

# España

## A. Introducción

### I. Firma y ratificación

España firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma, ECPI) el día siguiente a su adopción por la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas, es decir, el 18 de julio de 1998,<sup>1</sup> y lo ratificó el 4 de octubre de 2000, mediante la ley orgánica (LO) 6/2000,<sup>2</sup> una vez emitido el dictamen del Consejo de Estado sobre la innecesidad de una previa modificación de la Constitución Española (CE).<sup>3</sup>

La mencionada ley contiene la siguiente disposición adicional única:

España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española.<sup>4</sup>

### II. Modificaciones de la legislación española

La primera cuestión que se planteó España una vez firmado el Estatuto y antes de proceder a su ratificación fue si era necesaria o no la previa modificación de la Constitución española (CE) en lo referente a la declaración de inviolabilidad del rey contenida en su artículo 56.3. El Consejo de Estado se pronunció al respecto señalando

---

<sup>1</sup> Como recoge la Exposición de motivos de la ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE 5-10-00), en su apartado 4, último párrafo: “En España, el Parlamento manifestó su claro apoyo al proceso de elaboración del Estatuto en varias ocasiones y, de forma muy particular con la aprobación de una extensa proposición no de ley en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, de fecha de 24 de junio de 1998, en la que se fijaron pautas precisas para la negociación por parte de la Delegación española”.

<sup>2</sup> BOE 5-10-00. La ley entró en vigor al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de octubre.

<sup>3</sup> Sobre el contenido de este informe véase el punto siguiente.

<sup>4</sup> Sobre la fundamentación de esta restricción y su alcance véase *infra* al tratar de las penas.

do que la inviolabilidad del rey reconocida en la Constitución española se refiere únicamente a los actos realizados dentro de su función institucional, y en el caso de participación del monarca en un crimen internacional tal actuación no podría ser comprendida en el ámbito de su función, con lo que no estaría cubierta por la inviolabilidad. En consecuencia, el artículo 56.3 de la CE no se opone a lo previsto en el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo que no es preciso modificar aquel para poder ratificar este.<sup>5</sup>

El legislador español todavía no ha realizado las reformas legales exigidas por la asunción de compromisos que supone la ratificación del Estatuto de Roma, pero están en marcha los trabajos preparatorios de modificación del Código Penal (CP) y la elaboración de diversas leyes que posibiliten y articulen la cooperación de España con la Corte Penal Internacional, con la intención de que toda esta normativa esté vigente en el momento en que la Corte empiece a funcionar.<sup>6</sup>

Por lo demás, no existen en España especialidades nacionales fundamentales en la persecución de crímenes internacionales.

## **B. Los crímenes del derecho penal internacional y su recepción por el el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

#### *1. Tipicidad y fuentes jurídicas*

En el ordenamiento jurídico español están tipificadas todas las modalidades de genocidio previstas en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma. La tipicidad de este delito en la regulación española es en algunos supuestos más restrictiva y en otros más amplia, e incluso recoge alguna modalidad más de las previstas en la regulación internacional.

Se tipifica, en primer lugar, la modalidad de genocidio mediante *matanza de miembros del grupo*.

En el supuesto de *lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo*, la regulación española va más allá de lo establecido en la Convención al incluir también lesiones no graves.<sup>7</sup>

En cuanto al supuesto de *sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*, no solo se tipifica el sometimiento del grupo o de una parte de él, sino también la mera actuación sobre alguno de sus miembros; por otra parte, la tipicidad exige la producción de un resul-

---

<sup>5</sup> Un extracto del informe puede verse en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 5, 1 semestre de 2000, p. 360.

<sup>6</sup> Véase *infra* el punto G.

<sup>7</sup> Un comentario puede verse en Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 209 y ss.

tado, bien de peligro concreto para la vida, bien de lesión grave de la salud de alguno de los miembros del grupo.<sup>8</sup> La doctrina española,<sup>9</sup> al igual que la internacional,<sup>10</sup> asume la idea del proyecto de Convención contra el Genocidio del secretario general<sup>11</sup> y del Comité ad Hoc,<sup>12</sup> aceptada más tarde también por los “Elementos de los crímenes”,<sup>13</sup> de que son subsumibles en esta modalidad conductas como privar de alojamiento conveniente, de alimentación o de cuidados médicos, el sometimiento a trabajo excesivo que pueda dar lugar a la muerte, etc.

Como *medidas destinadas a impedir nacimientos* —el llamado genocidio biológico—, se castigan expresamente la castración y otros actos que produzcan impotencia o esterilidad, además de otras medidas como pueden ser, por ejemplo, la segregación de sexos, el aborto compulsivo, las prohibiciones de contraer matrimonio o el suministro coactivo de anticonceptivos.<sup>14</sup> Las medidas deben adoptarse con carácter general, con relación al grupo y no respecto de un individuo en particular,<sup>15</sup> y deben imponerse de manera coactiva.<sup>16</sup>

El *traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo* está tipificado de tal manera que va más allá del concepto internacional en dos aspectos: en primer lugar, se incluye todo traslado por la fuerza de individuos, no solo de menores; en segundo lugar,

<sup>8</sup> Sobre el origen y sentido de esta modalidad en los textos internacionales y sobre su traducción en la legislación española véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 215 y ss. Algunos autores entienden que respecto de la salud de los miembros del grupo basta también con un resultado de peligro concreto —véanse Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 157, y Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 51—. En mi opinión esta interpretación pugna con el tenor literal del precepto.

<sup>9</sup> Véase Sáenz de Pipaons y Mengs, *Delincuencia política internacional*, 1973, p. 156; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 219.

<sup>10</sup> Bassiouni, *Derecho penal internacional*, 1984, p. 129.

<sup>11</sup> *Yearbook of the United Nations*, 1947-48, p. 595. Los diversos proyectos comentados pueden encontrarse en P. N. Drost, *The Crime of State. Penal Protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, II, “Genocide”, 1959.

<sup>12</sup> *Yearbook of the United Nations*, 1947-48, pp. 597 y ss.

<sup>13</sup> La nota 2 al artículo 6 c de los Elementos de los crímenes (PCNICC/2000/WGEC/L. 1) establece: “La expresión ‘condiciones de existencia’ podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares”.

<sup>14</sup> Véanse Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 664; Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 51; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 212 y 220. En opinión de Sáenz de Pipaons y Mengs (*Delincuencia política internacional*, 1973, pp. 236-237), esta separación de las conductas de castración y esterilización del resto de medidas tendentes a impedir la procreación es incongruente.

<sup>15</sup> Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 157; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 220.

<sup>16</sup> *Report ILC*, 1996, p. 92; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 219-220, con ulteriores citas.

puede tratarse tanto de traslados a otro grupo como de desplazamientos forzosos del grupo mismo.<sup>17</sup> Se trata de modalidades que habían sido rechazadas durante la elaboración de la Convención contra el Genocidio en el seno de la Sexta Comisión.<sup>18</sup> Ante la dificultad de compaginar esta modalidad con la intención de destrucción del grupo requerida, la doctrina propone diversas interpretaciones, desde la que considera que se trata de una modalidad de imposible cumplimiento por falta de idoneidad del medio,<sup>19</sup> a la propuesta de una interpretación restrictiva que la reconduzca a los supuestos de genocidio biológico o físico o, por último, admitir que el Código Penal español no solo considera formas de destrucción entendibles como genocidio la destrucción física y la biológica, sino también la expulsión que supondría la eliminación de un grupo o subgrupo de un determinado ámbito territorial y/o sociopolítico determinado aunque no se eliminara de forma absoluta su existencia física.<sup>20</sup>

El ordenamiento jurídico español presenta otras especialidades con respecto a la definición internacional de genocidio. Por un lado, se incluye como modalidad la adopción de medidas tendentes a impedir el género de vida del grupo. La doctrina española ha querido ver en esta modalidad la inclusión en el CP español del llamado genocidio cultural, eliminado del concepto internacional,<sup>21</sup> y la opinión mayoritaria propone interpretaciones restrictivas que limiten el amplísimo ámbito que otorga al tenor literal.<sup>22</sup> Por otro lado, se menciona expresamente la modalidad genocida consistente en agresiones sexuales. Su inclusión se realizó a partir de una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario del Partido Popular en la que se hacía referencia a las noticias sobre violaciones masivas cometidas en el curso de la guerra en la antigua Yugoslavia<sup>23</sup> y que se dieron a conocer por aquella época a raíz de las investigaciones

<sup>17</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 223 y ss.

<sup>18</sup> Sixth Committee, *Summary Records*, pp. 184 y ss. En la discusión del artículo 17 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad volvió a aparecer la sugerencia de incluir como modalidad de genocidio las deportaciones, lo que se rechazó con el argumento de que cuando estas se realizaran con el propósito de destruir al grupo eran subsumibles en la modalidad de sometimiento a condiciones de existencia destinadas a producir su destrucción física total o parcial —véase *Report ILC*, 1996, p. 92.

<sup>19</sup> Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 50.

<sup>20</sup> Sobre las diferentes posibilidades de interpretación, véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 223-224.

<sup>21</sup> Sobre el contenido de la categoría del genocidio cultural y su posterior exclusión (únicamente pervivió de ella la modalidad de traslado forzoso de niños de un grupo a otro), véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 192-194, con ulteriores citas.

<sup>22</sup> Las propuestas de interpretación restrictiva pretenden por lo general reconducirlo a formas de genocidio físico o biológico. Véase Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 664; Blanc Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, 1990, p. 185; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 110.

<sup>23</sup> Véase López Garrido y García Arán, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 210.

de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas que presidía el profesor Bassiouni.<sup>24</sup> Los informes de aquella comisión, a los que no esperó el legislador español, no dieron lugar a la modificación del concepto internacional de genocidio, sino a la inclusión de las agresiones sexuales como modalidades de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en opinión de Bassiouni,<sup>25</sup> que me parece plenamente asumible, la agresión sexual puede ser un medio idóneo para cometer genocidio si se realiza con la intención requerida. En particular estimo que los informes de la Comisión de Expertos muestran sin ninguna duda que la agresión sexual ha sido utilizada en la antigua Yugoslavia para practicar el genocidio biológico.<sup>26</sup>

Por último, en la regulación jurídica española están tipificadas además otras conductas relacionadas con el genocidio. En primer lugar, se castiga la difusión por cualquier medio de doctrinas o ideas que nieguen el genocidio. La punición de esta conducta tiene su origen en un precepto similar del Código Penal alemán que castiga el delito conocido en aquel país como *Auschwitzlüge*.<sup>27</sup> Sin embargo, el precepto español ha sido sometido a una cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Provincial Barcelona,<sup>28</sup> pues existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con las tesis revisionistas que enmarca el cuestionamiento de hechos históricos en el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la CE).<sup>29</sup> El Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado al respecto. En segundo lugar, se castiga la difusión por

<sup>24</sup> Los resultados de estas investigaciones pueden verse publicados en Bassiouni y McCormick, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996, y M. Cherif Bassiouni, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, 1996.

<sup>25</sup> Bassiouni y McCormick, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996, p. 33.

<sup>26</sup> Sobre la argumentación de Bassiouni y sobre la interpretación de la violencia sexual como modalidad de genocidio en el artículo 607 del CP español, véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 230.

<sup>27</sup> Sobre los precedentes y desarrollo histórico de este precepto véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 328 y ss.; Lorenzo Copello, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XIX, 1996, p. 266; Landa Gorostiza, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 129 y ss.

<sup>28</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª), de 14 septiembre 2000 —recurso de apelación n.º 24/1999 (ARP 2000\1547).

<sup>29</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991 (BOE de 17 de diciembre de 1991), en especial el fundamento jurídico 7 y de 11 de diciembre de 1995, fundamento jurídico 2 (BOE de 12 de enero de 1996). Ambas pueden verse comentadas en Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 346 y ss. La doctrina también se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad de este precepto. Véase Carbonell Mateu, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 2161; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2001, p. 726; Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.) y Valle Muñiz (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 1996, pp. 1640 y ss.; Feijóo Sánchez, en G. Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 1423; González Rus, *Curso de derecho penal español*, 1997, p. 972; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 355 y ss.

cualquier medio de doctrinas o ideas que justifiquen el genocidio. Esta conducta podría incluirse en el concepto amplio de apología,<sup>30</sup> que ha sido excluido con carácter general por el legislador español<sup>31</sup> tras su repetido cuestionamiento por la doctrina,<sup>32</sup> pero que se ha mantenido en relación con el delito de genocidio. Y, en tercer lugar, se castiga como delito de genocidio la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de genocidio. Para que esta variedad de apología en sentido amplio se mantenga dentro de los límites establecidos por el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS), para integrar el tipo no basta con que se realicen manifestaciones a favor de un determinado programa político o ideología ni de un determinado partido político o régimen, sino que las manifestaciones deben incluir la aprobación del delito cometido por estos,<sup>33</sup> además de un elemento subjetivo: que ello se realice con el ánimo de incitar a cometer ese delito.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> El Código Penal anterior establecía: “La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, y que por su naturaleza o circunstancias puedan constituir una incitación directa a cometer el delito”. Véase, por ejemplo, el antiguo artículo 165, *ter*, 2. En la definición de la apología del genocidio se incluyeron además tras las palabras “enaltezcan a su autor”, “nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio” por ley de 11 de mayo de 1995, pero a continuación se añadía la exigencia de que supusieran una incitación directa a cometer el delito.

<sup>31</sup> En el Código Penal de 1995 la apología solo se castiga cuando a la vez constituya provocación —véase el artículo 18 del CP—, que a su vez se castiga solo de modo excepcional en relación con determinados delitos, lo que hace superflua su mención —véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, p. 183.

<sup>32</sup> Numerosos autores han cuestionado la legitimidad del castigo de la apología en sentido amplio aludiendo a la posible pugna con el principio de intervención mínima o a su incompatibilidad con el respeto a la libertad de expresión. Véase por ejemplo Maqueda Abreu, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Poder Judicial*, n° 9, 1998, pp. 19 y ss., González Guitián, “La apología en la reforma penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico n° 6, 1983, p. 396; Gracia Martín, “El ‘iter criminis’ en el Código Penal español de 1995”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 266; Cuerda Arnau, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología”, en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, n° 1757, 1995, p. 5254. El Tribunal Constitucional español en su sentencia de 26 de diciembre de 1986 (BOE n° 313, supl. de 31 de diciembre de 1986) mantuvo la constitucionalidad de la apología en sentido amplio sometida a determinados requisitos, fundamentalmente la asunción de los hechos como algo positivo y encomiable, y el Tribunal Supremo ha señalado que en su opinión el castigo de la apología en sentido amplio no sería contrario a la Constitución si se respetan ciertos límites; entre otros, no se puede considerar apología del delito la “simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico” (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1997).

<sup>33</sup> Véanse *supra* notas 29, 31 y 32.

<sup>34</sup> Del Rosal Blasco, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 58, 1996, p. 84.

En cuanto a las fuentes jurídicas, el delito de genocidio está tipificado como un delito de la parte especial en el Código Penal español de 1995, en el artículo 607 del CP, dentro del capítulo II, “Delitos de genocidio”, del título XXIV, “Delitos contra la comunidad internacional”.

El delito de genocidio fue introducido por primera vez en la legislación española por la ley 44/1971, de 15 de noviembre, como consecuencia de la adhesión de España a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio el 13 de septiembre de 1968. En su primera versión, incluida en el artículo 137 *bis* del antiguo Código Penal español, presentaba mayores diferencias respecto del texto de la Convención. Algunas de ellas fueron modificadas, como por ejemplo, las referidas a la identificación de los grupos protegidos,<sup>35</sup> pero otras subsistieron y pasaron a la descripción actual del delito de genocidio contenida en el artículo 607 del vigente Código Penal español de 1995.<sup>36</sup>

En la redacción típica del actual precepto se abandona la fórmula tradicional con la que el Código español se refiere al sujeto activo indeterminado: “el que”, para usar en cambio el plural: “los que”.<sup>37</sup>

En el sistema legal español la jurisprudencia —que está constituida por las decisiones reiteradas del Tribunal Supremo— no está considerada como fuente del derecho, sino únicamente como complemento para la interpretación de la ley.<sup>38</sup> Los tribunales no están vinculados por la interpretación de tribunales superiores. Hecha esta aclaración, resulta interesante hacer referencia aquí a la interpretación que ha realizado la Audiencia Nacional del elemento típico “grupos protegidos”. A pesar de la claridad y exactitud con la que el actual precepto identifica a los grupos protegidos (que coinciden con los del concepto internacional de genocidio, aunque no siempre fue así en la legislación española),<sup>39</sup> a raíz de los casos instruidos por el juez Baltasar

---

<sup>35</sup> Sobre la historia de la introducción y posterior evolución del delito de genocidio en la legislación española véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 204 y ss., con ulteriores citas.

<sup>36</sup> La literatura española que comenta el delito de genocidio es en su mayoría anterior al Código Penal de 1995 y por lo tanto comenta la antigua redacción del viejo Código. Como obras actuales referidas al artículo 607 pueden consultarse las siguientes: Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999; Bernardo Feijóo Sánchez, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, en *La Ley*, año XIX, n° 4693, 1998.

<sup>37</sup> De esta variación deduce Feijóo Sánchez que el genocidio debe ser cometido de forma sistemática por una colectividad de personas —“Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, en *La Ley*, 1998, p. 2; el mismo, “Los delitos de genocidio”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 42, 1997, p. 110—. Sobre el elemento subjetivo exigido a cada uno de los coautores véase González Rus, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 259; Feijóo Sánchez, “Art. 607”, en Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 1420; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 253 y 259.

<sup>38</sup> Véanse los artículos 1 y 6 del Código Civil español. Sobre el papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el derecho penal véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, pp. 160 y ss.

<sup>39</sup> En una primera versión, la del artículo 137 *bis* del Código Penal anterior, se cometieron dos errores: el primero, corregido posteriormente, fue sustituir el término *racial* por *social*, y el segundo



Garzón por los crímenes cometidos por las dictaduras argentina y chilena, y con el fin de garantizar la sumisión de estos casos a la jurisdicción española para evitar su impunidad, se ha realizado una interpretación errónea del término *grupo*, ampliando el ámbito del precepto<sup>40</sup> y desvirtuando el concepto de genocidio.<sup>41</sup> Así, la Audiencia Nacional, en sus autos de 5 de noviembre de 1998,<sup>42</sup> afirma que el concepto “social” de genocidio incluye la destrucción de cualquier grupo humano, en una argumentación sorprendente que prescinde del concepto “jurídico” y del tenor literal de la ley.<sup>43</sup> Para demostrar la existencia de ese pretendido concepto social acude a textos anteriores a la tipificación del delito de genocidio, como la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Londres y a la redacción del antiguo 137 *bis* que tan criticado fue por la doctrina por apartarse de la regulación y del concepto internacional de genocidio. Y afirma, incurriendo en una evidente analogía *in malam partem*, que “grupo nacional” no significa “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino “simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”; argumenta evidenciando su confusión de los conceptos *genocidio* y *crímenes contra la humanidad* que “el entendimiento restrictivo del tipo que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por

---

consistió en suprimir la coma existente entre los términos *nacional* y *étnico*, lo que en opinión de la doctrina limitaba injustificadamente la protección de los grupos nacionales a aquellos que a la vez constituían etnia. Véase Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*, Parte especial, 1995, p. 659. Este segundo error se mantuvo hasta la derogación del anterior Código Penal, pero ha sido subsanado en el artículo 607 del Código vigente.

<sup>40</sup> En mi opinión, mediante una analogía *in malam partem* prohibida en derecho español. Véase el artículo 4 CP. Nuestro Tribunal Supremo es sumamente estricto en la observancia del principio de legalidad y prohíbe incluso la interpretación extensiva contraria al reo —véase al respecto Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, p. 171, con cita de sentencias en la nota 102.

<sup>41</sup> El informe del instituto Max Planck sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno —publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8 c, 1999, pp. 441 y ss.— tampoco admite la realización de un genocidio salvo que se entiendan incluidos los grupos políticos, opinión por la que se inclinan pero que estimo ha sido descartada por el Estatuto de Roma. En todo caso, este supuesto concepto más amplio de genocidio que incluiría a los grupos políticos y que pertenecería a un derecho internacional consuetudinario no sería aplicable directamente ni por los tribunales alemanes ni por los españoles, por el principio de legalidad que exige ley cierta y descarta con ello la costumbre como fuente. En España se exige además ley orgánica.

<sup>42</sup> Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Chile), fundamento de derecho 5°, y auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Argentina), fundamento de derecho 5°.

<sup>43</sup> Su argumentación sería equiparable a la afirmación aberrante de que, puesto que socialmente (e incluso en el Diccionario de la Real Academia Española) se califica de asesino al homicida, podríamos aplicar la pena agravada del artículo 139 del CP a todo el que mate a otro, con independencia de que concurran o no las circunstancias del tipo agravado.



el poder o por una banda de los enfermos de sida”, entre otros ejemplos, y concluye que “todas las víctimas reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”.

