, ob.cit.p.480). Ver también, del mismo autor «Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho Procesal*, ob. cit., pp. 567 y ss.

(67) CALDERÓN SUSÍN, E., *El concepto de orden*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, Ed. Civitas, Madrid 1988, pp. 345 y ss.

Ahora bien, el concepto formal de orden en el Derecho Penal Internacional ha sido superado (casos *Celebici* y *Aleksovski* en el Tribunal penal internacional «ad hoc» para la ex-Yugoslavia) para abarcar los mandatos emanados de estructuras informales de mando (guerrilleros, parte adversa *militarmente organizada*), donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas. Se afirma así la responsabilidad penal derivada de la emisión de una orden criminal por el jefe de una estructura informal, pero que refleja una organización militar.

Y también se afirma la responsabilidad penal de los mandos o eslabones intermedios de la cadena del mando militar, que reciben la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. Podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos. Es clásica la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Alemania sobre este tipo de responsabilidad en relación con los casos de los Guardias de Fronteras del «muro» de Berlín.

Ningún problema presentan otras formas previstas de participación como la inducción (68) a la comisión de un crimen (consumado o en grado de tentativa) y la cooperación necesaria. El Estatuto no distingue realmente entre la cooperación necesaria y la complicidad (69), pues considera penalmente responsable a quien colabore de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión (art.25.3.c) del Estatuto). El carácter imprescindible o no de los actos de colaboración, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial de los bienes escasos, señala los límites entre la cooperación necesaria (participación a título de autor, según el artículo 28.b) del Código penal) y la complicidad que se caracteriza negativamente (art.29 del Código penal) por la cooperación periférica (anterior o simultánea a la ejecución) pero no

(68) La inducción equivale a causar en otra persona la resolución de ejecutar el hecho delictivo (RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código penal*, ob.cit.pp.170 y 171, con cita de fundamental jurisprudencia). Ver también, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, ob.cit. pp. 810 a 813.

(69) Para un análisis de la complicidad en el Estatuto de Roma, con frecuentes alusiones a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda (casos *Tadic*, *Celebici*, *Furundzija* y *Akayesu*) ver: KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob. cit. pp.481 a 483.

necesaria. Son cómplices los que, de forma eficaz pero no decisiva, auxilian o facilitan la comisión de un crimen.

Los encubridores (70), que han desaparecido del Código penal español como partícipes (al considerarse el encubrimiento un delito autónomo contra la Administración de Justicia), son citados al lado de los cómplices en el Estatuto para imputarles la correspondiente responsabilidad penal. Sin embargo, el Estatuto no define el encubrimiento, añadiendo esta imperfección técnica (que habrá de suplir la jurisprudencia de la Corte) al dudoso mantenimiento de esta figura como forma de participación, en contra la posición mayoritaria en la doctrina y en las legislaciones, que se basan en la imposibilidad de una participación subsiguiente al delito, en sus diferencias con la complicidad y en la inexistencia de un concepto unitario de encubrimiento (por lo que resulta especialmente criticable su indefinición en el Estatuto).

El mismo precepto que analizamos contiene en el apartado d) de su número 3, una regulación innovadora de lo que podríamos denominar la contribución intencional a un crimen colectivo (71), que es algo más que una conspiración puesto que se contribuye a los actos de ejecución (comisión o tentativa de comisión) realizados por un grupo de personas (crimen colectivo) que tengan una finalidad común. La contribución o cooperación puede revestir la forma de autoría por cooperación necesaria o de complicidad (auxilio accesorio) puesto que el precepto emplea la expresión «contribuya de algún otro modo...», pero debe ser intencional(72).

Tal intencionalidad es la clave de la regulación estatutaria y debe reunir dos requisitos: i) El propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, y ii) Que se realice a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

(70) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General*, ob. Cit. pp. 822 y ss. W. A. SCHABAS encuentra una cierta redundancia entre los apartados B (ordenar, proponer o inducir a un crimen) y C (facilitar, encubrir o colaborar) del artículo 25.3 del Estatuto, por entender que el término *abet* (traducido al español como *encubrir*) comprende todas las conductas del párrafo B. Aún reconociendo las dificultades de traducción, no podemos compartir esta posición que sólo añade confusión e impide dar un sentido técnico jurídico a los términos partícipes (autores mediatos, inductores, colaboradores necesarios), cómplices, encubridores y a la distinción entre actos de ejecución y preparatorios como conspiración, proposición y provocación (*Principios generales de derecho penal*, ob. cit. p. 288).

(71) BUENO ARÚS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. Cit. p. 121.

(72) Para una interpretación del significado del término *intencional* en relación con los problemas del *dolus directus o dolus specialis*, con expresa mención de la doctrina española, versión francesa o alemana, ver: KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob. Cit. pp. 484 y 485. Para este autor se trata de un compromiso entre el Convenio sobre Terrorismo y el originario precepto de «conspiracy» (Sobre el fundamento jurídico...», artículo citado).

Toda esta regulación merece una crítica favorable por la frecuencia con que los crímenes de la competencia de la Corte (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) son ejecutados colectivamente por grupos u organizaciones criminales. Y es de alabar que su regulación haya tenido en cuenta los problemas que ha presentado la falta de tratamiento de estas materias en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales «ad hoc» para la ex-Yugoslavia y Ruanda.

3. FORMAS DE RESOLUCIÓN MANIFESTADA

No regula ciertamente con fortuna el Estatuto las llamadas formas de resolución manifestada, es decir los actos preparatorios que no debe quedar impunes por su carga de antijuricidad, que en la doctrina clásica española son la conspiración, la proposición, la provocación y, dentro de ella, la apología. La mera conspiración, fuera de la contribución intencional a la comisión o tentativa de un crimen colectivo (73), no es incriminada por el Estatuto, por lo que debemos concluir que quedará impune esta forma de resolución manifestada cuando no alcance el estadio de los actos de ejecución de un crimen.

Por el contrario, la proposición, *solicit o sollicite* (74) es regulada (con notoria falta de técnica) al lado de la orden e inducción en el apartado b) del número 3 del artículo que analizamos. La proposición existe, dice el artículo 17 del Código penal español (75), cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Resolución manifestada que se castiga como acto preparatorio revelador de un plus de peligro que debe pensarse de modo excepcional.

Otro acto preparatorio, la provocación, incitación o instigación es contemplado en el Estatuto únicamente en relación con el crimen de genocidio, pues se castiga la instigación directa y pública a que se cometa tal delito (76). Por algunos autores se relaciona esta figura (*conspiracy*) con la ya estudiada *contribución a la ejecución de un crimen*

(73) SALAND, P. *International Criminal Law Principles*, ob. Cit. pp. 199 y 200. Ver también, SCHABAS, W. A., *Principios generales de derecho penal*, ob. Cit. pp. 291 y 292.

(74) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob.cit.p.13.

(75) RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código penal*, ob. cit. p. 80.

(76) P. SALAND explica las dificultades para extender el concepto de incitación a otros crímenes de la competencia de la Corte, distintos del genocidio por problemas lingüísticos (Ver en *International Criminal Law Principles*, ob. Cit. p. 200.

colectivo (77), lográndose en Roma un extraño consenso entre ambos conceptos penales, que supuso reservar la conspiración para el crimen de genocidio y limitar a los actos de ejecución (tentativa y consumación) la contribución a la actuación de un grupo criminal, que guarda mayor relación con la complicidad (*contribuya de algún modo*, dice el art.25.3.d) del Estatuto) que con la instigación o incitación.

La instigación es término similar a la provocación que existe según el artículo 18 del Código penal español, cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es decir deben concurrir la instigación directa y pública a que se cometa el crimen.

Ahora bien, el Estatuto se ha limitado a reproducir el artículo III.c del Convenio para la prevención y castigo del delito de genocidio (78), aunque en Roma algunas Delegaciones intentaron incluir el precepto dentro de la descripción típica del crimen de genocidio (79).

Y en efecto, el artículo 25.3.e) del Estatuto incrimina específicamente la instigación directa y pública a que se cometa genocidio. Conducta que guarda mayor relación con la apología (80) como modalidad de provocación del artículo 18 del Código penal español (en relación con el artículo 615) que con la mal llamada apología del genocidio (que realmente es una apología de la ideología genocida) incriminada en el número 2 del artículo 607, todos ellos de nuestro Código penal (81).

La instigación al genocidio, concepto penal que ha tenido gran importancia en las condenas del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (casos *Akayesu* y *Kambanda*), definida en el Estatuto contiene dos exigencias: 1º Que sea pública, bien porque se haga a una concurrencia numerosa de personas o por algún medio de comunicación social. 2º Que se

(77) KAI AMBOS, Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional, ob. Cit. pp. 116 y 117 y con el mismo contenido en la Revista de Derecho Procesal, pp. 567 y ss. P. SALAND, International Criminal Law Principles, ob. cit. p. 199 y 200. Ver también, GIL GIL, A. *Derecho penal internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 323 a 324. Especialmente el concepto de *conspiracy*.

(78) GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional*, ob.cit. pp. 325 a 327.

(79) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob. Cit. pp. 486 y 487.

(80) CARBONELL MATEU, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Coord. VIVES ANTÓN, Vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 2161 y 2162. Ver también, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *Delitos contra la Comunidad Internacional*, en la obra *Seguridad Nacional-Seguridad Internacional*, VIII Seminario «Duque de Ahumada», Ministerio del Interior, Madrid 1997, pp. 68 y ss.

