

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

ASPECTOS PENALES DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El principio de legalidad penal – 3. Otros principios generales del derecho penal – 4. La responsabilidad penal individual: 4.1 El principio de la imputación subjetiva; 4.2 Autoría y participación; 4.3 Formas de resolución manifestada; 4.4 Los actos de ejecución – 5. La responsabilidad de los superiores jerárquicos – 6. Elemento subjetivo de los crímenes. La culpabilidad – 7. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal: 7.1 Las causas de inimputabilidad; 7.2 Las causas de justificación; 7.3 Las causas de exculpación o inculpabilidad – 8. Especial consideración de la obediencia jerárquica – 9. Tratamiento del error.

Resumen: Este trabajo examina los denominados “Principios Generales del Derecho Penal”, proclamados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17.07.1998 en la Conferencia Plenipotenciario de Roma, con relación a los crímenes de jurisdicción de la Corte.

Palabras-clave: Estatuto de Roma – Corte Penal Internacional – Derecho Penal Internacional.

1. Introducción

La determinación de los denominados “principios generales del derecho penal” constituye una de las partes más importantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo Estatuto) adoptado el 17.07.1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17.07.1998.

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

(*) Artículo publicado en la Colección Escuela Diplomática, n. 4, *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, editada a cargo de Concepción Escobar Hernandez. Madrid, 2000.

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

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

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

Y aún una consideración preliminar más. El sistema penal del Estatuto no es producto del apresuramiento ni de la improvisación. Si en el año 1998 celebramos el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948-1998) y en el año 1999 el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra (1949-1999), fueron necesarios también casi cincuenta años para que la labor del Comité especial para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 (que había presentado en 1994 un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad) fructificase en Roma (17.07.1998) en el Estatuto, sobre un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de

Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los crímenes tipificados en el Estatuto, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, de forma virtual puesto que está pendiente de definición y condiciones, el crimen de agresión. Se excluyeron, pendientes de la Conferencia de Revisión del Estatuto, los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional.

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

1.º El Estatuto de Roma de 17.07.1998.

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

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

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

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

A continuación vamos a examinar los principios generales del Derecho penal proclamados en el Estatuto, en relación con los crímenes de la competencia de la Corte.

2. El principio de legalidad penal

Reconoce el Estatuto en su artículo 22 y de la forma más clásica, el principio *nullum crimen sine lege*. Se trata, con esta proclamación, de la adopción del principio de legalidad penal o taxatividad ("La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía"), tal y como se viene formulando en el sistema continental o romano-germánico, frente a la laxitud propia del Derecho penal anglosajón o *common law*, que no satisface las garantías de *lex scripta*, *praevia stricta* y *certa* exigibles como constitucionales en nuestro Estado de Derecho (art. 25 de la Constitución española).

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

No cabe duda que, de la simple comparación entre la relación de los crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25.05.1993) y la tipificación de dichos crímenes determinada en el artículo 7 del Estatuto de Roma, es forzoso constatar el gran paso adelante que significa el Estatuto en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad. Quizás consecuencia de una evolución desde la concepción del tipo penal como un simple elemento determinante de la competencia material hacia la proclamación de una garantía penal. De forma un poco exagerada podríamos hablar del paso de la prehistoria (con la posible aplicación de normas no escritas) a la historia: normas penales que satisfagan la garantía criminal de la ley escrita, previa estricta y taxativa en su descripción de la conducta incriminada.

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

Ahora bien, el principio de legalidad en el ámbito penal supone el reconocimiento de la garantía criminal, tanto en su aspecto material de predeterminación normativa como en su aspecto formal (rango de ley de la norma), que ya hemos visto que se respeta en el Estatuto (y así debe interpretarse su artículo 21, en cuanto al derecho aplicable) e implica también la garantía penal (art. 23, *nulla poena sine lege*) sin perjuicio de la crítica que pueda merecer la ausencia de una dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera en el procedimiento.

Asimismo, a lo largo del Estatuto, se arbitra la garantía jurisdiccional al constituirse una Corte independiente, imparcial, predeterminada, exclusiva,

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

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

En segundo término, la existencia de tipos abiertos no implica el desconocimiento del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad pues, frente a los tipos cerrados que hacen una completa descripción fáctica del crimen, los tipos abiertos necesitan ser complementados con elementos normativos [por ejemplo, la remisión a determinados preceptos de los Convenios de Ginebra u otros instrumentos convencionales, como la encarcelación "en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional" del artículo 7.e) del Estatuto o el crimen de guerra consistente en dirigir ataques contra objetos o ciudades que "no sean objetivos militares" de los arts. 8.2.b) ii) y v) del mismo Estatuto] o con elementos valorativos constituidos por cláusulas generales que se identifican con el juicio mismo de antijuridicidad y que quedan a la libre apreciación de la Corte, salvo que se concreten en la formulación de los "Elementos del crimen" [así el crimen de lesa humanidad que se describe como "otros actos inhumanos de carácter similar (...) en el apartado k) del artículo 7.1 del Estatuto o el crimen de guerra consistente en privar a un prisionero de guerra "de sus derechos a un juicio justo e imparcial" del artículo 8.2.a), apartado vi) del mismo Estatuto].