El Tribunal Supremo (TS), en su sentencia sobre la jurisdicción española en el caso Guatemala,<sup>44</sup> parece rechazar esta interpretación al afirmar: “Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique prejuicio alguno sobre el fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto *afectan al pueblo maya como grupo étnico*” (cursivas añadidas).

## 2. Sanciones

Las penas asignadas al delito de genocidio varían según las modalidades de comisión, y la decisión sobre su gravedad se deriva de la técnica legislativa empleada en la tipificación del genocidio, consistente en la desmembración de las modalidades genocidas recogidas en la Convención y su traducción a figuras comunes del CP español.<sup>45</sup> De este modo, la cuantía de las penas previstas guarda proporción con las penas asignadas en el CP español para los delitos mediante cuya comisión se realiza el genocidio.

Así, un genocidio cometido mediante homicidio de miembros del grupo tiene una pena superior (prisión de 15 a 20 años) a la pena prevista para el delito de homicidio (prisión de 10 a 15 años);<sup>46</sup> si concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes la pena también es superior (20 a 30 años de prisión) a la que corresponde al delito de asesinato (prisión de 15 a 20 años<sup>47</sup> o de 20 a 25 años en caso de asesinato agravado);<sup>48</sup> si el genocidio se comete mediante agresiones sexuales o lesiones del artículo 149 del CP la pena prevista es superior (prisión de 15 a 20 años) a la de los delitos mencionados (prisión de 6 a 12 años para el caso de las lesiones y penas que van de 1 a 15 años según las modalidades de agresión sexual);<sup>49</sup> si el genocidio se comete mediante sometimiento a condiciones de existencia que ponen en peligro la vida o que perturban gravemente la salud de sus miembros, mediante desplazamientos forzados, mediante adopción de medidas destinadas a impedir el género de vida o la reproducción, o mediante lesiones del artículo 150 del CP, la pena prevista es de 8 a 15 años de prisión (la pena prevista para las lesiones del artículo 150 es prisión de 3

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

<sup>45</sup> Sobre el origen y finalidad de esta técnica de tipificación véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 212 y ss.

<sup>46</sup> Véanse los artículos 138 y ss. del CP. Sobre el posible sentido de la agravación extraordinaria de la pena para el supuesto de homicidio en que concurren dos o más circunstancias agravantes genéricas véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 207 y ss.

<sup>47</sup> Véase el artículo 139 del CP.

<sup>48</sup> Véase el artículo 140 del CP.

<sup>49</sup> Véanse los artículos 149 (lesiones) y 178 a 179 (agresiones sexuales)

a 6 años; las detenciones ilegales no condicionadas se castigan con penas de prisión que van de los 2 a los 8 años;<sup>50</sup> la pena para el aborto no consentido es de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación especial,<sup>51</sup> y la pena prevista para el delito de coacciones es de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 24 meses).<sup>52</sup>

Además, el artículo 616 del CP prevé para todos los delitos comprendidos en el título XXIV, en el que se incluye el genocidio, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años, para el autor que ostente la cualidad de autoridad o funcionario público, y otorga al juez o tribunal la facultad de imponer la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 10 años para el caso de que el autor sea un particular.<sup>53</sup>

No contempla expresamente el Código la regla concursal aplicable al supuesto de comisión de varias de las modalidades de genocidio sobre un mismo grupo por un mismo sujeto. Tampoco existe jurisprudencia sobre este asunto. La doctrina ha propuesto soluciones diversas: Para el caso de repetición de actos constitutivos de una misma modalidad de genocidio —por ejemplo, homicidio de varios miembros del grupo— se propone la apreciación de un solo delito de genocidio<sup>54</sup> por considerarse una unidad típica en sentido estricto.<sup>55</sup> En caso de cometerse diversos actos constitutivos de varias modalidades de genocidio la doctrina mayoritaria considera que debe apreciarse también una unidad delictiva y aplicarse un solo delito de genocidio castigando con la pena prevista para la modalidad más grave cometida.<sup>56</sup> En cuanto a la relación existente entre el tipo del genocidio y los diversos tipos que a su vez pueden integrar cada una de las acciones individuales mediante las que se comete el genocidio, como el homicidio, las lesiones, etc., no existe ya tanta uniformidad y se han propuesto soluciones diferentes. La posición más aceptada tradicionalmente en España<sup>57</sup> fue la de tomar en consideración uno de los resultados típicos (una muerte, por

---

<sup>50</sup> Artículo 163 del CP.

<sup>51</sup> Artículo 144 del CP.

<sup>52</sup> Artículo 172 del CP.

<sup>53</sup> Sobre el contenido de las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para empleo o cargo público véanse los artículos 41 y 42 del CP.

<sup>54</sup> Véase Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.) y Valle Muñiz (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 1996, p. 1640; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 103; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 666; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 285 y ss. En la doctrina alemana comparten esta opinión autores como Jähnke, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, marg. 14, y el Tribunal Supremo alemán (sentencia del BGH de 30 de abril de 1999, 3StR 215/98 OLG Düsseldorf).

<sup>55</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, p. 286.

<sup>56</sup> Véase Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 103; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 667; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 288 y ss., Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999, 3StR 215/98 OLG Düsseldorf, fundamento III.3.

<sup>57</sup> Esta postura ha sido exportada a algunos países latinoamericanos pero nunca ha sido defendida en Alemania. En cambio, la solución de entender que el delito de genocidio consume todo el desvalor de

ejemplo) para formar el delito de genocidio y apreciar los restantes en concurso ideal de delitos con este.<sup>58</sup> Frente a esta opinión, que no cuenta con otro fundamento que el de la desproporción punitiva que supone apreciar sin más un concurso de leyes,<sup>59</sup> considero preferible apreciar un único delito de genocidio en concurso ideal con el concurso real formado por los delitos contra bienes jurídicos individuales realizados en su ejecución.<sup>60</sup> Nuestro Tribunal Supremo todavía no ha tenido la ocasión de estudiar detenidamente el delito de genocidio, pero en diversas resoluciones (ya bastante antiguas) relativas a problemas muy distintos, mencionó el genocidio como ejemplo de delito pluriofensivo, en el que se castigan lesiones de bienes jurídicos personales junto con la de otro bien jurídico,<sup>61</sup> mientras que en otras señalaba que el genocidio es la única figura del CP en la que se afecta a varios sujetos y sin embargo se considera un único delito.<sup>62</sup>

## II. Crímenes contra la humanidad

### 1. Tipicidad y fuentes jurídicas

Los crímenes contra la humanidad no se encuentran expresamente tipificados como tales en la legislación española. Además, en el ordenamiento español rige el principio de legalidad para el establecimiento de figuras delictivas y de penas (artículos 25 de la CE y artículos 1 y 2 del CP) con reserva de ley orgánica para aquellas materias que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 81 de la CE),<sup>63</sup> por lo que no es posible aplicar directamente el derecho internacional consuetudinario ni el tratado por el que se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacio-

---

los diversos delitos contra bienes jurídicos fundamentales cometidos en su ejecución no tiene defensores en España pero en Alemania es una postura minoritaria. La defendió, por ejemplo, Lay, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, marg. 12.

<sup>58</sup> Véase Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 103; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 666. A esta opinión se adhirieron otros autores como Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 57, y González Rus, *Curso de derecho penal español*, 1997, p. 971.

<sup>59</sup> Sobre su inadmisibilidad véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 303 y ss.

<sup>60</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 305 a 313; la misma, “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, nº 4 1999, pp. 787 y ss.; y véase la sentencia del BGH de 30 de abril de 1999, 3StR 215/98 OLG Düsseldorf.

<sup>61</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\4137), de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988\3450), de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\2436), de 23 de enero de 1987 (RJ 1987\457) y de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\4137).

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 6 de julio de 1983 (RJ 1983\4099).

<sup>63</sup> Sobre el principio de legalidad en materia penal y la reserva de Ley Orgánica véase Cerezo Mir, *Curso I*, pp. 150 y ss.

nal,<sup>64</sup> pero tampoco la ley orgánica 6/2000 de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional,<sup>65</sup> pues a pesar de que esta cumpliría los requisitos del principio de legalidad en cuanto al establecimiento de las figuras delictivas, no contiene sanciones.<sup>66</sup>

Por ello, hasta que se produzca la modificación del Código Penal que incluya la tipificación y sanción expresa de los crímenes contra la humanidad como tales, la única forma de castigar las conductas constitutivas de estos es acudir a las figuras de los delitos comunes. Las modalidades previstas en la legislación internacional son adaptables con diferente grado de dificultad a otros tipos comunes de la parte especial del derecho penal español.

Así, no existe problema en subsumir las conductas de *asesinato* y *exterminio* en los tipos comunes del homicidio<sup>67</sup> y el asesinato (castigados en los artículos 138, 139 y 140 del CP).

Más complicada puede ser la subsunción de las conductas calificadas como *esclavitud*, para cuyo castigo habría que aplicar un concurso de diversos tipos penales que podrían ser, según los casos, las detenciones ilegales y secuestros (artículos 163 y ss. del CP), coacciones (artículo 172 del CP), amenazas (artículos 169 y ss. del CP) y tratos degradantes (artículo 173 del CP).

Así mismo, para castigar la *deportación o traslado forzoso* de población habrá que acudir a los delitos de coacciones y detenciones ilegales. Estas últimas serán también las figuras aplicables para castigar la *encarcelación y otras privaciones graves de libertad*.

El crimen contra la humanidad de *tortura* no se corresponde exactamente con el delito de tortura tipificado en la legislación penal española (artículo 174 del CP), pues este exige que la conducta se realice con un elemento subjetivo específico: el fin de obtener una confesión o información o de castigar a la víctima. En los casos en los que falte este elemento, habrá que castigar por atentado contra la integridad moral (artículos 173 y 175 del CP) en concurso de delitos (artículo 177 del CP) con las lesiones cometidas (artículos 147 y ss. del CP).

---

<sup>64</sup> Sobre el derecho internacional como posible fuente del derecho penal interno véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 93 y ss.

<sup>65</sup> BOE 5-10-00.

<sup>66</sup> En mi opinión, la enumeración, en el artículo 77 del Estatuto, de las sanciones que puede imponer la Corte no supone la asignación de penas a cada tipo que exige el principio de legalidad, y aun cuando se entendiera que sí, es decir, que este artículo asigna las penas correspondientes a los delitos recogidos en el Estatuto, la desmesurada amplitud de los marcos penales impediría, de igual modo, el cumplimiento del principio de legalidad de las penas tal y como lo entiende nuestro derecho.

<sup>67</sup> Aunque el Estatuto hable de “asesinato”, el término no está utilizado en sentido técnico, pues al describir las conductas constitutivas de este no se hace referencia a la concurrencia de circunstancias especiales —véase “Elementos de los crímenes”, artículo 7.1 *a*—, por lo que son subsumibles en esta categoría tanto conductas constitutivas de homicidio del artículo 138 del CP como de asesinato de los artículos 139 y 140.

Las conductas de *violación, esclavitud sexual y prostitución forzada* son subsumibles en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículos 179, 180, 182, 183.2, 187 y 188 del CP) Estos dos últimos podrían aplicarse en concurso con el delito de trato degradante en el caso de la esclavitud sexual. Para castigar la conducta de *embarazo forzoso*, es decir, confinar a una mujer para obligarla a tener el hijo fruto de un embarazo provocado por la fuerza, habría que aplicar un concurso entre las detenciones ilegales y las coacciones, además, por supuesto, de castigar por el delito contra la libertad sexual previo. La esterilización forzada sería subsumible en el delito de lesiones del artículo 149 del CP.

El crimen de *persecución* podrá ser subsumible, según la conducta mediante la que se materialice la privación de derechos fundamentales, en alguno de los diversos artículos del capítulo IV (“De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”) y del capítulo V (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”) del título XXI (“Delitos contra la Constitución”) del Código Penal español, y si ninguno de ellos resultara aplicable, en el delito de coacciones.

Además, en la mayoría de los supuestos resultarían aplicables las agravantes de móviles discriminatorios (artículo 22.4<sup>a</sup> del CP),<sup>68</sup> aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente (artículo 22.2<sup>a</sup> del CP) y prevalimiento del carácter público del culpable (artículo 22.7<sup>a</sup> del CP).<sup>69</sup>

Pero la doctrina mayoritaria entiende que en los crímenes contra la humanidad, a pesar de tratarse de delitos contra bienes jurídicos fundamentales,<sup>70</sup> existe un plus de injusto que los distingue de los delitos comunes, constituido por el contexto en el que se realizan: “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”. Este plus de injusto, que en mi opinión debería concretarse en un mayor desvalor de la acción, dado que ya hemos identificado el bien jurídico protegido como idéntico al de los delitos comunes y por lo tanto el desvalor del resultado no varía respecto de aquellos, no podría ser comprendido con la mera aplicación de una agravante genérica.<sup>71</sup>

Por ello se está preparando una reforma del Código Penal que incluirá la tipificación expresa de los crímenes contra la humanidad. Por el momento existe un pro-

---

<sup>68</sup> La agravante no es aplicable en aquellos delitos en los que el tipo penal apropiado ya hace referencia a los mencionados móviles, como por ejemplo, los artículos 510, 511 y 512.

<sup>69</sup> Tampoco será aplicable esta agravante en aquellos delitos que ya tienen en cuenta la condición de funcionario público del autor.

<sup>70</sup> Véase en este sentido la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, n° 6, 2002, p. 33; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, p. 151.

<sup>71</sup> “Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”.

yecto de ley orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el que se añade un capítulo II *bis* al título XXIV del libro II del CP,<sup>72</sup> con la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad”, en el que se incluye un artículo 607 *bis* cuya redacción, sin embargo, se separa bastante del contenido del artículo 7 del Estatuto de la CPI,<sup>73</sup> resulta confusa y, según se interprete, restrictiva en algunos supuestos o notablemente ampliatoria en otros del concepto. El proyecto parece seguir la idea de la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, de que el crimen de *apartheid* y el de persecución se desgajan de la enumeración de conductas para incorporarlos a la definición inicial por tratarse, en su opinión, de “dos supuestos complejos caracterizados por la realización de cualquiera de los comportamientos típicos (muertes, violaciones, torturas, etc.) dentro de un contexto específico que viene a concretar la idea genérica de ‘ataque contra una población civil’”.<sup>74</sup> Sin embargo, esta interpretación del crimen de persecución que hace el Grupo no es la de los “Elementos de los crímenes” ni la de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales,<sup>75</sup> por lo que resulta evidente que no debería incluirse en nuestra legislación una variación de la redacción típica que obligue a una lectura que no se ajusta al derecho y la jurisprudencia internacionales.

## 2. Sanciones

Las sanciones previstas para los delitos comunes son vistas por la doctrina como insuficientes, teniendo en cuenta la gravedad que supone la lesión de esos bienes jurídicos cuando se realiza en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La aplicación de una o varias agravantes genéricas como las mencionadas en el apartado anterior resultaría, en opinión de la doctrina, insuficiente para captar ese plus de injusto concretado en un mayor desvalor de la acción que supone la comisión en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, pues la apreciación de una agravante genérica produce el efecto de imponer la pena señalada al delito en su mitad superior,<sup>76</sup> mientras que las propuestas doctrinales de reforma y

<sup>72</sup> BOE n° 145-1 de 5 de mayo de 2003.

<sup>73</sup> El texto completo puede leerse *infra* en el apartado G.

<sup>74</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, n° 6, 2002, p. 38.

<sup>75</sup> Sobre el contenido de esta modalidad de comisión y la interpretación de la jurisprudencia véanse el artículo 7.2 g del ECPI y el 7.1 h de los “Elementos de los crímenes”; Boot/Hall, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, artículo 7, margs. 60 y ss.; Ambos y Wirth, “The current Law of Crimes Against Humanity”, en *Criminal Law Forum* n° 13, 2002, p. 72; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 140 y ss.; la misma, *La nueva justicia penal supranacional*, comentario al punto 7.1 h. Sobre la interpretación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) véase Trial Chamber, *Opinion and Judgment of 7 May 1997*, p. 273, párrafo 697; véase Trial Chamber I: *Sentencing Judgement, Dusko Tadic, Case Nº IT-94-1-T, 14 July 1997*, pp. 15 y ss. y p. 26, y la jurisprudencia citada por Ambos y Wirth.

<sup>76</sup> Artículo 66.3° del CP.



el propio proyecto de LO de modificación del CP establecen unos marcos penales que —por lo general—<sup>77</sup> pretenden que la pena para los delitos de lesa humanidad sea la superior en grado a la establecida para la lesión del bien jurídico de que se trate en el artículo que regula el delito común, de la misma manera que se hizo en el delito de genocidio.<sup>78</sup> Así, mientras que, por ejemplo, para el delito de homicidio se establece la pena de prisión de 10 a 15 años, para el homicidio constitutivo de crimen contra la humanidad se propone la de prisión de 15 a 20 años.<sup>79</sup>

### III. Crímenes de guerra

#### 1. Tipicidad y fuentes jurídicas

El primer paso hacia la incriminación de la conducta ilícita en la guerra, en un plano positivo y de carácter permanente, tuvo lugar en España, al igual que en la mayoría de los países, en la legislación penal militar.<sup>80</sup> En el derecho español la materia relativa a los delitos de guerra pertenecía al ámbito del derecho militar desde su primera regulación, en el Reglamento de Campaña del Ejército de 1882, hasta el actual Código Penal Militar de 1985,<sup>81</sup> y solo en tiempos muy recientes se extendió a la legislación común.

Con el tiempo, la regulación de los crímenes de guerra en la legislación española se ha ido adaptando a la normativa internacional.<sup>82</sup> Hoy los crímenes de guerra se encuentran regulados en el Código Penal Militar y en el Código Penal. El catálogo de

---

<sup>77</sup>No en todos los supuestos. Deberían revisarse las penas propuestas para el embarazo forzoso y la esclavitud.

<sup>78</sup>Véase en este sentido la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002, p. 40. El texto del anteproyecto puede verse *infra* en el punto G.

<sup>79</sup>Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002, p. 45.

<sup>80</sup>Véase Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, pp. 529 y ss. Hasta las Convenciones de Ginebra el derecho internacional no impone la obligación de castigar las conductas contrarias a las leyes y usos de la guerra.

<sup>81</sup>Ibidem, pp. 535 y ss.; Fernández Flores, “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en Bleuca y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, pp. 814 y ss.

<sup>82</sup>Así, la doctrina venía reclamando la elaboración de un nuevo Código Penal Militar por múltiples razones, pero, en concreta referencia al tema que estamos tratando, se denunciaba que la regulación existente —el Código de Justicia Militar de 1945— era anterior a los Convenios de Ginebra y al Convenio sobre Protección de Bienes Culturales, por lo que no recogía todos los supuestos previstos en ellos. Además se decía que las normas en él establecidas, al igual que las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, eran escasas, anárquicas y desordenadas. Véase Medina Ortega, “La recepción en el derecho español de las sanciones por infracción del derecho de la guerra”, en *ADPCP*, tomo XIV, 1961, pp. 75 a 77; Jiménez y Jiménez, *Introducción al derecho penal militar*, p. 55; Pastor Ridruejo, “Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 10, 1960, pp. 19 y ss.

conductas típicas recogidas en el Código Penal Militar sigue siendo más amplio con relación al Código Penal común, pues el primero incluye como delitos infracciones del derecho de La Haya y del derecho de Ginebra, mientras que el segundo se limita al derecho humanitario bélico. La inclusión de estos delitos en el Código Penal común resulta muy acertada, puesto que, aunque los crímenes de guerra solo pueden ser cometidos por los combatientes —legítimos o no— en calidad de tales y como parte de las operaciones bélicas, el concepto de combatiente es más amplio que el de militar, condición necesaria para ser sujeto activo de los delitos contenidos en el Código Penal Militar.<sup>83</sup>

El Código Penal común no recoge expresamente todas las variantes típicas de crímenes de guerra dentro del capítulo destinado a los crímenes contra bienes o personas protegidos en caso de conflicto armado, sino que utiliza la técnica de la remisión a los tipos comunes para el castigo de la producción de determinados resultados. Así, según lo dispuesto en el último inciso del artículo 609, en caso de producirse, por ejemplo, un resultado de muerte, habrá que acudir al tipo del homicidio, aplicado en concurso de delitos con el artículo 609, para castigar un homicidio realizado mediante alguna de las conductas enumeradas en el artículo 609 del CP. Ante la falta de una regulación expresa del homicidio de una persona protegida, y a la vista de la remisión mencionada, hay que deducir que también el homicidio de una persona protegida no realizado mediante alguna de las conductas enumeradas en este capítulo debe ser punido conforme al tipo del homicidio común, y lo mismo ocurrirá con cualquier otro resultado previsto en la regulación internacional que no se recoja expresamente en el capítulo destinado a los crímenes de guerra. Por lo tanto, la regulación contenida en dicho capítulo debe ser completada con los tipos comunes.<sup>84</sup> Además, el legislador ha utilizado en algunos preceptos la técnica de las leyes penales en blanco, así como numerosos elementos normativos, por lo que para completar los tipos es necesario acudir a los tratados internacionales en la materia. Tanto el Código Penal común como el Código Penal Militar contienen un tipo penal residual que castiga la lesión de cualquier tratado internacional relativo a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las

---

<sup>83</sup> El artículo 8 del CPM da una definición de lo que debe entenderse por *militar* a los efectos de este Código. Fernández Flores —en Bleuca y Rodríguez Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 818 y 819— entiende que debe incluirse en esta definición tanto el militar español como el extranjero, lo cual es conforme con el principio de represión universal que establecen los Convenios de Ginebra —artículos 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV— y el artículo 23.4 g de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial. De la misma opinión es Higuera Guimerá, *Curso de derecho penal militar español*, 1990, pp. 223 y 224. Véase sobre el concepto de militar Jiménez y Jiménez, *Introducción al derecho penal militar*, pp. 150 a 152; Martínez-Cardos Ruiz, “Definición de militares”, en Bleuca Fraga y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 215 a 244; Higuera Guimerá, *Curso de derecho penal militar español*, 1990, pp. 209 a 227.

