

# LOS DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Manuel Pérez González  
Montserrat Abad Castelos

**SUMARIO: I. ALGUNAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS. II. LOS DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL NO TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. A. Los delitos o los crímenes contra la humanidad. B. El apoderamiento ilícito de buques y aeronaves y los actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea. III. LOS DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. A. Delitos contra el Derecho de gentes. 1. El concepto de persona internacionalmente protegida. 2. Los delitos tipificados y los delitos no específicamente tipificados. 3. El requisito de la intencionalidad. 4. La reciprocidad en la pena impuesta. B. Delitos de genocidio. 1. Las posibles categorías de genocidio. 2. La cuestión del sujeto pasivo del delito de genocidio: la ausencia de los *grupos políticos*. 3. La agresión sexual: ¿posible supuesto de genocidio? 4. La asociación y la instigación directa y pública al genocidio en la norma convencional frente a la difusión de determinadas ideas o doctrinas en la norma penal interna. C. Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. 1. Consideraciones generales. 2. Los crímenes de guerra en la legislación penal militar. a) La evolución normativa. b) El problema sobrevenido de la doble incriminación. 3. La protección penal de las personas y bienes en caso de conflicto armado. a) La situación de conflicto armado. b) El sistema de incriminación del Código penal de 1995. c) Algunas observaciones sobre las tipicidades recogidas. 4. Valoración del sistema en su conjunto.**

## I. ALGUNAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El nuevo Título XXIV del Libro II del Código penal español, bajo la rúbrica “Delitos contra la comunidad internacional”, acoge cuatro capítulos referidos sucesivamente a los delitos contra el Derecho de gentes, delitos de genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y a ciertas disposiciones comunes a las infracciones previstas. Una novedad netamente *sustantiva* y otra que podría calificarse de aparentemente *formal* constituyen, sin duda, las fundamentales primicias del nuevo Código penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre en la materia que nos ocupa.

La primera y más importante innovación introducida -tanto por lo que supone de avance teórico como por sus potenciales efectos prácticos- es la inclusión de un nuevo Capítulo relativo a los delitos cometidos en situación de conflicto armado y, por tanto, será objeto de comentario específico en el presente trabajo. La segunda se produce en forma de alteración y tiene que ver con el cambio de *nomen iuris* del Título objeto de estudio. Ciertamente, si hasta ahora las tipificaciones recogidas se concentraban bajo el

encabezamiento “Delitos contra la seguridad exterior del Estado”, tras la última reforma el legislador español ha hecho figurar este tipo de delitos bajo el rótulo “Delitos contra la comunidad internacional”.

Como adelantábamos, este cambio de denominación del Título ha de conectarse con algo más que una simple variación adjetiva. En efecto, tal modificación formal parece augurar un salto cualitativo de la concepción normativa española. Podría tratarse incluso del paso definitivo de una especie de concepción *nacionalista*, que tipifica conductas con elementos internacionales o con innegables ingredientes extranjeros pero sólo en cuanto pueden ser lesivas para la propia seguridad del Estado, a una auténtica visión *internacionalista*, que se atreve ya a reprochar penalmente conductas que atentan contra bienes jurídicos protegidos por toda o por parte de la comunidad internacional<sup>1</sup>.

Sin embargo, a pesar de que el legislador español sí se ha decidido certeramente a adecuar nuestra normativa penal al Derecho internacional humanitario y a tipificar, en consecuencia, nuevas categorías de comportamiento cuando son realizadas en situaciones bélicas, no se ha arriesgado todavía a extraer ulteriores consecuencias en esta línea de coordinación con otros sectores del Derecho internacional, consuetudinario o convencional, que le vinculan igualmente.

Tal falta de determinación ha conducido a que la serie de conductas prohibidas sea, cuando menos, insuficiente, al igual que sucedía hasta ahora, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico internacional. Pero, además, ha conllevado que el conjunto de las infracciones recogidas adolezca de una mayor incongruencia con el Título bajo el cual se sitúan.

Es cierto que en la regulación anterior los delitos contra las personas internacionalmente protegidas y los delitos de genocidio eran contemplados como “delitos contra el Derecho de gentes”, llegando a conformar un Capítulo independiente, pero ha de recordarse que tal Capítulo se incardinaba, junto con otros, dentro del Título (I) relativo a los delitos que el Estado, formalmente, tan sólo consideraba dañinos para su propia seguridad exterior. En cambio, si con la normativa actualmente vigente el legislador hubiera pretendido desprenderse de una concepción puramente interna, tal como cabe presumir de la incorporación del nuevo encabezamiento que invoca abiertamente la protección de la comunidad internacional, se ha quedado con un planteamiento visiblemente raquítico al contentarse con la sola, aunque encomiable, adición de un capítulo referido a las infracciones cometidas en tiempo de conflicto armado. En el momento presente, entonces, el contenido del Título XXIV ni siquiera hace honor a su denominación formal.

---

<sup>1</sup> En una dirección próxima, podría citarse a F. MUÑOZ CONDE, quien, siguiendo a QUINTANO RIPOLLÉS, habla de una posible doble perspectiva en la protección penal de la Comunidad internacional: la *tradicional* y la *innovadora e íntegramente internacional*. Mientras que la primera sería acordada desde una vertiente interna por los propios Estados y en virtud de normas igualmente internas aunque proyectadas hacia el exterior, la segunda sería elaborada por la Comunidad internacional misma o en su nombre; cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*, Octava edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 591.

Lo cierto es que cuando este penalista intentaba enmarcar el Código penal español anterior a la última reforma en tal trayectoria parecía indicar que el camino recorrido no había sido mucho: “nuestro Código penal todavía está en la fase tradicional, ya que castiga estos delitos sólo en cuanto afectan al Estado nacional. Únicamente en el delito de genocidio puede considerarse la Comunidad internacional como sujeto pasivo directamente afectado”; *ibidem*. Tras la aprobación del nuevo Código su juicio no parece haberse alterado mucho. En su opinión, el modelo de regulación continúa siendo aún el tradicional, a pesar de que reconozca que en el mismo “han influido las normas del Derecho internacional ratificadas por el Estado español...”; cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Undécima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 652.

A nuestro juicio, la última reforma del Código penal español brindaba una excelente oportunidad para que nuestro país renovara en el plano interno el contenido de sus compromisos internacionales y, lo que es más importante, sentara las bases penales sustantivas internas conforme a las existentes y obligatorias según el Derecho internacional. Con ello, se daría cumplimiento a obligaciones internacionales y se dejaría el camino despejado para castigar desde el punto de vista interno conductas incriminadas también por el Derecho internacional, respetando plenamente el insoslayable juego del principio de legalidad en nuestro ordenamiento penal. En suma, esta oportunidad desperdiciada no deja de ser una lástima. Pero el razonamiento de esta crítica debe situarse y entenderse a su vez bajo las coordenadas específicas del Derecho internacional penal, aun sin dejar de reconocer que el mismo integra tal vez la rama más primitiva y precaria del Derecho internacional público<sup>2</sup>.

Lo cierto es que, pese a sus múltiples carencias y a encontrarse todavía en un estadio de formación y de consolidación de muchos de sus aspectos fundamentales, el Derecho internacional penal cuenta ya a estas alturas con un incontrovertible acervo consuetudinario y con un amplio entramado convencional que cubre, cada vez más, un gran número de infracciones consideradas ofensivas sino para la entera comunidad de Estados sí para una gran parte. Sea como fuere, todas esas categorías de comportamiento, contempladas por una u otra fuente del ordenamiento internacional, constituyen genuinos delitos internacionales.

En consecuencia, dada la supremacía general del Derecho internacional sobre el Derecho interno -con los consiguientes efectos a derivar en el plano internacional en caso de incumplimiento-, por una parte<sup>3</sup>, y el funcionamiento del principio de legalidad que impera en el plano penal interno, por otra parte, nuestro país debería mostrar un extremo cuidado a la hora de adecuar su ordenamiento a las exigencias impuestas por el Derecho internacional penal.

Bien es verdad que en muchas ocasiones se hace harto difícil extraer los dictados de conducta estatal inmersos en el Derecho internacional **consuetudinario** (sobre todo

<sup>2</sup> La mayoría de las deficiencias y lagunas de este sistema legal se deben sin duda a las conocidas y marcadas reticencias estatales a ceder parcelas de poder soberano. No obstante, creemos que desde una perspectiva objetiva también cabe atribuir muchos de sus vacíos simplemente a su carácter reciente y joven, en la medida en que la red de instrumentos convencionales existentes no comienza a entrelazarse de forma ininterrumpida y sólida hasta una vez terminada la segunda guerra mundial.

Existen algunos trabajos doctrinales que dan perfecta cuenta del carácter visiblemente incipiente de este sector jurídico internacional y de las implicaciones que ello inevitablemente genera. Vale la pena emprender la lectura, entre otros y a modo de balance de la cuestión, de los dos siguientes: DINSTEIN, Y., "The Parameters and Content of International Law", *Touro Journal of Transnational Law*, Vol. 1, Number 2, 1990, pp. 315-324 y DONOVAN, C.R., "The History and Possible Future of International Criminal Law", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 13, 1987, pp. 83-109.

<sup>3</sup> En esta dirección, es de recordar el principio ya clásico, establecido en Nuremberg, tal como ha sido redactado por la C.D.I. en relación con ciertos crímenes: "Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de Derecho internacional punibles en cuanto tales estén o no sancionados en el Derecho nacional". Se condensan en una formulación así significativas derivaciones que han ido desarrollándose desde los pronunciamientos del Tribunal de Nuremberg: el Derecho internacional como base para la tipificación penal, la autonomía del ordenamiento jurídico internacional en este punto, la aplicabilidad directa del Derecho internacional con la consiguiente responsabilidad penal individual y la intrascendencia de lo dispuesto -o de la ausencia de disposición- en el Derecho penal interno a los efectos jurídico-internacionales; cfr. *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A.G., *Documentos Oficiales*, Quincuagésimo primer período de sesiones, *Suplemento Nº 10 (A/51/10)*, 1996, Artículo 1 y Comentario al mismo.

Para un pormenorizado estudio sobre las peculiaridades y los métodos disponibles para llevar a cabo esta adaptación y, a la postre, una deseable unificación de los ordenamientos penales internos, puede verse la excelente e intemporal monografía de S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Volume I, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1970, pp. 169-198.

en lo que atañe a la tipificación de figuras satélites del delito principal, a la descripción de posibles variantes de un tipo penal, a la definición de las formas de participación en un delito, a las causas de exención o de atenuación o a los numerosos detalles procedimentales), fundamentalmente en los aspectos que no han sido objeto todavía de codificación alguna. Pero también es cierto que otras facetas, entre las que tal vez puedan señalarse la misma selección de conductas punibles, la responsabilidad del superior jerárquico o la no exención de responsabilidad tanto por la denominada obediencia debida como por el carácter oficial del autor, han sido analizadas reiterada y progresivamente en el curso de los últimos años en foros internacionales, ocupando un lugar primordial los trabajos desarrollados en el seno de la C.D.I. y, en particular, los que se vienen enmarcando en el proyecto de Código internacional de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>4</sup>. Por otro lado, ha de tenerse presente igualmente que, en lo atinente al ordenamiento jurídico internacional **convencional** de carácter penal-sustantivo, éste, aunque disperso y de perfil nitidamente sectorial, está de sobra elaborado y aguardando desde hace tiempo su gradual -y obligatorio- trasvase al Derecho interno. Por consiguiente, si repasamos la serie de Convenciones de carácter penal en las que España es parte y que proceden a la definición de un delito internacional, es fácil comprobar cómo además de tipificar la conducta incriminada dirigen un mandato directo y preciso al Estado. Llama la atención, en efecto, el hecho de que en todas ellas se impo-

---

<sup>4</sup> La no exención de responsabilidad por actuar en cumplimiento de una orden y la responsabilidad del superior jerárquico son cuestiones que pueden alcanzar particular importancia en relación con los delitos contra la Comunidad internacional tipificados en el Código penal español de 1995, en especial con los regulados en los Capítulos II y III del Título XXIV (aunque también por lo que respecta a otra categoría de delitos que, a pesar de no haber sido objeto todavía de previsión expresa en la normativa interna española, a nuestro entender, debe serlo; *vid.*, en este sentido, el apartado II.A. de este trabajo, referido a los delitos o los crímenes contra la humanidad).

A estas alturas de siglo sería ocioso fundamentar nuevamente el principio de que el *cumplimiento de órdenes superiores* no constituye una causa de exclusión de la responsabilidad del autor del delito. Se trata de una realidad jurídica en el plano internacional ya desde el fin de la segunda guerra mundial (*vid.* el art. 8 del Estatuto de Nuremberg). No pudiendo suponer, por tanto, una excepción a la responsabilidad penal, la alegación de una causa como ésta sólo puede llegar a operar, si acaso, como un factor de atenuación de la pena. En esta línea, es sumamente ilustrativo el texto del artículo 5 del Proyecto de Código internacional de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de la C.D.I., "Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico", y de su correspondiente comentario (en el cual se detalla que la mera existencia de órdenes no actúa tampoco como un motivo automático de imposición de una pena menos grave y también qué tipo de circunstancias deben concurrir para que pueda procederse a tal aminoración); *vid. Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones...*, *cit.*, *Suplemento N° 10 (A/51/10)*, pp.33-37 y también el artículo 23 del Código penal español de 1995. En la misma línea se sitúa el artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que lleva por título "Órdenes superiores y disposiciones legales" y en cuyo párr. 2 se precisa que "se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".

La cuestión de la *responsabilidad del superior jerárquico*, en cambio, recibe cada vez más importancia en lo atinente a su dimensión negativa o indirecta. Este tipo de responsabilidad del superior se descadena con la comisión del delito por un subordinado en los casos en que aquél sabía o tenía motivos para saber que se estaba cometiendo o iba a cometer dicho delito y no adoptó todas las medidas necesarias a su alcance para impedir la su ejecución o lograr su represión. Esta responsabilidad por omisión cobra especial relevancia práctica en relación con los delitos cometidos en caso de conflicto armado.  *Vid.* a este respecto, los artículos 86 y 87 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia; el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; el artículo 6 del Proyecto de Código internacional de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, "Responsabilidad del superior jerárquico", y el correlativo comentario (en *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones...*, *cit.*, *Suplemento N° 10 (A/51/10)*, pp. 37-41) y el artículo 28, "Responsabilidad de los jefes y otros superiores", del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

ne la obligación para los Estados partes de establecer penas severas o penas adecuadas a la naturaleza grave de tales delitos<sup>5</sup>.

Existían, entonces, suficientes normas internacionales de tipo consuetudinario y convencional que ofrecían claras *pautas* sobre las conductas que habían de ser objeto de tipificación penal en los Derechos internos, al menos cuando el ordenamiento nacional es incapaz de reaccionar -preventiva y punitivamente- con las disposiciones preexistentes frente a ciertas acciones respecto de las cuales está obligado a adoptar medidas concretas en virtud del Derecho internacional. Desde esta perspectiva, quizá pueda sostenerse que, a pesar de que en el Título del Código penal español referido a los delitos contra la Comunidad internacional no se incluya la tipificación de delitos con innegables elementos extranjeros e internacionales, como pueda ser el narcotráfico, las disposiciones contenidas en otras sedes bastan para dar por cumplida la obligación española. Desde igual perspectiva, sin embargo, no podría justificarse, en nuestra opinión, la falta de regulación de otros delitos, si se tiene en cuenta que tampoco se llena esta laguna en otros lugares del ordenamiento<sup>6</sup>. La percepción de tan llamativa ausencia, de hecho, es la que inspira por entero las consideraciones que siguen.

## II. LOS DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL NO TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

### A. Los delitos o los crímenes contra la humanidad.

A diferencia del pasado reciente (la historia teórico-jurídica de estos delitos es, en realidad, muy joven), la tipificación internacional de un crimen contra la humanidad no incluye actualmente la condición de que el mismo, para constituirse, sea cometido en

<sup>5</sup> Sin ningún ánimo exhaustivo, puede verse el Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963 (*B.O.E. núm. 308*, de 25 de diciembre de 1969); la Convención para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves de 16 de diciembre de 1970 (artículo 2; *B.O.E. núm. 13*, de 15 de enero de 1973); el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 23 de septiembre de 1971 (artículo 3; *B.O.E. núm. 9*, de 10 de enero de 1974); la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973 (artículo 2.2; *B.O.E. núm. 33*, de 7 de febrero de 1986); la Convención internacional contra la toma de rehenes (artículo 2; *B.O.E. núm. 162*, de 7 de julio de 1984) o el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 10 de marzo de 1988 (artículo 5; *B.O.E. núm. 99*, de 24 de abril de 1992).