(81) GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, ob. Cit. pp. 328 y ss.. en especial p. 357.

incite directamente a la comisión de un genocidio, por lo que no son suficientes las vagas alusiones o sugerencias inconcretas y se deben tener en cuenta tanto la situación en que se pronuncian como las características de las personas destinatarias (82). Hay que destacar que, en buena técnica penal, la instigación, provocación o incitación son actos preparatorios (formas de resolución no manifestada) que se castigan por su peligrosidad aún cuando no se lleguen a realizar los actos de ejecución (tentativa o consumación). Pero si se ejecuta el delito, la instigación se convierte en inducción y el provocador será castigado como autor por inducción. Así, el artículo 18.2, párrafo segundo, del Código penal español dispone que *si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción* (83).

4. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN

A lo largo del número 3 del artículo 25 del Estatuto se hace referencia al crimen consumado, a la comisión o a la tentativa de comisión del delito, para describir las distintas etapas del «iter criminis», finalizando este número con el apartado f) donde se regula la tentativa y el desistimiento.

Consumar un crimen es perfeccionar la conducta incriminada en el tipo penal (84), por lo que habrá que examinar cada uno de los crímenes de la competencia de la Corte para saber si se han ejecutado todos los elementos que configuran el tipo, aunque el autor no haya logrado alcanzar la finalidad perseguida (lo que significaría un delito agotado).

Como el Estatuto, al igual que el Código penal español vigente, no contempla el delito frustrado, resta definir la tentativa (85) como el

(82) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob. Cit. p. 487 y 488.

(83) Resultan sorprendentes las afirmaciones de W. A. SCHABAS en relación con la «instigación» o «inducción» pues, al no distinguir entre actos preparatorios y de ejecución, primero las incluye en la complicidad y luego llega a considerarlas como otras formas de encubrimiento, quizás debido a problemas de traducción de los términos del Estatuto (*Principios generales de derecho penal*, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, U. Externado de Colombia, cit. p. 290).

(84) RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. p. 72 y 73.

(85) KAI AMBOS realiza una excelente exposición de la definición de la tentativa en el Estatuto, calificándola de combinación entre el Derecho francés y americano, con precisas alusiones al Derecho alemán y al español (*Individual criminal responsibility*, ob. cit. pp. 488 y 489). SCHABAS, W. A., *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. p. 292.

intento de cometer el crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Con cierta coincidencia conceptual, pero mejor técnica, nuestro Código penal define la tentativa (art. 16) según la fórmula clásica: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» (86).

Ciertamente ambas definiciones diferencian la tentativa de los actos preparatorios y del delito consumado e incluyen a la frustración dentro del concepto más amplio de tentativa. Dados los términos de la definición del Estatuto parece excluida la incriminación de la tentativa inidónea o delito imposible, ya que se exige la realización de «actos que supongan un paso importante para su ejecución» (es decir la ejecución del crimen).

También se regula en el segundo inciso del precepto estatutario el desistimiento (87) en la tentativa, introducido *in extremis* en Roma a propuesta de Japón, que supone la impunidad. Y ello porque «quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado, de conformidad con el presente Estatuto, por la tentativa si renunciara íntegra y voluntariamente al propósito delictivo».

Abarca este precepto las dos formas clásicas de manifestación del desistimiento (bien el hecho de desistir de la ejecución ya iniciada o bien impedir la producción del resultado), añadiendo un requisito más: la renuncia íntegra y voluntaria al propósito delictivo (88).

Sin embargo, no se recoge la cautela que establece el Código penal español en la última frase del artículo 16.2, al disponer la impunidad del desistimiento «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta». Estimamos, sin embargo, que se puede alcanzar idéntica interpretación en la aplicación del Estatuto.

(86) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 73-80.

(87) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob. cit. pp. 489 y 490. Ver también, SCHABAS, W. A., *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 292 y 293.

(88) KAI AMBOS, *Individual criminal responsibility*, ob. cit. p. 490. Este autor hace referencia a los orígenes del precepto en el *Siracusa Draft*, irónicamente bautizado como la *Biblia de Siracusa* por algún delegado contrario a éste texto doctrinal, así como a algunos problemas que se dejan a la Corte.

V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERARQUICOS

Una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos (89) que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario por parte de sus subordinados. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona humana y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los Tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el Caso Yamashita, el Caso del Alto Mando alemán, el Asunto de los Rehenes en territorio ocupado y el caso Meyer (90).

Por parte de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja (91), se resume el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que se trate de un superior o persona con autoridad sobre sus subordinados.
- Que el superior supiera o debería haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo.
- Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal.

Hay que recordar, muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra dispone lo siguiente: « El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Proto-

(89) La noción de la responsabilidad de los superiores se remonta a 500 años antes de Jesucristo (SUN TZU en *El arte de la guerra*) y a HUGO GROCIUS (1625), pudiendo ser citados los Convenios de La Haya de 1864 y 1907, el Tratado de Versalles y el Convenio de 1929 (Celebici: *Le premier procès à examiner la responsabilité des supérieurs hiérarchiques*, Bulletin n° 15-16 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de fecha 10-III-1997, p. 14).

(90) FENRICK, W. J., *Responsibility of commanders and other superiors*, en *Commentary on the Rome Statute*..... ob. Cit. pp. 516 y 517. Celebici..., *Bulletin n° 15-16*, ob. Cit. pp.14 y 15. Ver también, Caso Yamashita, *IV Law Reports of Trials of War Criminals I*, Londres 1948. Más recientemente, Major MICHAEL L. SMIDT, *Yamashita, Medina, and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations*, en *Military Law Review*, vol. 164, junio 2000, pp. 155 y ss.

(91) *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, C.I.C.R. ob. Cit. pp. 114, 115, 143, 263 y 264.

colo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

Ahora bien, los específicos deberes de los Jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir y denunciar las infracciones del Derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra y sus Protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado (92). Se trata de una deber de prevención (impedir o hacer cesar las violaciones del derecho de los conflictos armados) y de represión (castigar los crímenes de guerra o denunciarlos).

Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho penal, y ante la ausencia de un precepto concreto incriminador de esta conducta de los superiores (como ocurre en el Código penal español), cabe preguntarse si éstos pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores, como una de las formas de participación criminal. Hablamos de una clase de acción penalmente relevante: la comisión por omisión, en la que la no evitación del resultado (omisión del garante, obligado a actuar) se equipara a su causación.

Así, el artículo 11 del Código penal de 1995 dispone: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Como afirma J. Silva Sánchez (93) el inciso primero del precepto exige dos juicios: el primero centrado en la infracción de un deber y el segundo basado en un juicio adicional de equivalencia según el sentido de la Ley. No basta pues la violación del deber legal o contractual, o con un actuar precedente peligroso (injerencia fortuita o imprudente) pues es preciso un juicio adicional de equivalencia (la omisión o no evitación del

(92) JEAN DE PREUX, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977*...., ver los comentarios a los artículos 86 y 87, ob.cit. pp. 1029 y ss.

(93) SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M.Bosch Editor, Barcelona 1997. pp. 51 y ss.

resultado debe ser equivalente a su causación), idea que se convierte en el criterio rector del precepto y se refiere únicamente a la injerencia dolosa.

Ahora bien, según éste autor (94), lo decisivo para determinar el baremo de la «equivalencia según el sentido del texto de la Ley» es que se haya asumido el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos también concretos. Se trata del dominio del riesgo típico normativamente idéntico al movimiento corporal que pone en marcha un curso causal, es decir la injerencia que justifica la imputación del resultado lesivo y la aplicación de la figura de comisión por omisión.

Con independencia de las críticas científicas que ha suscitado la redacción del artículo 11 del Código penal (95), construido sobre dos modelos contrapuestos, puede resultar útil su análisis en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos ante la ausencia de una regla específica que incrimine su conducta. En efecto, establecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts.86.2 y 87 del Protocolo I de 1977) la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto solo sucede cuando el dolo del superior (conocimiento e intención) abarca la producción del resultado lesivo por lo menos a título de dolo eventual, con exclusión de la conducta culposa, que no puede justificar tal imputación porque no se ha producido la necesaria injerencia.

Es verdad que en el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así el artículo 137 del Código Penal Militar castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (Arts.69 a 78). Y entre éstos últimos, el artículo 78 es un tipo residual que, al sancionar penalmente, «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del derecho internacional humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del Código penal, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios» a las citadas

(94) SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código Penal...*, ob. cit. p. 69.

(95) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código Penal*, Ed. Técnos, Madrid 1995. en el Prólogo pp. XXIV y XXV. Ver también, SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código Penal...*, ob. cit. p. 69.

normas. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente, aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal (fragmentario, como hemos visto) de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos. Sin duda la ocasión más propicia será la conveniente (e incluso necesaria) reforma de nuestro Código Penal, como consecuencia de la ratificación por España (24-10-2000) del Estatuto de Roma.

Desde luego esta cuestión no se encuentra bien resuelta en los modelos de Derecho comparado (96) que hemos examinado, habiendo inventariado las siguientes soluciones legislativas:

- La incriminación global de las violaciones del Derecho Internacional de los conflictos armados
- Las normas generales de Derecho penal sobre participación criminal.
- La incriminación de infracciones a los deberes militares en el Derecho penal militar.
- La ausencia de incriminación penal específica.