<sup>84</sup> En el mismo sentido Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2001, p. 728.

personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, siempre que España sea parte de él o lo haya ratificado (artículos 614 del CP y 78 del CPM, respectivamente).<sup>85</sup>

A la vista de los nuevos desarrollos experimentados por el derecho internacional, así como de los nuevos compromisos convencionales adquiridos por España, entre ellos los derivados de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, según el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH),<sup>86</sup> faltaría en nuestro Código Penal la tipificación expresa de las siguientes conductas:

- utilización de personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa (artículo 8, apartado 2, *b*, xxiii del ECPI);
- violación a sabiendas de la protección debida a hospitales y material sanitario —por añadidura a la de unidades y medios de transporte sanitarios, supuestos que ya están comprendidos en el Código— (artículo 8 apartado 2, *b*, ix y xxiv, y *e*, ii y iv);
- ejercer violencia sobre el personal habilitado para utilizar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional (artículo 8 apartado 2, *b*, xxiv, y *e*, ii);
- cometer contra cualquier persona protegida actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra (artículo 8, apartado 2, *b*, xxii, y *e*, vi);
- hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar del mismo modo los suministros de socorro realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra (artículo 8, apartado 2, *b*, xxv);
- dirigir intencionadamente ataques contra personal,<sup>87</sup> instalaciones, material o unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bie-

---

<sup>85</sup> Sobre la constitucionalidad de esta técnica y los posibles problemas de seguridad jurídica que preceptos de este tipo pueden originar, véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 93 y ss., en especial pp. 103-104, con ulteriores citas.

<sup>86</sup> CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 87 y ss.

<sup>87</sup> Según el CEDIH hay que entender por *ataques* los que se perpetren contra la integridad física o la libertad y en el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el 609, que a su vez remite a la pena del homicidio en caso de darse dicho resultado.

nes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (artículo 8, apartado 2, *b*, iii, y *e*, iii);

- declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa (artículo 8, apartado 2, *b*, xiv).
- ordenar no dar cuartel <sup>88</sup> (artículo 8, apartado 2, *b*, xii);
- reclutar o alistar obligatoriamente a menores de 18 años o utilizarlos para participar directamente en las hostilidades (artículo 8, apartado 2, *b*, xxvi, y *e*, vii, completado por los artículos 1 y 2 del Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado por España el 6 de septiembre de 2000).<sup>89</sup>

Además destacan la necesidad de incluir como personas protegidas al personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994,<sup>90</sup> y de incluir la tipificación de otras conductas de conformidad con lo establecido en otros convenios internacionales de los que España es parte, como por ejemplo:

- desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir los siguientes tipos de armas: bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, químicas y minas antipersonal;<sup>91</sup>
- violar suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa (artículos 35 a 41 de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y su Reglamento anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre).

Así mismo, proponen extender la protección de los bienes culturales que ofrece el Código conforme a lo dispuesto en el Segundo Protocolo de Convención de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999, ratificado por España el 6 de julio de 2001,<sup>92</sup> y extender la cláusula general del artículo 614 a la regulación de los medios o métodos de combate.

De momento, el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha hecho caso omiso de estas recomendaciones, pues no recoge ningún tipo nuevo relativo a crímenes de guerra, lo que, como hemos visto, no supone que la legislación española presente lagunas de punibi-

---

<sup>88</sup> CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001, p. 99.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>91</sup> Sobre el fundamento de la inclusión de estas conductas en las obligaciones adquiridas por la ratificación de nuestro país en diversas convenciones, véase *ibidem*, pp. 99 y ss.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 105 y s.

lidad con respecto a las conductas previstas en el ECPI, ya que todas las conductas recogidas en él forman parte de tratados en los que nuestro país es parte y por lo tanto pueden ser reconducidas a la cláusula residual del artículo 614. Pero en mi opinión habría sido preferible la tipificación expresa, lo que además habría permitido una mejor adecuación de la pena.

En relación con las fuentes jurídicas, los crímenes de guerra se hallan regulados en los artículos 69 y siguientes del título II (“Delitos contra las leyes y los usos de la guerra”) del libro II del Código Penal Militar, para los sujetos sometidos a dicha jurisdicción, y en el capítulo III (“De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”) del título XXIV del libro II, artículos 609 y siguientes, del Código Penal de 1995 para el resto de posibles sujetos activos de estos delitos.

## 2. Sanciones

Los artículos 609 y siguientes del CP tipifican conductas que en relación con los bienes jurídicos personales fundamentales podemos definir de mero peligro, remitiendo, en caso de lesión efectiva de dichos bienes (en caso de producirse un resultado) a los tipos penales comunes. En mi opinión habrá que apreciar un concurso de delitos entre los artículos 609 y siguientes y los delitos comunes de resultado (homicidio, lesiones...) cuando la conducta castigada como crimen de guerra sea constitutiva de un delito de peligro abstracto o lesiva de un bien jurídico distinto (por ejemplo, el medio ambiente) y un concurso de leyes cuando se trate de una mera puesta en peligro concreto de un bien jurídico personal fundamental. Con todo, las sanciones previstas finalmente pueden resultar insuficientes para comprender lo injusto de las conductas constitutivas de crimen de guerra según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para los casos en que exista un aumento de injusto (en mi opinión, del desvalor de la acción) constituido por su comisión en el ámbito de un plan o política o como parte de una comisión en gran escala. Por lo tanto, para la comisión de crímenes de guerra con estas características que los convierten por su especial gravedad en objeto de la jurisdicción de la CPI debería preverse una elevación de la pena similar a la que se propone para los crímenes contra la humanidad en relación con los delitos comunes, y no solo, como recoge el anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal, siguiendo la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal, la mera agravación de la pena en su mitad superior.<sup>93</sup> En este caso las circunstancias

---

<sup>93</sup> La jurisprudencia de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR) ha puesto de manifiesto que no existe una diferencia de gravedad entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Así lo señala Sánchez Patrón, “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001. Tampoco los tribunales creados para juzgar los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial hicieron otra distinción

citadas deben mantenerse como motivo de agravación y no incluirse como elementos del tipo, como se hace con los crímenes contra la humanidad, pues es preciso recordar que existen crímenes de guerra no cometidos en esas circunstancias y no sometidos necesariamente a la jurisdicción de la Corte que deben continuar expresamente castigados.<sup>94</sup>

## V. *Crimen de agresión*

El crimen de agresión no está tipificado en la legislación española.

## VI. *Otros crímenes internacionales*

### I. *El terrorismo internacional*

El delito de terrorismo se encuentra tipificado en los artículos 571 a 580 del CP español. Para que los diversos actos recogidos en los tipos de terrorismo sean calificados como tal debe darse el requisito general de que el sujeto activo pertenezca, actúe al servicio o colabore con banda armada o grupo cuya finalidad sea la de *subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*. Aunque en principio la redacción típica parece hacer referencia al orden constitucional español,<sup>95</sup> la Audien-

---

entre ambas categorías de crímenes que la relativa a los posibles sujetos pasivos. Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 112. Tras la incorporación a los crímenes de guerra del requisito de su comisión a gran escala o como parte de un plan o política para que sean competencia de la CPI —que era otra de las diferencias advertidas en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR (Sánchez Patrón, o. cit., p. 83)—, solo los sujetos pasivos diferencian la categoría de crímenes de guerra del artículo 8 del ECPI y los crímenes contra la humanidad. Sin embargo el Grupo de Estudios de Política Criminal propone incluir una agravación de la pena en su mitad superior para los supuestos de crímenes de guerra cometidos en ese contexto especial, mientras que para los crímenes contra la humanidad pretende una pena superior en grado a la del delito común respectivo. Además, si la agravación se establece —como propone el Grupo de Estudios de Política Criminal— en un artículo 614 *bis* referido a las conductas recogidas en los artículos anteriores, no sería de aplicación a los resultados punibles mediante los tipos comunes, por lo que un crimen de guerra consistente en el homicidio de una persona protegida sin utilizar ninguno de los medios tipificados en los artículos 609 y ss. pero realizado en el marco de una política, plan o acción masiva se castigaría con la pena del homicidio simple, lo que resulta contrario a la finalidad de la reforma. Esta es la línea que sigue el anteproyecto, que se ha limitado a introducir un nuevo artículo 614 *bis* donde se prevé la aplicación de la pena en su mitad superior cuando la conducta contenida en ese capítulo se cometa a gran escala o forme parte de un plan o política.

<sup>94</sup> No está claro que los crímenes de guerra no cometidos en estas circunstancias no sean de competencia de la Corte. Véase la nota 197.

<sup>95</sup> Así lo entendía el Ministerio Fiscal. A favor de la interpretación de la Audiencia Nacional véase la argumentación de Lamarca Pérez, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 87 y 88.



cia Nacional entendió subsumibles los hechos cometidos en otros países contra el orden constitucional y la paz pública de aquellos países y también entendió subsumibles en el concepto de banda armada los elementos que a su vez forman parte de un ejército.<sup>96</sup> El asunto no ha llegado al Tribunal Supremo, pero en su sentencia de 25 de febrero de 2003, en el caso Guatemala, aun sin pronunciarse expresamente sobre la cuestión, parece expresar sus dudas sobre la tipicidad de los hechos bajo la calificación de terrorismo con arreglo a las leyes españolas vigentes en el momento de su comisión.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998, recurso de apelación nº 84/1998 (ARP 1998/5943). “Fundamento jurídico SEXTO. Sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo. La calificación de los hechos imputados como constitutivos de terrorismo no aportará nada nuevo a la resolución del caso, puesto que los hechos imputados han sido ya tenidos por susceptibles de constituir delito de genocidio y son los mismos hechos los que son objeto de estudio en cuanto a subsunción jurídica. El terrorismo figura también como delito de persecución internacional en el Artículo 23, apartado 4, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y ya se ha dicho (apartado 2 de estos fundamentos) que el precepto, como norma procesal vigente hoy, es aplicable con independencia del tiempo de comisión de los delitos. La Sala, no obstante, debe decir que los hechos imputados en el sumario, susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo. No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque, exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del orden constitucional español. La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la Ley penal española, que es exigencia del Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo demás, hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento, la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaleciendo de ella. La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada. Como escribía Quintano Ripollés en los años cincuenta: ‘una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevalece del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo’”.

<sup>97</sup> Fundamento undécimo, último párrafo.

## II. *El falso testimonio ante tribunales internacionales*

El Código Penal español ya cumple en parte con la obligación de España de proteger el procedimiento ante la Corte que se deriva del artículo 70.4 del ECPI. El artículo 458.3 del CP castiga el falso testimonio ante tribunales internacionales.

Sin embargo, no se castiga el cohecho (ni activo ni pasivo) de autoridad o funcionario internacional.<sup>98</sup> El Proyecto de LO de modificación del CP ha incluido un nuevo artículo 471 *bis* que castiga expresamente el falso testimonio ante la Corte Penal Internacional, la presentación de pruebas falsas ante esta o la destrucción o alteración de pruebas, la corrupción de testigos, el abuso de influencias, la corrupción o intimidación a un funcionario de la Corte y el cohecho activo y pasivo de funcionarios de la Corte.

## C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

### I. *Principios de conexión para el poder punitivo nacional*

#### 1. *Principios de aplicación de la jurisdicción española en general*

Los tribunales españoles solo aplican la ley penal española, por lo que el ámbito de la jurisdicción española coincide con el de aplicación de la ley penal española. Las reglas de aplicación de la ley penal española en el espacio y de jurisdicción de los tribunales penales españoles están recogidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985.<sup>99</sup>

El artículo 7 del Código Penal Militar establece:

Los preceptos de esta ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales.

El principio básico de aplicación de la ley penal española es el principio de territorialidad,<sup>100</sup> regulado en los artículos 8.1 del Código Civil (CC) y 23.1 de la LOPJ. Junto con este principio reconoce nuestra legislación como principios complementarios el de personalidad activa,<sup>101</sup> regulado en el artículo 23.2 de la LOPJ, el principio real o de protección de intereses,<sup>102</sup> regulado en el artículo 23.3 de la LOPJ

---

<sup>98</sup> La corrupción de funcionarios o autoridades extranjeras solo se castiga en el artículo 445 *bis* del CP en el ámbito de una actividad económica. Debería extenderse la protección a otros ámbitos.

<sup>99</sup> BOE nº 157, de 2 de julio de 1985, corrección de errores en BOE nº 264, de 4 de noviembre, modificada por ley orgánica de 15 de abril de 1999 (<www.boe.es>).

<sup>100</sup> Sobre este principio y sobre el concepto de territorio español véase por todos Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, pp. 193 y ss.

<sup>101</sup> Véase por todos *ibidem*, pp. 201 y ss.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 204 y ss.

y en el artículo 7 del CPM,<sup>103</sup> y el principio de justicia universal,<sup>104</sup> recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ. En cambio, nuestro ordenamiento no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal sustitutiva, aunque ellos pueden tener entrada a través de la cláusula del artículo 23.4 g cuando España se haya comprometido convencionalmente a perseguir algún delito conforme a alguno de estos criterios, como por ejemplo la tortura.<sup>105</sup>

La LOPJ no establece ninguna limitación al principio de territorialidad. En cambio, para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por los tribunales españoles se establecen determinados requisitos. En relación con el principio de personalidad activa se exige la punibilidad en el lugar de comisión (salvo que quede exceptuado por el derecho internacional) y que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; y en relación con los principios de protección de intereses y de justicia universal el único requisito es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. La Audiencia Nacional hizo una interpretación estricta de este requisito que le permitió no tener en cuenta las leyes argentinas de punto final y de obediencia debida con el argumento de que dichas leyes no establecían indultos<sup>106</sup> sino que despenalizaban conductas<sup>107</sup> —es preciso recordar que el derecho español no menciona la amnistía y prohíbe expresamente los indultos generales—. <sup>108</sup> No se exige ni la punibilidad en el lugar de ejecución ni la presencia

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>104</sup> Véase por todos *ibidem*, pp. 204 y ss.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, caso Guatemala, fundamento duodécimo.

<sup>106</sup> La amnistía consiste en una “derogación transitoria de la Ley” mediante la que a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de ninguno nuevo por los hechos que caen en la órbita de la amnistía, mientras que mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta, y presupone, por tanto, al contrario que la amnistía, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales —Gracia Martín, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, pp 281-282.

<sup>107</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación nº 84/1998 (ARP 1998/5943). Fundamento jurídico “OCTAVO: [...] las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c del apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito [letra a del mismo apartado 2 del artículo 23 de la ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido Artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

<sup>108</sup> Véase *infra* el punto 15.

del delincuente en territorio español —esta última puede obtenerse, como se intentó en el caso Pinochet, mediante una orden internacional de detención y la petición de extradición— ni ningún otro requisito o condición.<sup>109</sup>

La ley no exige ningún otro requisito o condición, pero recientemente el TS, en su sentencia en el caso Guatemala, ha hecho una interpretación restrictiva de este principio que exige una conexión con intereses españoles.<sup>110</sup> En principio la Audiencia Nacional, en su auto de 13 de diciembre de 2000, había denegado la competencia de los tribunales españoles para conocer del genocidio cometido en Guatemala,<sup>111</sup> argumentando que al no haber leyes en Guatemala que sancionen la impunidad existe la posibilidad de que los tribunales guatemaltecos juzguen los hechos.<sup>112</sup> Concebía

---

<sup>109</sup> Se ha propuesto introducir el principio de justicia universal el requisito de que el caso afecte los intereses españoles, que sería una forma de reconducirlo al principio de personalidad pasiva y al de protección de intereses.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

<sup>111</sup> El Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, en auto de 27 de marzo de 2000, había declarado su competencia para el conocimiento de los hechos, desestimando la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Fiscal. El auto del Juzgado de Instrucción defiende que de la documentación presentada por los demandantes se infiere que los hechos se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social (fundamento de derecho primero) y declara su competencia para conocer del delito de genocidio con base en el artículo 23.4 a de la LOPJ (fundamento de derecho segundo). En cambio, respecto de los delitos de terrorismo y torturas dice que quedan integrados en el de genocidio, y en relación con la tortura afirma el juez instructor Guillermo Ruiz Polanco que en su opinión esta no es perseguible de forma autónoma “toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del artículo 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere” (fundamento de derecho segundo).

<sup>112</sup> Auto de 13 de diciembre de 2000, Pleno de la Sala de lo Penal, razonamiento jurídico segundo. “Ciertamente es que el Art. 23. 4 a) de la LOPJ atribuye un mandato a la sala de lo Penal de la Audiencia nacional, que es la competente a tenor de los Artículos 65 y 88 de la misma Ley, para la persecución del delito de genocidio que se haya cometido fuera del territorio español, pero también lo es que España es parte contratante del Convenio sobre el Genocidio de 09.12.1948 en virtud del Instrumento de Adhesión de 13.09.1968, y en consecuencia, al no haber hecho reserva alguna al Art. 6 del Convenio, se debe cohonstar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el Art. 23.4 a) de la LOPJ, con los criterios de atribución jurisdiccional del Art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (Art. 96 de la Constitución Española y Art. 1.5 del Código civil), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del *ius cogens* internacional y que ha cristalizado en el propio Art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en los Artículos 17 y ss. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado el 17.07.1998 y firmado por España el 18.07.1998, y con respecto al que se ha autorizado su ratificación por la Cortes Generales por Ley Orgánica 6/2000 (BOE 05.12.2000)”. A continuación recuerda que en sus autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (casos Chile y Argentina) había mantenido que el artículo 6 de la Convención no impide la jurisdicción de otros Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los hechos o de un tribunal internacional, pero destaca también de aquellos autos la siguiente frase: “Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (Art. 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el Art. 6 del Convenio para la prevención y la sanción

con ello la Audiencia Nacional la competencia por el principio de justicia universal de forma subsidiaria. Esta interpretación carecía de base legal y, en mi opinión, respondería únicamente al deseo de frenar una posible avalancha de querellas ante nuestra Audiencia Nacional. La legislación española no contiene ninguna disposición de la que pueda deducirse la subsidiariedad del principio de justicia mundial y dicha consideración tampoco existe en el derecho internacional consuetudinario.<sup>113</sup> El auto fue recurrido en casación y el Tribunal Supremo rechazó esta interpretación subsidiaria del principio con el argumento de que “el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano [...] una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado”.<sup>114</sup>

Pero una vez rechazada esta limitación incluye otra consistente en la necesidad de un punto de conexión directo con intereses nacionales.<sup>115</sup> Tras admitir que el Con-

---

del delito de genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”. Y concluye que “La postura del Pleno fue por tanto la siguiente: Subsidiariedad de la jurisdicción penal española para el delito de genocidio cuando los hechos son extraterritoriales”. Que este criterio se desprenda del artículo 6 de la Convención me parece bastante discutible, pero en todo caso el criterio de no asumir la competencia cuando otro tribunal de competencia “preferente” ya está conociendo de los hechos me parece bastante juicioso. Lo malo es que la Audiencia da un salto lógico a partir de aquí, pues en los autos de Chile y Argentina se refirió claramente a que los “hechos estuviesen siendo enjuiciados”, mientras que en el caso de Guatemala se conforma con la posibilidad de que vayan a serlo en un futuro, lo que es algo muy distinto. El Pleno de la Audiencia no afirma que el delito esté siendo perseguido en el Estado del territorio, lo que evidentemente no sucede, sino que “en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito” (fundamento jurídico tercero) y que “no se constata [...] que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar” (fundamento jurídico cuarto), por lo que concluye que “el Pleno de la Sala no seceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el Art. 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal” (fundamento jurídico quinto).

<sup>113</sup> Véase, en contra de la interpretación de la Audiencia Nacional, Slepoy Prada, “El principio de justicia universal y su regulación en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 140 y ss.