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

Consecuencia también de la afirmación del principio de legalidad es la formulación en el artículo 24 de la irretroactividad *ratione personae*, ya que la irretroactividad procesal figura dentro de los límites temporales a la competencia en el artículo 11 del Estatuto. Se reconoce asimismo en el citado artículo 24.2 la retroactividad de las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Como consecuencia de la búsqueda del consenso en la elaboración del Estatuto se incluyó en el artículo 124 una disposición de transición, que autoriza

a un Estado, al hacerse parte del Estatuto, a declarar que, durante un período como máximo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie su comisión por sus nacionales o en su territorio. Este sistema de *opting out*, excepcional y renunciabile en cualquier momento, ha sido objeto de numerosas críticas y el Comité Internacional de la Cruz Roja ha pedido a los Estados que no hagan uso de esta cláusula al ratificar el Estatuto.

3. Otros principios generales del Derecho penal

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

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

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

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

En el derecho español, la institución del refrendo que confiere la responsabilidad de los actos del Rey a las personas que los refrenden (art. 64.2 de la Constitución) pudiera salvar la dificultad que, para la ratificación del Estatuto, significa el artículo 56.3 de la norma fundamental ("La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad").

Otro principio general aplicable es el de la imprescriptibilidad de todos los crímenes de la competencia de la Corte. Principio que fue prácticamente indiscutido en la Conferencia Diplomática de Roma, pese al escaso número de

Estados que son Partes en la Convención de las Naciones Unidas de 26.11.1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Se ha esgrimido para explicar la falta de aceptación universal de este convenio que no distingue entre las infracciones graves y las menos graves, en materia de crímenes de guerra. Pero lo cierto es que algunos países que no han ratificado el convenio, como España, establecieron en su derecho interno (Código Penal de 1995) la imprescriptibilidad del genocidio y otros Estados la de los crímenes de guerra (Bélgica, Holanda, Suiza, Estados Unidos, Argentina, Rumanía, Rusia, Turquía o Austria).

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

4. La responsabilidad penal individual

4.1 El principio de la imputación subjetiva

La responsabilidad penal que se establece en el Estatuto es de carácter individual o personal y se concreta en la competencia exclusiva de la Corte sobre las personas físicas o naturales.

Así se declara en el artículo 25.1 del Estatuto, una vez que fue suprimido el precepto que arbitraba supuestos de responsabilidad penal para las personas jurídicas, excluido el Estado. Se sigue así el principio de que sólo la persona natural o física puede ser sujeto activo del crimen (*societas delinquere non potest*), por otra parte acogido en el Código Penal español que configura determinadas medidas sobre empresas, asociaciones, sociedades o fundaciones como consecuencias accesorias de la pena (art. 129 del CP).

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

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

A estos efectos el artículo 91 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, determina la responsabilidad (subsidiaria) del Estado por actos cometidos por personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

Ciertamente el Estatuto no impide la exigencia de este tipo de responsabilidad al disponer que sus normas (al establecer la responsabilidad penal de las personas naturales) no afectan a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional.

4.2 Autoría y participación

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

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

El partícipe no realiza el hecho como propio (teoría jurisprudencial del dominio del hecho) sino que interviene (participa) en un hecho ajeno y esta contribución puede equipararlo al autor (en los casos de orden, inducción o cooperación necesaria) o comportar una menor responsabilidad en los supuestos de complicidad o encubrimiento.

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

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

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

Y también se afirma la responsabilidad penal de los mandos o eslabones intermedios de la cadena del mando militar, que reciben la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. Podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos.

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

Los encubridores, que han desaparecido del Código Penal español como partícipes (al considerarse el encubrimiento un delito autónomo contra la Administración de Justicia), son citados al lado de los cómplices en el Estatuto para imputarles la correspondiente responsabilidad penal.

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

Tal intencionalidad es la clave de la regulación estatutaria y debe reunir dos requisitos: i) El propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del

grupo, y ii) Que se realice a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

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

4.3 Formas de resolución manifestada

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

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

Otro acto preparatorio, la provocación, es contemplado en el Estatuto únicamente en relación con el crimen de genocidio, pues se castiga la instigación directa y pública a que se cometa tal delito. La instigación es término similar a la provocación que existe, según el artículo 18 del CP, cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es decir, debe concurrir la instigación directa y pública a que se cometa el crimen.

En todo caso, en el Derecho penal español, la apología sólo es punible como forma de provocación (art. 18 del CP).

4.4 Los actos de ejecución

A lo largo del número 3 del artículo 25 del Estatuto se hace referencia al crimen consumado, a la comisión o la tentativa de comisión del delito, para

describir las distintas etapas del *iter criminis*, finalizando este número con el apartado f) donde se regula la tentativa y el desistimiento.