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional (97) para la ex-Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25-5-1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron. Nos encontramos también aquí ante una responsabilidad por omisión, derivada de un deber preexistente de actuar basada, según Fabrizio Guariglia (98), en tres elementos:

- 1.º Una relación jerárquica entre un superior y un subordinado.

(96) Ver *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, CICR. Ob. cit.

(97) PIGNATELLI MECA, F. *Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991*, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 64 (1994), pp. 112 y ss.

(98) GUARIGLIA, Fabrizio, *Los Tribunales penales internacionales. El Tribunal Penal Internacional y el desarrollo del principio de responsabilidad criminal individual a través de la jurisprudencia del Tribunal*, Ponencia de la «Reunión de expertos de países iberoamericanos sobre la adaptación de la legislación penal interna para la sanción de las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario». Madrid 10-12 de marzo 1999 (en prensa).

2.º Un elemento subjetivo. El superior «sabía» o «tenía razones para saber». En este caso se describe una negligencia.

3.º El incumplimiento por el superior de su deber de garante.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 16-11-1998 (Zejnil Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo), en el caso del Campo de Celebici (99), estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder «de iure», por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no regulares integrados por personas que no estaban formalmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones oficiales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un «umbral»: no responden estos superiores cuando «de facto» cesan en su control.

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2-9-1998 en el caso de Jean Paul Akayesu analiza todas las formas de responsabilidad, que comprende tanto la intención maliciosa («sabía») o la negligencia grave («tenía razones para saber»), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior poseía información que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

Por otra parte, la sentencia del caso del Campo de Celebici consideró que si la existencia de una relación de causalidad entre la falta del superior a su obligación de impedir que su subordinado cometa un crimen y la perpetración de éste crimen era probable, tal relación no es por tanto necesaria puesto que semejante condición sería incompatible con la existencia misma del principio de la responsabilidad del superior jerárquico por infracción de la obligación de castigar. Conclusión ciertamente muy diferente de la establecida en el artículo 11 del Código penal español. En relación con esta materia debemos citar también otras decisiones del mismo Tribunal, como la sentencia del caso Zlatko Aleksovski (25-6-1999), la Decisión del caso Kordic y Cerkez (2-3-1999) y la sentencia del caso Blaskic (3-3-2000).

(99) Ver *Bulletin Judiciaire*, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 15-11-1999, pp. 11 a 15. En la sentencia de 22-9-2000 (caso MOMCILO KRAJISNIK) del mismo Tribunal se establece que la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Comandante formaba parte integrante del Derecho Internacional Consuetudinario en la época de comisión de los crímenes (Bulletin Judiciaire n.º 19 - septiembre-octubre 2000, pp. 11-13).

El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.
- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de Policía o también de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por su subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados (100), siempre que no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior «hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos».

Si ponemos este precepto, artículo 28,a) apartado i) del Estatuto, en relación con el artículo 30 (elemento de intencionalidad), observamos que la regla general establecida sobre el elemento subjetivo de los crímenes de la competencia de la Corte (o culpabilidad) es que se trata de delitos dolosos o intencionales, por lo que constituye una excepción a tal criterio la incriminación de la conducta culposa del superior jerárquico que se describe como alternativa (101). Es decir, cuando «en razón de las circuns-

(100) FENRICK, W. J., *Responsibility of commanders and other superiors*, ob. cit. pp. 517 y ss. AMBOS, K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. pp. 117 y 118.

(101) Con acierto F. BUENO ARÚS estima que se actúa, en éste caso, más por imprudencia o negligencia que por dolo eventual (*Perspectivas de la teoría general...*, ob. cit. p. 126). Por el contrario, W. A. SCHABAS identifica, al estudiar el artículo 28 del Estatuto, la conducta omisiva de los superiores militares con la exclusiva responsabilidad por negligencia, lo que le lleva a no entender tampoco la diferencia con la responsabilidad de los superiores no militares (*Principios generales de derecho penal*, ob.cit. pp. 298 a 300).

tancias del momento, hubiere debido saber». Ciertamente el artículo 30 admite excepciones puesto que comienza con la frase «Salvo disposición en contrario...», pero no parece técnicamente aconsejable dar el mismo tratamiento penal a delitos dolosos e imprudentes. En todo caso la menor culpabilidad (la culpa es la medida de la pena) se ha tenido en cuenta entre los criterios de individualización de la pena y, más concretamente, al desarrollar el artículo 78.1 del Estatuto en las Reglas de Procedimiento y Prueba, para paliar la falta de dosimetría penal de que adolece el sistema penológico estatutario (Regla 145).

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares (102) sólo se incrimina la conducta dolosa (que podría abarcar el dolo eventual, pero no la conducta imprudente), consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición (objetiva) más: Que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS CRIMENES. LA CULPABILIDAD

El artículo 30 del Estatuto (Elemento de intencionalidad) salva las críticas formuladas por Kai Ambos sobre el tratamiento de las circunstancias subjetivas de un acto criminal en los sucesivos Proyectos (103), donde persistían algunas dudas sobre la pervivencia de responsabilidad meramente objetiva. Naturalmente nos estamos refiriendo al dolo genérico, ya que el específico está previsto en algunas tipicidades concretas, como en el crimen de genocidio (intención de destruir total o parcialmente a un grupo...). La responsabilidad penal presupone el dolo general o intención como elemento necesario del crimen, con exclusión de la conducta imprudente o negligente. Ya hemos

(102) K. AMBOS estima que se exige aquí una especie de imprudencia consciente (este autor no acepta el dolo eventual), algo más que la simple imprudencia (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...* ob. cit. p. 118). Y con el mismo título en la Revista de Derecho Procesal, cit. pp. 568 y 569. Ver también, FENRICK, W. J., *Responsability of commanders...* ob. cit. pp. 520 y ss. SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. p. 204. SCHABAS, W. A., *Principios generales...* ob. cit. p. 300.

(103) AMBOS, K., *Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional*, en *Actualidad Penal*, nº 10 (9-15 de marzo de 1998), p. 232. Resultaron ciertamente exageradas las críticas del autor y sus negativas previsiones.

visto como la única excepción que se contempla como crimen culposo está integrada por uno de los supuestos de responsabilidad de los jefes militares en el párrafo i) del apartado a) del artículo 28 del Estatuto («...hubiera debido saber ...»), que constituye una «isla» dentro del elemento subjetivo exigible a los demás crímenes de la competencia de la Corte.

De esta forma y siguiendo la clásica teoría del delito (104), el citado artículo 30 del Estatuto establece, salvo disposición en contrario, que únicamente una persona será penalmente responsable y podrá ser castigada por un crimen de la competencia de la Corte si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen (105). Se necesita pues la concurrencia de éste elemento subjetivo del delito que es el dolo o intención maliciosa que, también siguiendo la doctrina clásica (106), debe integrarse con dos elementos: la intención (el querer o elemento volitivo) y el conocimiento (el saber o elemento intelectual).

Ahora bien, el precepto profundiza más en los requisitos del dolo, al disponer que se entenderá que actúa intencionalmente (primer elemento del dolo) quien:

a) En relación una conducta, se propone incurrir en ella. Es decir, el que realiza intencionalmente la conducta incriminada en el tipo penal, abarcando el dolo todos los elementos del crimen.

b) En relación con una consecuencia,

1.º Se propone causarla o

2.º Es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Este segundo apartado, que regula el supuesto del sujeto activo de un crimen que tiene intención de realizar la acción u omisión incriminada pero que no se propone causar el resultado previsto por el tipo penal, da solución al problema de la imputación subjetiva de los resultados lesivos, exigiendo que al menos concurra el dolo eventual en relación con el resultado tipificado (107). Es decir, cuando el sujeto acepta de antemano la pro-

(104) BUENO ARÚS, F., *Perspectivas de la teoría general...*, ob. cit. pp. 124 a 126. Ver también, SCHABAS, W. A., *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 301 y 302.

(105) PIRAGOFF, DONALD K., *Mental element*, en *Commentary on the Rome Statute...*, ob. cit. pp. 527 y ss. Ver también, SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 205 y ss.

(106) RODRÍGUEZ DE VESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, ob. cit. pp. 459 y ss.

(107) D. K. PIRAGOFF estima que en los sistemas de derecho civil la noción contemplada en el Estatuto está incluida en el concepto de *dolus eventualis* (*Mental elements*, ob. cit. p. 534). También BUENO ARÚS entiende que el Estatuto pretende abarcar tanto el dolo directo como el dolo eventual (*Perspectivas de la teoría general...*, ob. cit. p. 125).

ducción de cualquier resultado posible o probable (108) o, en la terminología del Estatuto, «es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos».

Es normal la proclamación en los textos penales del principio de plena imputación subjetiva en los llamados «delitos cualificados por el resultado», de forma que el dolo debe abarcar todos los elementos típicos, incluida la agravación de la pena por el resultado lesivo adicional (al menos a título de dolo eventual, no bastando la cualificación por el resultado negligentemente causado), con lo que desaparecen los delitos cualificados por el resultado en su versión clásica. Así, el Código penal español de 1995 se basa, en opinión de J. Silva Sánchez (109), en la plena imputación dolosa, derivando a las reglas del concurso la consideración del resultado producido por imprudencia. Otra cosa es que el Código penal no establezca un único sistema para la cuantificación de la pena en los casos de imputación subjetiva del resultado y puedan detectarse hasta cinco soluciones distintas a lo largo de los delitos incriminados en la parte especial, lo que constituye una grave defecto de técnica legislativa.