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003, fundamento sexto.

<sup>115</sup> Fundamentos octavo y noveno.

venio para la prevención y sanción del delito de genocidio no establece expresamente la jurisdicción universal, pero tampoco la prohíbe,<sup>116</sup> afirma que el hecho de que el artículo 23.4 de nuestra LOPJ no establezca ninguna particularidad respecto al régimen de la persecución extraterritorial “no puede ser interpretado de manera que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere”. En opinión del TS, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto afecte bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros Estados),<sup>117</sup> en los casos en que su proclamación no procede de una fuente reconocida en derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el derecho interno,<sup>118</sup> como es el caso del genocidio.<sup>119</sup> Además, “la conexión deberá aparecer en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él [...] la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que tal conexión no se aprecie”.<sup>120</sup>

## 2. *Principios de aplicación de la jurisdicción para los crímenes internacionales recogidos en el ordenamiento nacional*

Para el delito de genocidio rige el principio de jurisdicción universal, por el que los tribunales españoles tienen jurisdicción por razón del delito, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión. Este principio no

<sup>116</sup> Fundamento octavo.

<sup>117</sup> Los límites a este principio en lo referente a hechos que afectan derechos humanos solo operarían, según el TS, cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la comunidad internacional, y la posibilidad de intervención acordada en el Convenio contra el Genocidio no es la jurisdicción universal sino el recurso a los órganos competentes de las Naciones Unidas (fundamento noveno).

<sup>118</sup> El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites en derecho internacional del ejercicio del principio de justicia universal. En concreto se refiere, por ejemplo, al caso Sharon ante la Corte de Casación belga y al caso Yerodia, en el que el TIJ no entró en la cuestión de la competencia universal sino que se limitó a analizar el tema de la inmunidad, como bien señala el voto particular —en el mismo sentido, Henzelin, “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, en *Revue Générale de Droit International Public*, nº 4, 2002, p. 820—. Como también destaca el voto particular, la sentencia desconoce otras muchas resoluciones de tribunales nacionales y del propio TIJ que han reconocido el principio de justicia universal sin estas limitaciones y que contradicen la pretendida costumbre alegada por el voto mayoritario.

<sup>119</sup> Fundamento noveno.

<sup>120</sup> *Ibidem*.



está limitado en la ley por ninguna exigencia de conexión especial, pero dicha limitación ha sido introducida por el TS en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala.<sup>121</sup>

Respecto de los crímenes contra la humanidad, hasta que se produzca la reforma del Código Penal, a la que se ha propuesto que acompañe una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se otorgue a los nuevos tipos la cualidad de delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal,<sup>122</sup> le son aplicables los tipos del derecho penal común y las reglas generales del artículo 23 de la LOPJ. Por lo tanto, hasta que se produzca la citada reforma, los tribunales españoles serán competentes para conocer de los hechos constitutivos de crimen contra la humanidad aplicando el derecho penal común cuando estos hayan sido realizados en territorio español (artículo 23.1 de la LOPJ) y cuando se hayan cometido en territorio extranjero y el autor ostente la nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el artículo 23.2 de la LOPJ), o sea un funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (23.3 de la LOPJ), o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la Corona, su consorte, su sucesor o el regente (23.3 de la LOPJ), y cuando se haya cometido en el extranjero y sea susceptible de tipificarse conforme al Código Penal español como delito de terrorismo o delito relativo a la prostitución (23.4 de la LOPJ).

En relación con el apartado g del artículo 23.4, se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base en el principio de justicia universal, sobre el delito de tortura aludiendo al artículo 5 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.<sup>123</sup> Sin embargo, en mi opinión este artículo no obliga a España a castigar el delito de tortura con independencia del lugar de su comisión, como sería necesario para aplicar la letra g, sino solo a juzgar en el caso de negarse una extradición que aquí no se ha solicitado (es precisamente el juez español el que solicita la extra-

---

<sup>121</sup> Véase el apartado anterior.

<sup>122</sup> Véase en este sentido Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, p. 57.

<sup>123</sup> Artículo 5:

“Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el Art. 4 en los siguientes casos:

”Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o buque matriculados en ese Estado;

”Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

”Cuando la víctima sea nacional de ese Estado.

”Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al art. 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente Artículo.

”La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

dición arrogándose la competencia).<sup>124</sup> El juez de Instrucción de la Audiencia Nacional Guillermo Ruiz Polanco tampoco estimó aplicable el artículo 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el caso Guatemala.<sup>125</sup> La Audiencia Nacional, en los autos en los que confirma la jurisdicción de los tribunales españoles en los casos de Chile y Argentina, no entra a analizar estos problemas y pasa de puntillas sobre el tema de la existencia o no de competencia de los tribunales españoles sobre el delito de torturas con base en la Convención de 1984.<sup>126</sup> El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala, admite la competencia de los tribunales españoles por delitos de tortura, pero no por el principio de justicia universal sino por el de personalidad pasiva, por lo que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra en el artículo 23.4 g, que otorga competencia a los tribunales españoles cuando nuestro país ha adquirido una obligación convencional de perseguir que en este caso se encuentra recogida en el artículo 5.1 c de la Convención contra la Tortura.<sup>127</sup>

En relación con los crímenes de guerra los tribunales españoles tienen competencia por el principio de jurisdicción universal sobre las violaciones a los Convenios de Ginebra en virtud del artículo 23.4 g de la LOPJ. Respecto de otros crímenes de

---

<sup>124</sup> A favor de la existencia del principio de jurisdicción universal para el delito de torturas se manifiesta Gómez Benítez, “Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y torturas”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 y ss., pero todos los textos y opiniones que cita defienden la capacidad, no la obligación de los Estados de asumir la competencia por ese principio, mientras que para aplicar el apartado g debe tratarse de una obligación de asumir la competencia, no de una mera facultad. En su opinión la obligación del artículo 49 del I Convenio de Ginebra de hacer comparecer ante los tribunales propios a los autores de crímenes de guerra o entregarlos a otra parte para su enjuiciamiento es muy parecida a la obligación *aut dedere aut iudicare* que contiene la Convención contra la Tortura. Sin embargo, en mi opinión es clara la diferencia esencial entre ambos preceptos. El principio *aut dedere aut iudicare* no obliga a buscar a delincuentes que no están en poder del Estado y pedir su extradición para juzgarlos, mientras que el artículo 49 sí. Por eso el apartado g es aplicable a los Convenios de Ginebra pero no a la tortura.

<sup>125</sup> Véase *supra* la nota 105.

<sup>126</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998 —recurso de apelación n° 84/1998— (ARP 1998\5943). Fundamento de derecho séptimo: “Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del Art. 23, apartado 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el Art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del Art. 5, apartado 1, letra c), de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado 2 del Art. 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario”.

<sup>127</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, fundamento duodécimo.

guerra regirán las reglas generales del artículo 23 tal y como hemos visto para los crímenes contra la humanidad, pero respecto de los crímenes de guerra previstos en el Código Penal Militar serán competentes en todo caso los tribunales militares españoles en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del CPM. Sería conveniente la inclusión de todos los crímenes de guerra en el principio de jurisdicción universal.

En relación con el crimen de agresión, al no estar este codificado tampoco hay nada previsto respecto de la competencia de los tribunales españoles. En los casos en que se puedan subsumir los hechos en los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado del capítulo II del título XXIII del Código Penal, serían competentes los tribunales españoles por aplicación del principio de protección de intereses (artículo 23.3 *a* de la LOPJ).

### 3. *Pertenencia de los principios de aplicación de la jurisdicción al derecho penal material o al procesal*

La doctrina discrepa sobre la naturaleza penal o procesal de las normas que regulan la eficacia de la ley penal en el espacio. Así, a pesar de su ubicación en la Ley Orgánica del Poder Judicial, un sector de la doctrina ha defendido su naturaleza penal.<sup>128</sup> Por el contrario, otro sector doctrinal defiende su naturaleza procesal,<sup>129</sup> y ese mismo carácter le atribuyó la Audiencia Nacional<sup>130</sup> en los casos

<sup>128</sup> Cerezo Mir, Curso I, p. 193, Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte general*, 2001, pp. 450 y ss., Díez Sánchez, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, 1990, pp. 21-22.

<sup>129</sup> Morillas Cuevas, en Cobo (dir.) y otros, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1996, p. 119 Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, I, 1955, pp. 21-22 y II, 1957, pp. 12-13.

<sup>130</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sección 3ª), de 4 noviembre 1998. Recurso de apelación nº 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento de derecho tercero: "Aplicabilidad actual del Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como norma procesal ahora vigente. El Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera—, no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma —tal sucede en este caso—, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el Art. 9, apartado 3, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos, derivada de la comisión de un delito de genocidio —la pena—, trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (Art. 25 de la Constitución Española), impone que los hechos sean delito —conforme a las Leyes españolas, según el Art. 23, apartado 4, tan mencionado—, cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por Ley anterior a la perpetración del crimen, pero

contra las dictaduras argentina y chilena, lo que le permitió aplicar la doctrina consolidada de que la aplicación de una norma procesal al enjuiciamiento de un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigor no es una aplicación retroactiva, pues el objeto de las leyes procesales es el proceso, y no los hechos delictivos enjuiciados, por lo que para cumplir con el principio de irretroactividad basta con que se aplique la ley procesal vigente en el momento de celebración del proceso.<sup>131</sup> En el caso Guatemala el juez de Instrucción de la Audiencia Nacional también había rechazado la pretensión del Ministerio Fiscal de archivar las actuaciones por haber sido cometidos los hechos con anterioridad a la promulgación de la LOPJ, recordando que “la determinación de la jurisdicción no es aplicación retroactiva de la ley penal” y que “el artículo 23 de la LOPJ no es norma penal sino procesal en cuanto determinante del ámbito jurisdiccional”.<sup>132</sup> El Tribunal Supremo no se ha manifestado sobre la naturaleza de estas normas.

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

En el sistema legal español, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con carácter de delito o falta conforme a la ley penal sustantiva. Queda excluida por tanto toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto. El criterio del órgano de la acusación debe ser siempre y exclusivamente la ley.<sup>133</sup> Sin embargo, algunos autores entienden que en nuestro derecho existen manifestaciones del principio de oportunidad, como la regulación de la conformidad del acusado, la necesidad de denuncia en los delitos semipúblicos y querrela en los privados, el perdón del ofendido, etc.<sup>134</sup> Ninguno de ellos es aplicable a los crímenes internacionales y tampoco el procedimiento abreviado, que también se ha visto como una manifestación del principio de oportunidad.<sup>135</sup> Conde Pumpido ve también una manifestación del principio de oportu-

---

no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”.

<sup>131</sup> Otros argumentos a favor de la competencia de los tribunales españoles por el delito de terrorismo en el caso argentino (alguno de ellos no muy convincente) pueden verse en Lamarca Pérez, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 85 y ss.

<sup>132</sup> Fundamento jurídico quinto.

<sup>133</sup> Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991, p. 139. Ve esta autora la plasmación del principio de legalidad también en el artículo 124 de la Constitución española, el 430 LOPJ y el 3.4 EOMF (p. 202).

<sup>134</sup> En contra Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991, pp. 204 y ss.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 213 y ss.

tunidad en la necesidad de denuncia o querrela del Ministerio Fiscal para juzgar hechos previstos en España como delitos cometidos fuera (artículo 23.2 de la LOPJ),<sup>136</sup> pero este requisito no es aplicable a los delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal que se recogen en el punto 4, y además, al admitirse la denuncia o querrela del agraviado en ningún caso se deja a la decisión exclusiva del Ministerio Fiscal la persecución. Ante la noticia de la comisión de un crimen perseguible bajo el principio de justicia mundial un fiscal español tiene la obligación de acusar.<sup>137</sup> Si el Ministerio Fiscal no actuó de oficio en los casos de Argentina, Chile y Guatemala, sino, al contrario, recurrió las decisiones de los jueces, fue porque no compartía las opiniones de estos sobre la calificación jurídica de los hechos y la competencia de los tribunales españoles.<sup>138</sup> Sin embargo, estas afirmaciones se ven matizadas por la interpretación del principio de justicia universal realizada por el TS en su sentencia de 25 de febrero de 2003, que, si bien reconoce la inexistencia del principio de oportunidad en nuestro derecho, exige por vía interpretativa un punto de conexión con intereses españoles.<sup>139</sup>

Personalmente opino que la futura ampliación del número de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal que se pretende y que estimo correcta debería ir acompañada de la inclusión de algún requisito que responda al principio de oportunidad y que impida que nuestros tribunales asuman el puesto de la Corte Penal Internacional.<sup>140</sup> Creo que la introducción de estos criterios en la línea de la legislación alemana habría sido preferible a la limitación del principio realizada por el TS, que lo convierte en una extensión de los principios de protección de intereses y de personalidad pasiva, desnaturalizando su esencia.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad”, en *Poder Judicial*, 1987, pp. 30-31. En contra de que esta exigencia sea manifestación del principio de oportunidad, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991, pp. 204 y ss.

<sup>137</sup> Castresana Fernández, “La figura del acusador público ante el principio de justicia universal”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 182.

<sup>138</sup> En mi opinión la postura de la fiscalía era correcta en algunos puntos, sin entrar en la valoración del trasfondo político o no de su actuación, que además creo que fue exagerado por los medios de comunicación.

<sup>139</sup> Fundamento octavo: “[...] este Artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia”.

<sup>140</sup> Desarrollados *infra* en la opinión personal recogida en el punto I.

<sup>141</sup> El voto particular —fundamento 7º— insiste en que se trata de una interpretación *contra legem* y que viene a derogar en la práctica el principio —fundamento 11º.

#### D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

El delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra pueden realizarse conforme a su tipificación actual en la legislación española (acudiendo en algunos casos a los tipos penales comunes) como en la futura (cuando se incluya la tipificación expresa de los que todavía faltan) con cualquier clase de *dolo*. En particular, en relación con el delito de genocidio no existe en el Código Penal español ningún precepto que obligue a una determinada interpretación de los tipos con elementos subjetivos que excluya la posibilidad de su comisión con *dolo* eventual, y esta última es dogmáticamente posible.<sup>142</sup>

El Código Penal español ha adoptado el principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos imprudentes, de manera que estos solo se castigan cuando ello esté expresamente previsto en la ley, lo que ocurre con un número muy limitado de delitos. El legislador ha renunciado al castigo del genocidio imprudente y de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado imprudentes. Pero la posibilidad recogida en el Estatuto de la CPI de exigir responsabilidad al superior jerárquico también en caso de imprudencia<sup>143</sup> exigiría la tipificación expresa de las omisiones imprudentes del superior. A este respecto debo añadir que en mi opinión es dogmáticamente imposible la comisión imprudente (por acción o por omisión) de un genocidio,<sup>144</sup> por lo que la responsabilidad imprudente del superior deberá articularse necesariamente en este caso a través de un delito de omisión pura. Por otra parte, la técnica legislativa utilizada para tipificar los crímenes de guerra en el actual CP español, que no recoge expresamente los delitos ya existentes como tipos del derecho penal común sino que remite a estos últimos en caso de producirse tales resultados (así, por ejemplo, no se castiga el homicidio de una persona protegida sino que se remite a las figuras de los delitos contra la vida en caso de producirse el resultado de muerte), hace que sea posible también la aplicación del homicidio imprudente si tal fuera el resultado producido. Y lo mismo ocurrirá con los crímenes contra la humanidad mientras les sean aplicables los tipos comunes allí donde exista el tipo

---

<sup>142</sup> Sobre la compatibilidad de la existencia de un elemento subjetivo trascendente y el *dolo* eventual y sobre la posibilidad de comisión del genocidio con *dolo* eventual véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 231 y ss. Admite también un elemento volitivo equivalente al del *dolo* eventual Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, p. 42. En contra de la opinión más extendida, que exige una determinada intensidad en el elemento intencional, véanse Schabas, en Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 109; Miaja de la Muela, “El genocidio, delito internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1951, p. 389; Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 158; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2001, p. 725.

<sup>143</sup> Véase el artículo 28 del Estatuto.

<sup>144</sup> En contra de la posible comisión imprudente del genocidio se muestra mayoritariamente la doctrina. Véase por todos Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 261, con ulteriores citas de la doctrina española y alemana. Sobre la comisión por omisión del genocidio véase *ibidem*, pp. 261 a 283.

imprudente correspondiente: homicidio por imprudencia (artículo 142 del CP), lesiones imprudentes (artículo 152 del CP). Las propuestas de reforma no incluyen formas imprudentes de los crímenes contra la humanidad, pero tampoco proponen la modificación de la remisión a los delitos de resultado de los crímenes de guerra.<sup>145</sup>

En todo caso, aunque el hecho imprudente no esté tipificado como delito internacional, siempre serán aplicables por los tribunales españoles, si tienen jurisdicción conforme a dicha calificación, los tipos comunes imprudentes en los que la conducta sea subsumible.

El *error* está regulado en el artículo 14 del Código Penal español. La opinión dominante mantiene que en los apartados 1 y 2 de este artículo, a pesar de la poco afortunada referencia a un “hecho constitutivo de la infracción penal”, se regula el error de tipo, mientras que en el apartado 3 se regula el error de prohibición.<sup>146</sup> La mayor parte de la doctrina española defiende que nuestra regulación del error de prohibición responde a la llamada teoría de la culpabilidad,<sup>147</sup> si bien un sector minoritario pero altamente cualificado mantiene otras opiniones.<sup>148</sup> El acuerdo ya no es tan amplio a la hora de decidir si nuestro Código acoge la teoría de la culpabilidad pura, es decir, la variante que defiende que el error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición,<sup>149</sup> o la teoría de la culpabilidad restringida, según la cual el citado error es o debería ser tratado como un error de tipo.<sup>150, 151</sup>

A pesar de la estricta regulación del error de prohibición en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,<sup>152</sup> no parece conveniente modificar la regulación española en relación con los crímenes internacionales, pues, por un lado, cualquier restricción de los efectos del error de prohibición o de tipo que infringiese el principio de culpa-

---

<sup>145</sup> Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, en Documentos, nº 6, 2002; CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 87 y ss.

<sup>146</sup> Véase por todos Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, pp. 124 y ss., Cobo y Vives, *Derecho penal. Parte general*, 1999, p. 680.

<sup>147</sup> Sobre esta teoría de forma sucinta véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, pp. 121 y ss.

<sup>148</sup> Véase Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1998, p. 573, Cobo y Vives, *Derecho penal. Parte general*, 1999, pp. 681-682.

<sup>149</sup> De esta opinión, por ejemplo, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 124 y 133.

<sup>150</sup> Así, por ejemplo, Torío López, “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, pp. 110-111.

<sup>151</sup> El documento “Elementos de los crímenes” parece rechazar la teoría de los elementos negativos del tipo al señalar que “los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o a su inexistencia”. “Elementos de los crímenes”, Introducción general, punto 5.

<sup>152</sup> En opinión de Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 56— ello se debe a que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito del error de hecho (de tipo), no existe un acuerdo sobre el concepto *error de derecho* y su tratamiento.



bilidad sería contraria a la Constitución Española por atentar contra la dignidad humana<sup>153</sup> y, por otro lado, aun con la regulación aparentemente más amplia de nuestro Código Penal es posible cumplir en la mayor parte de los supuestos con las exigencias del ECPI. Para empezar, el Estatuto nada dice sobre la posibilidad de apreciar un error de prohibición vencible, pues solo parece rechazar el efecto eximente, es decir, la posibilidad de apreciar un error invencible.<sup>154</sup> Nada en el Estatuto impide el efecto atenuante del error de prohibición vencible; más bien al contrario, la existencia de dicho error debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la pena conforme a la exigencia de proporcionalidad plasmada, aunque sin una suficiente determinación de los criterios cuantificadores desde la perspectiva garantista del derecho continental, en el artículo 78.1 y en los artículos 81.2 y 83.3 del Estatuto.<sup>155</sup> Por ello solo quedaría la discrepancia entre nuestra legislación y el Estatuto en relación con los errores de prohibición directos invencibles, que como vamos a ver se reducirán al ámbito de los crímenes de guerra<sup>156</sup> no consistentes en conductas contra bienes jurídicos fundamentales. Ello es así porque puede afirmarse que en España ningún tribunal admitiría como cierta la alegación de un error de prohibición directo invencible en los supuestos de genocidio y crímenes contra la humanidad, al tratarse de lesiones de bienes jurídicos fundamentales que constituyen el núcleo duro del derecho penal, por lo que nadie puede esperar que se dé crédito a su pretensión de desconocimiento invencible de prohibiciones como la de matar o lesionar.<sup>157</sup>

<sup>153</sup> La doctrina española otorga rango constitucional al principio de culpabilidad mediante su conexión con el artículo 10 de la CE —véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 16—. Algunos autores pretenden que el principio de culpabilidad se halla implícito en el de legalidad recogido en el artículo 25 de la CE —véase Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, 1999, p. 544, nota 36; Córdoba Roda, “Principio de legalidad penal y Constitución”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 92-93.