<sup>6</sup> Puede verse una detección de una laguna todavía más amplia en J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, "Delitos contra la Comunidad Internacional", *Seguridad Nacional - Seguridad Internacional...*, VIII Seminario "Duque de Ahumada" (7, 8 y 9 de mayo de 1996), Ministerio del Interior, Dirección General de la Guardia Civil / Universidad Nacional de Educación a Distancia; pp. 55-107; p. 56.

La doctrina internacionalista también ha percibido vacíos o, si se prefiere, materias objeto de necesaria regulación. Destacan, en este sentido, los conocidos y sucesivos proyectos de código penal internacional llevados a cabo con carácter privado por M.C. BASSIOUNI. Basta con ver algún índice, por ejemplo, de aquél que ha sido traducido al castellano (*Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional* - traducción, notas y anexo de J.L. de la Cuesta Arzamendi -, Tecnos, Madrid, 1984) para darse cuenta de la serie de conductas que podrían o deberían ser también tipificadas en los ordenamientos internos: crímenes de guerra, empleo ilícito de armas, crímenes contra la humanidad, captura de rehenes, empleo ilícito del correo, delitos relativos a las drogas, robo de tesoros nacionales y arqueológicos, corrupción de funcionarios públicos extranjeros, actos de interferencia en cables submarinos, tráfico internacional de publicaciones obscenas (*op. cit.*, pp. 101-103 y pp. 104 y ss.). Otras conclusiones equivalentes del mismo autor pueden verse en la monografía *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.

tiempo de guerra<sup>7</sup>. De esta forma, instrumentos jurídico-internacionales de índole penal, tales como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia<sup>8</sup> y Ruanda<sup>9</sup>, el Proyecto de Código de la C.D.I.<sup>10</sup> o el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma tratan estos crímenes -o alguno de ellos- dotándolos de sustantividad propia, efectuando, por tanto, un deslinde respecto de otros crímenes y obviando la situación o las circunstancias, de paz o de conflicto, que rodeen su comisión.

Partiendo, de un lado, de la premisa de la plena autonomía actual de los crímenes contra la humanidad y, de otro lado, de su gravedad<sup>11</sup> y del incremento progresivo de las conductas que se consideran constitutivas de tales desde su génesis jurídica hasta hoy día<sup>12</sup>, estimamos que esta categoría de delitos propiamente internacionales debería ser objeto de una tipificación nacional específica. Previsión concreta que echamos de menos en el Código penal español.

<sup>7</sup> Como es sabido, imperativos de legalidad (“últimos escrúpulos de legalismo positivista”, en palabras de A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, Tomo II*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas / Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957, p. 613) determinaron que la tipificación de estos nuevos delitos internacionales se vinculara formalmente a las de las otras dos categorías de delitos incriminadas internacionalmente tras la segunda guerra mundial: los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra. De este modo, sólo los delitos cometidos desde el 1 de septiembre de 1939 podían constituir crímenes contra la humanidad de conformidad con el Estatuto de Londres y, por consiguiente, entrar dentro del ámbito competencial del Tribunal de Nuremberg. Sobre el requisito de tal conexión, pueden verse los comentarios de H.D. DE VABRES, “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *R. des C.*, Tome 70, 1947-I, pp. 477-582, especialmente, pp.505-527; J. GRAVEN, “Les Crimes contre l’humanité”, *R. des C.*, Tome 76, 1950-I, pp. 433-605, en especial, pp. 516-522; A. MIAJA DE LA MUELA, “El genocidio, delito internacional”, *R.E.D.I.*, Vol. IV, Núm.2, 1951, pp. 363-408, pp. 384 y 385; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, Tomo II, cit., pp. 607-623.

<sup>8</sup> Véase su artículo 5.

<sup>9</sup> Véase su artículo 3.

<sup>10</sup> Véase *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A.G., *Documentos Oficiales*, Quincuagésimo primer periodo de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/51/10)*, 1996, pp.100-111.

<sup>11</sup> El Estatuto de la Corte Penal Internacional incluye esta categoría de crímenes entre las únicas cuatro de que puede conocer. El límite viene impuesto (dejando aparte ahora las reticencias de ciertos Estados a incluir otras conductas, a su vez, por varias razones) por un criterio de gravedad. Se trata, según las propias palabras empleadas en el Estatuto, de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

<sup>12</sup> Baste con cotejar en tal sentido los “actos o persecuciones” incluidos en el artículo 6 del Estatuto de Londres de 1948 con los recogidos en el artículo 18 del Proyecto de Código de la C.D.I. o en el artículo 7 del Estatuto de la nueva Corte Penal Internacional (“Crímenes de lesa humanidad”). Estos dos últimos textos, que contienen una serie mucho más amplia de conductas, reflejan en gran medida, sin duda, el Derecho consuetudinario sobre la cuestión y, en lo que se refiere a determinadas acciones, deja ver al menos por dónde se encamina la *opinio iuris* de los Estados. En la disposición contenida en el Proyecto de la C.D.I., se entiende que constituyen crímenes contra la humanidad cualquiera de los actos siguientes, cuando son cometidos de forma sistemática o en gran escala e instigados o dirigidos por un gobierno, organización política o grupo: “a) Asesinato; b) Exterminio; c) Tortura; d) Sujeción a esclavitud; e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población; g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; h) Encarcelamiento arbitrario; i) Desaparición forzada de personas; j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual; k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”; *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones...*, *Suplemento N° 10 (A/51/10)*, 1996, cit., pp. 100 y 101. Por lo que se refiere a la lectura del extenso artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Roma, arroja una enumeración equivalente. Si cabe, son de destacar algunas menciones explícitas que no aparecían en el texto anterior, como el “crimen de apartheid” o ciertos abusos sexuales concretos: “esclavitud sexual (...), embarazo forzado, esterilización forzada”.

Bien es cierto que generalmente los delitos internacionales que constituyen crímenes contra la humanidad (consuetudinariamente, convencionalmente o según textos potencialmente normativos como los contenidos en el Proyecto de Código elaborado por la C.D.I.) podrán encajar más o menos en otras figuras previstas en el Código penal de nuestro país (aunque por esa regla de tres tampoco hubiera hecho falta tipificar el genocidio expresamente, al contarse con los tipos penales del asesinato o de las lesiones). No obstante, no todas aquellas conductas encajarían en las normas penales internas. ¿Dónde incardinar con expectativas de encontrar una sanción realmente adecuada a la gravedad del delito, por ejemplo, el exterminio, el *apartheid*, la sujeción a esclavitud, la deportación o traslado forzoso de poblaciones, el embarazo forzado o la *desaparición* de personas?

La ausencia de disposiciones sustantivas, pero también la carencia de disposiciones procesales, pueden conducir, si no a sentencias injustas -porque el tipo penal interno no contenga todos los elementos de la tipificación internacional-, sí a una paralización de la actuación judicial nacional en curso. Piénsese, sin ir más lejos, en las incesantes dificultades surgidas durante la instrucción judicial seguida en nuestro país con respecto al *Caso Pinochet* y también en las que han ido afectando a los distintos Tribunales británicos que se han hecho cargo del mismo. Al margen, claro está, de las omnipresentes, en este tipo de asuntos, razones políticas y *de Estado* y de su influencia, parece que la insatisfacción generada por las deficiencias de los tipos penales internos y la ausencia, en definitiva, de una categoría de delitos que contemplara de modo global los crímenes contra la humanidad habrán tenido algo que ver a la hora de causar tantos quebraderos de cabeza<sup>13</sup>.

Ciertamente, la previsión de un Capítulo independiente relativo a los crímenes contra la humanidad contribuiría a alcanzar mayores cotas de justicia material, al poder imponerse una pena adecuada y específica para este tipo de delitos<sup>14</sup>, aspirando a tener en cuenta así tanto los posibles elementos subjetivos como los de carácter objetivo, extranjeros o internacionales, que conformen el contexto de su ejecución. Es más, sólo contando con disposiciones sustantivas (que tipificasen estos delitos pormenorizadamente) y procesales (que previesen la aplicación del principio de jurisdicción universal)<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Aparte de los inconvenientes procesales que genera frecuentemente la aplicación del principio de jurisdicción universal (base competencial que, no se olvide, exige que el Estado dispuesto a ejercerla cuente con la presencia del presunto autor del delito en su territorio), no deben ignorarse tampoco los problemas que pueden situarse a caballo entre lo sustantivo y lo procesal, en estos casos. Así, si se contara en nuestro Código penal con la tipificación específica de la desaparición forzada o con la genérica de los crímenes contra la paz y, consiguientemente, con una previsión competencial correspondiente en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), no sería necesario acudir a forzar el encaje de los hechos de las *desapariciones* en el tipo penal de los delitos de genocidio. Véase a este respecto el apartado III.B.2. de este trabajo.

<sup>14</sup> Aunque no se pueda evitar que ésta varíe de Estado a Estado, lo cual sin duda introduce un nuevo factor de discriminación en cuanto entra en juego el principio de jurisdicción universal, por las diferencias existentes entre las penas previstas en las distintas normas penales nacionales.

En otro orden de cosas, pero en relación con esta misma idea de alcanzar una pena específica y adecuada para este tipo de delitos, tal vez pueda decirse que la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la(s) pena(s) a imponer o un margen para la(s) misma(s) al tiempo de la redacción de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 determinó la ausencia de su previsión en todos los instrumentos jurídico-internacionales de carácter penal posteriores, que no hacen más que remitirse en este punto a los Derechos internos (a pesar de que pueda citarse el ejemplo de alguna Convención durante cuya elaboración se haya vuelto a intentar establecer la pena desde el mismo plano internacional: la Convención para la Represión del Apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 - véanse las propuestas de Italia y Austria en tal sentido, en *I.C.A.O., Doc. 8979-LC/165-2*, 1970, p. 116 -; sin duda el fracaso de tal fórmula volvió a condicionar la falta de penas en los textos normativos posteriores).

<sup>15</sup> Como ya es sabido, el principio de universalidad sólo puede activarse respecto de los delitos propiamente internacionales cuya característica principal es que afectan gravemente a valores esenciales de la Comunidad internacional, de tal forma que se entienden dirigidos contra aquélla en su conjunto, pero a la vez contra cada uno de los Estados que la integran. Por tal razón, dicho principio determina la competencia por el lugar en que se encuentre el presunto delincuente tras la comisión del delito, con independencia de que concurra o no cualquier otro vínculo. Esta base competencial se encuentra recogida, desde 1985, en el artículo 23.4 de la L.O.P.J. española.

en todos los Códigos penales nacionales y con una dosis suficiente de voluntad política -en materia de cooperación penal, asistencia judicial mutua, extradición, o sumisión por el poder ejecutivo de un determinado caso al judicial- podría articularse un sistema internacional efectivo de prevención y sanción penal, que paliara las deficiencias estructurales que ha conllevado la ausencia, hasta hace muy poco tiempo, de un Tribunal penal internacional de carácter permanente y, una vez que éste existe, que implica la falta de su jurisdicción obligatoria con efecto general.

Pero, además, la tipificación de los crímenes contra la humanidad en un Capítulo propio traería, sin duda, importantes progresos formales. Por una parte, su incorporación supondría dotar al Título XXIV del Código penal español de una mayor coherencia interna, sobre todo si el genocidio se tratase en su justa dimensión, es decir, en su consideración de crimen -de uno de los crímenes- contra la humanidad, en una relación de especie-género<sup>16</sup>. Por otra parte, el tratamiento específico de los crímenes contra la humanidad en un Capítulo del Título XXIV del Código penal tendría el efecto de dotar al contenido del Título de una congruencia con su propio encabezamiento de la que ahora carece, al pretender referirse éste, literalmente, a los delitos contra la Comunidad internacional.

## **B. El apoderamiento ilícito de buques y aeronaves y los actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea.**

En el Capítulo IV del Título I (“Delitos contra la seguridad exterior del Estado”) del anterior Código penal, que tan sólo constaba de dos artículos, el 138 y el 139, se contenían los “delitos de piratería”, vigentes hasta mayo de 1996. Aunque debe decirse más bien que bajo dicha rúbrica se contenían penas para dichos delitos porque, en realidad, no se establecía siquiera el concepto de lo que había de entenderse por actos de piratería<sup>17</sup>. Lo cual lógicamente había sido motivo de críticas, al igual que la misma terminología utilizada. Además, en dicha regulación se integraban sin matices los mismos actos cometidos “contra aviones, aeronaves o aparatos similares o utilizando tales medios para la realización de aquéllos”<sup>18</sup>. Por si ello fuera poco, estos preceptos adolecían además de otras graves tachas que habían originado una amplia reprobación doctrinal<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Es necesario precisar, de todas formas, que esta consideración del genocidio como un crimen contra la humanidad no es unánime. A pesar de que el propio creador del término y del concepto de *genocidio* pareció entenderlo implícitamente así (véase R. LEMKIN, “Le crime de genocide”, *R.D.I.*, N° 4, octubre-diciembre, 1946, pp. 213-223; especialmente, pp. 216-220) y que éste es verdaderamente el criterio más extendido en la doctrina (véase, *ad. ex.*, H.D. DE VABRES, *loc. cit.*, p. 505 o M. PÉREZ GONZÁLEZ, “La responsabilidad internacional de sujetos distintos de los Estados”, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, -dir. Manuel Díez de Velasco-, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 707-721; p. 713), no faltan negadores expresos de tal relación (así, A. MIAJA DE LA MUELA, *loc. cit.*, p. 386).

<sup>17</sup> Según el texto del derogado artículo 138, el delito de piratería cometido contra españoles o nacionales de otro Estado que no se hallase en guerra con nuestro país, era castigado con la pena de reclusión mayor. Si el delito fuera cometido contra nacionales no beligerantes de otro Estado que se hallase en guerra con España, era castigado con la pena de prisión mayor.

Asimismo, en el artículo 139 se consideraban como tipos cualificados, a efectos de la pena (que se elevaba considerablemente), además de la calidad de “jefe, capitán o patrón pirata”, el apresamiento al abordaje o con incendio, el que el delito fuera acompañado de asesinato, homicidio, cierto tipo de lesiones, o atentados contra la honestidad, y el que se hubiere dejado a alguna persona sin medio de salvarse.

<sup>18</sup> Artículo 139, último párrafo.

<sup>19</sup> Así, por una parte, el artículo 138 efectuaba una distinción según la piratería se llevase a cabo contra españoles o contra extranjeros de una nación que no se hallase en guerra con España y súbditos no beligerantes de otra nación que se hallase en guerra con nuestro país, con una rebaja de la pena en este último caso.

Como se ve, esas distinciones, además de ser absurdas, podían plantear serios problemas de interpretación en aquellos casos en los que el buque o la aeronave asaltada trasladase a la vez a nacionales y extranjeros no beligerantes; Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 672.

Todos estos defectos e insuficiencias de la antigua regulación del Código penal, pero sobre todo la existencia de dos Leyes especiales y, por tanto, de aplicación preferente, habían propiciado que ya desde hace tiempo se hablara de ambas disposiciones como de letra muerta<sup>20</sup>. Ha de decirse que en esta última ocasión el legislador nacional sí pareció hacerse eco de las opiniones doctrinales que se habían vertido con anterioridad y percibir, por consiguiente, el anacronismo que representaban aquellas dos disposiciones. La solución finalmente acogida en la reforma emprendida por la L.O. 10/1995 fue la de la supresión pura y simple de esos dos preceptos. Desde la entrada en vigor del nuevo Código penal, pues, no existe ya en su texto ninguna disposición sobre esta cuestión. Debemos hacer por tanto una breve referencia a las normas que son de aplicación al respecto.

En el **ámbito aéreo**, se ha venido aplicando la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea<sup>21</sup>, en cuyo ámbito de aplicación cabe incluir los actos de detención ilegal de personas, en cuanto en el artículo 39 se contempla el apoderamiento de una aeronave con violencia e intimidación “en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado”. Pero es de señalar que dicha Ley ha sido modificada por la L.O. 1/1986 de 6 de enero, que ha venido a suprimir la jurisdicción penal aeronáutica para los delitos y faltas tipificados en la Ley de 1964<sup>22</sup>.