Pues bien, el problema no se plantea dentro del Estatuto en los tipos simples que describen con un único verbo la acción y el resultado punible (matar, torturar, infligir, atentar), ni siquiera cuando el Estatuto emplea las expresiones «intencionadamente» o «deliberadamente» («matar intencionadamente» dice el artículo 8.2.a), apartado i) del Estatuto), que en la jurisprudencia y doctrina penal internacional no excluyen la causación del resultado a título de dolo eventual (110).

La cuestión aparece cuando se trata de crímenes en los que se puede diferenciar entre la acción u omisión tipificada y el resultado o consecuencia de la conducta, también prevista por el tipo penal. Así, el artículo 8.2.b) apartado x) castiga como crimen de guerra «Someter a personas que están en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos...que causen la muerte...». En este supuesto es necesaria la intencionalidad en la conducta (someter a una persona a mutila-

(108) RODRÍGUEZ DE VESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, ob. cit. pp. 468 y 469.

(109) SILVA SÁNCHEZ, J., *Observaciones introductorias sobre la repercusión de la parte general del nuevo Código penal en el Código Penal Militar*, en *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid 1997, pp. 238 y ss.

(110) PIRAGOFF, D. K., *Mental element*, ob. cit. pp. 530 y ss. Ver también el excelente estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja *The subjective criminal element in the Common Law and in the Civil systems*, Informal Paper, N.York, 17-2-1999.

ciones físicas o experimentos), pero basta que el resultado (muerte de la persona) se produzca a título de dolo eventual, es decir es suficiente que el autor sea consciente de que se produciría en el curso normal de los acontecimientos.

No es ciertamente tarea fácil la distinción entre el dolo eventual (o culpa consciente) y la imprudencia temeraria. Y tal dificultad se multiplica al comparar el sistema continental o romano-germánico con el anglosajón o del «common law». Pues, aunque el concepto de negligencia es sustancialmente análogo en los dos sistemas, como ha precisado un importante estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja el 17 de febrero de 1999, el término «recklessness» («temeridad») abarca en el «common law», tanto el dolo eventual («dolus eventualis») como algunos casos de grave negligencia que en el sistema continental son calificados como de negligencia o imprudencia temeraria, excluyendo el dolo eventual. Y, consecuentemente, éste último sistema integra el dolo eventual (o culpa consciente con o sin representación del resultado) en la conducta intencional o dolosa.

Y a esta misma conclusión llega, en nuestra opinión el artículo 30, número 2, apartado b) del Estatuto cuando, en relación con una consecuencia o resultado, parifica el dolo directo con el dolo eventual, en la modalidad de culpa consciente con representación del resultado, pues no otra interpretación cabe dar a la frase «o es consciente de que se producirá (la consecuencia), en el curso normal de los acontecimientos» (111).

El segundo elemento del dolo es el conocimiento, que es definido por el artículo 30 del Estatuto como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Se trata del conocimiento de todos los elementos materiales del crimen, que deben ser abarcados no sólo por la intención del autor sino que éste no puede ignorarlos. Ahora bien, para evitar que este requisito quede desvirtuado por determinadas expresiones que, en particular, afloran en la descripción de las infracciones graves del derecho internacional humanitario (que, recordémoslo, no han sido elaboradas con la técnica de la estructura del tipo penal), el precepto que analizamos dispone que las

(111) En contra K. AMBOS opina que no son consideradas las formas dolosas más leves de *dolus eventualis* o de *recklessness* sobre las que se asienta el deber y el querer (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 119) y con el mismo contenido en la Revista de Derecho Procesal, cit. pp. 569 y 570. Ver también. SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 205y 206. Asimismo, G. P. FLETCHER «Conceptos básicos de Derecho Penal», Prólogo, traducción y notas de F. MUÑOZ CONDE, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 174 y ss.

Palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el amplio sentido que se deriva de la definición estatutaria del «conocimiento» (112).

VII. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 31 del Estatuto, como se cuida de establecer, no contiene el catálogo completo de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal (113). Y ello por dos razones. La primera porque se describen otras eximentes en otros lugares distintos del Estatuto, como en cierto modo el error de hecho o de derecho (artículo 32) y la obediencia jerárquica (artículo 33). Y la segunda porque el catálogo de las eximentes es un «*numerus apertus*», conforme a lo que dispone el número 3 del artículo 30 del Estatuto, pues la Corte puede tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las determinadas en tal precepto, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable (114). Y no olvidemos que el derecho aplicable (artículo 21 del Estatuto) comprende no sólo el Estatuto, los elementos del crimen y sus reglas de procedimiento y prueba, sino también los tratados, principios y normas de derecho internacional aplicables (incluidos los principios del derecho internacional de los conflictos armados) y los principios generales del derecho derivados del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen de que se trate).

Este *numerus apertus* del Estatuto guarda relación con una proyectada disposición denominada «Bases posibles para excluir la responsabilidad criminal especialmente referida a crímenes de guerra», defendida por los Estados Unidos de América, que finalmente no prosperó, interpretándose que algunas de tales causas (necesidad militar, represalias y legítima defensa según el artículo 51 de la Carta de la ONU) podrían ser aplicadas

(112) PIRAGOFF, D. K., *Mental element*, ob. cit. pp. 530 y ss.

(113) ESER, Albin, *Grounds for excluding criminal responsibility en Commentary on the Rome Statute...*, ob. cit. pp. 539 y ss. Ver también, SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 206 y ss. SCHABAS, W. A., *Principios generales de Derecho Penal*, ob. cit. pp. 303. AMBOS, K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. pp. 119 y ss.

(114) Sobre la génesis de dicho precepto ver: SALAND, P. *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 209 y 210. Ver especialmente, ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. pp. 553 y 554.

por la Corte conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 en relación con el artículo 21 del Estatuto.

Pero el Estatuto no quiere que éste «*numerus apertus*» permanezca en absoluta indefinición y por ello arbitra procesalmente una solución que le dote de cierta certeza, al disponer que las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán el procedimiento para el examen por la Corte de una eximente de este tipo. Y así éste procedimiento fue regulado en la Regla 80 del antes citado Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Documento Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio de 2000).

1. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

El artículo 26 del Estatuto no contempla la menor edad penal como una circunstancia eximente (como hace el artículo 19 del Código penal español) sino que, simplemente, establece que la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen (115). Con esta hábil fórmula el Estatuto evita pronunciarse sobre la espinosa cuestión de la mayoría de edad penal, pues el límite de la minoría de edad a efectos de responsabilidad criminal es cuestión controvertida que da lugar a diversos sistemas y edades en el panorama mundial. Llevando el asunto al campo de la competencia de la Corte, la fijación de la edad de 18 años no supone pronunciarse sobre las respectivas edades que las normas internas penales de los Estados toman en cuenta para eximir de responsabilidad criminal. Aunque no han faltado críticas (116) al Estatuto en el sentido de que resulta contradictoria esta edad penal si la comparamos con la edad que establece (15 años) para la protección penal de los niños, por lo que se refiere a la prohibición del reclutamiento, alistamiento o utilización en las hostilidades (artículo 8.2, b) apartado xxvi y e) apartado vii).

(115) AMBOS. K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 119 y con el mismo contenido en *Revista de Derecho Procesal*, cit., p. 570. Ver también, ROGER S. CLARK/OTTO TRIFFTERER, *Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen*, en *Commentary on the Rome Statute...*, ob. cit. pp. 493 y ss. SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 200 y ss. Por el contrario, F. BUENO ARÚS estima que el artículo 26 del Estatuto se refiere a la imputabilidad o capacidad jurídica penal (*Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. p. 125).

(116) ROGER S. CLARK/OTTO TRIFFTERER, *Exclusion of jurisdiction over persons...*, ob. cit. pp. 497 y 498.

La enfermedad o deficiencia mental, siempre que prive de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta, o de la capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley (117), es la primera circunstancia eximente que regula el artículo 31 que pasamos a analizar. Acoge el Estatuto una fórmula mixta que se basa, en primer lugar en una enfermedad o deficiencia mental (presupuesto bio-psiquiátrico) y en segundo término en la incapacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de una conducta o en la incapacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley (presupuesto psicológico), condición que tiene en cuenta la *anulación o disminución de la capacidad de querer y entender* (intelectual o volitiva) del sujeto (118).

No hace, sin embargo, el Estatuto referencia expresa al trastorno mental transitorio (119), que regula el artículo 20.1º de nuestro Código penal en relación con las «*actio libera in causa*», aunque lo estimamos comprendido en los amplios términos de la eximente. Y también debemos entender comprendidas las alteraciones en la percepción (120) a que alude nuestro Código penal en el artículo 20.3º (desde el nacimiento o desde la infancia, que alteren gravemente la conciencia de la realidad), dentro de la expresión «*deficiencia mental*».