<sup>154</sup> Y aún esto no está claro dada la redacción del artículo 32.2 —véase Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 568, marg. 31—. Sin embargo, en contra de lo que este autor opina, creo que entender que en el precepto se regula sólo el error sobre la competencia de la Corte es decisivo, pues quedaría sin regular el error de prohibición directo y por lo tanto sería posible su aplicación acudiendo a los artículos 21.1 c y 78 del Estatuto.

<sup>155</sup> Así también Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 567, marg. 27, El Grupo de Estudios de Política Criminal ve acertadamente en estos artículos recogida la exigencia de proporcionalidad —*Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, p. 36.

<sup>156</sup> El CEDIH propone la inclusión de un precepto que limite los efectos de la obediencia debida y de la eficacia del error de prohibición exclusivamente para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado —*Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 107 y s.—, lo que en mi opinión no resulta adecuado por infringir el principio de culpabilidad.

<sup>157</sup> El Tribunal Supremo español ha señalado en jurisprudencia constante que no cabe invocar el error de prohibición en “infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” —sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1987 (Ar. 6478), 11 de octubre de 1996 (Ar. 7457), 23 de junio de 1999 (Ar. 5837), entre otras—. La expresión es quizás poco afortunada y el TS debería más bien aludir a lo que la doctrina conoce como el núcleo central del derecho penal representado por acciones u omisiones que suponen

Únicamente cabría un error indirecto, es decir, a través de la creencia del autor de estar amparado por una causa de justificación, en especial la de obrar en el ejercicio legítimo de un deber de obediencia a una orden o disposición legal,<sup>158</sup> pero en mi opinión la legislación española también coincide en este punto con las exigencias del Estatuto, pues la orden de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad sería manifiestamente antijurídica y por ello carente de obligatoriedad,<sup>159</sup> y, siguiendo

---

una grave infracción de las normas ético-sociales realmente vigentes en la sociedad y en el que la existencia de un error de prohibición es muy difícil y en caso de existir sería probablemente vencible. Ciertamente no es unánime la opinión doctrinal que descarta en cualquier caso un error de prohibición en este ámbito, pero la verdad es que los ejemplos que se ponen para ilustrar tal posibilidad de error lo son de error indirecto, nunca directo —véase por ejemplo, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 127.

<sup>158</sup> Resulta difícil imaginar supuestos de crímenes internacionales cometidos con error sobre la concurrencia de los elementos objetivos de otras causas de justificación diferentes, pero no imposible. Piénsese en el caso en que alguien actúe creyéndose amparado por un derecho a las represalias —sobre la discusión acerca de este supuesto derecho véase la exposición de motivos al § 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional, punto f— o que crea que la legítima defensa ampara las actuaciones posteriores al ataque recibido y pueda demostrar la invencibilidad de su error —esto sería francamente difícil en ambos casos si se es honesto en la argumentación científica—. En el supuesto en que un sujeto creyera con error invencible que le ampara una causa de justificación inexistente o que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación existente, la solución dada por el ordenamiento español admitiendo la exclusión de responsabilidad sería más acorde con el principio de culpabilidad que la de negar el efecto exculpativo. Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 562, marg. 14— entiende que el Estatuto permite aplicar la regla del error de hecho también a los casos en que el error lo es sobre los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación, aunque en este caso no quede eliminado el elemento intencional en sentido estricto (el dolo típico). Pero, en mi opinión, aunque esa solución sería preferible, el término “únicamente” del artículo 32.1 del ECPI se opondría a esta analogía si entendemos el elemento intencional como el dolo típico (como también lo hace Triffterer al admitir que este no queda eliminado) y, a la vez, admitimos que el párrafo 5 de la introducción a los “Elementos de los crímenes” rechaza la teoría de los elementos negativos del tipo. Sin embargo, Triffterer entiende que podría concederse relevancia al error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación a través de la aplicación del derecho nacional como fuente de acuerdo con el artículo 21.1 c del Estatuto. En mi opinión, si esto fuera posible a pesar redacción taxativa del artículo 32.1, con la misma argumentación se podría dar relevancia al error de prohibición directo invencible. Pero creo preferible entender que el término “elemento de intencionalidad” del artículo 32, párrafos 1 y 2, no hace referencia al dolo típico, sino que puede incluir la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, debido a la falta de distinción en otros sistemas jurídicos de estos elementos que aparecen en ocasiones unidos bajo la denominación *mens rea*, y que el primer inciso del párrafo 2 excluye solo el efecto del error sobre la competencia de la Corte; ello nos permitiría conceder relevancia tanto a un error sobre los elementos de una causa de justificación (con independencia de que lo consideremos error de prohibición, como creo más correcto, o de tipo, como hace Triffterer), como a un error sobre la existencia o alcance de una causa de justificación (represalias, legítima defensa posterior...) o incluso a un error de prohibición directo. En este sentido véase otra posible interpretación de estos preceptos que los hagan compatibles con el principio de culpabilidad en la nota 161.

<sup>159</sup> Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 410.2 y 411 del CP; véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p.306, y pp. 223 y ss. La doctrina es unánime en la afirmación de que los mandatos evidentemente antijurídicos no son obligatorios. Para determinar cuándo un mandato es evi-

la misma argumentación que en el caso del error directo, resultaría difícilmente creíble la argumentación de un error *invencible* sobre dicha obligatoriedad. En el caso de los crímenes de guerra, en cambio, la situación es diferente. Debería en mi opinión negarse igualmente la posibilidad de un error de prohibición invencible, tanto directo como mediante alegación de la creencia de la obligatoriedad de la orden en los casos de crímenes contra bienes jurídicos fundamentales, por los mismos argumentos esgrimidos respecto del genocidio y los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, los crímenes de guerra comprenden además otras conductas, las relativas a medios o métodos de combate prohibidos, cuya ilicitud puede no ser tan evidente para cualquier sujeto (sobre todo si se piensa que los tribunales españoles podrían juzgar a individuos provenientes de otros ámbitos culturales distintos por el principio de jurisdicción universal) y en los que por tanto debe admitirse un error de prohibición tanto directo como indirecto, aunque el Estatuto parece<sup>160</sup> permitir solo este último y exclusivamente en relación con la obediencia debida.<sup>161</sup>

---

dentamente antijurídico se proponen diferentes criterios. La mayoría opta por un criterio objetivo, que puede ser que la orden fuera antijurídica cualesquiera fuesen las circunstancias del caso concreto (Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 225, nota 60, siguiendo a Stratenwerth), que lo fuera para un funcionario medio (Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1960, p. 340), que lo fuese para un hombre medio colocado en la posición del subordinado en el momento de la acción, desde una perspectiva *ex ante* (Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 499), o para un funcionario medio, *ex ante*, con los conocimientos especiales del autor (Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, 1987, p. 283).

<sup>160</sup> Véanse otras posibles interpretaciones del Estatuto en las notas 158 y 161.

<sup>161</sup> El Grupo de Estudios de Política Criminal defiende que debería rechazarse la aplicación de la obediencia debida respecto de los crímenes de guerra sin percatarse de la fundamental diferencia entre las conductas que engloba esta categoría —*Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, p. 33—. A pesar de la aparentemente estricta regulación del error de prohibición en el ECPI, que excluiría toda posibilidad de efecto eximente de este, Melendo defiende una interpretación del artículo 32.2 que permitiera conceder relevancia a un error de prohibición tanto directo como indirecto. Tal interpretación consistiría en entender que el error de derecho al que se refiere el artículo 32.2 puede ser tanto un error sobre un elemento normativo del tipo, en cuyo caso daría lugar a la exclusión del dolo, como un error de prohibición (directo) que excluiría la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. El error de hecho al que se refiere el apartado 1 comprendería el error sobre un hecho constitutivo del tipo, que excluiría el dolo, y el error sobre un hecho constitutivo del tipo de una causa de justificación, que, conforme a la teoría de la culpabilidad pura, excluiría la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Tanto el dolo como la conciencia de la antijuridicidad de la conducta estarían abarcados por el término “elemento de intencionalidad”, que habría sido concebido como el viejo “dolo malo”, y sería tarea de la doctrina y la jurisprudencia distinguir los supuestos para resolver conforme a la moderna dogmática. Esta concepción estaría permitida por el artículo 30 al referirse al conocimiento de los “elementos materiales del crimen”, que podría interpretarse como los elementos del concepto de delito, entre los que se encuentra la antijuridicidad, mientras que para hacer referencia a los elementos típicos ya no se alude a los elementos materiales del crimen sino a los “elementos de los crímenes” —véase “Elementos de los crímenes”, Introducción general—, por lo que la referencia a que estos no incluyen el elemento *ilicitud* no significa que este no forme parte de los “elementos materiales del crimen” si ambos no se

La aplicación de un error de tipo que convierte la infracción en imprudente determinaría la impunidad del hecho como crimen internacional, al no estar previstos en la legislación española, igual que en el Estatuto, los tipos imprudentes de crímenes internacionales,<sup>162</sup> lo que coincide con la regulación del error de tipo en el Estatuto,<sup>163</sup> pero ello no impide la aplicación del precepto penal común correspondiente del Código Penal español en el caso de que España siguiera teniendo competencia para juzgar el hecho como delito común. Por ejemplo, quien mate a una persona protegida sin conocer el carácter especial de la víctima (creyendo que se trata de persona no protegida) no comete un crimen de guerra (pues este es necesariamente doloso y el crimen de guerra imprudente es impune), pero podrá ser juzgado por homicidio si los tribunales españoles tienen competencia sobre el homicidio común cometido (por los principios de territorialidad, personalidad activa o protección de intereses).<sup>164</sup>

Por otra parte, aunque el Estatuto haya adoptado la vieja y errónea distinción entre error de hecho y error de derecho, debido a la necesidad de conciliar sistemas jurídicos que no trabajan con las mismas categorías dogmáticas, puesto que se alude a la posibilidad de que también el error de derecho excluya el elemento de intencionalidad, la regulación del Estatuto es finalmente reconducible a la moderna y correcta distinción entre error de tipo y error de prohibición. Por lo tanto, también en el Estatuto un error de tipo de derecho (sobre un elemento normativo)<sup>165</sup> excluye el dolo.<sup>166</sup>

---

identifican. Melendo Pardos, conferencia pronunciada en el curso de Enseñanza Abierta “Derecho penal internacional: el homicidio y otros crímenes internacionales” el 19 de abril de 2002, inédita.

<sup>162</sup> Salvo los supuestos de omisión imprudente del superior jerárquico.

<sup>163</sup> Artículo 32.1: “El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”. En opinión de Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 56, marg. 11—, esta regulación se corresponde con un principio generalmente aceptado en derecho penal: la ausencia de dolo determina la falta de culpabilidad en tanto no existe responsabilidad por imprudencia en el Estatuto. Por otra parte, aunque el Estatuto se refiera al error sobre un hecho, al ser evidente la necesidad de un elemento intelectual para la comisión de los crímenes, el error de derecho que excluyera dicho elemento (es decir, el error sobre un elemento normativo del tipo) tendría el mismo efecto que el error de hecho. En mi opinión, el error de tipo sobre un elemento normativo puede reconducirse al apartado 2 del artículo 32. Véase a continuación en el texto.

<sup>164</sup> En este ámbito deberá estudiarse la posibilidad de apreciar un error de prohibición indirecto por la creencia del autor de que concurren los presupuestos de la causa de justificación de actuar en cumplimiento de un deber si, por ejemplo, el sujeto era un miembro del ejército y creyó que la víctima era un combatiente que no se encontraba en una situación de persona protegida. Si el error es invencible, la conducta quedará exenta de pena; si es vencible, se atenuará la pena en uno o dos grados (aplicando la teoría de la culpabilidad pura).

<sup>165</sup> A esta posibilidad hace referencia expresa el documento “Elementos de los crímenes”, Introducción general, punto 4.

<sup>166</sup> Ello viene confirmado, en mi opinión, por lo establecido en el punto 4 de la Introducción a los “Elementos de los crímenes”. En sentido similar, Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 562, marg. 12 y 563, marg. 17, aunque él los reconduce en ocasiones al párrafo 1 del artículo 32.

El específico error de subsunción al que se refiere el artículo 32.2, primera frase (que el crimen sea de la competencia de la Corte), es también irrelevante en nuestro derecho sin necesidad de regulación expresa.

La punición de la *tentativa* de delito y el efecto de su desistimiento se regulan en los artículos 15 y 16 del CP español. La doctrina mayoritaria entiende que la regulación de la tentativa en nuestro Código Penal responde a una concepción objetiva que dejaría impune la tentativa inidónea,<sup>167</sup> es decir, la no peligrosa desde el punto de vista *ex ante*,<sup>168</sup> pero esta opinión no es unánime,<sup>169</sup> ni tampoco la definición de lo que debe entenderse como tentativa inidónea.

Por otra parte, el Código Penal de 1995 hace referencia a la producción del resultado, mientras que el Código Penal anterior hablaba de “producir como resultado el delito”. Sin embargo, en mi opinión la palabra *resultado* del artículo 16.1 debe seguir interpretándose como realización del delito,<sup>170</sup> como consumación en sentido formal, pues entender el resultado como resultado material impediría la apreciación de tentativa en los delitos de mera actividad en los que aquella es posible a través de un error inverso de tipo, mientras que entenderlo en sentido valorativo (exigir la efectiva producción de un desvalor del resultado) impediría castigar la tentativa en delitos de resultado material cuya consumación formal se produce antes de la lesión del bien jurídico (de resultado cortado y mutilados de varios actos), como es el caso del genocidio.<sup>171</sup> El Estatuto, con más acierto, habla en su artículo 25.3 *f* de que “el crimen no se consume”.

En el nuevo Código Penal el desistimiento ha pasado a convertirse en una causa personal de exclusión de la responsabilidad, y no puede mantenerse ya, como se hacía con el Código anterior, que la ausencia de desistimiento sea un elemento del tipo de la tentativa, pues el desistimiento beneficia solo al que desiste y no a los partícipes que responderán por el subsistente tipo de tentativa.<sup>172</sup> Por otra parte, es preciso que en caso de autor

<sup>167</sup> Así por ejemplo, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 201 y ss.

<sup>168</sup> En el momento de dar comienzo la acción, en un juicio de previsibilidad objetiva aparece como imposible o absolutamente improbable la realización del tipo. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 195 y 201 y ss.; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 462 y ss., 473 y 474; Sola Reche, “Sobre el concepto de tentativa inidónea”, en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 781 y 782.

<sup>169</sup> Algunos autores entienden que no quedaría excluida toda tentativa inidónea. En este sentido, con diferentes criterios: Bacigalupo Zapater, *Principios de derecho penal*, 1997, p. 340; Gracia Martín, “El ‘iter cirminis’ en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, pp. 278 y ss.

<sup>170</sup> Así Gracia Martín, “El ‘iter cirminis’ en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, pp. 261 y ss.

<sup>171</sup> Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 179 y ss.

<sup>172</sup> Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 192 y ss. En el mismo sentido, Faraldo Cabana la califica de causa de levantamiento de la pena —*Causas de levantamiento de la pena*, 2000, pp. 61 y ss.—. En contra, Mir Puig —*Derecho penal. Parte general*, 1998, p. 349— opina que es un elemento del tipo de la tentativa.

único el resultado no se produzca, mientras que en el supuesto de varios codeincentes basta para eximir de responsabilidad que el autor intente impedir seria, firme y decididamente la consumación. Sin embargo, en el Estatuto parece que se exige siempre la no producción del resultado, pues al decir “desista o impida de otra forma” parece que el desistimiento ha debido ser una forma de impedir la consumación.

El Código Penal español carece de una regulación del desistimiento en los actos preparatorios, y este grave defecto es insubsanable a través de la analogía por lo dispuesto en el artículo 4.3º del CP.<sup>173</sup> Tampoco el Estatuto regula el desistimiento en los actos preparatorios, pues el artículo 25.3f se refiere únicamente a la imposibilidad de castigar por tentativa, pero en él no se prohíbe la analogía favorable al reo.

No se establece ninguna especialidad respecto de la tentativa y el desistimiento para los delitos internacionales ni tampoco está prevista en la futura reforma.

En el Código Penal español se castiga con carácter general al *autor* (directo, mediato o coautor), al inductor, al cooperador necesario y al cómplice.

El *encubrimiento*, que en derecho penal español constituye un delito contra la administración de justicia y no una mera forma de participación,<sup>174</sup> se castiga únicamente respecto de ciertos delitos, entre los que se encuentran el genocidio, el terrorismo y el homicidio (que, recordemos, sigue siendo la figura aplicable tanto a la muerte constitutiva de un crimen de guerra como de un crimen contra la humanidad mientras estas no se regulen expresamente) y, en todo caso, sea cual fuere el delito encubierto, cuando el encubridor ha obrado con abuso de funciones públicas.

Las propuestas de reforma proponen una modificación de este precepto para incluir los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad<sup>175</sup> como delitos cuyo encubrimiento da lugar a la comisión del delito tipificado en el artículo 451 y así se ha acogido en el proyecto de modificación del CP.<sup>176</sup>

También se castiga con carácter excepcional, solo respecto de determinados delitos, entre los que se encuentran los delitos contra la comunidad internacional (artículo 615), bajo cuyo título se engloban por el momento el genocidio y los crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y tras la próxima

---

<sup>173</sup> Solo podría aplicarse una atenuante por analogía y solicitar el indulto, pero no una eximente. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, pp. 173-174.

<sup>174</sup> En el Código Penal anterior se regulaba, junto a las formas de participación delictiva, lo que había sido ampliamente criticado por la doctrina. Véanse al respecto las opiniones citadas por Gili Pascual, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, 1999, pp. 141 y ss. El autor citado opina, sin embargo, que la referencia a la Administración de Justicia no basta para definir el bien jurídico protegido, sino que es necesario concretarlo en “la necesidad jurídica del proceso” —véanse en especial las pp. 231 y ss.

<sup>175</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002.

<sup>176</sup> Se modifica la letra a del apartado 3º del artículo 451 para incluir, tras el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.



reforma también los crímenes contra la humanidad, los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para delinquir.

También es punible en derecho penal español, y esta vez con carácter general, la asociación ilícita (artículos 515 a 521 del CP), que se define en el artículo 515 del CP.<sup>177</sup>

### **I. Punibilidad de las conductas omisivas**

Las conductas omisivas se castigan en el Código Penal español a través de determinados delitos de omisión pura, es decir, tipos penales que castigan la no realización de determinada conducta, sin más requisitos, o a través de los delitos de comisión por omisión, regulados en el artículo 11 del CP mediante una cláusula general en la que se establecen los requisitos típicos y que habrá que poner en relación con los delitos de resultado de la parte especial del Código. A pesar de la deficiente redacción del precepto, la doctrina siempre ha entendido que la exigencia de una posición de garante y la equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista del contenido de injusto eran dos requisitos independientes y cumulativos, de manera que puede existir una posición de garante del omitente respecto del bien jurídico —por ejemplo, del padre respecto de la indemnidad sexual de su hija menor de edad— y sin embargo no ser equivalente la conducta de agredir sexualmente y la de no impedir dicha agresión, en cuyo caso no podría castigarse al padre como autor de una agresión sexual en comisión por omisión.<sup>178</sup> Tampoco está conforme la doctrina con la definición formal de las posiciones de garante por la que ha optado el precepto, pero frente a esta deficiencia solo es posible una interpretación restrictiva, con un criterio material, y nunca extensiva por imperativo del principio de legalidad y por la prohibición de la analogía.<sup>179</sup> Además, a pesar de la redacción del precepto, no todos los delitos de resultado

---

<sup>177</sup> El delito de asociación ilícita se regula en los artículos 515 a 521. El primero de ellos contiene su definición:

“Art. 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

”1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

”2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

”3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

”4º Las organizaciones de carácter paramilitar.

”5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

”6º Las que promuevan el tráfico ilegal de personas”.

<sup>178</sup> Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, p. 267.

<sup>179</sup> Véase *ibídem*, p.266. En cambio, si admitiéramos que el artículo 28 del Estatuto regula también la comisión por omisión y exige posición de garante, esta sería definida en todo caso con un criterio material, más amplio que el del CP español, pues se conforma con el control de facto —véase Fenrick,



de la parte especial son susceptibles de comisión por omisión por el simple hecho de contar con un resultado típico, pues en ocasiones, como sucede precisamente con la mayoría de las modalidades de comisión del delito de genocidio, la estructura dogmática del delito impide su comisión por omisión,<sup>180</sup> aunque sí será posible castigar al sujeto por los homicidios, lesiones, etc. mediante los cuales se realizó el genocidio, cometidos en comisión por omisión si se dan los requisitos del artículo 11 respecto de dichos delitos, o mediante un tipo de omisión pura o propia de no impedir la comisión de ciertos delitos.