En el **ámbito marítimo**, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 1955 se ocupaba de los actos de piratería, desplazando siempre la regulación del Código, por tratarse de una ley penal preferente. Sin embargo, a partir de la derogación de esta Ley por la nueva Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992<sup>23</sup> la situación se ha vuelto verdaderamente confusa y problemática debido a que la nueva Ley carece de carácter penal, conteniendo únicamente sanciones administrativas<sup>24</sup>.

A la vista de ello, hasta la última reforma del Código penal que ha entrado en vigor en 1996 sólo quedaba la solución de retornar a la aplicación de aquellas dos disposiciones contenidas en el Código penal, a pesar de su carácter obsoleto e incompleto. No obstante, la situación todavía ha empeorado más tras la última reforma, pues ahora ni siquiera aquel Derecho está ya vigente. Por consiguiente, sólo nos queda lamentar el vacío legislativo presente en estos momentos y llamar la atención sobre la penosa ausencia de diligencia que ha demostrado el legislador español, al no cuidarse, en un primer momento, de armonizar la legislación interna con la internacional o al menos de actualizarla, y al no prever, en la última modificación general introducida en nuestro ordenamiento penal, alguna norma paralela al respecto.

---

De otro lado, también había sido objeto de censura la incoherencia que resultaba de no contemplar los actos de piratería contra los súbditos beligerantes de un país que se hallase en guerra con España, que serían así atípicos (*vid.* el desarrollo de RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 672), a la vez que se criticaba también la laguna existente respecto de los apátridas (*cfr. ibidem*).

<sup>20</sup> *Id.*, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 593 y 594, y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 669 y 670.

<sup>21</sup> Ley 209/1964, de 24 de diciembre; *B.O.E.*, de 28 de diciembre.

<sup>22</sup> *B.O.E.*, núm. 12, del 14 de enero.

<sup>23</sup> Ley 27/1992, de 24 de noviembre; *B.O.E.*, núm. 283, de 12 de diciembre.

<sup>24</sup> Se ha censurado además que la nueva Ley no establezca ninguna disposición transitoria relativa a las condenas impuestas por la anterior o a los procedimientos que se estén desarrollando; lo cual, de un lado, impedirá que se cumplan las condenas ya impuestas y, de otro, provocará que hayan de archivarse los procedimientos en tramitación. Se trata de nuevos problemas que han sido atribuidos a “un lapsus del legislador, sin duda debido a la ligereza con que se elaboran las normas”; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 669 y 670.

### III. LOS DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

#### A. Delitos contra el derecho de gentes

Tal como hemos anticipado, el nuevo Título XXIV del Código penal se abre con un primer capítulo que se titula “Delitos contra el Derecho de gentes”. Aunque el encabezamiento pudiera hacer intuir un contenido más amplio y, por tanto, más cercano al de su concepto en el ordenamiento internacional, tal impresión es errónea, pues allí tan sólo encuentran cabida ciertos delitos cometidos contra el “Jefe de un Estado extranjero” o contra una “persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España”<sup>25</sup>.

De este modo, en dos preceptos, los artículos 605 y 606, se condensa toda la protección concedida a los mencionados representantes extranjeros, en línea con la experiencia del Derecho comparado extranjero, que frecuentemente recurre también a englobar en un tipo penal único a las dos categorías de personas como sujeto pasivo del delito. Los Jefes de Estados extranjeros y otras personas internacionalmente protegidas se constituyen, así, indistintamente en el objeto material de la conducta prevista, sin que se hagan tampoco distinciones en lo que atañe al *quantum* de la pena a imponer, según que el acto delictivo se cometa contra personas de una u otra condición. En cualquier caso, este tipo de delito con inherentes elementos extranjeros y visibles elementos o efectos internacionales es, sin duda, el más reconocido y extendido en las normas penales internas<sup>26</sup>.

La regulación española había sido parcialmente modificada en 1983, pese a que nuestro país tardaría todavía dos años más en ratificar la Convención de Nueva York de 1973<sup>27</sup>. Precisamente a aquella renovación preconconvencional responde el contenido de los preceptos vigentes, que no han experimentado ninguna alteración sustantiva tras la última reforma.

#### 1. El concepto de persona internacionalmente protegida

El concepto normativo de “persona internacionalmente protegida” tiene un carácter abierto. La Convención de Nueva York ofrece ulteriores precisiones al respecto en su artículo 1. Este precepto, además de dejar sentado el carácter de persona internacionalmente protegida que tienen los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores en un Estado extranjero, así como los miembros acompañantes de su familia, incluye a los representantes, funcionarios, personalidades

---

<sup>25</sup> Con anterioridad a la última reforma, en el Capítulo que llevaba igual rótulo, “Delitos contra el Derecho de gentes”, se incluían, además de los ataques a las personas internacionalmente protegidas (antiguos artículos 136 y 137), el delito de genocidio (anterior artículo 137 bis). Sobre la evidente falta de adecuación entre la designación del capítulo y el contenido previo a la entrada en vigor de la L.O. 10/1995 ya había centrado su atención un importante sector doctrinal. Críticas que persisten ahora con mayor razón si cabe ante el vaciamiento del capítulo en su mitad y la profundización del legislador en aquel desequilibrio previo. *Vid.*, subrayando tal falta de correspondencia y proponiendo la denominación para el presente capítulo de “Delitos contra las personas internacionalmente protegidas”, el comentario de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., en “Delitos contra...”, *Seguridad Nacional - Seguridad Internacional*, *loc. cit.*, p. 57.

<sup>26</sup> Para una corroboración de ello y un repaso de los antecedentes normativos más relevantes en nuestro propio ordenamiento penal y en la legislación comparada, puede verse QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Atentados contra la soberanía estatal extranjera y sus órganos”, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas / Instituto Franciscano de Vitoria, Madrid, 1955, pp. 283-296.

<sup>27</sup> *Vid.* B.O.E. núm. 33, de 7 de febrero de 1986.

oficiales o agentes de Estados u organizaciones intergubernamentales que en el momento y lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, de acuerdo con el Derecho internacional, a una protección especial, del mismo modo que los miembros de su familia. La Convención de Nueva York no hace, por tanto, más que, por un lado, recoger el Derecho internacional consuetudinario en lo que se refiere a los Jefes de Estado y de Gobierno y a los Ministros de Asuntos Exteriores y, por otro lado, efectuar un reenvío y atenerse a la protección dispuesta por el Derecho internacional, consuetudinario o convencional, con respecto a los demás géneros de personas.

El tenor relativamente abierto de la disposición internacional contenida en el artículo 1 de la Convención de Nueva York y también su vocación de desarrollarse a la par que la misma evolución seguida por el Derecho internacional, al remitirse a la solución aportada por éste en cada momento, ha sido, para nosotros, correctamente plasmada en la normativa interna española. No obstante, en esta última se reducen, literalmente, las normas internacionales a tener en cuenta a las meramente convencionales. Pero no parece que ello pueda suponer algún problema: según nuestro ordenamiento penal, es persona internacionalmente protegida aquélla que es considerada como tal por un tratado.

Sin embargo, esta consideración del sujeto pasivo en la norma interna no ha sido igualmente bien recibida por toda la doctrina penalista. De hecho, según alguna opinión, ni la Convención internacional obligaba a otorgar sobreprotección a todas las personas integradas en su definición del artículo 1 ni fue oportuno que en nuestro Código penal se empleara una cláusula general. En suma, según la citada postura, el legislador español debió haber delimitado los supuestos en que esta protección se hacía necesaria<sup>28</sup>. No podemos estar de acuerdo con un planteamiento así y creemos que la experiencia reciente avala nuestra discrepancia. Ciertamente, ni la disposición internacional ni la interna española adolecen, a nuestro juicio, de una amplitud excesiva<sup>29</sup>. El posible contenido de ambas viene acotado por la propia evolución del Derecho internacional (por el Derecho convencional en concreto, en el caso de la segunda norma de naturaleza interna). Y ha sido esa flexibilidad del concepto normativo la que ha permitido que nuevas categorías de personas protegidas internacionalmente por un nuevo tratado puedan encajar perfectamente en el tipo penal español sin necesidad de acometer otra reforma. Nos referimos a las personas que entran en el ámbito de aplicación de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, adoptada por la Asamblea General por medio de la Resolución 49/59 de 9 de diciembre de 1994<sup>30</sup>. Son múltiples las razones que respaldan la conveniencia y aun la urgencia de que los delitos específicamente dirigidos contra este tipo de personas se encuentren concretamente previstos en los ordenamientos penales nacionales<sup>31</sup>. Algunos

<sup>28</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T.S. y CARBONELL MATEU, J.C., "Delitos contra la Comunidad Internacional (Lección XLIV)", en VIVES, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGER, E., CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 821-826; p. 823.

<sup>29</sup> En esta dirección, puede verse la crítica que RODRÍGUEZ-VILLASANTE dirige también a VIVES, en *loc. cit.*, pp. 59 y 60.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE ya advertía muy recientemente sobre esta posibilidad, al referirse expresamente a este considerable ensanchamiento del sujeto pasivo del delito, insinuando, y seguramente adivinando, si aquél habrá sido "insospechado para el legislador penal español"; *loc. cit.*, p. 57, y también, particularmente, las pp. 60-63.

<sup>31</sup> El artículo 1 de la Convención establece las definiciones de las personas protegidas que entran en el ámbito de su aplicación *ratione personae*. Así, para los efectos del texto convencional:

"a) Por "personal de las Naciones Unidas" se entenderá:

i) Las personas contratadas o desplegadas por el Secretario General de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas;

de esos motivos se hallan fuertemente entrelazados: la escalofriante serie de conflictos armados internos abiertos en la actualidad; el incesante estallido de nuevas fuentes de tensiones internas y disturbios interiores; el ahora frecuente y hasta hace bien poco tiempo casi insólito despliegue de actividades *pacificadoras* de distinta índole (diplomacia preventiva, operaciones humanitarias, establecimiento, mantenimiento o consolidación de la paz); la creciente participación estatal en aquéllas, así como el número también progresivo de Estados que se han animado a *intervenir*; la desgraciada multiplicación de los atentados contra las personas que participan en tales misiones; la excepcional gravedad de las consecuencias que estos ataques tienen, no sólo para sus víctimas materiales sino para la Comunidad internacional entera... En fin, vale la pena señalar que la misma Comisión de Derecho Internacional no ha podido sustraerse a una consideración individualizada y ha decidido incluir estos delitos como crímenes autónomos (“crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado”) en su Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>32</sup>. Aunque tal vez sea bueno añadir que de acuerdo con este proyecto de codificación sólo se cometerá uno de estos crímenes internacionales cuando concorra un ulterior elemento subjetivo, esto es, si media el propósito de “impedir o dificultar el cumplimiento del mandato” de la operación en curso. Requisito, sin embargo, que no figura en la Convención de 1994, la cual se contenta con proteger a las personas participantes y no a la operación en sí misma<sup>33</sup>.

## 2. Los delitos tipificados y los delitos no específicamente tipificados

Los únicos delitos que expresamente aparecen tipificados en el Ordenamiento penal español son los atentados contra la vida<sup>34</sup>, la producción de lesiones<sup>35</sup> y la violación de la inmunidad personal de las personas internacionalmente protegidas<sup>36</sup>.

---

ii) Otros funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas o sus organismos especializados o el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) que se encuentren presentes, con carácter oficial, en una zona donde se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas.

b) Por “personal asociado” se entenderá:

i) Las personas asignadas por un gobierno o por una organización intergubernamental con el acuerdo del órgano competente de las Naciones Unidas;

ii) Las personas contratadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, por un organismo especializado o por la OIEA;

iii) Las personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el Secretario General de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el OIEA”.

<sup>32</sup> Vid. el artículo 19 del Proyecto, en *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones...*, Suplemento N° 10 (A/51/10), 1996..., cit., pp. 111-118. La C.D.I. se expresa con contundencia en su comentario sobre la disposición. En concreto, es reseñable a nuestros efectos el siguiente desarrollo: “(...) los ataques contra ese personal están dirigidos contra la comunidad internacional y vulneran el fundamento mismo del sistema jurídico internacional establecido con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales por medio de medidas de seguridad colectiva para prevenir y eliminar las amenazas a la paz. La comunidad internacional tiene la responsabilidad especial de garantizar el enjuiciamiento y castigo efectivos de los responsables de los actos criminales contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado que suelen producirse cuando el sistema nacional de justicia penal o de orden público es inoperante o no es capaz plenamente de responder a esos crímenes (...) Las consecuencias negativas ulteriores de esos ataques pueden consistir en una creciente vacilación o renuencia de los individuos a participar en operaciones de las Naciones Unidas y, de parte de los Estados miembros, a proporcionar personal calificado a la Organización para esas operaciones”; *ibidem*, pp. 113 y 114.

<sup>33</sup> Vid. el párrafo 1 del artículo 19 y el comentario de la C.D.I. al respecto, en *loc. cit.*, p. 116.

<sup>34</sup> Artículo 605, párrafo primero, en donde se castiga con la pena de prisión de veinte a veinticinco años y, si concurrieran dos o más circunstancias agravantes, con la pena de veinticinco a treinta años.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párrafo segundo, imponiendo la pena de prisión de quince a veinte años si las lesiones fueran algunas de las previstas en el artículo 149 (esto es, que causaran “la pérdida o la inutilidad de un órgano o de un miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica”) y la de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.

Con respecto a esta última infracción prevista, la concreción del amparo penal otorgado por la normativa interna española depende, una vez más, del contenido de las inmunidades dispuestas por el Derecho internacional. Lógica remisión que se hace expresa en la L.O.P.J., cuando, al referirse a la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles en general, exceptúa, en el párrafo segundo del artículo 21, “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas del Derecho internacional público”. De todas formas, su consideración como delito en nuestro Derecho interno, haciendo desencadenar la pura responsabilidad individual, restringe su alcance a aquellas inmunidades que sean simplemente de carácter personal. Por tanto, habrá que estar al Derecho internacional consuetudinario y convencional para verificar cuál es la extensión de la inmunidad personal de que goza cada tipo de persona internacionalmente protegida y poder eventualmente castigar su violación conforme al Derecho penal interno<sup>37</sup>.

Debe dejarse sentado, en cualquier caso, que con toda probabilidad, a diferencia de lo que ocurre en relación con los atentados contra la vida y la integridad física (previstos, respectivamente, en los párrafos primero y segundo del artículo 605), la violación de la inmunidad personal de un jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por vía convencional (tipificada en el párrafo primero del artículo 606) sólo puede ser cometida por un sujeto activo que sea una autoridad o un funcionario público. De no tratarse de una acción que pretende ser legal, podríamos hallarnos, por ejemplo, ante un delito de detención ilegal<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Artículo 605, párrafo primero, en el cual se impone la pena de prisión de seis meses a tres años.

<sup>37</sup> Así, ha de protegerse penalmente la inviolabilidad de la persona del agente diplomático, quien no podrá ser nunca objeto de ninguna medida de detención o arresto y que disfruta de la inmunidad de jurisdicción penal absoluta en el Estado receptor (*vid.* los artículos 29 y 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961; *B.O.E. núm. 21*, de 24 de enero de 1968).

Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva, salvo cuando se trate de un delito grave y sólo por decisión de la autoridad judicial competente. Y, con excepción de tal supuesto, tan sólo podrán ser detenidos o sometidos a otra forma de limitación de su libertad personal en virtud de sentencia firme. Además, los funcionarios y empleados consulares tienen inmunidad de jurisdicción respecto a la actuación de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones (cfr. artículo 41, párrafos primero y segundo, y artículo 43, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963; *B.O.E. núm. 56*, de 6 de marzo de 1970).

Por lo que se refiere a las inmunidades de los miembros de las Misiones Especiales, se regulan en los artículos 29 y 31 (para los representantes de los Estados y el personal diplomático, con un reconocimiento igual al previsto en la Convención de 1961) y en los artículos 36, 37 y 39 (para el personal administrativo y técnico, el personal de servicio y los integrantes de las familias de los miembros de la Misión, respectivamente) de la Convención de 8 de diciembre de 1969.

Las inmunidades garantizadas a los miembros de las Misiones permanentes de los Estados ante las Organizaciones internacionales aparecen estipuladas en la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones de carácter universal, de 14 de marzo de 1975 (artículos 28, 30 y 36), así como en los numerosos tratados bilaterales existentes al respecto.