Otra causa de inimputabilidad establecida en el artículo 31. 1.b) del Estatuto es el estado de intoxicación que prive al sujeto de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlar esta conducta a fin de no transgredir la ley (121). Algún autor, desde principios bien ajenos a nuestro sistema y aún a la ciencia del Derecho penal, considera que tal disposición «*linda con lo absurdo*» por la naturaleza de los crímenes de que se trata (122). Creemos que la jurisprudencia no tardará en poner en evidencia éstos razonamientos metajurídicos. La entidad de la intoxicación, dados sus efectos sobre la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto, podría calificarse de plena (art.20.2º del

(117) ESER, A., *Ground for excluding criminal responsibility*, ob. cit. pp. 545 y 546. Ver también W. A. SCHABAS que sostiene que el precepto recepta las reglas del *Common law* y de los sistemas romano-germánicos (*Principios generales de derecho penal*, ob. cit. p. 306). SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 206 y 207.

(118) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 87 a 89.

(119) RODRÍGUEZ DEVEESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, ob. cit. pp. 601 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 89, 90 y 91.

(120) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 94 y 95.

(121) ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. p. 546 y 547. SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. p. 207.

(122) W. A. SCHABAS, *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 307 y 308.

Código penal), sin que el precepto estatutario determine la naturaleza de las sustancias que han producido tal intoxicación (123), como hace nuestro Código al aludir al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Y asimismo omite toda referencia al «síndrome de abstinencia» (art.20.2º del Código Penal).

También sigue esta eximente el criterio mixto asentado en una valoración biológica (la intoxicación) seguida de un presupuesto psicológico (la plena incapacidad volitiva o cognoscitiva). Pero aquí el Estatuto añade la clásica excepción de las «*actio libera in causa*», al disponer que no será de aplicación la eximente cuando el sujeto se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera. Es decir, una *actio libera in causa* dolosa o imprudente (124).

Esta fórmula, muy similar a la que emplea el Código penal español (art.20.2º), sigue la doctrina generalmente aceptada sobre las «*actio libera in causa*», que excepciona los efectos eximentes de la intoxicación plena tanto cuando es buscada voluntariamente tal situación (provocación intencional) como en los casos de provocación imprudente. Abarcando, como escribe Rodríguez Mourullo (125), la culpa consciente o con representación («...a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen...») o de culpa inconsciente («...o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera»).

2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El Estatuto en el largo y complejo apartado c) del artículo 31 regula la eximente de legítima defensa, añadiendo algún supuesto cuya naturaleza linda con las eximentes de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante (126) que sin duda también pueden ser consideradas como causas de justificación.

(123) ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. p. 547.

(124) AMBOS, K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 120. ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. pp. 547 y 548.

(125) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. p. 90.

(126) BUENO ARÚS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. p. 123. ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. pp. 548 a 550.

La estructura de la eximente es, sin embargo, la clásica de la legítima defensa pues, en definitiva se trata de una reacción defensiva «contra un uso inminente e ilícito de la fuerza», actuación que se ha de caracterizar por su razonabilidad y proporcionalidad al grado de peligro para el que se defiende, para un tercero o para los bienes protegidos (127).

Salvo la alusión excluyente de la «falta de provocación suficiente por parte del defensor», el precepto contiene los requisitos esenciales de la eximente de legítima defensa (art.20. 4º del Código penal español) tales como: 1º *Agresión ilegítima*, que el Estatuto denomina «actuación... contra un uso inminente e ilícito de la fuerza». Este requisito constituye el presupuesto esencial de la legítima defensa, sin cuya concurrencia no cabe apreciarla ni siquiera como eximente incompleta. Pero además la agresión debe ser inminente, actual y real u objetiva. 2º *Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla*, que la norma que analizamos concreta en actuar «razonablemente» y «en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos». La necesidad racional del medio empleado implica, según C. Suárez González (128), tanto la necesidad en abstracto de la defensa (cuya ausencia da lugar a un «exceso extensivo»), como a la necesidad en concreto del medio empleado (cuya no existencia supone un «exceso intensivo»), implicando también este requisito que el medio defensivo utilizado sea proporcionado al peligro, como expresamente exige el Estatuto.

El término «en defensa» ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia en el sentido de que es exigible en esta causa de justificación un especial «ánimo defensivo» («animus defensionis»), elemento subjetivo que resulta esencial para la apreciación de la eximente.

Hasta aquí los requisitos clásicos de la legítima defensa que concurren en el artículo 31.c) del Estatuto (129). Pero los problemas sobre la naturaleza de la eximente comienzan al tratar de determinar su alcance. No hay inconveniente alguno al constatar la admisibilidad de la (legítima) defensa propia o de un tercero, ni tampoco se cuestiona que, en el caso de los crímenes de guerra, se reconozca la (legítima) defensa de un bien que fuese esencial para su supervivencia (es decir para la supervivencia de quien se defiende) o la de un tercero. En estos supuestos ciertamente nos encontramos en los límites de la legítima defensa con el estado de necesidad.

(127) SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 207 y 208.

(128) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. p. 98.

(129) ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. pp. 548.

Sin embargo afloran las dudas sobre el alcance de la legítima defensa cuando se trata (como dispone el artículo 31.c) citado) de actuar razonablemente, en el caso de los crímenes de guerra, en defensa de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, en redacción propuesta por los Estados Unidos de América, concurriendo naturalmente los restantes requisitos (reacción contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para los bienes protegidos). Como afirma C. Suárez González (130), no resulta factible canalizar por la vía de esta causa de justificación la defensa de intereses supraindividuales, debiendo reconducir estos supuestos al ámbito del estado de necesidad. Y por mi parte veo un cierto parentesco de esta eximente «atípica» con otra causa de justificación: La de obrar en cumplimiento de un deber. No se olvide que, si es un militar el que actúa razonable y proporcionadamente en (legítima) defensa de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar y contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, resultando justificada su actuación en el caso de crímenes de guerra, tal militar actúa conforme a derecho fundamentalmente porque está obrando en cumplimiento de su deber, es decir haciendo un uso legítimo de la fuerza en el curso de un conflicto armado, naturalmente si no se extralimita y existe el necesario equilibrio entre la entidad de la agresión ilícita y el medio empleado en la reacción defensiva.

En todo caso, tratándose de legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o de una atípica mezcla de todas estas causas de justificación, el Estatuto regula esta situación exclusivamente para los crímenes de guerra, lo que puede llevar a pensar que en tales crímenes (o en alguno de ellos) existe una menor carga de antijuricidad que en los restantes (genocidio, crímenes de lesa humanidad o de agresión). Lo cual es bien dudoso y en extremo peligroso pues puede llevar, en una interpretación ciertamente rechazable, a justificar las represalias contra bienes protegidos en caso de conflicto armado, rigurosamente prohibidas por el derecho internacional humanitario (arts.46 del I Convenio de Ginebra, 47 del II Convenio, 13 del III Convenio, 20, 52, 53 55 y 56 del Protocolo I de 1977 y 4 del Convenio de La Haya de 1954). Es decir, ante un ataque (agresión ilegítima) del enemigo contra bienes civiles podrían intentar justificarse las represalias contra bienes enemigos, alegando la defensa de un bien que se juzgue esencial para realizar una

(130) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. p. 96.

misión militar (131). Sin embargo, como matizaremos más adelante, las descripciones de los crímenes de guerra contienen en sí mismas, al proceder de las normas de un elaborado derecho de los conflictos armados, los elementos negativos del injusto que normalmente hacen ociosa esta causa de justificación.

Acaso para atajar la excesiva amplitud de la eximente, el propio Estatuto (en el inciso final del precepto que analizamos) se cuida de precisar que «El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con le presente apartado». Sin embargo, pese a lo razonable de tal precisión, no han faltado voces que han puesto de manifiesto las dificultades para definir que debe entenderse por «operación de defensa» (132).

En relación con las causas de justificación apreciables en los crímenes de guerra, conviene destacar la posición de los Estados Unidos de América que, al elaborar los «Elementos del crimen» (art. 9 del Estatuto), incluyó en la propuesta presentada a la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Documento PCNICC/1999/DP.4/Add.2, Naciones Unidas, Nueva York, 4-2-1999) una cláusula de estilo que se repetía en numerosos crímenes (incluso en los «tratos inhumanos» del art.8.2.a)ii) del Estatuto) y según la cual resultaría necesario «Que los actos no hayan tenido justificación ni excusa en derecho y el acusado los haya cometido a sabiendas de ese hecho». Cláusula que había que poner en relación con las definiciones también presentadas por aquel Estado (Documento PCNICC/1999/DP.4), conforme a las cuales por «justificación o excusa legal» se entenderá la justificación basada en razones de seguridad, necesidades militares u operativas u otras razones imperativas de interés general, o en una autorización o requisito legal. Por ejemplo, en los casos previstos en el derecho de los conflictos armados, la necesidad militar es una «justificación o excusa legal». Añadiendo que cuando el hecho constitutivo de un crimen es análogo o idéntico a un acto lícito, se incorpora como elemento el requisito de la ausencia de justificación o excusa legal.

(131) AMBOS, K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 120. ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. p. 549. SCHABAS destaca que la relevancia de ésta eximente también parece remota, sin aportar argumentos demasiado convincentes (*Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 308 y 309).

(132) ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. p. 550. Ver también, W. A. SCHABAS, *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 308 y 309.