Los delitos de omisión pura o propia son escasos en nuestro Código y se castiga siempre únicamente la comisión dolosa. En relación con las conductas constitutivas de delitos internacionales interesa destacar la existencia de los delitos de omisión pura de no poner en conocimiento de la autoridad la comisión de determinados delitos (artículo 450.2º del CP), no impedir la comisión de determinados delitos (artículos 407 y 450 del CP) y no perseguir la comisión de un delito (artículos 407, 408 y 450 del CP), pues todos ellos coinciden con las conductas que dan lugar a la responsabilidad del superior jerárquico en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A diferencia de lo interpretado por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente), la mera no realización de estas conductas no da lugar a la imputación del delito no denunciado, impedido o perseguido, sino a la comisión de un delito distinto, de omisión pura, y por lo tanto menos grave. Para poder imputar el delito no impedido (nunca el meramente no denunciado o perseguido) deberían darse los requisitos establecidos en el artículo 11 del CP (posición de garante y equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista del contenido de injusto) y en ese caso sí podremos castigar al sujeto como autor del delito no impedido realizado en comisión por omisión (dolosa o imprudente si el correspondiente delito de acción de resultado es punible también en su forma imprudente) y con la misma pena que señala la ley para su comisión activa. También vamos a poder castigar, en aplicación del artículo 11 del CP, como autores de delitos internacionales en comisión por omisión a otros sujetos que no sean superiores jerárquicos del que cometió directamente el delito pero que ocupaban una posición de garante respecto del bien jurídico lesionado (por ley, contrato o previa creación de un riesgo) si se da además el requisito de la equivalencia.

---

en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, artículo 28, margs. 7 y 18.

<sup>180</sup> La finalidad específica exigida en el tipo del genocidio, que lo convierte en un delito de resultado cortado, y que se corresponde por lo tanto materialmente (en relación con el desvalor de resultado: destrucción del grupo) con lo injusto de una tentativa impide en mi opinión su comisión por omisión en aquellas modalidades que pueden equipararse a la tentativa inacabada. Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 267 a 282.

## II. Responsabilidad especial del superior jerárquico

La evidente diferencia, tanto punitiva como de contenido de injusto, existente entre los delitos de omisión pura (que además solo se castigan en su forma dolosa) a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, y la interpretación que la jurisprudencia internacional y una parte de la doctrina han hecho de los preceptos que regulan la responsabilidad del superior, junto con la imposibilidad de apreciar en todos los supuestos previstos en estos últimos un delito de comisión por omisión por no darse los requisitos del artículo 11 del CP,<sup>181</sup> han motivado la propuesta de introducción en la reforma del CP español de un precepto que establezca el castigo expreso del superior jerárquico por no impedir o no castigar o denunciar la comisión de los delitos anteriores por sus inferiores.<sup>182</sup> Así lo recoge el proyecto de LO de modifica-

---

<sup>181</sup> La doctrina suele afirmar que la posición de garante del superior jerárquico viene definida en los artículos 86 y 87 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra. Así el CEDIH, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001, p. 103; Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, 1997, p. 398; el mismo, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 392. Sin embargo, en mi opinión, tal posición de garante dimanante de dicho texto no está tan clara, y en todo caso solo sería aplicable a una parte de los posibles sujetos a que se refiere el artículo 28 del Estatuto, los combatientes en un conflicto armado, y únicamente en relación con los crímenes contemplados en los citados convenios y protocolo. En primer lugar podría cuestionarse que el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra establezca una obligación legal de actuar en el sentido exigido por el artículo 11 del CP, ya que la obligación de evitar resultados lesivos para los bienes jurídicos no es general sino referida exclusivamente a aquellos resultados que sean delictivos y que sean causados por los subordinados; en segundo lugar, las obligaciones de impedir o castigar la comisión de delitos se refieren solo a las infracciones de dichos convenios, mientras que para otros delitos —crímenes contra la humanidad y genocidio— no están previstas esas obligaciones; y además, los artículos 86 y 87 del Protocolo en realidad establecen que no se exime de responsabilidad penal o disciplinaria al superior y que los Estados exigirán a los superiores que tomen medidas para impedir o castigar las violaciones de los Convenios por los subordinados. De hecho la regulación contenida en el artículo 476 del CP, que castiga al militar que no impide o denuncia la rebelión de las tropas bajo su mando, indica que ciertamente puede existir una mayor gravedad en la inactividad del superior militar (en relación con la de otro sujeto subsumible en el 407 o en el 450 CP), que podría identificarse con un mayor desvalor de la acción —por el efecto criminógeno que crea su inactividad (peligrosidad para otros bienes jurídicos, aquí relativos a la forma de Estado además de la lesión al bien jurídico Administración de Justicia)— o con una mayor reprochabilidad de la conducta del superior frente a la de otro sujeto, pero también indica que nuestro CP no le otorga posición de garante en todo caso al superior respecto de sus tropas, porque no se aplica el artículo 11 del CP sino que se crea un delito de omisión pura en el que se lo castiga con una pena inferior en caso de no impedir y con la inferior en su mitad inferior si no denuncia o persigue. También el hecho de que el Protocolo no exija responsabilidad penal sino que se conforme con una sanción disciplinaria puede interpretarse contra la asunción de una posición de garante y el castigo por comisión por omisión.

<sup>182</sup> Así el CEDIH, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001, p. 103, argumenta que la cláusula general que penaliza la comisión por omisión del artículo 11 del CP no será suficiente al no darse en ocasiones el requisito de la equivalencia. Sin embargo, opina que la posición de garante del superior se deriva de los artículos 86 y 87 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977. Pero si el requisito de la equivalencia no se da, puede parecer injusto y contrario al principio de propor-

ción del CP, que incluye un nuevo artículo 615 *bis* en el que se regula la responsabilidad de la autoridad militar (legal o de facto) o del superior por no evitar (de forma dolosa o por imprudencia grave) o no perseguir (de forma dolosa) la comisión de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por sus inferiores. En el caso de no evitación se castiga con la misma pena que al autor, y en el caso de no perseguir, con la pena inferior en uno o dos grados para la autoridad militar (legal o de facto) y siempre en dos grados para el superior que no es autoridad militar. También se castiga, con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años, al funcionario o autoridad que sin ser superior jerárquico, y faltando a la obligación de su cargo, deje de promover la persecución de dichos delitos.

Sin embargo, en mi opinión la imputación del delito cometido por el inferior al superior en los casos en que no se dieran los requisitos del artículo 11 podría resultar desproporcionada.<sup>183</sup> Por otra parte, aunque parezca que esta ha sido la interpretación de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, entiendo que no se deriva del artículo 28 del Estatuto la necesidad de imputar el delito no impedido o no denunciado o perseguido en comisión por omisión castigándolo con la misma pena que el autor directo por acción del hecho, en especial cuando en el mismo precepto se recogen los casos de imprudencia de evidente menor gravedad que los dolosos, lo que deberá ser tenido en cuenta por el juez a la hora de establecer la pena de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto,<sup>184</sup> sino solo la obligación de castigar la inactividad del superior. En mi opinión los supuestos de no equivalencia entre la acción y la omisión, así como aquellos en que no exista posición de garante del superior, deberían castigar-

---

cionalidad el castigar estos supuestos con la misma pena que el delito de acción, cuya equivalencia desde el punto de vista del contenido de injusto se ha negado. Véase sobre este tema a continuación en el texto. El mismo precepto aparece en la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal —*Una propuesta de justicia penal internacional*, en Documentos, n° 6, 2002, pp. 51 y 52—, si bien aquí se distinguen dos niveles de responsabilidad: uno para los jefes que no impidan dolosa o imprudentemente la comisión de un delito por sus inferiores, a quienes se castiga con la misma pena que a los autores en caso de dolo y con pena inferior en caso de imprudencia, y otro para los que no promuevan la persecución, castigados con una pena siempre inferior. Parece admitir así la propuesta la responsabilidad del superior en comisión por omisión por el delito no impedido, mientras que aplica un delito de omisión pura para el no perseguido.

<sup>183</sup> Cabe, sin embargo todavía una argumentación para reclamar la misma pena para la omisión no equivalente a la acción: entender que la disminución de injusto de la omisión se ve compensada por un aumento de la reprochabilidad del superior jerárquico frente a la que le correspondería a cualquier otro omitente, lo que justificaría que la pena para estos sujetos por su omisión pura fuese superior a la de una omisión pura de otro sujeto alcanzando la gravedad de la pena correspondiente a la comisión por omisión. Pero personalmente no me convence que el aumento de reprochabilidad, si lo hay, pudiera hacer superar el marco penal abstracto que correspondería al delito de omisión pura para elevarlo al de comisión por omisión. Véase la nota 181.

<sup>184</sup> En el mismo sentido Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 567, marg. 27— propone una atenuación de la pena para los supuestos de imprudencia con apoyo en el artículo 78.

se como delitos de omisión pura (dolosos e imprudentes) con una pena inferior, y aquellos casos en que se diera la posición de garante y el requisito de la equivalencia deberían reconducirse (mediante el concurso de leyes) al artículo 11 del CP.

### III. Relevancia de la obediencia debida en los crímenes internacionales

La obediencia debida ha desaparecido como eximente autónoma en el nuevo Código Penal, y estos supuestos han pasado a englobarse en la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, del número 7º del artículo 20 del CP. Para que el cumplimiento legítimo del deber de obediencia, sea a una orden o a una disposición legal, sea considerado en nuestro ordenamiento una causa de justificación comprendida en el artículo 20.7º, el deber de obedecer ha de ser de rango superior o igual al deber de abstenerse de realizar la acción prohibida, la conducta no debe implicar un grave atentado contra la dignidad humana<sup>185</sup> y el sujeto debe actuar con la conciencia y voluntad de cumplir con el deber de obediencia.<sup>186</sup> Es preciso además que exista una relación jerárquica reconocida por el derecho entre el que manda y el que obedece y que haya existido una orden —no basta un mero consejo o indicación—. <sup>187</sup> Como he mencionado *supra* en el número 3, la doctrina entiende, con apoyo en diversos artículos de nuestra legislación, que las órdenes manifiestamente antijurídicas no son obligatorias y por lo tanto no pueden actuar como eximente.<sup>188</sup>

La Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece en su artículo 5.1º d:

En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

En el Código Penal Militar de 1985, se declara en el artículo 21:

No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de 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.

Aparentemente estos preceptos excluyen la obligatoriedad de las órdenes manifiesta o evidentemente antijurídicas,<sup>189</sup> lo que bastaría para excluir la aplicación de la

<sup>185</sup> Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 304.

<sup>186</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1942 (Ar. 67); Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 304; J. J. Queralt, *La obediencia debida en el Código Penal*, pp. 443 y ss.; Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1966, p. 384.

<sup>187</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1957 (Ar. 3269) y de 22 de abril de 1983 (Ar. 2300).

<sup>188</sup> Véase *supra* la nota 159.

<sup>189</sup> Se discute que ello sea así en relación con el CPM, pues hay autores que consideran que el adverbio *manifiestamente* se extiende al inciso final “o constituyan delito” y otros que no. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 307, nota 69.

eximente a quien ejecutó la orden de cometer cualquier crimen de los recogidos en el Estatuto. Pero la doctrina va más allá, y puesto que tanto los funcionarios civiles como los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado forman parte sin duda de la Administración y están por lo tanto sujetos a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, les es aplicable a sus actos lo dispuesto en su artículo 62.1 *d*, que determina la nulidad de todo acto administrativo cuyo contenido constituya una infracción penal, y las órdenes nulas tampoco son obligatorias. Por lo tanto, en el ordenamiento español la orden de cometer una acción u omisión típica y antijurídica carece siempre de obligatoriedad<sup>190</sup> y, en consecuencia, su obediencia no estará amparada por el ejercicio legítimo de un deber.

A pesar de ello, el proyecto de LO de modificación del CP excluye expresamente, en un nuevo artículo 616 *bis*, la aplicación del artículo 20.7º del CP a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en un genocidio o en crímenes contra la humanidad.

#### ***IV. Relevancia de la conducta realizada en legítima defensa en los crímenes internacionales***

La eximente de legítima defensa está recogida en el artículo 20.4º del CP. La regulación española recoge, igual que el Estatuto, las exigencias de ataque inminente<sup>191</sup> e ilícito.<sup>192</sup> No está tan claro que la exigencia de proporcionalidad entre la fuerza empleada para repeler el ataque y el peligro que amenazaba al bien defendido se corresponda con la exigencia de necesidad racional del medio empleado de nuestro Código, si en aquella se quiere incluir la exigencia de proporcionalidad entre el mal causado en la reacción defensiva y el que trataba de causar la agresión ilícita. El requisito del CP español parece más bien que exige proporcionalidad entre el peligro que amenaza y el medio necesario para repelerlo o impedirlo, en el sentido de que debe elegirse el medio menos lesivo suficiente para evitar o repeler la agresión, pero no entre el mal causado con la reacción defensiva y el que iba a producir la agresión ilegítima.<sup>193</sup> Sin embargo, esta segunda postura, frecuente en autores alemanes, es la

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 307; Díaz Palos, “Obediencia debida”, en separata de *NEJ*, 1982, p. 13.

<sup>191</sup> Este requisito es aceptado por la doctrina de forma unánime y mantenido en jurisprudencia constante por el TS. Se deriva del de necesidad de la defensa, implícito este último a su vez en el de necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. Véanse las opiniones y sentencias citadas por Díaz Palos, *Legítima defensa*, 1971, p. 113; Magladi, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, 1976, pp. 59 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, pp. 231 y ss., nota 96.

<sup>192</sup> Este es el significado del calificativo *ilegítima* —véase Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, pp. 195 y ss.

<sup>193</sup> Así Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, pp. 234 y ss. Sin embargo, aclara este autor que una reacción defensiva absolutamente desproporcionada sería ilícita aunque se diese el requisito de necesidad racional del medio empleado en el sentido en que él lo entiende, por aplicación del principio general de la ilicitud del abuso de derecho.

interpretación seguida mayoritariamente por la doctrina y por el Tribunal Supremo también en España.<sup>194</sup> La limitación de los bienes susceptibles de legítima defensa recogida en el artículo 31.1 *c* no encuentra reflejo en nuestro ordenamiento, pero dada la gravedad de los delitos cometidos podría entenderse implícita en la exigencia de proporcionalidad tal y como la entiende la opinión dominante.<sup>195</sup>

#### V. *Relevancia del estado de necesidad en los crímenes internacionales*

El estado de necesidad está regulado como eximente en el artículo 20 número 5º del CP. La regulación española del estado de necesidad exculpante y del estado de necesidad justificante es más amplia que la contenida en el artículo 31 *d* del Estatuto bajo el nombre de “coacción”, pues, en primer lugar, no limita los bienes susceptibles de ser defendidos, aunque dicha limitación vendrá después parcialmente introducida por la exigencia de no causar un daño mayor. Sin embargo, el límite introducido por la exigencia de la proporcionalidad deja todavía al estado de necesidad un ámbito de aplicación más amplio que el previsto para la coacción en el artículo 31.1 *d* del Estatuto, pues cabe, por ejemplo, la defensa proporcional de otros bienes, como por ejemplo, de la libertad ambulatoria mediante la comisión de un crimen de competencia de la Corte que suponga un injusto igual o menor<sup>196</sup> (por ejemplo, la toma de rehenes o el uso indebido de banderas o signos), si se entiende, como hace una parte de la doctrina, que la existencia de un plan o política no se considera un elemento del tipo del crimen de guerra (que, por tanto, no tiene que ser abarcado por el dolo del autor), ni tampoco un requisito de la jurisdicción de la Corte, sino solo un factor a tener en cuenta por el fiscal para decidir si inicia o no la investigación.<sup>197</sup> En cambio, si se

---

<sup>194</sup> Véanse los autores y sentencias citados por Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 235, nota 113.

<sup>195</sup> Esta es también la argumentación de la exposición de motivos al § 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional, letra *e*, que aduce que “la designación prevista en el Estatuto de los objetos de defensa que únicamente son susceptibles de legítima defensa representa solo una concreción abstractamente anticipada del principio de proporcionalidad, de modo que tampoco aquí es necesaria una regulación especial de la legítima defensa”.

<sup>196</sup> La exposición de motivos de la Ley alemana de Código Penal Internacional argumenta, por el contrario, que “no cabe imaginar ningún caso en el que un autor que haya cometido un crimen contenido en el CPI para asegurar su libertad ambulatoria (o la de un familiar) sea exculpado por el § 35 CP, pues los bienes jurídicos protegidos en el CPI son siempre más valiosos que la libertad ambulatoria”, lo que en mi opinión no es cierto.

<sup>197</sup> Así Fenrick, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, artículo 8, marg. 4. En favor de esta opinión está el dato de que tal requisito no se incluye en el documento “Elementos de los crímenes”. En cambio, Lyal S. Sunga —“La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional”, en Ambos y Guerreo (comps.), *El Estatuto de Roma*, 1999, p. 257— entiende que “[l]a frase ‘en particular cuando se cometan como parte de un plan o política’ implica que la Corte asumirá la jurisdicción solo sobre casos que involucren cierto nivel de organización”.

entiende que dicho elemento es requisito para que la conducta “constituya un crimen de la competencia de la Corte”,<sup>198</sup> podría argumentarse que supone un aumento de injusto (del desvalor de la acción)<sup>199</sup> que hace que el mal causado sea mayor que el que se trataba de evitar y, por lo tanto, quede también fuera del artículo 20.5 del CP.<sup>200</sup> Pero, aunque nos quedáramos con la primera interpretación, me parece preferible la regulación española, que excluiría la responsabilidad penal en los ejemplos propuestos (cometidos sin el contexto de un plan o política). Incluir una excepción supondría infringir los principios de proporcionalidad, igualdad y culpabilidad; además, los supuestos mencionados pueden ser tenidos en cuenta también por la Corte mediante la aplicación del apartado 3 del artículo 31 del Estatuto. La doctrina y la jurisprudencia españolas entienden que el propio concepto de estado de necesidad mencionado en el artículo 20.5 exige una proporcionalidad en la respuesta, pues se niega la existencia de tal estado de necesidad en los casos en que el mal grave e inminente sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial,<sup>201</sup> con lo que se recoge también aquí el requisito de respuesta necesaria y razonable del artículo 31 *d* del Estatuto.

#### **VI. Edad mínima para la posibilidad de castigo por crímenes internacionales**

Según el artículo 19 del Código Penal español los menores de 18 años no son considerados inimputables, sino simplemente excluidos del derecho penal de los adultos y sometidos a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores,<sup>202</sup> aplicable a mayores de 14 y menores de 18.

No se produce ninguna fricción con lo regulado en el Estatuto de Roma, pues su artículo 26 no establece una regla de derecho internacional específica sobre la cuestión de la responsabilidad penal juvenil, sino que solamente excluye para este grupo de personas la jurisdicción de la CPI porque el Estatuto no contiene regulación separada del proceso y las sanciones para el enjuiciamiento de jóvenes, pero ello no impi-

---

<sup>198</sup> Quizás así cobrara significado esta referencia expresa recogida en el artículo 31 *d*, a la que Eser no encuentra sentido (en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, artículo 31, margs. 36 y 37), pues mientras las demás causas contempladas en el artículo 31 responderían a la codificación de lo que se puede entender como derecho penal internacional consuetudinario vigente y serían aplicables a todos los crímenes internacionales, puede entenderse que la regulación de la coacción se limita a los efectos de aplicación del Estatuto y no es regla aplicable a todo delito internacional (quedan fuera, por ejemplo, los crímenes de guerra no cometidos en el contexto que los sitúa como objeto de conocimiento por la Corte).

<sup>199</sup> Véase *supra* el texto correspondiente a las notas 70, 71 y 89.

<sup>200</sup> Para la ponderación de males no se tiene en cuenta únicamente la importancia de los bienes jurídicos sino también la forma y gravedad de su lesión, el desvalor de la acción, etc. (véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 1998, pp. 276- 277).

<sup>201</sup> Véase por todos Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 247 y 248, con ulteriores citas de doctrina y jurisprudencia del TS.

<sup>202</sup> BOE nº 11 de 13 de enero. Esta ley entró en vigor el 13 de enero de 2001.



de enjuiciar a menores de 18 años según el derecho nacional, es decir, según la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.<sup>203</sup>

### ***VII. Reglas de determinación de la pena y fines específicos en los crímenes internacionales***

El sistema de determinación de la pena del Código Penal español es un sistema en principio legalista que pretende colmar las exigencias de seguridad jurídica, pero que concede también ciertos márgenes de arbitrio judicial que permitan tener en cuenta los datos particulares de los que dispone el juez y que sin embargo han podido desaparecer en el proceso de abstracción del que es fruto la ley.<sup>204</sup> Las reglas de medición de la pena se encuentran recogidas en los artículos 68 a 79 del CP.