Por su parte, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado obliga, en su artículo 4, a los Estados receptores a concluir lo antes posible con las Naciones Unidas acuerdos sobre el estatuto de las operaciones a desempeñar y del personal que participa en la misma. Acuerdos en los que deben figurar “disposiciones sobre las prerrogativas e inmunidades de los componentes militares y de policía de la operación”.

<sup>38</sup> Tal como, con muy buen criterio, sostiene J.M. TAMARIT SUMALLA, al advertir que “a pesar que el sujeto activo aparece contemplado de modo indiferenciado conforme a la fórmula usual “el que”, cabe entender que tan sólo podrán ser autores del delito los funcionarios, puesto que la violación de la inmunidad supone una acción del Estado receptor contra el Estado representado por la persona internacionalmente protegida (...). En lo que respecta a la detención, no se produce concurso de delitos con el tipo de detención ilegal practicado por autoridad o funcionario, ya que el art. 530 se refiere a las garantías “constitucionales y legales”, entre las que no se encuentra la inviolabilidad diplomática, reconocida a través de normas de Derecho internacional público”; “Delitos contra la Comunidad internacional”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, G. Quintero Olivares (Director) y J.M. Valle Muñiz (Coordinador), Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 1633 y ss; p. 1637.

No obstante, en el párrafo tercero del artículo 605 se deja la puerta abierta al castigo de otros delitos:

“Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior”.

No podemos dejar de criticar la redacción de esta disposición, en cuanto deja fuera de la previsión explícita, con los efectos que previsiblemente de ello se derivan con respecto a la pena a imponer, los delitos de detención ilegal o secuestro. Creemos que merecían cuando menos una mención al igual que las lesiones, por dos razones.

En primer lugar, sería conveniente una referencia expresa porque la misma Convención de Nueva York, fuente de inspiración legal obligada para los numerosos Estados partes, lo hace, al acoger explícitamente en su artículo 2, entre las conductas tipificadas, el secuestro y otros atentados contra la libertad de una persona internacionalmente protegida. Y, a pesar de que la Convención no obliga a efectuar *ex novo* una tipificación independiente de todos los ataques contra las personas que gozan de protección internacional con la imposición de una penalidad superior, sino sólo a establecer penas adecuadas a su carácter grave, el dato de que prevea unas conductas atentatorias abiertamente y otras no y, todavía, el que sancione más severamente las primeras que las segundas introduce un factor discriminatorio un tanto absurdo; sobre todo, en la medida en que tal elección del legislador había venido, al menos parcialmente, siendo desmentida por la estadística. De esta forma, la segunda razón que planteamos profundizaría en esta línea y viene, además, como decimos apoyada en la realidad práctica.

Ciertamente, en segundo lugar, la oportunidad de una tipificación expresa en este lugar vendría motivada por el hecho de que esta categoría de delitos contra la libertad ha sido una de las que más frecuentemente se han dirigido contra tal tipo de personas<sup>39</sup>. Por tales motivos, nos causa extrañeza el que su ausencia no haya sido echada de menos en la doctrina<sup>40</sup>, porque ésta era también la redacción empleada en la regulación últimamente derogada<sup>41</sup>. De hecho, la única variación apreciable que figura en la normativa vigente con respecto a la anterior se centra en el cambio de sede de estas disposiciones.

---

<sup>39</sup> Sería imposible ofrecer aquí siquiera una cifra aproximada de los atentados contra la libertad de que han sido víctimas las personas internacionalmente protegidas. Pueden verse, simplemente a título indicativo, los abundantes casos de la práctica de los años setenta y hasta la mitad de los ochenta que se recogen en BAUMANN, C.E., *The Diplomatic Kidnappings*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1973; *id.*, “Diplomatic Kidnappings”, *Terrorism and Personal Protection*, Ed. by B.M. Jenkins, Butterworth Publishers, U.S.A., 1985, pp. 23-45; o en PRZETACKIK, F., *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1983.

<sup>40</sup> De ahí que nos parezca cuando menos incompleta y poco realista la matización que RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ añaden a su comentario del párrafo tercero del anterior artículo 137, cuando afirman que la expresión “delito cometido contra las personas” debe interpretarse con exclusión de los delitos de parricidio, asesinato, homicidio y lesiones; en concreto, cuando precisan, sin siquiera aludir a los delitos de detención ilegal, de secuestro o de terrorismo, que “restan muy pocas figuras que, por si fuera poco, son de dudosa aplicación: auxilio o inducción al suicidio, infanticidio o aborto, por supuesto sin consentimiento de la embarazada, si la persona es de sexo femenino”; *op. cit.*, p. 655.

<sup>41</sup> No obstante, ha de resaltarse la sorpresa, que nosotros compartimos, de J.M. TAMARIT SUMALLA, quien subraya a su vez la “ausencia de una referencia expresa a los atentados contra la libertad, a los que alude el art. 2.1.a) del citado Convenio (...), con una mención explícita al secuestro”. Igualmente, a juicio del autor, tampoco dicha omisión supone obstáculo alguno para considerar que entre los delitos contemplados en el párrafo tercero del artículo 605 se encuentren los delitos contra la libertad; cfr. “Delitos contra...”, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1635.

### 3. El requisito de la intencionalidad

La comisión de este tipo de delitos ha de ser siempre **intencional**. Es decir, el autor o autores han de conocer la cualidad de Jefe de Estado o de persona internacionalmente protegida de la víctima y convertirla en blanco de su ataque en virtud de tal condición. Este requisito se refleja formalmente por medio de ciertas cláusulas características en los textos convencionales internacionales al efecto. Por ejemplo, el artículo 2.1 de la Convención de Nueva York exige, para convertir en obligatoria la calificación como delito en las legislaciones de los Estados partes de los hechos previstos, que las acciones “se realicen intencionalmente”. Asimismo, el artículo 9 de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado requiere la “comisión intencional” de los actos contemplados. También el artículo 19 del Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad condiciona la consideración de crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado a que los actos se cometan “intencionalmente”<sup>42</sup>.

Sin embargo, en la legislación penal española nada se estipula con relación al necesario conocimiento del rango de la víctima que debe tener el sujeto activo del delito. Pero a pesar de esa ausencia formal, nada obsta a considerar que aquel elemento subjetivo del injusto está incluido en los tipos penales establecidos en los artículos 605 y 606 del Código penal y que su concurrencia es indispensable para entender producida la comisión de los delitos allí tipificados. De hecho, prácticamente toda la doctrina penalista española se ha detenido en este elemento subjetivo integrante del tipo y, directa o indirectamente, ha subrayado su imprescindible presencia<sup>43</sup>.

### 4. La reciprocidad en la pena impuesta

Con anterioridad a la primera reforma citada, acometida a principios de los años ochenta, ya existía una condición de reciprocidad que ha sobrevivido a las dos últimas modificaciones. En efecto, según el párrafo segundo del artículo 606, cuando los delitos comprendidos en los dos preceptos dedicados a la protección no tuvieran una pena recíproca en la legislación del país acreditante de las personas ofendidas, el autor será castigado con la pena que nuestro Código penal impone para dicho delito, con independencia del carácter oficial de la víctima. El requisito de que medie una equivalencia penológica entre las legislaciones de ambos Estados ha motivado una reflexión común según la cual se concluye, en nuestra opinión acertadamente, que lo que realmente se ha pretendido proteger, si bien de un modo indirecto, es al Jefe del Estado español y a los representantes españoles acreditados ante Estados extranjeros<sup>44</sup>. Condición que, dicho sea de paso, se reitera prácticamente siempre en las normas convencionales en materia de extradición y que, por tanto, puede frustrar la entrega del presunto autor de uno de estos delitos.

<sup>42</sup> Vid., además, el comentario al respecto de la C.D.I., *Suplemento Nº 10 (A/51/10)...*, loc. cit., pp. 115 y 115.

<sup>43</sup> Ya A. QUINTANO RIPOLLÉS, refiriéndose a los tipos penales predecesores de los actuales, hacía hincapié en “el plus específico de conocer la cualidad oficial del sujeto pasivo, sin lo cual tal delito no tiene razón alguna de ser”; *op. cit.*, p. 286. También en palabras de J.M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, “el dolo debe abarcar la condición de Jefe de Estado o persona internacionalmente protegida de la víctima”; *op. cit.*, p. 654. En la misma dirección, para F. MUÑOZ CONDE, “sólo es posible la comisión dolosa, que debe abarcar la condición (...) de la víctima. En caso de comisión imprudente de estos hechos serán aplicables los artículos 142 y 152”; *Derecho Penal...*, Edic. 1996, *op. cit.*, p. 654. En igual línea, puede verse el comentario de J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, loc. cit., p. 60.

<sup>44</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 653. Aunque también se ha argumentado, con razón, que este tipo de preceptos además propicia un efecto contagioso y, en consecuencia, su adopción por otros Estados, de modo que, sin duda viene a favorecer así la buena marcha de las relaciones interestatales; cfr. J.J. GONZÁLEZ RUS, “Delitos contra la Comunidad Internacional (Lección 66)”; en VV.AA., *Curso de Derecho Penal Especial. Parte Especial, II*, Dirección M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 959-975; p. 963.

## B. Delitos de genocidio

El Capítulo II del Título XXIV está constituido por una única disposición relativa a la tipificación del delito de más trágica actualidad internacional y que más atención ha acaparado por parte de los diversos medios de comunicación y de la opinión pública mundial en los últimos años. De hecho, es frecuente que el luctuoso sustantivo genocidio sea utilizado para *adjetivar* cualquier intento de descripción de conflictos armados o represiones armadas actuales o del pasado reciente -obviando en este lugar cualquier comentario sobre la incesante politización o la manipulación tanto de dichas situaciones como de sus causas-: Camboya, ex-Yugoslavia, Ruanda, Burundi, Sudán, Liberia, el caso kurdo, Kosovo ...

El delito de genocidio no supone, desde luego, una novedad en el Código penal español. Su tipificación data de la reforma de 1971 y desde entonces ha experimentado sucesivas revisiones que no lo han apartado demasiado de su previsión original<sup>45</sup>. Si bien es cierto que el núcleo esencial del tipo penal apenas ha variado tras la última reforma, sí se han producido ciertas inflexiones y, sobre todo, una apreciable ampliación de las figuras que giran en torno al delito o delitos centrales. Ciertamente, en lo que concierne a las categorías típicas, y aunque es cierto que se mantiene en lo fundamental la estructura anterior, ésta ha sido en parte perfeccionada, a través de una redistribución de los diversos actos punibles con una mejor sistemática, y en parte expandida, de modo que acoge algún nuevo supuesto. Por ello, no pretendemos ofrecer un recorrido general sobre el delito ni siquiera regresar sobre los problemas más polémicos que el genocidio ha suscitado. Éstas son cuestiones tratadas ya rigurosa y exhaustivamente por los miembros de la doctrina penalista española. Trataremos, por tanto, sólo de examinar lo que pueda haber de innovación tras la última reforma del Código penal, comprobar su grado de adecuación con la regulación internacional del delito y dar cuenta de algunos efectos prácticos generados por la insuficiente articulación entre las dimensiones internacional e interna de la reglamentación del delito.

Pero antes conviene subrayar que la mayor parte de los inconvenientes u obstáculos que cabe detectar en el ordenamiento español y en la generalidad de los sistemas internos en lo que respecta a esta materia son de tipo práctico (en realidad, de falta de actuación) y, a su vez, particularmente, de índole jurisdiccional. Problemas que vienen a ser consecuencia mediata del simple acercamiento individual a que se atrevieron los Estados cuando elaboraron la Convención de 1948<sup>46</sup> y, más inmediatamente, de las tímidas e insuficientes disposiciones que paralelamente introdujeron en materia de competencia penal, al establecer tan sólo el principio de competencia territorial, a la par que la remisión del asunto al tribunal penal internacional cuya jurisdicción hubieran aceptado las partes<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Nuestro país procedía así a la adaptación de su legislación interna con la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, a la cual se acababa de adherir; *vid.* B.O.E. núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

<sup>46</sup> Una crítica de tal aproximación convencional puede encontrarse en numerosos estudios; véase, por ejemplo, G.A. FINCH, "The Genocide Convention", *A.J.I.L.*, Vol. 43, Number 4, October 1949, pp. 732-738, pp. 733 y 734; J.L. KUNZ, "The U.N. Convention on Genocide", *A.J.I.L.*, Vol. 43, Number 4, October 1949, pp. 738-746, p. 745.

Este tratamiento del delito desde una perspectiva meramente privada e individual no pudo evitar, encima, que se interpusiera alguna de las famosas reservas que dieron lugar al Dictamen del T.I.J. En concreto, sobre la reserva formulada por Filipinas, relativa a una pretendida inmunidad penal del presidente de la República en esta materia, puede verse el comentario de M. DIEZ DE VELASCO Y VALLEJO, en "El Sexto dictamen del T.I.J.: Las reservas a la Convención sobre el Genocidio", *R.E.D.I.*, Vol. IV, Núm. 2, 1951, pp. 1029-1089, pp. 1049-1052.

<sup>47</sup> *Cfr.* Art. 6 de la Convención. Además, la disposición que contiene el mandato de remisión al T.I.J. de las controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención ha sido objeto de

Por lo demás, es de señalar también que, a diferencia de lo que sucede en relación con los crímenes de guerra, el Código penal de 1995 declara en relación con el genocidio la imprescriptibilidad de los delitos subsumibles en esta figura (art. 131.4) y de las penas a ellos aparejadas (art. 133.2). Se trata de una opción normativa susceptible de alcanzar una trascendencia práctica nada desdeñable, fundamentalmente teniendo en cuenta que no es extraño que los autores de este tipo de delitos huyan al territorio de otro Estado. En tales situaciones, pues, la existencia de un plazo normal de prescripción podría dar al traste con la posibilidad de detención y ejercicio de la correspondiente acción penal contra el presunto autor del delito, al precisarse generalmente de más tiempo para su localización, investigación penal y adopción de otras eventuales medidas.

### 1. Las posibles categorías de genocidio

Es ya clásica la distinción entre tres grandes tipos de genocidio: el *físico*, el *biológico* y el *cultural*. En general, la doctrina penalista interna entiende que sólo los dos primeros se encuentran recogidos en el actual artículo 607, al igual que estimaban que otro tanto sucedía con las disposiciones españolas predecesoras y con la propia Convención internacional. En efecto, no es difícil ver cómo la acción de matar (apartado 1º del párrafo primero), de producir lesiones (apartados 2º, 3º y 5º) y de someter al grupo o a cualquiera de sus miembros a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud (apartado 3º) se inscriben necesariamente en la categoría de genocidio físico; del mismo modo que actuaciones como la de llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, traslados por la fuerza de individuos de un grupo a otro o adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción han de incardinarse en un tipo de genocidio biológico<sup>48</sup>.

Es preciso señalar, sin embargo, que para ciertos autores españoles el genocidio cultural podría formar parte de las conductas tipificadas en el apartado 4º del párrafo primero del mismo artículo 607<sup>49</sup>. Allí se prevén actuaciones de diverso signo: por un lado, la realización de desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros o los traslados por la fuerza de individuos y, por otro lado, la adopción de cualquier medida que tienda a impedir su género de vida. Intentando una aproximación a aquella línea argumental y puestos a buscar un eventual acomodo normativo para el genocidio cultural, cabría decir que tal vez los actos dirigidos específicamente a destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo, podrían encajar mejor en aquel segundo grupo de acciones que en el primero. Esto es, las medidas que tiendan a impedir el género de vida de un grupo siempre se adecuarían más o tendrían mayores probabilidades de poder cubrir los actos de genocidio cultural que las conductas que consistan en efectuar desplaza-

---

reservas (entre ellas, la interpuesta por nuestro Estado). Ello no ha obstado, sin embargo, a que se haya pretendido fundar -con ligereza, como parecen mostrar los hechos- la competencia del T.I.J. sobre la Convención; *vid.* al respecto *Legality of Use of Force* (Yugoslavia c. Bélgica) (Yugoslavia c. Canadá) (Yugoslavia c. Francia) (Yugoslavia c. República Federal de Alemania) (Yugoslavia c. Italia) (Yugoslavia c. Holanda) (Yugoslavia c. Portugal) (Yugoslavia c. España) (Yugoslavia c. Reino Unido) (Yugoslavia c. Estados Unidos de América); en <http://www.icj-cij.org>.