Con independencia de que no se llega a comprender cuando los «tratos inhumanos» pueden ser considerados «análogos o idénticos a un acto lícito», es técnicamente inadecuada la inclusión de elementos negativos del tipo entre los denominados «Elementos del crimen», pues es suficiente la existencia (entre los principios generales del derecho penal, como hemos visto) de las genéricas causas de justificación. Y ello porque tales causas forman parte integrante del injusto, como características negativas del tipo criminal y no es necesario incluirlas en la propia figura penal. Así, las causas de justificación del artículo 31 del Estatuto son aplicables a los crímenes de la competencia de la Corte y se diferencian claramente de las «circunstancias negativas del tipo» que son aquellos elementos que describe el tipo expresamente, mediante la negación de una situación de hecho (133). O lo que es lo mismo: formulando negativamente características del tipo. Así, los crímenes de guerra consistentes en dirigir intencionalmente ataques contra civiles «que no participen directamente en las hostilidades» o contra bienes civiles «que no son objetivos militares» (art.8.2.b,i) e ii) del Estatuto).

En definitiva, no hay que buscar otras causas de justificación que las reconocidas ampliamente por el Estatuto, ni mucho menos incorporarlas como elementos negativos del tipo a través de los «Elementos del crimen». Y, por lo que se refiere a los crímenes de guerra, compartimos uno de los postulados de la *non nata* Carta de Atenas (XIV Congreso de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, 1997) cuando declaraba que: «...la medida de la necesidad militar como causa de justificación estará determinada por las normas de derecho internacional humanitario, excluyendo las excusas o justificaciones basadas en consideraciones de orden político o seguridad nacional» (134). En este mismo sentido A. Eser (135) pone de manifiesto que el citado inciso final de este apartado del Estatuto («El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa...») es necesario para prevenir que ésta cláusula sea usada como una «panacea» fácil de aplicar en cualquier tipo de confrontación militar.

(133) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit. pp. 247 y 248.

(134) ANDRIÉS, ANDRÉ, *Los trabajos del Congreso de Atenas (mayo de 1997) de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra (SIDMDG) en el ámbito de la represión nacional de violaciones del DIH*, en *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit. pp. 61 y 62. Es de destacar la Declaración Interpretativa de Bélgica, al ratificar el Estatuto de Roma (28-6-2000), que considera que el artículo 31.1, c) puede ser aplicado e interpretado sólo de conformidad con las reglas del Derecho Internacional Humanitario, a la vista de lo dispuesto en el artículo 21.1 (b) del Estatuto.

(135) ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. p. 550.

3. LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN O INCULPABILIDAD

El apartado d) del artículo 31 del Estatuto regula una causa de inculpabilidad o exculpación que, en principio, parece similar al miedo insuperable reconocido como eximente en el artículo 20.6º de nuestro Código penal (136). En efecto, el Estatuto considera que no será penalmente responsable quien hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya crimen de la competencia de la Corte, como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar (137).

Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Justamente el empleo de la palabra «coacción» (*Duress*) es lo que acerca esta eximente a la de «miedo insuperable», donde lo decisivo es la situación subjetiva emocional de temor no superable, que describe el Estatuto cuando dice que el sujeto «se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza». Como afirma la jurisprudencia, nos encontramos realmente con un presupuesto social de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada, que configura una causa de exclusión de la culpabilidad (causa de exculpación o inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta) (138).

El precepto establece los siguientes requisitos: 1.º Existencia de una amenaza de muerte o lesiones corporales graves. 2.º Que esa amenaza sea inminente. 3.º Que esa amenaza se dirija contra el sujeto u otra persona cualquiera. 4.º Que el sujeto actúe como consecuencia de la coacción y compelido por la amenaza. 5.º Que actúe necesaria y razonablemente para evitar la amenaza. 6.º Que no tenga intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar (ponderación entre el mal temido y el causado, que ha eliminado el Código penal español). Y 7.º Que la amenaza hubiere sido hecha por otras personas o estuviere constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

(136) RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 104 y ss.

(137) ESER, A., *Ground for excluding criminal responsibility*, ob. cit. pp. 550 y ss. SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. p. 208.

(138) F. BUENO ARUS la califica como ausencia de culpabilidad (*Perspectivas de la teoría general del delicto...*, ob. cit. p. 126.

Precisamente es esta última alternativa (amenaza constituida por circunstancias ajenas al control del sujeto) la que plantea la naturaleza de la exigente en tal supuesto, ya que si la amenaza proviene de «otras personas» parece fácilmente encuadrable en el miedo insuperable. Pero si la amenaza no dimana de una actuación coactiva humana, con independencia de lo poco apropiado que resulta llamar «amenaza» o «coacción» a estas circunstancias ajenas al control, nos acercamos a los lindes de otra causa de inculpabilidad: El estado de necesidad exculpante, que también ha sido denominado estado de necesidad coactivo. Por eso, acertadamente, opina A. ESER (139) que este precepto combina dos diferentes conceptos: necesidad y coacción. Así pues, esta exigente, además del miedo insuperable, se caracteriza justamente por la existencia de un «estado de necesidad» porque se trataría de una persona compelida a actuar necesaria y razonablemente para evitar una «amenaza» inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, constituida por «otras circunstancias ajenas a su control». Es decir, esta situación parece subsumible en la clásica definición de Cerezo Mir (140) de estado de necesidad: «Una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber».

El estado de necesidad, en opinión de la mayor parte de la doctrina (141), es causa de justificación cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar y causa de exculpación basada en la no exigibilidad de otra conducta cuando la colisión de deberes se produce entre bienes equivalentes («...siempre que no se tuviera intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar», dice el Estatuto).

La inclusión en el Estatuto de esta exigente constituye una rectificación clamorosa del polémico criterio seguido por la Sala de Apelaciones

(139) ESER, A., *Grounds for excluding criminal responsibility*, ob. cit. p. 550. K. AMBOS estima que las condiciones para la exclusión de la pena son en ambos casos iguales: situación de estado de necesidad y acción de estado de necesidad o *estado de necesidad coactivo* (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. pp. 120 y 121) con el mismo contenido en *Revista de Derecho Procesal*, cit., p. 571. Por el contrario, W. A. SCHABAS habla certeramente de coacción en el caso de amenazas efectuadas por otras personas y de necesidad ante otras circunstancias que superen el control del acusado (*Principios generales de derecho penal*, ob. cit. p. 310).

(140) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, Ed. Tecnos, Madrid 1990. Del mismo autor, *La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español*, en «Estudios penales y criminológicos», X, Santiago de Compostela 1987, pp. 114 y ss.

(141) SUAREZ GONZALEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 100 a 104.

del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Erdemovic* (Case IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997), que excluyó la coacción como eximente en materia de crímenes de lesa humanidad (142). Realmente el Estatuto, en éste aspecto, ha dado un paso decisivo en la ciencia del Derecho Penal Internacional, superando criterios tributarios de sus orígenes bien ajenos a nuestro sistema romano-germánico.

VIII. ESPECIAL CONSIDERACION DE LA OBEDIENCIA JERARQUICA

Toda la actividad del Estado, escribe H.H. JESCHECK (143), se realiza mediante órganos que ordenan y órganos que ejecutan, al encontrarse el personal (militar o funcionario) en una relación jerárquica de la que deriva la potestad de mando y su correlativo deber de obediencia. Ahora bien, el deber de obediencia descansa en la existencia de mandatos vinculantes (órdenes) y al emanar la orden del superior competente, el mandato goza de la presunción de juridicidad. De forma que la orden vincula al subordinado hasta donde llega esta presunción, aunque sea un mandato antijurídico.

Naturalmente para que se trate de un mandato vinculante debe reunir la orden una serie de requisitos formales (competencia del superior y forma adecuada) y materiales (no violar manifiestamente el ordenamiento jurídico ni imponer una conducta contraria a la dignidad humana o al derecho internacional humanitario), que son recogidos por los artículos 19 y 21 del Código Penal Militar (144), artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, artículo 5 de la L.O. 2/1986 y artículo 410.2 del Código penal.

Para esta postura hay mandatos antijurídicos obligatorios, porque la ley (en casos poco importantes) valora más el deber de obediencia del subordi-

(142) AMBOS, K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. pp. 120 y 121, especialmente nota 29. Ver también, W. A. SCHABAS, *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 309 y 310.

(143) JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción y adiciones por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1978, pp. 538 y ss. Ver la traducción de la 4ª edición alemana, por J. L. MANZANARES SAN-MANIEGO, Granada 1993, pp. 353 y ss.

(144) CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO, *El concepto de orden y Circunstancias «eximentes, atenuantes y agravantes»*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. BLECUA FRAGA Y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Ed.Civitas, Madrid, 1988, pp. 346 y ss, y 409 y ss.

nado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico (145) y, en consecuencia, si el cumplimiento de la orden constituye un delito, el mandato vinculante se convierte para el subordinado en una causa de justificación, aunque el contenido de la orden vinculante sea antijurídico.

En resumen, el deber de obediencia del subordinado nace de un mandato vinculante y, al ejecutarlo, el inferior actúa conforme a derecho porque se encuentra obligado a obedecer, incluso si la orden es contraria al ordenamiento jurídico administrativo.