En relación con el fundamento y los fines de la pena, la doctrina mayoritaria en nuestro país se adhiere a la llamada teoría unitaria, que aúna retribución y prevención (general y especial), y entiende que esta es también la concepción que inspira nuestro ordenamiento.<sup>205</sup>

### ***VIII. Responsabilidad penal de las personas jurídicas***

La legislación española no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### ***IX. Relevancia de inmunidades internacionales o de derecho constitucional para la persecución de crímenes internacionales***

El derecho español distingue los siguientes conceptos:<sup>206</sup>

- inviolabilidad: exención de responsabilidad criminal para ciertas personas, de carácter general o por los actos realizados en el desempeño de su cargo; pertenece al derecho penal material;
- inmunidad: imposibilidad de detención, inculpación o procesamiento salvo cuando se den determinados requisitos; se trata de un privilegio de carácter procesal;

---

<sup>203</sup> Argumento de la exposición de motivos de la Ley alemana de Código Penal Internacional, al § 2, punto *b*.

<sup>204</sup> Boldova Pasamar, en Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2000, p. 170.

<sup>205</sup> Así, entre otros, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, pp. 23 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1998, p. 65; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, 2000, p. 56; Gracia Martín, "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española", en *ADPCP*, 1993, 2, XXXVII, 548 y ss.; Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención*, 1990, p. 247 y ss. Aunque también hay una parte de la doctrina que defiende teorías relativas o utilitarias de la pena: Gimbernat Ordeig, en *Estudios de derecho penal*, 1990, pp. 175 y ss.; Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, pp. 59 y ss.

<sup>206</sup> Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 282 y ss.

- fueros especiales: derecho a ser juzgado por un tribunal de superior categoría; se trata de un privilegio de carácter procesal.

Nuestra Constitución declara inviolable al rey como jefe del Estado, y como se explicó *supra*, el Consejo de Estado ha interpretado esta inviolabilidad como exclusivamente material,<sup>207</sup> es decir, ligada no a la persona del monarca sino a los actos realizados en el ejercicio de su cargo.<sup>208</sup> Los diputados y senadores gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 71.1 de la CE). Por lo tanto, fuera del ejercicio de sus funciones, sea porque en ese momento no están actuando en el ejercicio de sus funciones o porque se han excedido de los límites del ejercicio legítimo de su cargo, por ejemplo, en el caso de comisión de un crimen internacional, son plenamente responsables, pero en tales casos gozan de inmunidad personal, concretada en los privilegios procesales de no poder ser detenido salvo en caso de flagrante delito, no poder ser inculcado ni procesado sin la autorización de la Cámara respectiva —supplicatorio— (artículos 71.2 de la CE, 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado) y deben ser juzgados por el Tribunal Supremo mientras mantengan su cargo (artículos 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado). El presidente del Gobierno y los ministros gozan de un fuero especial, pues deben ser juzgados por el Tribunal Supremo (artículo 102 de la CE). Si a la vez son diputados o senadores gozarán de la inviolabilidad e inmunidad de estos.<sup>209</sup>

Por lo tanto, no puede encontrarse en nuestro derecho ningún reconocimiento a la irresponsabilidad penal en razón del cargo por la comisión de un delito internacional. Sin embargo, nuestra Audiencia Nacional en un auto de 22 de marzo de 1999, proclamó lo contrario. En dicho auto la Audiencia afirma:

La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere) en cuanto a que uno de los querrellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano [...] Innecesario es decir que la solución anterior en nada contradice una reciente resolución de este mismo pleno, en el que el querrellado era el senador de la República de Chile General Pinochet, dado que no se trataba de un jefe de Estado extranjero, al haber cesado

---

<sup>207</sup> También la doctrina venía proponiendo esta interpretación restrictiva de la inviolabilidad del monarca (véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 283; Zugaldía Espinar, *Fundamentos de derecho penal*, pp. 351-352; Rodríguez Ramos, en *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982, pp. 286-287). En contra, defienden el carácter personal de la inviolabilidad Sainz Cantero, *Leciones de derecho penal. Parte general*, III, 1990, pp. 140-141, e Higuera Guimerá, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro homenaje a Ángel Torío*, 1999, p. 401.

<sup>208</sup> Véase *supra* el punto segundo de la introducción.

<sup>209</sup> Sobre la inviolabilidad de otros cargos —parlamentarios autonómicos, defensor del pueblo, magistrados del Tribunal Constitucional, parlamentarios europeos— por las opiniones y votos realizados en el ejercicio de su cargo véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 287-288.

en dicho cargo cuando se desestimó el recurso contra la admisión de la querrela. [...] Se desestima el recurso, y ello aún cuando figuren en la querrela otros querrellados que indudablemente no tienen el carácter de jefes de Estado extranjeros. Ello es así por darse un claro supuesto de, en la realización de los hechos que relata la querrela y de ser ciertos los mismos de conexidad subjetiva con el principal querrellado [...] con la consecuencia de que todos deben de ser juzgados si así procediese en un mismo procedimiento, toda vez que la inmunidad del Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que declaramos no ha de ser solo directa, sino además, indirecta esto es evitando la repercusión que para aquel tendría el enjuiciamiento de los demás querrellados en proceso aparte.

En su decisión la Audiencia dice apoyarse, para reconocer la inviolabilidad de Castro, en el derecho internacional de los tratados y consuetudinario. Esta decisión parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el caso *Yerodia*,<sup>210</sup> en la que el TIJ afirma la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien exceptúa de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el propio Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, y la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Esta decisión es igualmente criticable pues, en primer lugar, el TIJ no demuestra la práctica de los Estados para afirmar la existencia de tal costumbre;<sup>211</sup> en segundo lugar, en mi opinión el Tribunal debería haber excluido también los casos de crímenes internacionales,<sup>212</sup> pues en tales supuestos el tribunal nacional en su aplicación de la jurisdicción universal actúa como órgano de la comunidad internacional y por lo tanto no se trata ya del enfrentamiento entre dos soberanías estatales;<sup>213</sup> pero si esto no se admite, en todo caso el TIJ debería haber incluido un cuarto supuesto de exclusión de la inmunidad: cuando ella ha sido prevista convencionalmente, como ocurre precisamente en el artículo IV de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio.<sup>214</sup>

---

<sup>210</sup> CIJ, *Affaire du mandat d'arrete du 11 avril 2000*, 14 février 2002/04, <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cCOBEframe.htm>>.

<sup>211</sup> Henzenlin, "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, 2002, fasc. 3, p. 251.

<sup>212</sup> Este es el argumento que esgrimía Bélgica de acuerdo con una parte importante de la doctrina internacionalista. Sin embargo, el TIJ rechaza que exista esta excepción en la práctica de los Estados —véase Henzenlin, "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, 2002, fasc. 3, p. 252.

<sup>213</sup> El TIJ parece volver en su argumentación a la antigua doctrina de los actos de Estado extendiéndola a los actos del ministro de Asuntos Exteriores; véase la crítica de Henzenlin, "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, 2002, fasc. 3, pp. 254 y ss.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 251, nota 9. El artículo dice: "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares". Sin embargo, nuestro TS, aunque no se ha pronunciado al respecto en ninguna ocasión (no se admitió recurso de casación en el caso Castro), parece simpatizar con la tesis de

### X. *Reglas de prescripción para los crímenes internacionales*

El artículo 130, números 5º y 6º del CP español declara que la responsabilidad criminal se extingue por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena. Los plazos de prescripción se encuentran en los artículos 131 y 133, que así mismo declaran la imprescriptibilidad del delito de genocidio y de su pena.

En las propuestas de reforma se aconseja incluir la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra y de sus penas,<sup>215</sup> y así se recoge en el proyecto de LO de modificación del CP.<sup>216</sup>

### XI. *Relevancia de amnistías e indultos para la persecución de crímenes internacionales*

La legislación española no contempla la amnistía,<sup>217</sup> pero sí el indulto<sup>218</sup> particular como causa de extinción de la responsabilidad criminal, en el artículo 130.3º del CP.<sup>219</sup> Su regulación está contenida en el artículo 62 de la CE, que excluye la posibilidad de indultos generales en nuestro derecho, y en la Ley Provisional estableciendo Reglas para el Ejercicio del Derecho de Gracia de Indulto (LI), de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988, de 14 de enero. No pueden ser indultados los reincidentes, salvo circunstancias excepcionales (artículos 1 y 2 de la LI),<sup>220</sup> ni el presidente, ni los miembros del gobierno (artículo 102.3 de la CE).

---

que tal exclusión de la inmunidad pactada convencionalmente afectaría solo a los procesos llevados a cabo ante los tribunales previstos en el Convenio y no, por tanto, ante un tribunal nacional en el ejercicio del principio de justicia universal —sentencia del Tribunal Supremo 25-02-03, fundamento octavo—. Pero el Convenio contra el genocidio no hace ninguna limitación de este tipo cuando excluye la inmunidad.

<sup>215</sup> Véase Grupo de Estudios de Política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, p. 43, y CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, pp. 108 y 109.

<sup>216</sup> Se incluye en el punto 4 del artículo 131 y en el punto 2 del artículo 133 la mención de los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

<sup>217</sup> Nada se dice en la Constitución sobre ella y la doctrina se encuentra dividida con relación a su admisibilidad. Una parte entiende que su ejercicio no está prohibido y deberá ser regulado por la ley que la conceda —véanse Aguado Renedo, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001, pp. 82 y ss., y Gracia Martín, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, p. 283, con ulteriores citas—. Otros autores, en cambio, han llegado a afirmar que la amnistía está prohibida en nuestro derecho —véanse los autores citados por Aguado en la nota 97, p. 78.

<sup>218</sup> Sobre las diferencias entre estas dos figuras véase la nota 106.

<sup>219</sup> En el proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal pasa a ser el punto 4º.

<sup>220</sup> Ley provisional que establece reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988 de 14 de enero.

Sobre el efecto de amnistías e indultos extranjeros véase *supra* el punto C. I.

### **XII. Relevancia de la prohibición de retroactividad de la ley**

El principio de irretroactividad de la ley penal (salvo en caso de ley más favorable) está recogido en los artículos 25 de la Constitución española y 2 del CP, respectivamente.

Artículo 25 de la CE:

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa según las leyes vigentes en aquel momento.

Artículo 2 del CP:

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.
2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.

### **XIII. Relevancia del principio *ne bis in idem***

El principio *ne bis in idem* se encuentra recogido, según la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, en el artículo 25.1 de la Constitución Española por ir íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad.<sup>221</sup>

En la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, establece en su artículo 5:

Las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por este a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional.

Es decir, acepta un nuevo enjuiciamiento en caso de nueva calificación jurídica que abarque elementos de lo injusto que no han sido comprendidos por el tipo del delito ordinario.

---

<sup>221</sup> Véase las sentencias del TC de 30 de enero de 1981 y de 3 de octubre de 1983. El TC invocó a favor de su argumentación los trabajos de elaboración del texto de la Constitución en el Congreso, en los que se renunció a incluir de forma expresa el principio *ne bis in idem* en el artículo 9 por considerarlo incluido ya en el principio de legalidad y tipicidad recogido en el artículo 25. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del principio *ne bis in idem* véase Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 2002.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

El artículo 65 *e* de la LOPJ atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las leyes o los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles y también de los delitos conexos con los anteriores.

En la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, establece que será la Audiencia Nacional el órgano competente para cooperar con el Tribunal internacional (artículo 2) y el Ministerio de Justicia la autoridad central para tramitar las solicitudes de cooperación. Se regulan el supuesto de jurisdicción concurrente y la inhibición de los tribunales españoles a favor del Tribunal Internacional (artículo 4). Se prescinde para la entrega del procedimiento formal de extradición (artículo 6). Se regulan la obligación de comparecer ante el Tribunal Internacional (artículo 7) y el falso testimonio ante el Tribunal Internacional (artículo 7.3). Y se somete la concesión de indulto o conmutación de pena que se cumpla en España a la decisión del Tribunal Internacional (artículo 8).

No existen por el momento otras diferencias o particularidades, aunque previsiblemente serán introducidas en la futura ley de cooperación con la Corte Penal Internacional, del mismo modo que en la ley mencionada.

### **F. La práctica efectiva de persecución**

La primera aplicación del principio de justicia universal en España la constituyen los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los juzgados centrales de instrucción nº 5 y 6 de la Audiencia Nacional en los sumarios iniciados a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena.<sup>222</sup>

El 16 de octubre de 1998 se admitió a trámite la querrela presentada por la Unión Progresista de Fiscales contra Augusto Pinochet y otros acusados por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, dentro del sumario 19/97 pieza III relativa al denominado Plan Cóndor. En la misma fecha el juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 Baltasar Garzón dictó auto de prisión y orden internacional de detención contra Augusto Pinochet Ugarte, que se encontraba en Londres en visita privada. Un juez británico cumplimentó la orden de detención y Pinochet fue arrestado por la policía británica. El 18 de octubre se ampliaron el auto de prisión y la orden de deten-

---

<sup>222</sup> Comas de Arguémir, “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 174.

ción. El 20 de noviembre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción nº 6, que llevaba el proceso contra la dictadura argentina (sumario 1/98), se inhibió en favor del nº 5 por la conexidad entre ambas causas, que quedaron unidas en una sola (el sumario 19/97, pieza III). El 28 de octubre la Alta Corte de Justicia británica invalidó la orden de detención alegando la inmunidad de Pinochet. El Ministerio Público británico recurrió y el caso pasó a la Cámara de los Lores. El 3 de noviembre se propuso al Gobierno la extradición de Pinochet. Entretanto el Ministerio Fiscal había recurrido la decisión del juez Garzón y el asunto fue dirimido por el pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, que los días 4 y 5 de noviembre dictó sendos autos en los que reconoció la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile.

La decisión interpreta que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional. Para evitar la impunidad de quien lo comete, y por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, la Audiencia estima que la interpretación del delito de genocidio se haga de manera que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, “grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”. Aunque con menor argumentación acepta también la competencia para juzgar a Pinochet por los delitos de terrorismo y torturas. El día 6 el Gobierno español endosó la petición de extradición formulada por Garzón. El 25 de noviembre la Cámara de los Lores decidió que Pinochet no podía acogerse al privilegio de la inmunidad. El 9 de diciembre el ministro del Interior británico dio luz verde al proceso de extradición. El 10 de diciembre Garzón dictó auto de procesamiento contra Pinochet.

El voluminoso auto de procesamiento relata de forma pormenorizada la dictadura chilena desde que el dictador encabezó el golpe militar del 11 de septiembre de 1973. El auto recoge la “feroz represión contra la vida, seguridad y libertad de las personas y sus patrimonios”, con más de 300.000 personas privadas de libertad, más de 100.000 expulsados o exiliados, casi 5.000 muertos y desaparecidos y más de 50.000 torturados, y la relaciona con otras dictaduras latinoamericanas mediante el Plan Cóndor. El 24 de marzo de 1999, la Cámara de los Lores retiró definitivamente a Pinochet la inmunidad, pero limitó el objeto de la extradición a los delitos de torturas cometidos a partir del 29 de septiembre de 1988, fecha en que el Reino Unido suscribió el Convenio contra la Tortura. Garzón respondió con otros dos autos en los que amplió el procesamiento a 130 delitos de torturas cometidos a partir de la citada fecha. El 15 de abril el ministro británico Straw autorizó la extradición. La defensa de Pinochet recurrió la decisión. Entretanto, el gobierno chileno anunció su intención de llevar ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya sus diferencias con el Reino de España en la interpretación de la Convención contra la Tortura. Esta solicitud no



llegó a presentarse,<sup>223</sup> pero se intentó negociar una solución política a través del arbitraje, lo que tampoco habría sido posible por conculcar el principio de independencia judicial. Chile reclamó en un primer momento la jurisdicción sobre el caso y después solicitó la liberación del dictador por razones humanitarias. En noviembre, el ministro del Interior británico ofreció a Pinochet la realización de exámenes médicos para ver si su salud le permitía afrontar la extradición. Los exámenes se realizaron el 5 de enero de 2000 y seis días después los médicos británicos elaboraron un informe, cubierto por el secreto, en el que concluyeron que el ex dictador no estaba en condiciones de afrontar el juicio. Bélgica y seis organizaciones humanitarias, entre ellas Amnistía Internacional, recurrieron el secreto del informe médico, que finalmente se publicó. El 22 de febrero, los jueces español, francés, belga y suizo contestaron las conclusiones del informe médico, pero el ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de Pinochet por encontrarse “gravemente enfermo”.

El proceso ha seguido su curso respecto de otros acusados. El 2 de noviembre de 1999 el juez Garzón dictó auto de procesamiento contra 98 argentinos —entre ellos los miembros de las juntas militares Jorge Videla, Emilio Massera y Leopoldo Galtieri; el ex gobernador de Tucumán Domingo Bussi y el ex jefe del Primer Cuerpo de Ejército argentino Guillermo Suárez Mason—. Las autoridades argentinas han impedido que los jueces de aquel país colaboren con la justicia española. El Ejecutivo argentino devolvió al juez español Baltasar Garzón la orden de detención y captura, previa a la solicitud de extradición de 48 militares, entre ellos los jefes de las juntas militares argentinas, que había sido dictada el 30 de diciembre de 2000. La orden cursada por Garzón nunca fue remitida por la Cancillería argentina a su destinatario, el juez Gustavo Literas. Garzón dictó una providencia en la que solicitó la “ejecución inmediata de la orden”. Pero el presidente Fernando de la Rúa, por decreto 1581/2001, impidió la extradición ordenando rechazar las demandas de extradición por hechos ocurridos en territorio argentino o sometidos a la jurisdicción argentina. En cambio, México procedió al cumplimiento de las órdenes de Garzón y a la detención, el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba volver a Buenos Aires, del oficial argentino Ricardo Miguel Cavallo. En la actualidad, este imputado se encuentra en una cárcel mexicana a la espera de que se resuelva su recurso de amparo contra la resolución que concedió la extradición a España. También fue detenido, esta vez en España, el acusado Adolfo Scilingo, que se había presentado voluntariamente a declarar ante el juez Garzón. Tras recibir declaración, el juez dictó la medida cautelar de retenerle el pasaporte, que fue recurrida en amparo por Scilingo; el Tribunal Constitu-

---

<sup>223</sup> En contra de esta posibilidad, Gimbernat Ordeig, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pinochet”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 59 y ss.

cional le dio la razón en resolución de 16 de julio de 2001. Tras la anulación de la medida por el TC, el Juez Garzón dictó el 31 de julio de 2001 auto de prisión provisional incondicional para Scilingo.

Recientemente el proceso ha experimentado un giro inesperado a raíz de la interpretación que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha hecho del auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002, en el que se desestima la querrela formulada por el Ministerio Fiscal contra Arnaldo Otegi Mondragón por no corresponder a la jurisdicción española el conocimiento de los hechos relatados en ella y se procede al archivo de las actuaciones. Por auto de 31 de mayo de 2002 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en relación con el sumario 19/97 —tramitado por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 por presuntos delitos de terrorismo, genocidio y torturas en cuya causa dictó auto de fecha 9 de mayo de 2001 por el que admitía a trámite la querrela contra Hernán Julio Brady Roche por los presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas y acordaba la prisión provisional incondicional y comunicada del querrellado, ciudadano chileno nacido el 10 de febrero de 1921, con cédula de identidad nacional n° 604.372-0, por los hechos y presuntos delitos mencionados en la resolución, y acordó librar órdenes de busca y captura, a través de la correspondiente orden internacional de detención a efectos de extradición, con carácter general y especialmente para Alemania, donde al parecer estaría residiendo temporalmente el imputado con identidad falsa en la Aladin Wek Strasse 2, Hamburg—, apreció que:

[...] la consecuencia más inmediata de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 578 del Código Penal es la de excluir el delito de apología del terrorismo de los delitos considerados de terrorismo, y, en consecuencia, la imposibilidad de aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el delito de apología del terrorismo. Esto significa que no le es aplicable al delito en cuestión la posibilidad de ser perseguido por los Tribunales españoles al haber sido cometido fuera del territorio nacional, porque la extraterritorialidad de la ley penal española sólo puede predicarse cuando se trata de perseguir delitos de terrorismo o genocidio. Así, a través de la interpretación de una norma de derecho penal material, se está restringiendo considerablemente la extraterritorialidad de la ley penal española. Estamos, por consiguiente, ante un giro copernicano en la aplicación extraterritorial de la ley penal española, pues la pauta que establece nuestro Tribunal Supremo en su resolución es la limitación de la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal interna. Esta nueva pauta interpretativa no existía cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional formuló su interpretación extensiva del principio de aplicación extraterritorial de la ley penal española en su Auto de 4 de noviembre de 1998, y, desde luego, deber tener su reflejo en la resolución a dictar en este caso, pues procede de nuestro más alto Tribunal. A esta interpretación restrictiva debe llegarse aplicando criterios de estricta lógica: no puede hacerse aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal española para perseguir unos hechos acaecidos en Chile hace más de veinticinco años, cuando el propio Tribunal Supremo nos da una pauta contraria a la hora de enjuiciar hechos sucedidos en Francia el 30 de marzo de este año, consistentes en una de las conductas que más daño están haciendo a la sociedad española. Así, no de forma directa, pero sí indirecta y como ineludible consecuencia de

su interpretación (tan ineludible que el propio Tribunal Supremo concluye negando la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos) se restringe considerablemente la aplicación extraterritorial de la ley penal española. La más elemental lógica jurídica, decimos, debe llevar a la aplicación, en ambos supuestos del mismo criterio: el del órgano jurisdiccional superior (el Tribunal Supremo) y el contenido en la resolución más reciente, que se encuentra, además, en clara sintonía con la inminente entrada en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto fue firmado en Roma el 17 de julio de 1998, previa convocatoria de las Naciones Unidas, y ratificado por España en virtud de la autorización que contiene la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. Por consiguiente, el anterior criterio de la aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal, debe ser sustituido por el novedosamente mantenido por la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, y esa sustitución ha de llevar a la Sala a la conclusión de negar esa aplicación extraterritorial de la ley penal y, en consecuencia, a apreciar la falta de jurisdicción de este Tribunal para el conocimiento del asunto cuya resolución le ha sido encomendada. En su virtud, debe estimarse el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal ante la inexistencia de jurisdicción que habilite a este Tribunal español para conocer de los hechos objeto de la querrela que ha dado origen a este recurso.