<sup>48</sup> Debe quedar constancia de que tanto la Convención de 1948 como nuestro Código penal, al igual que otros textos como los últimos trabajos de la C.D.I., y a diferencia del Estatuto de Londres de 1948, conciben el tipo penal del genocidio de modo exhaustivo.

<sup>49</sup> Véase, en este sentido, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, "Delitos...", *Seguridad Nacional-Seguridad Internacional...*, *loc. cit.*, pp. 67 y 68 o J.J. GONZÁLEZ RUS en "Delitos...", *Curso...*, *op. cit.*, p. 969.

mientos o traslados impuestos coactivamente<sup>50</sup>. Pero, aun teniendo en cuenta que en un plano inmaterial el carácter esencialmente abierto e indefinido de la acción típica de impedir el género de vida de un grupo permitiría seguramente albergar manifestaciones o hechos constitutivos de un genuino genocidio cultural, todo parece indicar que la realidad jurídica es otra bien distinta. Al menos esa es la determinación que nos parece advertir en el espíritu del legislador, nacional e internacional. Ciertamente, si a lo largo de los trabajos preparatorios de la Convención de 1948 y de otros proyectos convencionales quedó y viene quedando clara la intención categórica de no incluir el fenómeno del denominado genocidio cultural entre los actos dirigidos a la aniquilación o destrucción parcial de un grupo a través de medios físicos o biológicos<sup>51</sup>, del mismo modo no hay constancia de que durante los períodos de tramitación parlamentaria española de la última reforma y de las disposiciones predecesoras en que figuraba una fórmula similar a la vigente se pretendiese incluir el genocidio cultural.

De todas formas, incluso en el hipotético caso de que hubiera llegado a acordarse lo contrario en la Convención de 1948 o en cualquier otro instrumento convencional y, consiguientemente, también en los ordenamientos penales internos, no vemos cómo hubiera podido llegar a recibir aplicación una disposición nacional con tal contenido. La razón que nos lleva a ser especialmente escépticos en este punto no es en absoluto la ausencia de casos en la práctica, sino el estimar que si los actos de genocidio físico y biológico se organizan y perpetran, casi por definición, desde la estructura gubernamental del Estado, las principales manifestaciones del *genocidio cultural*, como la prohibición de imprimir o publicar textos redactados en el idioma del grupo y de emplear dicha lengua en los colegios o la destrucción de bibliotecas, museos, escuelas, lugares de culto o monumentos históricos, mal pueden llevarse a cabo si no es desde el propio aparato estatal. La cita de un tristísimo ejemplo ya histórico puede ser más elocuente que muchas

---

<sup>50</sup> Aun así, éste es el lugar para que otros expertos en la materia vean, asimismo, en determinadas acciones de traslado un claro exponente de genocidio cultural. Éste es por ejemplo el caso de S. GLASER, quien, fijándose en el artículo 2, apartado 6 de la Convención de 1948 (traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo), afirma que "(...) Abstraction faite de ce que le choix du cas susmentionné d'un génocide culturel (transfert forcé d'enfants...) est fort arbitraire, -en effet on ne voit pas une différence substantielle entre ce cas et, par exemple, le fait d'empêcher la naissance par stérilisation ou avortement-, le génocide culturel devrait être admis dans son ensemble"; *Droit international pénal...*, op. cit., pp. 110 y 111.

<sup>51</sup> Durante los trabajos de redacción de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio llevados a cabo en la Sexta Comisión varias delegaciones propusieron la incorporación de la categoría del *genocidio cultural*, tal y como de hecho se había establecido en un inicial proyecto convencional. Las representaciones a favor eran, entre otras, las de Egipto, Pakistán y Venezuela. Y contaban con la rotunda oposición de Estados Unidos y Francia; cfr. *Document Seventeen (a), Sixth Committee. Legal Questions, Official Records of the Second Part. First Session of the General Assembly, Summary Record of Meetings 2 November-13 December 1946*. Por lo que se refiere a la decisión de no incluir el genocidio cultural en el proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, véase la explicación aportada por la C.D.I. en su comentario al Artículo 17; *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A.G., *Documentos Oficiales*, Quincuagésimo primer período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/51/10)*, 1996, pp. 97 y 98.

Aquella exclusión de una categoría de genocidio cultural de la Convención de 1948 dio ya entonces lugar a comentarios doctrinales. Sería cuando menos interesante revisar alguno de aquellos textos, teniendo presentes los acontecimientos que, producidos en numerosos puntos del planeta, incluido nuestro continente, de nuevo volvieron a conmocionar al mundo. Como un más que gráfico ejemplo, dejar fuera el genocidio cultural era una opción en gran medida justificada, a juicio de MIAJA DE LA MUELA, por la enorme distancia existente entre los actos dirigidos a destruir las manifestaciones culturales y el genocidio propiamente dicho. Mientras que este último constituye siempre un delito común, el denominado genocidio cultural tiene un marcado carácter político. Por otra parte, además, si igualmente para el primero sería imposible encontrar eximentes o atenuantes, para el segundo aún podría invocarse una pretendida prevención de separatismos; cfr. A. MIAJA DE LA MUELA, "El Genocidio, delito internacional", *R.E.D.I.*, Vol. IV, Núm.2, 1951, pp. 363-408; p. 378. Se trata, muy comprensiblemente, de cuestiones opinables. Tal vez no deba olvidarse tampoco que los problemas a debate en esta materia entroncan con las costumbres y tradiciones más apegadas a las distintas y múltiples formas de vida humana.

palabras: el Tibet. Sin entrar, obviamente, en la cuestión de fondo de la *anexión*, cabe citar como simples muestras de la *política de asimilación cultural* iniciada por parte china desde su ocupación en 1950, el saqueo de miles de monasterios, la persecución de monjes y lamas, la destrucción de viviendas o la imposición de un estilo arquitectónico chino, que han puesto en grave peligro la pervivencia de la civilización de todo un pueblo.

## **2. La cuestión del sujeto pasivo del delito de genocidio: la ausencia de los grupos políticos**

Para la comisión del delito de genocidio se precisa, además de la ejecución material de cualquiera de las conductas típicas pormenorizadas en el artículo 607, la concurrencia del propósito de destruir total o parcialmente a un grupo *nacional, étnico, racial o religioso*. Éste es el elemento subjetivo impuesto por imperativo de la norma interna, que no hace más que respetar en este punto el tenor literal de la Convención internacional de 1948. Así, con la aprobación del nuevo Código penal se ha venido a poner fin a una antigua errata que se había deslizado con ocasión de la publicación de la anterior reforma y que tenía por efecto reducir de cuatro a tres los grupos humanos protegidos, al suprimir la coma que debía ir entre los términos “nacional” y “étnico”. Incluido nuevamente el correspondiente signo de puntuación, vuelven a ser cuatro los grupos protegidos, al igual que sucede con la Convención internacional.

Pero, por otra parte, lo cierto es que ni entre los grupos establecidos en la Convención ni entre los previstos en la norma interna se encuentran los grupos *políticos*<sup>52</sup>. En cualquier caso, no es éste el lugar adecuado para retrotraerse al pasado y cuestionarse qué hubiera sido mejor, incluir o no a los grupos políticos, en las fechas de la elaboración de la Convención internacional. Lo cierto es que nuestro Código penal no hace más que permanecer fiel a la Convención en este punto, sin considerar, por consiguiente, como posible sujeto pasivo del delito a los grupos políticos.

Por tanto, en aquellos casos en que, a pesar de que se realice alguna de las conductas típicas del genocidio y concurra, además, el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo, la única característica común que aúne a todos los miembros de tal colectividad sea su filiación política, podrá hablarse de un crimen contra la humanidad (de exterminio, de persecución por motivos políticos o de cualquier otro acto inhumano que menoscabe gravemente la integridad física o mental de los seres humanos), a efectos internacionales y también de la normativa interna española, pero no de un delito de genocidio<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Es cierto que durante la elaboración de la Convención internacional de 1948 se pretendió su introducción, de modo insistente además, por países como Estados Unidos, Reino Unido y Holanda. Intentos que toparon con la objeción expresa de otros Estados, la ex-U.R.S.S., Polonia, Egipto, Irán, Perú, Brasil y Uruguay, que frustraron su inserción.

Se manejaron varios criterios para oponerse a la inclusión. Se incidió, de este modo, en el previsible argumento de la imposibilidad de intervención en los asuntos internos de los Estados y, fundamentalmente, en el supuesto carácter subjetivo y provisional de tales grupos. Último razonamiento que nos parece erróneo o sólo parcialmente válido, en cuanto sí se han introducido, sin embargo, como susceptibles de devenir sujetos pasivos del delito, los grupos religiosos. En una dirección próxima, A. MIAJA DE LA MUELA parecía mostrar también su descontento por la falta de inclusión al expresar que “desgraciadamente para sus miembros, los partidos políticos en peligro de exterminio físico por el gobernante de signo opuesto, han tenido, antes de llegar a este trance, una actuación que difícilmente pueden ocultar los que participaron en ella, y de la que queda constancia en ficheros, manifiestos, prensa, seguramente mejor definitoria de la filiación al partido perseguido que los que puedan ser los caracteres somáticos que acrediten la pertenencia, en caso de persecución de tipo racial, al grupo étnico en desgracia”; *loc. cit.*, pp. 377 y 378.

<sup>53</sup> Podría pensarse que generalmente en situaciones de ese tipo, además de la filiación política, suelen coexistir otros lazos de unión. Así, por ejemplo, en los recientes casos de los genocidios de Ruanda y Burundi, la eliminación sistemática de la oposición política interna estaba vinculada, a la vez, con un sector

No obstante, el hecho de que ciertas conductas delictivas no se pudieran encajar en la categoría penal -interna o internacional- del genocidio no les restaría, por supuesto, ninguna gravedad *a priori*. Pensemos en los casos de *desaparecidos* españoles ocurridos en el transcurso de los regímenes militares impuestos en Chile y en Argentina. En la hipótesis de que nos acercáramos a ellos estimando que la ideología política constituía el verdadero y único nexo de unión del grupo y que, consecuentemente, sus miembros fueron perseguidos y muchos de ellos eliminados sólo por su pertenencia a aquél, el principio de legalidad podría convertir la atipicidad del grupo político como posible sujeto pasivo del delito en causa de la segura inaplicación del tipo penal de genocidio. Sin embargo, aunque sobre decirlo, tal eventualidad no haría disminuir, ni lo más mínimo, la gravedad de aquellos execrables hechos y, en suma, tampoco de la trascendencia en la consideración teórica del delito como un crimen contra la humanidad.

De todas formas, la interpretación últimamente aportada con respecto al concepto de *grupo nacional* en los Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española sobre la competencia de la justicia española para perseguir delitos de genocidio en Argentina y en Chile, de 4 y 5 de noviembre de 1998, respectivamente, puede abrir una nueva vía de entendimiento, al menos en el ordenamiento jurídico español, en relación con las posibilidades de la noción de sujeto pasivo del delito e incluso paliar los efectos de la falta de consideración de los *grupos políticos*. En efecto, en ambos Autos se puede leer que “el genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o *grupo humano* (...). Así es socialmente entendido, sin necesidad de una formulación típica. Es un concepto sentido por la comunidad internacional -individuos, Estados y Organismos Internacionales- (...)”. Y se añade, a continuación, que “*la idea de genocidio queda incompleta si se delimitan las características del grupo que sufre los horrores y la acción exterminadora* (...)”. Pero todavía se precisa más la necesidad de alcanzar una apreciación evolutiva del concepto de genocidio, teniendo en cuenta la práctica de los Estados parte en el Convenio de 1948:

“La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de *actuación contra un grupo* de argentinos o residentes en Argentina *susceptible de diferenciación y que, indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y hostigamiento* (...). En los hechos imputados en el sumario, objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que *no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado*. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo (...). En el Convenio de 1948 no aparece el término ‘político’ (...). Pero *el silencio no equivale a la exclusión indefectible* (...). El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de Derecho internacional, requiere que los términos ‘grupo nacional’ no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación” sino simplemente,

---

determinado de la población, más precisamente, con una etnia minoritaria. Sin embargo, también cabe observar cómo en ciertos casos, al menos en una primera aproximación, la ideología política parece coformar el único vínculo entre los integrantes de un grupo, por ejemplo, el de los *desaparecidos* españoles en América; caso sobre el que volvemos en el texto principal.

grupo humano nacional, *grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor*. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven (...). La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional (...) *no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándolos respecto de otros*" (la cursiva es añadida)<sup>54</sup>.

Dado el talante flexible que con tanta naturalidad parece mostrar el Pleno de la Audiencia Nacional en estos Autos, sin ningún tipo de miedo a violentar o a forzar el juego del principio de legalidad, todo parece indicar, entonces, que en el futuro y, al menos con respecto a la consideración del concepto y alcance de la categoría del sujeto pasivo del delito atinente al *grupo nacional* en el marco de nuestro Estado, las interpretaciones en extremo rígidas deberían quedar atrás, desechándose por injustas y, sobre todo, por anacrónicas e irrespetuosas con el objeto y fin de la Convención de 1948<sup>55</sup>.

### 3. La agresión sexual: ¿posible supuesto de genocidio?

Tal como adelantábamos, la última reforma del Código penal ha traído consigo una cierta expansión del delito de genocidio, de modo que ha de entenderse incluido en el mismo algún nuevo supuesto. Destaca, en tal sentido, la incorporación de la agresión sexual en el apartado 2º del párrafo 1 del artículo 607, producto último de los recientes y cuerosos recuerdos de la guerra de la ex-Yugoslavia durante el período de tramitación parlamentaria de la reforma penal española. No obstante, a pesar del mérito que haya de reconocerse a la toma de conciencia de lo que supone el sádico recurso a la violencia sexual como un medio o un método de combate y su consiguiente tratamiento penal, no consideramos que la inclusión específica que se efectúa de este tipo de agresión en la sede del delito de genocidio sea afortunada.

A nuestro juicio, existe una combinación de razones formales y materiales para estimar dicha inserción como un desacierto. Cabría hablar, en primer lugar, del claro distanciamiento de la norma interna respecto de la Convención de 1948, que nada dispone en este punto. Pero, fundamentalmente, en segundo lugar, tal vez habría que incidir en la inidoneidad de la agresión sexual para lograr la destrucción total o parcial de un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Elemento subjetivo del injusto, intención específica o *mens rea* que debe concurrir siempre, hasta el punto de conformar, si se quiere, el ineludible cincuenta por ciento del crimen de genocidio establecido en el Derecho internacional, y que faltaría en las situaciones del tipo contemplado<sup>56</sup>. E inclu-

<sup>54</sup> Aunque se ha transcrito el texto literal del Auto sobre competencia respecto de los delitos cometidos en Argentina, el contenido es el mismo en el Auto referido a las acciones realizadas en Chile. Y, en ambos, se efectúa dicha interpretación en el FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO. Los dos Autos pueden consultarse, respectivamente, en <http://www.derechos.net/nizkor/arg/espana/audi.html> y <http://www.derechos.net/nizkor/chile/juicio/audi.html>.

<sup>55</sup> Ello implicaría, tal vez, comenzar a descartar conceptualizaciones como la que realiza, por ejemplo, B. BALLESTER, seguido en este punto por J.J. GONZÁLEZ RUS, al definir el *grupo nacional* como "todo colectivo humano que vive en un país regido por un mismo gobierno o que mantiene una misma conciencia de identidad como pueblo"; "Delitos...", *Curso...*, *op.cit.*, p. 969.

<sup>56</sup> En las cuales, como con pleno acierto ha expuesto TAMARIT SUMALLA, sólo cabría observar, dependiendo de los casos, "la imposición coactiva de un mestizaje"; *op. cit.*, p. 15. Creemos que debe insistirse, por tanto, en la insustituible presencia del componente psicológico de este delito, hasta el punto, no se olvide, que "el elemento subjetivo resulta tan extraordinariamente potenciado que el delito se comete, aun cuando la conducta en sí no tenga objetivamente virtualidad suficiente para lograr la destrucción del grupo (...)", J.J. GONZÁLEZ RUS, "Delitos...", en *Curso...* *op. cit.*, p. 968.

so, en tercer lugar, aun podríamos preguntarnos por la posibilidad, desde luego insatisfactoria, de incluir los efectos de una agresión sexual entre las lesiones previstas -todas las ejecutables- tras un repaso de los apartados 2º, 3º y 5º del párrafo primero de este artículo 607 del Código penal.