Por el contrario, un mandato sin fuerza vinculante solo puede tener efectos exculpativos, porque el subordinado que cumple una orden contraria al ordenamiento jurídico penal obra típica y antijurídicamente, aunque crea (erróneamente) en el carácter vinculante del mandato que recibe, de forma que responde penalmente cuando el subordinado advierte que la ejecución constituye delito o cuando resulta evidente según sus conocimientos. Así pues, el militar o funcionario no resulta exculpado si la antijuricidad penal de los actos de cumplimiento de la orden es evidente, manifiesta o palmaria, lo que sucede cuando esta contrariedad al ordenamiento jurídico puede ser advertida por cualquier persona (146).

No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir la forma adecuada) o si el inferior sabe que faltan los requisitos materiales de la orden vinculante porque su ejecución entraña un delito. En resumen, los límites del efecto exculpativo de una orden no vinculante radican en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así.

Naturalmente también el miedo insuperable, coacción o amenaza graves, pueden exculpar al subordinado que ejecuta un mandato antijurídico constitutivo de un crimen de la competencia de la Corte, según el apartado d) del artículo 31 del Estatuto, al que nos remitimos (estado de necesidad coactivo).

Según C. Pérez del Valle (147) la tesis mayoritaria en la doctrina española es la consideración de la obediencia debida como una causa de justificación,

(145) RODRÍGUEZ DEVESEA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte general*, ob. cit. pp. 535 y ss.

(146) JESCHECK, H-H, *Tratado de Derecho Penal, trad. Manzanares*, ob. cit. pp. 448 y ss.

(147) PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La desaparición de la «obediencia debida» en el Código Penal y su efecto en el Código Penal Militar*, en la obra *El Derecho Penal y Procesal Militar ante la Reforma de las normas comunes*, Escuela Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996, pp. 251 y ss. Del mismo autor, *Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el Derecho Penal Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 68 (1996), pp. 39 y ss.

por lo que las órdenes legales son un problema de la exigente de cumplimiento de un deber. Y ello ha conducido a la supresión de la clásica exigente de obediencia en el Código penal de 1995. Para esta tesis existe el deber de cumplir una orden antijurídica, lo que lleva al subordinado a una colisión entre el citado deber de obediencia y el deber general de evitar lo delictivo o ilícito. Si en este conflicto prevalece el deber de obedecer, el subordinado actúa justificadamente, pues el superior es autor mediato detrás del instrumento (el subordinado) que actúa de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Para otro sector de la doctrina penal, sólo son obligatorias las órdenes que son conforme a derecho, por lo que no existen los mandatos antijurídicos obligatorios y sólo se puede producir la exculpación por la creencia errónea en la obligatoriedad de una orden por parte del subordinado que la recibe y cumple.

Esta exigente de obediencia jerárquica, por otra parte, ha sido tradicionalmente rechazada en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales (148), particularmente en el castigo de los crímenes de guerra (149). Así se puede aplicar la exigente de obediencia únicamente en el caso de órdenes que no sean manifiestamente ilegales o en supuestos de error de prohibición, respecto de crímenes internacionales (violaciones del derecho internacional humanitario), en los códigos o leyes penales de Italia, Bélgica, R.F. de Alemania, Canadá, Brasil, Yugoslavia, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Iran, Irlanda, Noruega, Holanda, Rusia, Suecia, Suiza, Estados Unidos de América y España (150). La obediencia jerárquica puede ser apreciada como atenuante en Argentina, China, Reino Unido y Estados

(148) BUENO ARUS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito...* ob. cit. pp. 123 y 124. Ver también, OTTO TRIFFTERER, *Superior orders and prescription of law*, en *Commentary on the Rome Statute*, ob. cit. pp. 574 a 578. W. A. SCHABAS, *Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 312 y 313.

(149) GARRAWAY, Charles, *Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied*, en *International Review of Red Cross*, vol. 81, n° 836, December 1999, pp. 785 y ss. El autor trata de demostrar que el precepto del Estatuto no solo refleja de hecho la interpretación tradicional del derecho, sino que es absolutamente coherente con las intenciones de los redactores del Estatuto de Nuremberg (p. 786).

(150) *Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949*, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 56-57 (1990-1991), pp. 709 a 713 y 773 y ss. Ver también, *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, C.I.C.R.*, ob. cit. Ver especialmente, ANDRÉ ANDRIES, *Lois et procédures nationales, Rapport general*, en *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, n° XXXVII-1-2-3-4, Bruxelles 1998, pp. 201 a 203. Se trata del Rapport General del Congreso de la Asociación de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra celebrado en Atenas (10-15 de mayo 1997).

Unidos de América, así como en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

En general, a la vista de las legislaciones penales de los Estados, la obediencia jerárquica como causa de exclusión de la pena sólo queda suprimida cuando el subordinado conoce el carácter delictivo de la orden o cuando éste es manifiesto y tal desconocimiento le sería reprochable. Las legislaciones nacionales establecen regulaciones muy diversas y valoran la obediencia como causa de justificación, como causa de inculpabilidad, como atenuante o como excusa absolutoria.

Después de lo dicho es fácil concluir que, tanto para los partidarios de elaborar la obediencia (jerárquica o debida) como causa de justificación o como causa de exculpación, se acaba reconociendo que la regulación de tal eximente se debe construir en sede del error de prohibición (art. 14 del Código penal), pues la consideración de la obediencia debida como eximente de obrar en cumplimiento de un deber (causa de justificación) se debe completar en el marco del error (vencible o invencible) de prohibición (causa de inculpabilidad) (151). Acaso la solución pueda encontrarse en la elaboración de una causa de exculpación específica (particularmente en el Derecho penal militar), próxima al error de prohibición (152), donde se especifiquen sus límites y se establezca, según algunos autores, una presunción «*iuris tantum*» en favor del actúa en virtud de obediencia jerárquica (153).

Estas u otras reflexiones (154) han llevado al Estatuto a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de «*Ordenes superiores y disposiciones legales*», mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código penal de 1995.

El presupuesto del que parte la norma estatutaria es el cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte (155). Así, la superioridad jerárquica puede tener virtualidad suficiente para eximir de

(151) PÉREZ DEL VALLE, C., *La desaparición de la «obediencia debida»*, ob. cit. pp. 277 a 279.

(152) Es obligada la cita de los párrafos 5 y 22 de la Ley Penal Militar alemana de 1974 (CALDERÓN SUSÍN, E., *La Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas*, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, 8-1984, pp. 137 y 143).

(153) El problema de la «carga de la prueba» lo trata CH. GARRAWAY en su trabajo *Superior orders and International Criminal Court...*, ob. cit. p. 791. Para K. AMBOS es decisivo quien soporta la carga de la prueba sobre la ilicitud manifiesta de la orden, concluyendo que deberá probar el Fiscal (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 122).

(154) SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. pp. 210 a 213.

(155) TRIFFTERER, O., *Superior orders and prescription of law*, ob. cit. pp. 580 a 582.

responsabilidad criminal sin que baste con la remisión a la correspondiente causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber), puesto que el tratamiento de la obediencia jerárquica en el Estatuto se inscribe en su consideración como causa de inculpabilidad o exculpación muy próxima al error de prohibición. Tan próxima que el propio artículo 32 del Estatuto (error de hecho o error de derecho), al regular el error de derecho para concederle la consideración de eximente, en uno de los supuestos se remite expresamente a la regulación de la obediencia jerárquica («... o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto») (156).

En todo caso, la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general (157) de forma negativa («Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal...») seguida de una excepción («...a menos que...») condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica (158), la eximente sólo será aplicable a los crímenes de guerra (o al «non nato» crimen de agresión), puesto que el mismo precepto en su número 3 se encarga de establecer una presunción legal de que «las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas», lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: Que la orden no fuera manifiestamente ilícita (159).

Con sobrada razón pudiera pensarse que tal presunción alcanza la categoría de «iuris et de iure» (es decir: No admite prueba en contrario) y si así se interpretara (160) el artículo 33 sería en cierto modo contra-

(156) AMBOS. K., *Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 122, en especial nota 31 y con el mismo contenido en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pp. 572 y 573.

(157) TRIFFTERER, O., *Superior orders and prescription of law*, ob. cit. pp. 581.

(158) Y aun así será de alcance muy limitado según razonamiento de CH. GARRAWAY (*Superior orders and the International Criminal Court*, ob. cit. pp. 791 y 792), quien concluye que este artículo proporciona un equilibrio satisfactorio entre los intereses de la justicia y las obligaciones del soldado.

(159) F. BUENO ARÚS critica la expresión «manifiestamente ilícita», que considera un concepto jurídico indeterminado y una presunción legal perjudicial para el autor material (*Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. p. 124. Ver también, TRIFFTERER, O., *Superior orders and...*, ob. cit. p. 586.

(160) K. AMBOS escribe que en caso de comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad se presume la antijuricidad manifiesta de la orden respectiva (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 122). Ver también, TRIFFTERER, O., *Superior orders and prescription of law*, ob. cit. p. 587. Asimismo para este autor la consecuencia es que el artículo 33 es solo aplicable a los supuestos de crímenes de guerra y de agresión.

dictorio, pues la frase inicial «Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte...» comprende los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (y, en su caso, el crimen de agresión), mientras que la presunción «iuris et de iure» excluye radicalmente a dos de ellos. Pero es que, además, no hay razones válidas que avalen la distinción que se establece entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado xxi), letra b), número 2 del artículo 8 del Estatuto («Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado...») y comparar estos crímenes de guerra con las acciones idénticas que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro casi exacto (161). Si buscamos el ejemplo de la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra) nos encontraremos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de una presunción «iuris et de iure» relativa a que todos los mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revistan el carácter de «manifiestamente ilícitos», puesto que el propio precepto (artículo 7.2.d) del Estatuto) al definir la «deportación o traslado forzoso de población» se ha visto obligado a excepcionar la antijuricidad en algunos casos, añadiendo un elemento negativo del injusto de carácter normativo («...sin motivos autorizados por el derecho internacional»). Son teóricamente posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población están o no autorizados por el derecho internacional.