Y por consiguiente acuerda:

[...] estimar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Auto de fecha 30 de mayo del año 2001, por el que, a su vez, se desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 9 de mayo del 2001, del Juzgado Central de Instrucción número cinco, en cuya resolución se acordaba la incoación de procedimiento penal contra Hernán Julio Brady Roche, ante la inexistencia de jurisdicción de este Tribunal español para conocer de los hechos objeto de la querrela que ha dado origen a este recurso, dejándose sin efecto los Autos recurridos y, consiguientemente, también la orden de detención internacional que se acordaba expedir en el citado Auto de fecha 9 de mayo del año 2001.

El auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha sido objeto de un recurso de nulidad ante el Pleno de la Sala y de casación ante el Tribunal Supremo. Aunque el auto se refiere únicamente al imputado Hernán Julio Brady Roche, la doctrina que lo inspira es aplicable a todos los casos que integran el sumario 19/97. El abogado de Scilingo ya solicitó la libertad de su cliente con base en esta resolución, pero su petición fue desestimada. Si la nueva doctrina de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional prospera, el auto de 31 de mayo puede suponer el final de los “juicios de Madrid”. Por otra parte, si el asunto llega al Tribunal Supremo, este tendrá la oportunidad de pronunciarse, pero es probable que ello no suceda porque el recurso de casación se encuentra en suspenso hasta que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decida sobre el recurso de nulidad, y es probable que lo estime y no haya lugar ya al de casación.

Donde sí se ha pronunciado el Tribunal Supremo es en el caso Guatemala. Como ya he comentado, las decisiones de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querrelas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. Ya he indicado que se rechazó la pretensión de enjuiciar a Fidel

Castro.<sup>224</sup> Ahora voy a detenerme en el caso Guatemala, porque el proceso ha dado lugar al primer pronunciamiento del Tribunal Supremo español sobre la competencia de nuestros tribunales en aplicación del principio de justicia universal.

El 2 de diciembre de 1999 doña Rigoberta Menchú Tum presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia y por reparto fue asignada al Juzgado nº 1. Los hechos denunciados se pretendían constitutivos de los delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, y fueron imputados conjunta e indistintamente a los generales Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército. El Ministerio Fiscal solicitó el archivo de las actuaciones argumentando que España no es competente para conocer de los hechos, entre otras razones porque estos no son constitutivos de genocidio, ya que “de la denuncia interpuesta no se desprende el elemento subjetivo del injusto de destruir a un grupo nacional, étnico o religioso”. El juez Guillermo Ruiz Polanco, en auto de 27 de marzo de 2000, desestimó la solicitud del fiscal, afirmó la competencia de su juzgado para conocer de los hechos bajo la calificación de genocidio<sup>225</sup> y destacó que “de la detenida lectura de la extensa e intensa documentación presentada por los denunciantes se infiere con total claridad que los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor —y aun de originador— de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico —encarnado en sujetos individuales o colectivos— que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida”.<sup>226</sup> El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y el juez lo desestimó por auto de 27 de abril. El auto fue recurrido en apelación ante la Sala, que en su auto de 13 de diciembre de 2000, ya comentado,<sup>227</sup> rechazó la competencia de los tribunales españoles argumentando que “en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito”<sup>228</sup> y que “no se constata [...] que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar”<sup>229</sup> y por ello “el Pleno de la Sala no con-

---

<sup>224</sup> Véase *supra* el punto 13.

<sup>225</sup> No acepta la competencia directa sobre las torturas, sino como integrantes del delito de genocidio, y también a esta calificación reconducen los hechos supuestamente constitutivos de terrorismo (fundamento jurídico segundo) —véase *supra* la nota 105.

<sup>226</sup> En mi opinión, al contrario de lo que hizo el Pleno en los autos de 4 y 5 de noviembre, aquí el juez instructor sí que fundamenta la existencia de un delito de genocidio en su sentido auténtico. Se trata de la intención de eliminación de un grupo étnico: los mayas, y no importan las razones que animen a ello.

<sup>227</sup> Véase *supra* la nota 106.

<sup>228</sup> Fundamento jurídico tercero.

<sup>229</sup> Fundamento jurídico cuarto.

ceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el artículo 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal”.<sup>230</sup> El auto de la Audiencia fue recurrido en casación. El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso, y en su sentencia de 25 de febrero de 2003, tras hacer una interpretación restrictiva del artículo 23.4 de la LOPJ,<sup>231</sup> concluyó que, al no apreciarse ningún interés nacional español en relación directa con el delito de genocidio, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles, ni tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes, aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico, los tribunales españoles no tienen competencia con base en este delito.<sup>232</sup> Respecto de la calificación de los hechos, el TS no entra a pronunciarse sobre cuestiones de tipicidad que no son objeto del recurso, pero maneja un concepto estricto de genocidio, como el que había hecho el juez instructor.<sup>233</sup>

### G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político

En la actualidad se está preparando una reforma del Código Penal español para adaptarlo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que probablemente irá acompañada por una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de una Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional. De momento contamos únicamente con un proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo contenido va en la línea de las propuestas doctrinales del Grupo de Estudios de Política Criminal<sup>234</sup> y ha sido comentado a lo largo de la exposición. Parece que la intención del gobierno es que la reforma sea votada en el Parlamento en esta legislatura. Sin embargo, la magnitud de esta reforma, que afecta no solo a esta materia sino a ciento sesenta artículos del CP, puede provocar la dilatación del proceso. En el proyecto se introduce la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y de sus penas (artículos 131.4 y 133.2), se castiga el encubrimiento

---

<sup>230</sup> Fundamento jurídico quinto.

<sup>231</sup> Véase *supra* el punto C. I.

<sup>232</sup> Fundamento undécimo.

<sup>233</sup> Fundamento séptimo: “Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique prejuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico”.

<sup>234</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002.

estos (artículo 451.3º), se recogen los nuevos delitos contra la administración de Justicia por la Corte Penal Internacional (artículo 471 *bis*) y se tipifican por primera vez en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad, en un nuevo artículo 607 *bis* con la siguiente redacción:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el artículo siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

- 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.<sup>235</sup>
  - 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.
2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:
    - 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años si causaren la muerte de alguna persona.

Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

- 2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una violación y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.
- 3º Con la pena de prisión de doce a quince años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 y con la de ocho a doce años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud<sup>236</sup> o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.
- 4º Con la pena de prisión de ocho a doce años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional a una o más personas a otro lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

<sup>235</sup> Sobre la desacertada idea que fundamenta esta disgregación véase *supra* el punto B. II. 1, *in fine*.

<sup>236</sup> Esta modalidad ha sido copiada del tipo del genocidio y con los mismos defectos de este (Gil Gil, *Derecho penal internacional*, p. 215 y ss.), y no se encuentra en el tipo internacional. La modalidad de perturbar gravemente la salud podría reconducirse en el tipo internacional a la cláusula de otros actos inhumanos, cuando no resulte ya abarcada por la modalidad de lesiones, pero la de la mera puesta en peligro de la vida me parece difícil, dada la redacción de los “Elementos de los crímenes” que exigen en esta modalidad la causación de graves sufrimientos o un atentado grave contra la salud física o mental. Solo si entendemos que la exigencia de atentado grave contra la salud incluye la mera puesta en peligro de esta y no un resultado de lesión cabría en el concepto internacional la mera puesta en peligro de la vida que no supusiese simultáneamente un resultado de lesión de la salud. La redacción me parece equivocada; el delito contra la humanidad tiene su propio contenido, no es una extensión del genocidio y no tiene por qué tener idéntica redacción que este.

- 5° Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.<sup>237</sup>
- 6° Con la pena de prisión de doce a quince años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.
- 7° Con la pena de prisión de ocho a doce años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

- 8° Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena de la tortura se impondrá sin perjuicio de las que correspondieren, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

También recoge el proyecto una elevación de la pena para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado para el supuesto de que sean cometidos como parte de un plan o política o a gran escala (artículo 614 *bis*), la responsabilidad del superior jerárquico civil o militar por no evitar o no castigar la comisión de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por sus inferiores (artículo 615 *bis*)<sup>238</sup> y la inaplicabilidad de la eximente del artículo 20.7º a quien cumpla órdenes de cometer o participar en delitos de genocidio o de lesa humanidad (artículo 616 *bis*).

---

<sup>237</sup> La redacción de esta modalidad es algo confusa, pues no se sabe si el “forzaran” se refiere a que el embarazo ha sido provocado por la fuerza, o lo forzado es su prosecución. En mi opinión deberá interpretarse en ambos sentidos, pues es lo que exige la redacción típica del delito internacional —que el embarazo haya sido causado por la fuerza y que se obligue por la fuerza a proseguir el estado de gestación (véase “Elementos de los crímenes”, artículo 7.1 g 4)—. Tampoco se ha incluido el requisito establecido en el delito internacional del confinamiento, por lo que esta modalidad entrará en concurso ideal, en su caso, con las detenciones ilegales, lo que salva la escasa penalidad que se ha previsto para ella —de no estar prevista expresamente el concurso aplicable entre detenciones ilegales y coacciones le asignaría la pena de prisión de seis años y seis meses a ocho años (de cinco a seis en el dudoso caso de que pudiera durar menos de quince días); si a ello añadimos el aumento a la pena superior en grado por ser crimen contra la humanidad, lo correcto sería, si se entendiera consumida la detención, asignarle una pena por lo menos de ocho a dieciséis años de prisión (o de seis a doce).

<sup>238</sup> Véase *supra* la sección D. II, “Responsabilidad especial del superior jerárquico”.



## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico internacional

No hay otros aspectos específicos a destacar en este apartado.

## I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución de crímenes internacionales en España

La actuación de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales ha otorgado sin duda un gran impulso al desarrollo del derecho penal internacional y a la concienciación de la opinión pública internacional contra la impunidad de estos delitos, ha animado a los tribunales de otros países a seguir sus pasos y ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a la instauración de la Corte Penal Internacional. Hay que agradecer, por tanto, a estos jueces y magistrados, a la Unión Progresista de Fiscales, a los abogados de la acusación y a las víctimas su valor, su tenacidad y su arrojo. Los llamados “juicios de Madrid” han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del derecho penal internacional moderno.

Sin embargo, en este afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, propiciando con ello la presentación de nuevas demandas con la pretensión de que fueran juzgados hechos cometidos en diversos lugares. Evidentemente la Audiencia Nacional no puede convertirse en la Corte Penal Internacional, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. En la denegación de jurisdicción para todos estos supuestos se han manejado los criterios más variados y erróneos, que han dejado insatisfechos y perplejos a los demandantes, cuando habría sido más fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin más haber admitido la jurisdicción. Pero lo primero supondría contradecir la doctrina de la Audiencia en los casos de Chile y Argentina, algo que, tras el grave coste político, institucional y diplomático que aquellas resoluciones ocasionaron, ni siquiera se planteaba en aquel momento,<sup>239</sup> y lo segundo (especialmente si no se hizo lo anterior) sería abrir la puerta a un aluvión de demandas que supondría un gran esfuerzo para nuestros tribunales y seguramente también un grave coste político para Espa-

---

<sup>239</sup> Los argumentos mediante los cuales la Sección Tercera de la Sala de lo Penal da marcha atrás en su auto de 31 de diciembre me parecen equivocados y desconcertantes. En mi opinión, el auto del Tribunal Supremo en el caso Otegi no guarda ninguna relación con el sumario 19/97, y las conclusiones que de él saca la Sección Tercera son forzadas y erróneas. Además creo que la Audiencia no hizo una interpretación extensiva de la competencia por el principio de justicia universal, salvo en el caso de las torturas. De lo que sí se hizo una interpretación excesivamente amplia, en mi opinión analógica, es del tipo del genocidio, pero no del criterio que atribuye competencia a nuestros tribunales para el enjuiciamiento de dicho delito. Una vez más se confunden las cosas y se complica todavía más la interpretación de preceptos materiales y procesales.

ña. La sentencia del TS en el caso Guatemala también resulta insatisfactoria, pues, como se ha comentado, desvirtúa absolutamente el principio de justicia universal, aunque tiene de positivo la inclinación por un concepto estricto de genocidio y la correcta aclaración de los criterios de competencia recogidos en la Convención contra la Tortura.<sup>240</sup>

Todo este panorama ha dejado en nuestro país un caótico estado en la interpretación del derecho penal internacional que convendría aclarar de una vez por todas, y la mejor manera de hacerlo es la intervención clara del legislador. Estimo que podría resultar conveniente, en especial como manifestación de la voluntad de España de colaborar con la Corte, introducir la tipificación expresa de los crímenes contra la humanidad, tal y como prevé el proyecto, pero con una redacción más fiel al Estatuto de Roma.<sup>241</sup> Confío en que con ello el delito de genocidio volverá a su significado auténtico, que es además, en mi opinión, el que le otorga el TS, como ya he comentado. Pero creo que ello debe ir acompañado de una modificación de los crímenes de guerra, no solo para completarlos con las conductas no previstas, cosa que de momento el prelegislador ha omitido, sino también para abandonar la técnica de la remisión a los delitos comunes de resultado, que no puede traer más que confusión y disfunciones. Respecto del principio de jurisdicción universal estimo conveniente su extensión a todos los delitos internacionales, como se ha sugerido, pero creo también necesario que se haga de forma subsidiaria, no en el sentido erróneo en que lo interpretó la Audiencia en el caso de Guatemala, sino cediendo expresamente la competencia a la Corte Penal Internacional en los casos en que el delito no se haya cometido en España ni el autor o la víctima sean españoles y aquella pudiera actuar, y también al país que sea competente por un principio preferente como el de territorialidad y haya iniciado ya un proceso que ofrezca garantías de imparcialidad, y solo en el caso de que ninguno de los dos inicie el procedimiento actuarían los tribunales españoles aplicando el principio de justicia universal. Incluso podría añadirse algún otro requisito que responda al principio de oportunidad, como por ejemplo la presencia (actual o posible) del acusado, tal y como se ha hecho en Alemania, para evitar la proliferación de procesos que evidentemente no llegarán a buen término.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Véase *supra* el punto C.

<sup>241</sup> Véase la crítica *supra* al hablar de la fuente del crimen contra la humanidad y en el apartado anterior al exponer el contenido del proyecto.

<sup>242</sup> Se ha sugerido incluso modificar la LOPJ sometiendo la jurisdicción de nuestros tribunales por el principio de justicia universal al requisito de que los hechos afecten a los intereses nacionales. Pero en mi opinión esto supone limitar el principio en exceso, desnaturalizándolo, pues en realidad se reconduce a los principios de personalidad pasiva (que quizás no estaría de más introducir de alguna manera en nuestra legislación, especialmente para los supuestos en que la justicia del Estado del territorio no ha actuado) y de protección de intereses.

Habría sido deseable que la legislación española estuviera ya adaptada a las necesidades de cooperación con la Corte en el momento en que el Estatuto entró en vigor, pero el ritmo legislativo no lo ha permitido. Sin embargo, todo parece indicar que las reformas necesarias estarán concluidas en breve y la legislación nacional estará preparada en el momento en que la Corte entre en funcionamiento.

### Bibliografía

- AGUADO RENEDO, César, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea*, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, 1987.
- AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 1997.
- AMBOS, Kai, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de derecho penal*, 1997.
- BASSIOUNI y MCCORMICK, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996.
- BASSIOUNI, Cherif, *Derecho penal internacional*, 1984.
- BASSIOUNI, Cherif, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, 1996.
- BELTRÁN BALLESTER, Enrique, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978.
- BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, “La figura del acusador público ante el principio de justicia universal”, en *El principio de justicia universal*, 2001.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, t. I, 1996, t. II, 1998, t. III, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.) y otros. *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1996.
- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 1999.
- COMAS DE ARGUEMIR, “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001.

- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1960.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1966.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “Principio de legalidad penal y Constitución”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apolo-gía”, en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, n<sup>o</sup> 1757, 1995.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n<sup>o</sup> 58, 1996.
- DÍAZ PALOS, Fernando, *Legítima defensa*, 1971.
- DÍAZ PALOS, Fernando, “Obediencia debida”, en separata de *NEJ*, 1982.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, 1990.
- DROST, P. N., *The Crime of State. Penal Protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, II, Genocide, 1959.
- ESER, Albin, “Art. 31”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Causas de levantamiento de la pena*, 2000.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Art. 607”, en Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barrei-ro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Los delitos de genocidio”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n<sup>o</sup> 42, 1997.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, en *La Ley*, año XIX, n<sup>o</sup> 4693, 1998.
- FENRICK, William J., “Art. 28”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- FENRICK, William J., “Art. 8”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- FERNÁNDEZ FLORES, José Luis, “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en Blecua y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, 1999.
- GILI PASCUAL, Antoni, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pino-chet”, en *El principio de justicia universal*, 2001.
- GONZÁLEZ GUTIÉN, Luis, “La apología en la reforma penal”, en *Revista de la Facul-tad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico n<sup>o</sup> 6, 1983.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de derecho penal español*, 1997.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994.

- GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2000.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, en *ADPCP*, 1993, 2, XXXVII.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “El ‘iter criminis’ en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “El ‘iter criminis’ en el Código Penal español de 1995”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002.
- HENZELIN, Marc, “L’immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice”, en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, fasc. 3, 2002.
- HENZELIN, Marc, “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, en *Revue Générale de Droit International Public*, nº 4, 2002.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Curso de derecho penal militar español*, 1990.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro homenaje a Ángel Torío*, 1999.
- JÄHNKE, Burkhard, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, t. 5, 10ª ed., 1984.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, 1987.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El principio de Justicia Universal*, 2001.
- LANDA GOROSTIZIA, Jon, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996.
- LAY, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, t. 2, 9ª ed., 1974.
- LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996.
- MAGLADI, Mª José, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, 1976.
- MAQUEDA ABREU, Mª Luisa, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Poder Judicial*, nº 9, 1998.
- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, José, “Definición de militares”, en Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988.
- MEDINA ORTEGA, Manuel, “La recepción en el derecho español de las sanciones por infracción del derecho de la guerra”, en *ADPCP*, tomo XIV, 1961.
- MELENDO PARDOS, Mariano, Conferencia pronunciada en el curso de Enseñanza

- Abierta “Derecho penal internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales”, 19 de abril de 2002, inédita.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, “El genocidio, delito internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1951.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 1998.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, en Cobo (dir.) y otros, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 2000.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 10, 1960.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, 1990.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 2002.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, 2001.
- QUERALT, Juan José, *La obediencia debida en el Código Penal*, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, t. I, 1955, t. II, 1957.
- QUINTERO OLIVARES (dir.) y VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982.
- SÁENZ DE PIPAONS Y MENGES, J., *Delincuencia política internacional*, 1973.
- SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, III, 1990.
- SÁNCHEZ PATRÓN, “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001.
- SCHABAS, William, A., “Art. 6”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- SLEPOY PRADA, “El principio de justicia universal y su regulación en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001.
- SOLA RECHE, Esteban, “Sobre el concepto de tentativa inidónea”, en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001.
- SUNGA, Lyal S., “La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional”, en Ambos y Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma*, 1999.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Tipo, error de tipo y de prohibición. Crítica de la reforma penal”, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984.

TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute*, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel, *Fundamentos de derecho penal*.

### **Legislación**

La legislación española puede consultarse en la página web del BOE (<[www.boe.es](http://www.boe.es)>), buscando por la fecha de publicación.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995; corrección de errores: BOE nº 54, de 2 de marzo de 1996).

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE nº 296 de 11 de diciembre de 1985).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE nº 11 de 13 de enero de 2000).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985; corrección de errores: BOE nº 264, de 4 de noviembre), modificada por Ley Orgánica de 15 de abril de 1999.

Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (BOE de 5 de octubre de 2000).

Ley Provisional Estableciendo Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988 de 14 de enero.