De todas esas razones se deriva, según nuestro criterio, la inoportunidad de traer específicamente a esta sede los ataques sexuales, sin que ello obste a que aplaudamos la inquietud mostrada para su consideración y postulamos como óptimo lugar de colocación el Capítulo III referido a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado<sup>57</sup>. Asimismo, ya en un plano hipotético, otra sede ideal para el tratamiento penal de la violencia sexual cometida de modo sistemático o contra una multiplicidad de víctimas sería la de un capítulo inexistente todavía en nuestro Código penal, pero propuesto en este trabajo<sup>58</sup>, destinado a la regulación de los crímenes contra la humanidad. Quedarían cubiertos así también los supuestos producidos aun en ausencia de un verdadero conflicto armado. Lo cual estaría en la misma dirección que la seguida por los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (art. 5), Ruanda (art. 3) y la Corte Penal Internacional (art. 7) y por el Proyecto de Código de la C.D.I.<sup>59</sup>. No obstante, debe advertirse que no parece ser ésta la forma de entendimiento adoptada por el T.I.J., al menos desde una perspectiva práctica y a la hora de indicar medidas provisionales en relación con los hechos acaecidos en Bosnia-Herzegovina a principios de los años noventa. El Tribunal consideró aquella vez la violación sexual entre los actos de genocidio que recogía en una enumeración de conductas sin carácter exhaustivo<sup>60</sup>.

#### ***4. La asociación y la instigación directa y pública al genocidio en la norma convencional internacional frente a la difusión de determinadas ideas o doctrinas en la norma penal interna***

En el nuevo Código penal español se amplía la tipificación de los delitos de genocidio, con respecto a la regulación anterior (que exigía que las conductas previstas pudiesen constituir una incitación directa a la comisión del delito), y más aún si se toma como punto de referencia la Convención de 1948 (que dispone el castigo, además de para la asociación, para la “instigación directa y pública a cometer genocidio”). De este modo, en el párrafo segundo del artículo 607 se castiga con la pena de prisión de uno a dos años “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos tipificados como de genocidio en el propio Código “o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”.

La supresión del inciso final que aparecía en la disposición predecesora, introducida muy poco tiempo antes de la aprobación del nuevo Código por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo de ese año, y que requería que la exposición de aquellas ideas o doctrinas pudiese constituir una incitación directa a cometer el delito de genocidio, ha motivado que la doctrina penalista española que se ha acercado a este tema se pregun-

---

<sup>57</sup> Puede verse una argumentación similar en TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, *ibidem*, p. 15.

<sup>58</sup> Véase apartado II.A., *supra*.

<sup>59</sup> Así, en el apartado j) del artículo 18, que lleva precisamente por título “Crímenes contra la humanidad”, se incluye expresamente “la violación, la prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual”; *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones...*, Suplemento Nº 10 (A/51/10), cit., pp. 100 y 101.

<sup>60</sup> Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993 (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia)*, I.C.J. Reports 1993, p. 3 y ss.; pp. 8 y 9.

te qué tipo de figura se ha incluido en el artículo 607.2. Porque la sorpresa e inicial confusión generada por la reducción drástica del antiguo artículo 137 bis b), al cortarle aquella apostilla esencial, se ve incrementada todavía notablemente al examinar el contenido de otras dos disposiciones, una general y otra particular: las contenidas, respectivamente, en el artículo 18.1 y en el artículo 615. El primero de los preceptos citados impone como requisito para que la apología sea delictiva que consista en una forma de provocación y que por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito. El segundo de los preceptos citados tipifica específicamente la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en el Título XXIV.

Cabría concluir provisionalmente, por tanto, que, debido a que la apología ha de constituir siempre una forma de provocación (artículo 18.1) y dado también que se tipifican además la conspiración y la proposición como actos preparatorios del genocidio (artículo 615), la figura contenida en el artículo 607.2 no puede ser más que autónoma, distinta de la apología como modo de provocación. Tal vez así sería de no mediar el grave reproche de inconstitucionalidad que siempre podría plantearse, pues nos hallaríamos ante un *delito de opinión*<sup>61</sup> o, dicho de otra forma, ante un delito de “apología de la ideología” genocida<sup>62</sup> y no ante un delito de apología del genocidio. En definitiva, por ello, estimamos que no cabe otra solución más que la de considerar esta figura contenida en el artículo 607.2 siempre en relación con la contenida en el artículo 18.1 del Código penal, es decir, como *apología del delito de genocidio*<sup>63</sup>, y exigir por tanto que constituya una forma de provocación al delito. Sólo así podría defenderse la constitucionalidad del texto, a pesar de que puedan encontrarse ejemplos normativos y jurisprudenciales en el Derecho comparado que, guiados por un plausible propósito de condenar conductas racistas, xenófobas y también una *simple* apología de una doctrina genocida, hayan llegado a una solución distinta.

En cualquier caso, el gran problema que late en torno a la ubicación de estas figuras satélites de los delitos de genocidio es doble. Por una parte, ya hemos visto que su propia tipificación se encuentra en ocasiones ante el delicado *escollo*, nada fácil de salvar, del derecho fundamental a la libertad de expresión. Y, desde esta perspectiva, la dificultad estriba en el hecho de que no siempre resulta fácil deslindar la mera discrepancia ideológica en una cuestión de la auténtica instigación al genocidio<sup>64</sup>. Por otra parte, se encuentra otro gran obstáculo, más difícil de remontar si cabe por desbordar con mucho el terreno puramente jurídico. Aparece conectado, para nosotros, con la extrema dificultad que puede existir para objetivar cuándo se ha cometido o se está perpetrando un delito de genocidio. Es cierto que respecto de algunos *sucesos* se puede hablar de unanimidad en la calificación como genocidio (crímenes nazis, exterminio del pueblo camboya-

<sup>61</sup> Expresión de TAMARIT SUMALLA, en *op. cit.*, p. 16.

<sup>62</sup> J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, “Delitos contra...”, *Seguridad Nacional-Seguridad Internacional...*, *loc. cit.*, p. 70.

<sup>63</sup> Ésta es, además, la opción seguida generalmente, de forma implícita o explícita, en la doctrina española. Pueden verse, en este sentido, los sugerentes modos de argumentación de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 1996, *op. cit.*, pp. 657 y 658; RODRÍGUEZ-VILLASANTE, *loc. cit.*, pp. 68-71 y T.S. VIVES ANTÓN y J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 825 y “J.M. TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pp. 15-1642.

<sup>64</sup> En relación con ello, TAMARIT SUMALLA apunta todavía otro problema de gran interés práctico: el del grado de conocimiento exigible al sujeto activo con relación al hecho de que el régimen por cuya rehabilitación aboga organice o proteja tal tipo de prácticas delictivas, con la mente puesta fundamentalmente en adolescentes poco conscientes de estas cuestiones que sean reclutados por organizaciones de tipo neonazi. Cuestión que, como dicho autor expresa, no podrá tenerse en cuenta por el juez “más que en el momento de proceder a la individualización de la pena, dentro del margen de arbitrio que le ofrece la norma, más bien escaso atendiendo a la peculiaridad de este delito”; *op. cit.*, pp. 1641 y 1642.

no, etc. - exceptuando, claro está, a los propios nazis, jermes rojos y demás sujetos activos -), pero también es verdad que se han producido otros casos frente a los cuales es difícil precisar la concurrencia de los elementos necesarios para la comisión de un delito de genocidio o/y en los cuales siempre habrá una influencia de factores subjetivos como la ideología o los propios intereses de quien se acerque a la cuestión<sup>65</sup>.

## C. Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado

### I. Consideraciones generales

En su condición de Estado parte en los textos convencionales básicos del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, el Reino de España está obligado a “respetar y hacer respetar” en todas las circunstancias las reglas contenidas en esos textos<sup>66</sup> y, específicamente, a fijar por vía legislativa las “sanciones penales adecuadas” aplicables a quienes hayan incurrido en las infracciones graves previstas en aquéllos<sup>67</sup>.

A esa obligación se le daba una satisfacción parcial en el caso español a través de la legislación penal militar, pero un vacío jurídico persistía en la legislación penal general. Se hacía, pues, necesario poner al día esta legislación, incluyendo en el Código penal, por añadidura a ciertos *delicta iuris gentium* ya tipificados en él por reenvío al Derecho internacional (genocidio, delitos contra personas internacionalmente protegidas) y examinados hasta aquí, las conductas que suponen violación de las normas del Derecho internacional humanitario obligatorias para España en tanto integradas en su ordenamiento jurídico. Y esta necesidad se hacía más urgente a partir de la ratificación por España, el 21 de abril de 1989<sup>68</sup>, de los dos Protocolos adicionales de 1977. Hoy, en el nuevo Código penal, están tipificados, dentro del Capítulo III del Título XXIV, los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado* (Capítulo III del citado Título XXIV).

Se trata de una novedad introducida en el nuevo Código penal gracias a una propuesta elaborada en el seno del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (C.E.D.I.H.) de la Cruz Roja Española<sup>69</sup>. Con esta propuesta se venía a res-

---

<sup>65</sup> Nos parecen muy convincentes las palabras de F. MUÑOZ CONDE a este respecto: “¿son genocidios los bombardeos con ‘napalm’ de los pueblos vietnamitas llevados a cabo por la aviación norteamericana en la Guerra de Vietnam?, ¿lo son los bombardeos sistemáticos de los campamentos de refugiados palestinos por la aviación israelí? ¿Supone ser comunista o defender una teoría comunista de la Sociedad o del Estado, justificar los asesinatos, los ‘gulash’ y la política exterminadora de algunos grupos étnicos llevada a cabo por Stalin en Rusia a mediados del siglo XX?”; *Derecho Penal...*, 1996, *op. cit.*, pp. 657 y 658.

<sup>66</sup> Art. 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, art. 1.1 del Protocolo I adicional a dichos Convenios de 8 de junio de 1977.

<sup>67</sup> Arts. 49 del I Convenio de 1949, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio (primer párrafo de todos ellos). No era necesario reproducir esta obligación en el Protocolo I dado el carácter adicional de éste respecto de los cuatro Convenios, no obstante lo cual en este Protocolo se incluye el deber de los Estados partes de “reprimir las infracciones graves” (art. 86.1).

Por otra parte, tanto los Convenios como el Protocolo I consolidan la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos incorporando sendas cláusulas que corresponden en general al principio *aut dedere aut iudicare* (segundo párrafo de los arts. 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio; art. 88 del Protocolo I).

<sup>68</sup> *B.O.E.* de 26 de julio de 1989.

<sup>69</sup> El texto de esta propuesta, bajo el título “Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949”, puede consultarse en la *Revista Española de Derecho Militar*, nº 56/57 (julio-diciembre 1990 / enero-junio 1991), pp. 693-845.

ponder al requerimiento del C.I.C.R. de que se adoptasen en los distintos Estados medidas nacionales de aplicación en tiempo de paz de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales. Una vez asumido el contenido de dicha propuesta por el Consejo de Ministros español, quedando incorporado ese contenido en el anteproyecto de nuevo Código penal enviado a las Cortes Generales para su discusión parlamentaria, la propuesta acabó siendo incluida, sin enmiendas y con sólo unos ligeros retoques redaccionales, en el texto punitivo de 1995.

La aceptación en el plano legislativo de la referida propuesta del C.E.D.I.H. supone, a nuestro entender, no sólo la satisfacción de unas exigencias nacidas para el Estado español de su incorporación a aquellos textos convencionales (que en una buena parte de sus disposiciones se corresponden con el acervo del Derecho internacional general), sino, sobre todo, la asunción en el orden legislativo interno de ese espíritu humanitario, de protección de la persona frente al entorno adverso que la rodea (excesos y desviaciones del poder en algunos casos, atentados contra derechos individuales o colectivos resultantes de situaciones de conflicto bélico en el caso que aquí nos ocupa), que inspira la filosofía del Movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Por otra parte, y desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos conocidos genéricamente como “crímenes de guerra”, es oportuno advertir aquí que en el Derecho español la L.O.P.J. de 1985 dispone que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los delitos que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España (art. 23.4, letra g) bajo la cobertura genérica del principio *aut dedere aut iudicare*. Y éste es el caso de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra y a su Protocolo I adicional<sup>70</sup>.

Finalmente, procede recordar que el genocidio, tipificado en sus distintas manifestaciones en el Capítulo II del Título XXIV del nuevo Código penal, posee, en cuanto una de las figuras características de los crímenes contra la humanidad, una estrecha vinculación con algunos supuestos delictivos del ámbito del Derecho internacional humanitario (deportaciones de grupos de personas o de poblaciones enteras —“limpieza étnica”—, agresiones sexuales, ataques indiscriminados, destrucción de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil), siendo la voluntad de aniquilar al grupo lo que caracteriza a este tipo penal. No obstante, el hecho de que el genocidio pueda cometerse en cualquier circunstancia (de paz o de guerra) justifica sin duda su tipificación por separado, cosa que hace el Código Penal, tal como hemos considerado previamente, siguiendo en sus grandes líneas la definición aportada por la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

## **2. Los crímenes de guerra en la legislación penal militar.**

### **a) La evolución normativa**

Desde las antiguas Ordenanzas Militares, ha sido una constante en el Derecho penal castrense español la tipificación de conductas contrarias a las leyes y usos de la guerra. En

---

La propuesta fue elaborada por una comisión de expertos del C.E.D.I.H. presidida por Manuel PÉREZ GONZÁLEZ e integrada por los Sres. Javier SANCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, Fernando PIGNATELLI MECA, Francisco José PULGARIM DE MIGUEL y Manuel ANTÓN AYLLÓN.

<sup>70</sup> Ver en este sentido J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: “Delitos contra la comunidad internacional”, en *Seguridad nacional-seguridad internacional (VIII Seminario “Duque de Ahumada”...*, loc. cit., pp.73 y 74.

el Código Penal del Ejército de 1884, bajo el Título específico de “Delitos contra el Derecho de gentes”, se castigaban ciertos actos como la violación de convenios con el enemigo y se dispensaba protección penal a ciertas personas (prisioneros de guerra, parlamentarios) y bienes (hospitales, edificios religiosos, bienes culturales). En el Código de Justicia Militar para el Ejército de Tierra de 1890 venía a añadirse el castigo de la devastación de edificios y propiedades, el saqueo de habitantes de los pueblos y caseríos y el despojo de heridos, prisioneros y cadáveres. En el Código de Justicia Militar de 1945 se conservaron todas esas tipificaciones, agregando la de la requisa ilegal o indebida<sup>71</sup>.

Con posterioridad, el Código penal militar aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre<sup>72</sup>, hoy vigente, vino a castigar, en sus arts. 69 al 78, ubicados en el Título II del libro Segundo bajo la rúbrica “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, una serie de conductas que constituyen infracciones de los deberes del militar en la conducción de las hostilidades (métodos y medios de guerra) o violaciones graves de las normas que protegen a las víctimas de la guerra (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y bienes culturales); añadiéndose en el art. 78 un tipo general residual que incrimina los actos contrarios a las prescripciones de los convenios internacionales ratificados por España para la protección de las víctimas de los conflictos armados, sobre la conducción de las hostilidades y para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

A pesar de la valoración positiva que merece por su esfuerzo en recoger supuestos delictivos contenidos en los textos convencionales hasta entonces suscritos por España, el Código penal militar de 1985 no se ajusta al contenido de los Protocolos adicionales de 1977, a los cuales España no se incorporaría hasta 1989.

Por otra parte, el propio Código penal castrense, al tratar de tipificar las conductas delictivas recogidas en él como “delitos exclusiva o propiamente militares”<sup>73</sup>, ha partido, en todos los tipos del Título II del libro Segundo, de la consideración de militar del sujeto activo del delito (“El militar que...”), sin duda con objeto de restringir el ámbito de la jurisdicción militar. Con ello, y hasta la entrada en vigor en 1996 de la regulación de las conductas contrarias a las leyes y usos de la guerra y al Derecho internacional humanitario introducida por el nuevo Código penal, quedaban sin castigo esas conductas cuando fueran realizadas por personas no militares<sup>74</sup>.

#### b) El problema sobrevenido de la doble incriminación.

Ahora bien, al pasar a tipificar el nuevo Código penal idénticas o parecidas conductas a las recogidas en el Código penal militar con el fin de hacerlas punibles en los casos en que el sujeto activo sea un no militar<sup>75</sup>, viene a producirse una duplicidad de

---

<sup>71</sup> Ver sobre esta evolución “Propuesta de modificación...”, citada, pp. 705-707.