Esta irracional distinción entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tantas veces rechazada por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aflora en otros preceptos del Estatuto como el criticable artículo 124 (Disposición de transición) y ha

(161) F. BUENO ARÚS critica certeramente esta presunción, que considera razonable respecto de las conductas más graves pero que no parece tan evidente en los atentados menos graves a la libertad (*Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. p. 124). Por el contrario CH. GARRAWAY estima que se adoptó una solución sensata y práctica, reconociendo que la conducta constitutiva de genocidio o de crímenes contra la humanidad sería tan manifiestamente ilícita que, coherentemente con la norma de Nuremberg, se debía negar completamente la eximente (*Superior orders and the International...*, ob. cit. p. 791).

tratado de abrirse paso, con poco éxito ciertamente, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* (162).

Finalmente, la tradicional cautela con que un derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento intencional o «mens rea») examina las presunciones «iuris et de iure» nos inclina por una decidida crítica del precepto al considerar que la presunción establecida en esta norma debería admitir prueba en contrario (presunción «iuris tantum») para satisfacer las exigencias de un moderno Derecho penal y procesal penal garantista (163).

En el artículo 33 que analizamos se exige para la eximente la concurrencia imprescindible (164) de tres requisitos.

El primero es fundamentalmente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia (165). De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: El gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia jerárquica). Además es necesario que se comunique el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo) (166). Finalmente es imprescindible que el deber de

(162) Así la sentencia de 26 de enero de 2000 de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (asunto Dusko Tadic) afirma que no existe ninguna distinción entre la gravedad relativa de un crimen contra la humanidad y la de un crimen de guerra (Opinión individual del Presidente Juez Shahabuddeen, de acuerdo con la mayoría). En contra, la Opinión individual (minoritaria) del Juez Cassese estima que un crimen contra la humanidad se debe considerar intrínsecamente más grave que un crimen de guerra.

(163) Afirma O. TRIFFTERER que la prueba de que en una concreta situación una orden puede haber sido «no manifiestamente ilícita» en el sentido del párrafo I (c), no es admisible (*Superior orders and prescription of law*, ob. cit. p.587).

(164) BUENO ARÚS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. p. 124. Ver también, CH. GARRAWAY para quien el umbral de exigencia de la norma es alto pues los tres requisitos son acumulativos, no disyuntivos (*Superior orders and the International...*, ob. cit. p. 791).

(165) TRIFFTERER, O., *Superior orders and prescription of law*, ob. cit. pp. 585 y 586.

(166) Para el concepto de orden, ver CALDERÓN SUSÍN, E., *Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación*, en *La Jurisdicción Militar*, C.G.P.J., Madrid 1992, pp. 321 y ss. Ver también, TRIFFTERER, O., *Superior orders and...*, ob. cit. p. 582.

obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley, es decir por una norma jurídica de adecuado rango.

Este primer requisito (que la persona que haya cometido el crimen estuviera obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superiores) no hace referencia a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues no se pronuncia sobre el contenido de la orden (conforme o no al ordenamiento jurídico), sino que se limita al aspecto formal consistente en la preexistencia de una relación jerárquica de subordinación de la que se derive la genérica obligación del subordinado de obedecer las órdenes emanadas del gobierno o de sus superiores.

El segundo requisito se adentra ya en el contenido del mandato (167), puesto que es necesario que el subordinado «no supiera que la orden era ilícita», lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. A este requisito se refería, con ancestral terminología, el derogado Código de Justicia Militar español cuando excluía la eximente de obediencia debida si se había prestado «con malicia» (168). En definitiva, el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita (no se exige que conozca su evidente carácter delictivo, sino que basta con que sea consciente de su clara contrariedad al ordenamiento jurídico), aunque estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición. Y como consecuencia podemos decir que no se le puede imponer el deber de obediencia respecto al cumplimiento de tales órdenes (ilícitas), sino que, por el contrario, al negarle la exención de responsabilidad penal si las ejecuta, realmente se le obliga a desobedecer las que constituyan delito.

Pero no basta para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, ni que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita (169). El adverbio «manifiestamente» (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). Ahora sí se elimina la posibilidad de un

(167) TRIFFTERER, O., *Superior orders and...*, ob. cit. p. 586.

(168) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *La obediencia debida en el Código Penal Militar español de 1985*, en *Revista de Derecho Público*, nº 103 (1986), pp. 273 y ss.

(169) TRIFFTERER, O., *Superior orders and...*, ob. cit. p. 586.

error de prohibición puesto que, en todo caso, ese error sería vencible ante la manifiesta ilicitud de la orden. A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución. En nuestro Código penal de 1995, estas cuestiones deben resolverse mediante la aplicación del artículo 14.3, que regula el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (170).

IX. TRATAMIENTO DEL ERROR

Pese a todos los esfuerzos empeñados en la Conferencia Diplomática de Roma, el Estatuto en su artículo 32 sigue empleando la caduca terminología del «error de hecho o error de derecho» para eximir de responsabilidad penal (171). La clave del precepto es el error (de hecho o de derecho, o con mejor técnica: error de tipo o error de prohibición) que «hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen», denominador común en el precepto a las dos clases de error, pues el inciso final del artículo remite simplemente a la eximente de obediencia jerárquica (art.33 del Estatuto), como uno de los posibles supuestos del error de derecho (172).

La crítica se refiere pues a la utilización de la ya superada terminología (error de hecho y error de derecho), abandonada por la legislación, jurisprudencia y doctrina penal modernas (173), que se refieren hoy al error de tipo (error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, art. 14. 1 y 2 del Código penal) o al error de prohibición (o de permisión), en el que el autor supone erróneamente que su acción está permitida, bien directamen-

(170) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Ob. cit. pp. 68 a 71.

(171) BUENO ARÚS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. pp. 126 y 127.

(172) TRIFFTERER, O., *Mistake of fact or mistake of law*, en *Commentary on the Rome Statute...*, ob. cit. pp. 555 y ss. SALAND, P., *International Criminal Law Principles*, ob. cit. p. 210.

(173) K. AMBOS estima que si se examinan las regulaciones del error con ayuda de las categorías alemanas (error de tipo normal y error de prohibición directo) se llega a soluciones convincentes (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 121). Con el mismo contenido en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pp. 571 y 572.

te porque desconoce la norma prohibitiva o bien indirectamente porque cree justificada su conducta (causa de justificación putativa).

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina (174), no coincide la distinción error de tipo-error de prohibición con la dicotomía error de hecho-error de derecho, pues hay errores de prohibición que son errores de hecho (agresión sin base real en la legítima defensa putativa) y errores de tipo que son errores de derecho (error sobre un elemento normativo del tipo penal, por ejemplo el error sobre el concepto de objetos civiles u objetivos militares, o sobre la condición de prisionero de guerra). La referencia del Estatuto al error de hecho y error del derecho fue irónicamente calificada en Roma por un ilustre penalista como una distinción propia del paleolítico superior superada hace tiempo por la ciencia del derecho penal continental (175).

Nada se dispone en el precepto sobre la vencibilidad del error (176) dada la inexistencia de tipos imprudentes en los crímenes de la competencia de la Corte (con la excepción, como hemos visto, de un supuesto previsto en el artículo 28.a), i) del Estatuto), en virtud de lo determinado por el artículo 30 (Elemento de intencionalidad). Sin embargo, es evidente que el error vencible, tanto de hecho como de derecho, debe ser tenido en cuenta a la hora de individualizar la pena aplicable (art.78), como causa de atenuación que debería haberse incluido en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Sin embargo, no prosperó la propuesta que en tal sentido presentaron en la Comisión Preparatoria diversos Estados (entre ellos España, Portugal y numerosos países iberoamericanos) y no se reflejó expresamente el error vencible como causa de atenuación de la pena.

Finalmente, es indudable que el «error de derecho» (177) acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte, que es un error procesal intrascendente para la intencionalidad delictiva (y que deja inalterables todos los elementos del tipo), no puede eximir de responsabilidad criminal, como acertadamente dispone el primer párrafo del artículo 32.2 del Estatuto.

(174) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 65 y ss.

(175) W. A. SCHABAS llega a decir, al no comprender bien la distinción error de hecho-error de derecho, que estas disposiciones son algo superfluas (*Principios generales de derecho penal*, ob. cit. pp. 311 y 312).

(176) BUENO ARUS, F., *Perspectivas de la teoría general del delito...*, ob. cit. p. 127. TRIFFTERER, O., *Mistake of fact or mistake of law*, ob. cit. pp. 567 y 570.

(177) TRIFFTERER, O., *Mistake of fact or mistake of law*, ob. cit. pp. 568 a 571. K. AMBOS se refiere al error de prohibición directo (mistake of law) irrelevante, pues no hace desaparecer el dolo (*Sobre el fundamento jurídico de la Corte...*, ob. cit. p. 121).