<sup>72</sup> B.O.E. de 11 de diciembre de 1985.

<sup>73</sup> Preámbulo del Código Penal Militar de 1985.

<sup>74</sup> (13) Ver en este sentido J.L. FERNÁNDEZ FLORES: “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en *Comentarios al Código Penal Militar* (coords. R. BLECUA FRAGA y J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO), Civitas, Madrid, 1988, pp. 815-819.

<sup>75</sup> Con anterioridad al Código Penal de 1995, no existen precedentes de la regulación de delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado dentro de la legislación penal general, con excepción, tal vez, del Código Penal de 1928, en cuyo art. 244 se castigaban las conductas de quienes, en tiempo de guerra, no respetasen la neutralidad de las ambulancias, hospitales o buques o aeronaves hospitalarios, no prestasen auxilio a los heridos o enfermos, o impidiesen a las asociaciones de caridad autorizadas recoger o socorrer a los heridos, enfermos o prisioneros.

Por otra parte, y según advierte J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO (en “Propuesta de modificación...”, p. 718, y en “Delitos contra la comunidad internacional”..., *loc. cit.*, pp. 85 *in fine* y 86), algún Estado ha justificado el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con la alegación de que resultan suficientes los preceptos correspondientes de la parte especial del Código Penal donde se tipifican

ambos textos punitivos. En efecto, la dificultad reside ahora en que, en virtud del principio de especialidad<sup>76</sup>, aun cuando la indicación del sujeto activo de aquellas conductas tiene un carácter abierto en el Código penal (“El que...”), siempre que el autor del hecho ostente la condición de militar seguirá siendo de aplicación el Código penal militar.

Por eso, y según propone un sector autorizado de la doctrina penalista militar<sup>77</sup>, se hace necesario abandonar la tipificación dúplice o paralela (Código penal - Código penal militar) de unos supuestos respecto de los cuales no existe ninguna diferencia en cuanto al bien jurídico protegido y sí tan sólo en cuanto al sujeto activo del delito. Teniendo esto en cuenta, en la posible reelaboración del Código penal militar para hacerlo complementario del Código penal, no parece razonable conservar el actual Título II de aquél, pudiendo remitirse el castigo de tales conductas (que se ejercitaría en su caso por la jurisdicción militar) al Código penal, mediante una cláusula de remisión inserta en el texto punitivo castrense.

Un aspecto a tener en cuenta en esa posible remisión del Código penal militar a los tipos del Código penal en cuanto a los delitos contra personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, es el de la pena que deba imponerse. Aunque en principio las penas serán las mismas en los dos supuestos, el factor de la mayor ejemplaridad en la conducta que se exige al militar, especialmente en este tipo de delitos, justifica un mayor reproche penal —y consiguientemente una correlativa agravación del castigo— cuando del hecho es responsable quien ostenta aquella condición<sup>78</sup>.

### **3. La protección penal de las personas y bienes en caso de conflicto armado**

#### **a) La situación de conflicto armado.**

En la legislación penal española, a la hora de tipificar las infracciones contra el Derecho internacional humanitario se ha solido hacer referencia a las conductas realizadas “en tiempo de guerra”<sup>79</sup>.

En el nuevo Código penal, es la situación de “conflicto armado” la que se constituye en punto de referencia para la tipificación de esta categoría de delitos. Ello se refleja en la propia rúbrica del Capítulo III del Título XXIV del Código (“De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”) y en la frase inicial que figura en los arts. 609 al 614 (“El que, con ocasión de un conflicto armado...”).

Creemos que con acierto el nuevo Código penal ha retenido la expresión “conflicto armado”, más comprensiva de las diversas situaciones en que hoy en día se recurre al uso generalizado de la fuerza armada (guerra declarada, ocupación militar de terri-

---

diversos delitos comunes (asesinato, homicidio, lesiones, tortura, violación, detención ilegal, robo, hurto, daños, incendio, injurias, omisión del deber de socorro, coacciones, entre otros); a pesar de lo cual dicho autor sostiene que, con independencia de que sería muy difícil subsumir todas las conductas que constituyen infracciones graves de los Convenios de 1949 y de los Protocolos adicionales de 1977 en los tipos comunes del Código Penal, quedaría el problema de la penalidad adecuada para esos crímenes de guerra.

<sup>76</sup> Recogido en el propio Código Penal (art. 8).

<sup>77</sup> Así, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO: “El Código Penal Militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes” (pendiente de publicación en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid).

<sup>78</sup> No es ocioso recordar aquí que la aplicación de la pena de muerte, prevista en la legislación penal militar con carácter excepcional para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra (cfr. art. 15 de la Constitución), ha quedado abolida en virtud de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre (B.O.E. de 28 de noviembre de 1995).

<sup>79</sup> Art. 244 del Código penal de 1928, art. 14 del vigente Código penal militar. La propia Constitución, en su art. 15 *in fine*, utiliza la locución “tiempos de guerra”.

torio extranjero, luchas de liberación nacional, acciones coercitivas de las Naciones Unidas, conflictos internos...)<sup>80</sup>, y más ajustada a la propia terminología de los tratados internacionales suscritos por España (Convenios de Ginebra de 1949 —arts. 2 y 3—, Protocolos adicionales de 1977, Convenio de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales, Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas —arts. 44 y 45—, Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares —arts. 26 y 27—...).

Al elaborar su propuesta de introducción en el Código penal de una tipificación sistemática de los crímenes de guerra (lo que hoy es el Capítulo III del Título XXIV del nuevo Código de 1995), el C.E.D.I.H. de la Cruz Roja Española optó por un sistema que asegurase la punición de los actos identificables como violaciones del Derecho internacional humanitario con independencia de su comisión en un contexto de conflicto armado internacional o no internacional. Justificando esta técnica progresista de tipificación, Javier Sánchez del Río, a cuyo cargo corrió esta parte de la propuesta, ha escrito que, “precisamente con base y fundamento en los principios constitucionales que hacen de nuestro país un Estado social y democrático de Derecho, la tipificación de estos delitos se ha formulado con referencia a toda clase de ‘conflicto armado’ —de carácter internacional o sin tal carácter—, con lo que se intenta reprimir toda clase de infracciones del Derecho internacional humanitario, incluso cuando se produzcan en conflictos internos”<sup>81</sup>; añadiendo que, a pesar de que ni el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo II adicional de 1977 incluyen previsión alguna sobre infracciones graves y su punición en el plano interno, “no parece que el Estado español pudiera quedar exento de una obligación añadida, que no deriva de instrumento internacional alguno, sino de las prescripciones de su propia Constitución, puesto que voluntariamente ha aceptado someter su legislación a unos principios, no sólo jurídicos, sino también éticos, que puedan condensarse en la idea de la prevalencia y de la consecuente protección del ser humano en toda circunstancia”<sup>82</sup>.

De acuerdo con esta filosofía, la técnica tipificadora utilizada en el nuevo Código penal para esta clase de delitos se corresponde en líneas generales con la individualización de las infracciones graves que efectúan los correspondientes artículos de los Convenios de 1949 y del Protocolo I adicional de 1977 (arts. 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio, 146 del IV Convenio, 85 y 86 del Protocolo I), extendiendo la sanción de esos actos reprobables a *cualquier* situación de conflicto armado<sup>83</sup>.

Por último, parece oportuno decir que, desde el punto de vista de los autores de la propuesta finalmente incorporada al nuevo Código, la inclusión implícita de los conflictos armados internos abarca no sólo los regulados por el Protocolo II adicional (art. 1) sino también las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

#### b) El sistema de incriminación del Código penal de 1995.

El Capítulo III del Título XXIV del nuevo Código Penal está integrado por siete artículos (arts. 608 al 614), a los cuales hay que añadir unas disposiciones comunes (arts. 615 y 616) para todas las categorías reguladas en dicho Título.

---

<sup>80</sup> Ver en este sentido O. CASANOVAS Y LA ROSA: “El Derecho internacional humanitario en los conflictos armados (I): objetivos militares, bienes de carácter civil, métodos y medios de combate”, en *Instituciones de Derecho internacional público* (dir. Manuel Díez de Velasco), 11ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 824 y 825 (cap. XLIII).

<sup>81</sup> “Propuesta de modificación...”, cit., p. 715.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Por lo demás, y como también ha advertido J. SÁNCHEZ DEL RÍO (*loc. cit.*, p. 716), la utilización, en la definición de los distintos tipos, de las palabras “con ocasión de...” permite incluir el caso especial de la ocupación territorial de regiones pertenecientes a un adversario cuando, terminadas las hostilidades, dicha ocupación se prolonga en el tiempo aunque ya no exista realmente lucha armada de clase alguna.

El Capítulo se abre con la definición de las personas protegidas en caso de conflicto armado (art. 608)<sup>84</sup>.

A continuación se tipifican, siguiendo una ordenación derivada de la calidad de los distintos bienes jurídicos protegidos, las diferentes conductas constitutivas, según los Convenios y el Protocolo I adicional, de “infracciones graves” (calificadas genéricamente por el art. 85.5 del Protocolo I como crímenes de guerra)<sup>85</sup>. Y cierra el Capítulo una disposición (art. 614) que eleva a la categoría de delitos —castigados, no obstante, con una penalidad inferior— ciertas conductas calificadas en los Convenios y en el Protocolo I como “actos contrarios” o simples “infracciones”, respecto de las cuales la única obligación para los Estados establecida en los textos convencionales es la de adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen.

Con razón este sistema de tipificación del Código ha sido caracterizado como un sistema mixto, consistente en: 1) la definición de personas protegidas en caso de conflicto armado, que determina el ámbito de aplicación del Capítulo en relación con los convenios internacionales vinculantes para España; 2) la sucesiva incriminación específica de los crímenes de guerra más característicos, sistematizándolos por la entidad de los bienes jurídicos protegidos y siguiendo el orden derivado de los instrumentos convencionales del Derecho internacional de los conflictos armados (Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra); 3) un tipo residual que cierra el Capítulo con una incriminación genérica propia de los tipos abiertos (art. 614: “cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte” y relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de las víctimas de la guerra y la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado); 4) unas disposiciones comunes a todo el Título XXIV, previendo el castigo de la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los correspondientes delitos (art. 615) y la penalización agravada en el caso de cometerse éstos por una autoridad o funcionario público (art. 616)<sup>86</sup>.

Por lo demás, y según se desprende de la propia rúbrica del Capítulo III del Título XXIV del Código, los bienes jurídicos protegidos son, o bien de carácter personal (protegiéndose en este caso la vida, la integridad física y mental, la salud, la dignidad, la libertad, las garantías procesales), o bien de carácter real (protegiéndose aquí, por una parte, bienes cuya finalidad funcional es la protección de las personas —transportes sanitarios, zonas o localidades sanitarias y de seguridad, signos distintivos— y, por otra parte, bienes dignos de protección por su propia naturaleza —bienes culturales, bienes de carácter civil que no constituyan un objetivo militar, buques o aeronaves no

<sup>84</sup> El art. 608 define las personas protegidas en consonancia con los textos convencionales a los que reenvía. Las categorías en él indicadas no constituyen una lista cerrada, pues el apartado 6º del artículo hace posible considerar persona protegida “cualquier otra que tenga aquella condición en virtud (...) de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte”. Ello facilita la inclusión en el futuro de categorías tales como la que cae en el campo de aplicación de la ya citada Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado, aprobada por resolución 49/59 de 9 de diciembre de 1994 de la A.G.N.U., una vez que esta Convención llegara a estar en vigor internacionalmente y para España. Ver al respecto J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO: “Delitos contra la comunidad internacional”, en *Seguridad nacional-seguridad internacional...*, loc. cit., p. 91 in fine y 92.

<sup>85</sup> Así, y siguiendo el orden de los correspondientes preceptos, se describen los ataques contra la vida, la integridad y la supervivencia de las personas protegidas (art. 609), el empleo de métodos y medios de guerra prohibidos (art. 610), ciertas infracciones muy graves dirigidas contra personas civiles, prisioneros de guerra y otras categorías de personas protegidas (art. 611), diversas violaciones graves del Derecho internacional humanitario (art. 612) y los ataques contra los bienes culturales y, en general, contra los bienes de carácter civil (art. 613).

<sup>86</sup> J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO: “Delitos contra la comunidad internacional”, *Seguridad Nacional-seguridad internacional...*, loc. cit., pp. 112 y 113. Asimismo, F. PIGNATELLI MECA en “Propuesta de modificación...”, cit., pp. 722-723, 724-725.

militares cuya destrucción o daño no esté justificado, cosas ajenas bajo idénticas condiciones-).

c) Algunas observaciones sobre las tipicidades recogidas.

En el art. 609 del Código se castigan ciertas infracciones graves que suponen ataques contra bienes jurídicos de carácter personal<sup>87</sup>. Junto a conductas que entrañan un resultado lesivo para la integridad de las personas, se incluyen en el precepto otras que constituyen delitos de peligro. Es de notar, por otra parte, desde la perspectiva de la penalidad, la superior punición de la tortura en este artículo respecto de la prevista para la tortura en el art. 174.

En el art. 610 aparecen tipificadas ciertas conductas de especial gravedad que suponen una vulneración del principio general según el cual el derecho de las partes contendientes a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado; principio recogido, junto con el de distinción, por la A.G.N.U. en su resolución 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968, e incorporado en el Protocolo I adicional en el art. 35. De este principio, de naturaleza consuetudinaria y rango de *ius cogens*, se deriva, entre otras consecuencias, la prohibición de recurrir a métodos o medios de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios y a aquellos que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural (apartados 2 y 3 del art. 35 del Protocolo I).

Es de alabar la valentía con la que el legislador ha procedido a incorporar en el Código las conductas consistentes en realizar, o dar la orden de realizar, los actos constitutivos de violaciones graves del principio en cuestión. Y ello teniendo en cuenta la dificultad para el juzgador de verificar la concurrencia de las circunstancias que están en la base del supuesto delictivo (así, la causación de “males superfluos”). Desde nuestro punto de vista, la tipificación contenida en el art. 610 del Código debe ser calibrada teniendo en cuenta las especificaciones hechas en diversas disposiciones del Protocolo I (arts. 36, 51, 52, 55, 57) en orden a asegurar la correcta aplicación de aquel principio que restringe la libertad de los Estados en cuanto a la elección de los métodos y medios de hostilizar. Y, por otra parte, el juzgador deberá tener en cuenta las prohibiciones o restricciones establecidas en convenios internacionales en los que España es parte<sup>88</sup> o

---

<sup>87</sup> La base convencional la proporcionan los arts. 50 del I Convenio, 51 del II Convenio, 130 del III Convenio, 147 del IV Convenio, y 11, 41 y 85 (apartados 2 y 3) del Protocolo I.

<sup>88</sup> Así, la Convención de 10 de abril de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (B.O.E. de 11 de julio de 1979), la Convención de 10 de diciembre de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (B.O.E. de 22 de noviembre de 1978), la Convención de 10 de octubre de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, con sus correspondientes Protocolos (B.O.E. de 29 de diciembre de 1993), la Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (B.O.E. de 13 de diciembre de 1996), etc.

Es oportuno señalar aquí que España, al ratificar los dos Protocolos adicionales de 1977 el 11 de abril de 1989 (B.O.E. de 26 de julio de 1989), formuló una declaración interpretativa respecto del Protocolo I en su totalidad en virtud de la cual “entiende que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales, y sin perjuicio de las normas de Derecho internacional aplicables a otro tipo de armas”. En lo que se refiere específicamente a las armas nucleares, objeto implícito de esta declaración interpretativa, es sabido que la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 (*C.I.J. Recueil 1996*), considera aplicables a ese tipo de armas los principios del Derecho internacional humanitario (incluido el que prohíbe causar males superfluos o agravar inútilmente los sufrimientos del adversario) (ver párrafos 74-84 de la opinión consultiva), pero, en nuestra opinión criticablemente, considera que no dispone de elementos suficientes para poder concluir con certeza que el empleo de tales armas sería necesariamente contrario a los principios y reglas del Derecho aplicable a los conflictos armados en cualquier circunstancia (ver párrafos 90-97).

derivadas del Derecho internacional general. En lo que se refiere en concreto a la introducción del criterio ecológico en el art. 610 del Código, el legislador, apoyándose en la regulación del art. 55 del Protocolo I adicional, exige para la punición de este tipo de actos la concurrencia de dos condiciones: que con tales actos se causen daños ecológicos extensos, duraderos y graves, y que se comprometa la salud o la supervivencia de la población civil<sup>89</sup>. Resulta laudable el que esta específica tipificación alcance a las infracciones producidas en un contexto de conflicto armado interno, teniendo en cuenta la ausencia de una regla prohibiendo los atentados graves contra el medio ambiente en el Protocolo II adicional y el controvertido carácter consuetudinario de tal regla.

En el art. 611 se declaran punibles diversas conductas que, en su conjunto, podrían calificarse como atentados muy graves contra personas protegidas (sobre todo personas civiles y prisioneros de guerra) llevados a cabo en violación del Derecho internacional de los conflictos armados (Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra).

Es de destacar en este precepto la tipificación de conductas consistentes en realizar o dar la orden de realizar ataques indiscriminados o excesivos o hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla (número 1º). Esta tipificación, que a través de un “barrido” de varias disposiciones del Protocolo I (arts. 41, 49, 50, 51 —apartados 2, 4, 5 y 6—, 57 —apartados 1, 2, 3 y 4—, 85 —apartado 3, letras a), b) y c)—) y del Protocolo II (art. 13) castiga la violación de reglas básicas relativas a la conducción de las hostilidades, tiene en cuenta, en definitiva, la necesidad de garantizar el respeto de los principios de distinción (art. 48 del Protocolo I), de proporcionalidad (arts. 51, 57 y 85) y de prohibición de prácticas terroristas (art. 51).

Merece elogios, en particular, la punición de la conducta consistente en privar a un prisionero de guerra o a una persona civil<sup>90</sup> de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente (número 3º *in fine* del art. 611), así como el castigo de infracciones de las reglas humanitarias que prohíben la deportación, el traslado forzoso, la toma de rehenes o la detención ilegal de cualesquiera personas protegidas (número 4º), el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población al territorio que ocupa (número 5º) o ciertas prácticas odiosas contra la dignidad de las personas tales como la segregación racial u otras exclusiones basadas en distinciones de carácter desfavorable (número 6º)<sup>91</sup>.

El art. 612 del nuevo Código ha sido calificado con razón como un “cajón de sastre” donde se describen diversas violaciones graves —aunque de menor entidad que las previstas en el artículo anterior— y se tipifican diferentes actos contrarios al D.i.h.<sup>92</sup>. En

<sup>89</sup> Estas dos condiciones —cuya concurrencia en un supuesto concreto podrá verificarse en su caso sobre la base de constataciones de órganos internacionales de investigación de los hechos—, unidas al elemento de la intencionalidad (“concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños...”), determinan el carácter grave de la infracción. Carácter grave que explica el grado elevado de la pena (prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos).

<sup>90</sup> Tal vez hubiera sido preferible designar en este caso al sujeto pasivo del delito con la expresión “persona protegida” (cfr. art. 85.4, letra g), del Protocolo I), a fin de poder incluir todos los supuestos regulados en los dos Protocolos (así, art. 75.4 del Protocolo I, art. 6 del Protocolo II).

<sup>91</sup> Hay que señalar que, en un plano general, el nuevo Código considera circunstancia agravante de la responsabilidad criminal cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (art. 22, 4º); y castiga en el art. 173 el infligir a una persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

<sup>92</sup> En este sentido, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO: “Delitos contra la comunidad internacional”, *Seguridad Nacional-seguridad internacional...*, *loc. cit.*, p. 103; y asimismo F. PIGNATELLI MECA en “Propuesta de modificación...”, *loc. cit.*, pp. 741-742, advirtiendo que en este precepto “se incrimina una serie de conductas entre las que no existe otro nexo común de identidad que el de la pena con que

el precepto se protege, por una parte, a cualquiera de las personas relacionadas en el art. 608 frente a injurias, privaciones, tratos degradantes, castigos colectivos, etc., castigándose en particular las violaciones de las reglas sobre protección especial de mujeres y niños; se protege, por otra parte, a los protectores, en la doble vertiente personal y real (personal sanitario o religioso, personal integrante de las sociedades de socorro, unidades sanitarias, transportes sanitarios, diversas zonas o localidades para la protección de las personas —recogidas en el precepto con carácter de *numerus clausus* por correspondencia exacta con las previstas en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I adicional—); y se castiga, en fin, a quienes recurran a ciertos métodos péfidos de guerra como el uso indebido de signos protectores o distintivos (en especial el de la Cruz Roja y la Media Luna Roja) o de banderas, insignias u otras señales identificativas de Estados neutrales, de las Naciones Unidas, etc.

El art. 613 persigue la protección de diversas categorías de bienes en caso de conflicto armado. Ajustándose a los textos convencionales en vigor (sobre todo los dos Protocolos adicionales y la Convención de La Haya de 1954), el precepto describe tipos de conducta variados (ataques, represalias, actos de hostilidad, destrucción, daños, sustracción, etc.) para un mayor refuerzo de la protección penal. En cuanto a los bienes protegidos, destaca la referencia a los bienes culturales, que es hecha en el precepto mediante una técnica redaccional ajustada en la cual aparecen combinados adecuadamente los diversos elementos del tipo recogidos en los arts. 53 y 85.4, letra d), del Protocolo I y en el art. 16 del Protocolo II.

Asimismo es de reseñar en el precepto la inclusión genérica de una cláusula de protección penal de los bienes de carácter civil, junto a unas referencias específicas a ciertos bienes de este carácter cuya destrucción acarrearía graves daños a la población civil (bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

Finalmente, el art. 614 del nuevo Código cierra el Capítulo III del Título XXIV incriminando cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España sea parte y relativos a la conducción de las hostilidades y a la protección de las distintas categorías de personas que en el precepto se indican y de los bienes culturales. Y aunque las disposiciones correspondientes de esos tratados (párrafo tercero de los arts. 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio; arts. 85.1 y 86.1 del Protocolo I) no exigen de los Estados partes otro deber que el de hacer cesar esos actos o infracciones no graves, el legislador penal español ha optado por su consideración de delitos dentro de un sistema mixto, ya descrito, que establece tipos específicos en los arts. 609 a 613 y un tipo general residual en este art. 614, referido a conductas que impliquen incumplimientos menos graves de obligaciones de comportamiento.

#### **4. Valoración del sistema en su conjunto**

Nos parece muy positiva la introducción en el nuevo Código penal de 1995 —sin precedentes en la legislación penal común española— de un Capítulo específico que, dentro del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad internacional, tiene por objeto la tipificación ordenada de distintos grupos de conductas punibles a la luz de

---

puedan, en su caso, ser castigadas”, y añadiendo que la heterogeneidad de estas conductas (salvo las descritas en los números 4, 5 y 6) “es absoluta, pues mientras en la normativa internacional humanitaria son consideradas como infracciones graves, otras no pueden sino considerarse ‘actos contrarios’, además de que tienen por objeto la protección de bienes diversos (la indemnidad jurídica que se confiere a ciertos lugares o elementos, la inmunidad de ciertas personas, los derechos de algunas personas protegidas, el valor o significado de ciertos signos)”.

las reglas del Derecho internacional humanitario, habida cuenta de la necesaria protección penal de personas y bienes en caso de conflicto armado.

Se trata, como hemos visto, de un sistema mixto de tipificación que, a través del tipo residual general recogido en el art. 614, reconoce como delictivas ciertas conductas que, aun no constituyendo infracciones graves del Derecho internacional humanitario, atentan contra ciertos derechos básicos de las personas que deben ser respetados en toda circunstancia (de paz y de guerra).

Por otra parte, la referencia conceptual de “conflicto armado” permite abarcar todo el espectro de situaciones de violencia bélica cubiertas por los textos convencionales de Derecho internacional humanitario, y, en particular, hace posible extender la protección penal de las personas y bienes, dentro de ese sector del Derecho internacional, a los conflictos armados sin carácter internacional, de modo que las víctimas de la guerra gocen en todas las circunstancias, de idéntica tutela penal frente a idénticas conculcaciones del Derecho internacional humanitario, con independencia de la naturaleza, internacional o interna, del conflicto de que se trate. Ello conlleva la consideración, por parte del Estado español, de que ciertas reglas protectoras de las personas y los bienes en situaciones de conflicto interno son parte integrante del Derecho internacional general y obligan, en cuanto tales, con independencia de su incorporación a textos convencionales.

Por último, y según queda ya dicho, la tipificación en el Código penal de 1995 de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, ha venido a colmar una laguna o vacío en el ordenamiento penal español —parcialmente cubierta por la legislación militar (Código penal militar de 1985)—, dado que, a falta de incriminación de estas conductas en el Código penal, no se castigaban de modo específico los crímenes de guerra cuando el sujeto activo no ostentaba la condición de militar. Queda pendiente ahora de solución el problema de la doble incriminación o de las tipificaciones paralelas, y ello parece aconsejar la supresión del tratamiento pormenorizado de esas conductas en el Código penal castrense, que debería ser sustituido por una remisión genérica al Capítulo correspondiente del nuevo Código penal.

Por lo demás, es preciso recordar que en el Capítulo II del Título XXIV de este nuevo Código aparece tipificado el genocidio en sus diversas manifestaciones. La punición del genocidio en tanto que una de las figuras características de los crímenes contra la humanidad, posee una evidente relación con la tipificación de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, toda vez que el genocidio puede ser cometido indistintamente en un contexto de paz o de guerra, y que ciertas vulneraciones de las normas humanitarias aplicables en situaciones de conflicto armado —como los ataques deliberados contra la población civil o las deportaciones o traslados masivos realizados por la fuerza— pueden constituir prácticas genocidas si está presente el propósito de destruir total o parcialmente al grupo (art. 2 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, art. 607 del nuevo Código penal español)<sup>93</sup>. Sin embargo, el régimen de prescripción aplicable a ambas categorías de delitos es bien distinto. De hecho, tal institución simplemente no rige en los supuestos de genocidio. Como hemos recordado anteriormente, el legislador español ha declarado la imprescriptibilidad del delito de genocidio y de las penas impuestas por el mismo en el Código penal de 1995, pero no ha dispuesto una previsión paralela para los delitos cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado<sup>94</sup>. Con independencia de que pueda tratarse de una opción legislativa o de un simple olvido, y sin per-

<sup>93</sup> En consecuencia, la tipicidad apropiada para tales vulneraciones en caso de concurrir ese propósito destructor sería, por aplicación del principio de especialidad en el supuesto de concurso de delitos (art. 8, regla 1ª, del Código Penal), la de genocidio.

<sup>94</sup> Véase el III.B. de este trabajo.

juicio de reconocer que existen razones en pro y en contra de la inclusión de una cláusula que impida la prescripción de conductas contrarias a ciertas reglas básicas del Derecho internacional humanitario (puede percibirse un signo en el último sentido en el fracaso de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra), estimamos que una declaración que tenga por efecto excluir la prescripción debería incluirse en el futuro, con ocasión de la revisión de los crímenes de guerra en el Código penal. La introducción de ese tratamiento excepcional para los delitos cometidos en caso de conflicto armado que tengan un carácter especialmente grave (la pena impuesta en cada supuesto típico puede constituir el índice más claro para la posible diferenciación a este respecto) lograría una armonía con el régimen de imprescriptibilidad ya previsto para aquella categoría de los crímenes contra la humanidad<sup>95</sup>.

Para concluir, queremos significar que el sistema español de represión penal de los crímenes de guerra está abierto a la colaboración con las jurisdicciones penales internacionales. Y en este sentido debe ser reseñada 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 ex-Yugoslavia<sup>96</sup>. Esta Ley ha sido dictada para dar ejecución a lo preceptuado en el apartado 4 de la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por la que se crea el Tribunal y en el art. 29 del Estatuto del propio Tribunal. En su Exposición de Motivos, la Ley declara apoyarse en “una legalidad internacional preexistente de carácter convencional o consuetudinario”

<sup>95</sup> No nos parecería oportuna, sin embargo, la introducción de una disposición de imprescriptibilidad para los delitos previstos en el Capítulo I del mismo Título XXIV del Código penal, esto es, los tipificados bajo la rúbrica Delitos contra el Derecho de gentes (vid. el apartado III. A. de este trabajo). Parece pertinente indicar en este lugar que durante la elaboración de la Convención de Nueva York sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos llegó a plantearse que la acción penal nacida de los delitos tipificados en la misma no fuera objeto de prescripción (así figuraba ya en el primer Proyecto de artículos elaborado por R. KEARNEY; vid. art. 5, Doc. A/CN.4/L.182, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, p. 218). Esta propuesta inicial había contado con dos acérrimos defensores en la C.D.I.: SETTE CÁMARA y USHAKOV. Para ambos, la inserción de una disposición de este tipo se hacía imprescindible desde un punto de vista práctico, para evitar que los autores de los delitos eludiesen el enjuiciamiento, dados los elementos transnacionales e internacionales siempre presentes en la comisión de estos delitos y debido también al pernicioso efecto que tales hechos siempre tienen sobre el mantenimiento de las buenas relaciones internacionales (cfr. *ibidem*, p. 237, párrs. 43-47 y párr. 52, respectivamente).

Sin embargo, la solución finalmente adoptada por la Sexta Comisión fue la de suprimir aquella cláusula. Decisión que nosotros consideramos bien fundada. Una disposición así (además de suponer una intromisión en una cuestión perteneciente al ámbito de la política criminal de cada Estado, lo cual, sin duda, restaría un gran número de adhesiones a la Convención) podría encerrar, desde una perspectiva técnica, un marcado carácter *elitista*. Ciertamente, aun sin dejar de reconocer el incuestionable carácter esencial y vital de las funciones que tal categoría de personas desempeñan en la conservación y fomento de las relaciones de amistad entre los Estados y en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (como el T.I.J. deseó reafirmar en varios pasajes de su sentencia sobre el asunto del *personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán* (vid. *C.I.J., Recueil 1980*, por ejemplo, pp. 30 y 31, párrs. 61 y 62; p. 40, párr. 86; p. 42, párr. 91), no se puede desconocer que la realidad práctica nos ha mostrado cómo no siempre los incidentes que hayan afectado a este tipo de personas han puesto en peligro o deteriorado las relaciones entre los Estados afectados; y a la inversa: han sido muchas las ocasiones en que los delitos contra la libertad o la vida de personas no protegidas internacionalmente han llegado a desencadenar auténticas crisis internacionales entre los Estados involucrados (recuérdense, si no, el asunto del *Achille Lauro* o el caso *Lockerbie*). Por otra parte, ha de tenerse presente que no todos los delitos tipificados en la Convención de Nueva York y, consiguientemente, también en el Código penal de 1995 son de igual gravedad y, de modo correspondiente, acreedores del mismo grado de pena y del plazo de prescripción correlativo. No sólo se contemplan la comisión de un homicidio u otro tipo de atentados contra la integridad física de estas personas, sino también, por ejemplo, una forma imperfecta de ejecución de un delito contra los medios de transporte de dichas personas. Por tanto, una imposición generalizada de la exclusión de la institución prescriptiva con respecto a cualquier delito que se dirija, directa o indirectamente, contra las personas merecedoras de una protección especial revelaría el empleo de una técnica excesiva.

<sup>96</sup> B.O.E. de 2 de junio de 1994.

que no es otra que el Derecho internacional humanitario; y, partiendo del carácter auto-ejecutivo, en sentido material, de gran parte del Estatuto del Tribunal, aporta tan sólo algunas previsiones con vistas a desarrollarlo. De este modo, se designa a la Audiencia Nacional como institución judicial competente para la cooperación con el Tribunal (art. 3); se articula, para el supuesto de concurrencia de jurisdicciones, un dispositivo procesal orientado a asegurar la inhibición de los tribunales españoles a favor del Tribunal internacional (art. 4), en consonancia con el principio de preeminencia de la jurisdicción de este Tribunal; se regulan ciertos aspectos de la detención de la persona residente en España contra la que el Tribunal haya dictado orden de detención y dirigido cargos y de su entrega al Tribunal sin necesidad de procedimiento formal de extradición (art. 6); y, en fin, se establecen unas reglas relativas a la obligación de comparecencia ante el Tribunal (art. 7) y a la prosecución de la pena en España en caso de ser de aplicación el art. 27 del Estatuto del Tribunal (art.8), es decir, en la hipótesis de que España haga una declaración específica aceptando ser Estado de cumplimiento de la condena.