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

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

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

También se regula en el segundo inciso del precepto estatutario el desistimiento en la tentativa que supone la impunidad. Y ello porque "quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado, de conformidad con el presente Estatuto, por la tentativa si renunciara íntegra y voluntariamente al propósito delictivo".

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

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

5. La responsabilidad de los superiores jerárquicos

Una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos que

consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus subordinados. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona humana y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el caso Yamasita, el caso del Alto Mando alemán y el asunto de los Rehenes en territorio ocupado.

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

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

Hay que recordar, muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I, de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra dispone lo siguiente: "El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".

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

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

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

Como afirma J. Silva Sánchez el inciso primero del precepto exige dos juicios: el primero centrado en la infracción de un deber y el segundo basado en un juicio adicional de equivalencia según el sentido de la ley. No basta pues la violación del deber legal o contractual, o con un actuar precedente peligroso (injerencia fortuita o imprudente) pues es preciso un juicio adicional de equivalencia (la omisión o no evitación del resultado debe ser equivalente a su causación), idea que se convierte en el criterio rector del precepto y se refiere únicamente a la injerencia dolosa.

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

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

Es verdad que en el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así el artículo 137 del Código Penal Militar castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediera con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (arts. 69 a 78). Y entre éstos últimos, el

artículo 78 (también del Código Penal Militar) es un tipo residual que, al sancionar penalmente, "cualesquiera otros actos contrarios" a las normas del Derecho Internacional Humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del CP, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a "cualesquiera otras infracciones o actos contrarios" a las citadas normas. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente, aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal (fragmentario, como hemos visto) de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos.

Desde luego esta cuestión no se encuentra bien resuelta en los modelos de derecho comparado que hemos examinado, habiéndose inventariado las siguientes soluciones legislativas:

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

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25.05.1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron. Nos encontramos también aquí ante una responsabilidad por omisión, derivada de un deber preexistente de actuar, basada, según Fabrizio Guariglia, en tres elementos:

- 1.º Una relación jerárquica entre un superior y un subordinado.
- 2.º Un elemento subjetivo. El superior "sabía" o "tenía razones para saber". En este caso se describe una negligencia.
- 3.º El incumplimiento por el superior de su deber de garante.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 16.11.1998, en el caso del Campo de Internamiento de Celebici, estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder *de iure*, por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no

regulares integrados por personas que no estaban formalmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones oficiales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un "umbral": no responden estos superiores cuando *de facto* cesan en su control.

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 02.09.1998 (en el caso de Jean Paul Akayesu) analiza todas las formas de responsabilidad, que comprende tanto la intención maliciosa ("sabía") o la negligencia grave ("tenía razones para saber"), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior posea información que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

Finalmente, la sentencia del caso del Campo de Celebici consideró que si la existencia de una relación de causalidad entre la falta del superior a su obligación de impedir que su subordinado cometa un crimen y la perpetración de este crimen era probable, tal relación no es por tanto necesaria puesto que semejante condición sería incompatible con la existencia misma del principio de la responsabilidad del superior jerárquico por infracción de la obligación de castigar. Conclusión ciertamente muy diferente de la establecida en el artículo 11 del CP español.

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

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.

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

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

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior

“hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

Si ponemos este precepto [art. 28.a).i) del Estatuto] en relación con el artículo 30 (elemento de intencionalidad), observamos que la regla general establecida sobre el elemento subjetivo de los crímenes de la competencia de la Corte (o culpabilidad) es que se trata de delitos dolosos o intencionales, por lo que constituye una excepción a tal criterio la incriminación de la conducta culposa del superior jerárquico que se describe como alternativa. Es decir, cuando “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”. Ciertamente el artículo 30 admite excepciones puesto que comienza con la frase “Salvo disposición en contrario (...)”, pero no parece técnicamente aconsejable dar el mismo tratamiento penal a delitos dolosos e imprudentes. En todo caso la menor culpabilidad (la culpa es la medida de la pena) debería tenerse en cuenta entre los criterios de individualización de la pena y, más concretamente, al desarrollar el artículo 78.1 del Estatuto en las Reglas de Procedimiento y Prueba, para paliar la falta de dosimetría penal de que adolece el sistema penológico estatutario.

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

6. Elemento subjetivo de los crímenes. La culpabilidad

El artículo 30 del Estatuto (elemento de intencionalidad) salva las críticas formuladas por Kai Ambos sobre el tratamiento de las circunstancias subjetivas de un acto criminal en los sucesivos proyectos, donde persistían algunas dudas sobre la pervivencia de responsabilidad meramente objetiva. Naturalmente nos estamos refiriendo al dolo genérico, ya que el específico está previsto en algunas tipicidades concretas, como en el crimen de genocidio (intención de destruir total o parcialmente a un grupo...).

La responsabilidad penal presupone el dolo general o intención como elemento necesario del crimen, con exclusión de la conducta imprudente o negligente. Ya hemos visto cómo la única excepción de un crimen culposos está integrada por uno de los supuestos de responsabilidad de los jefes militares en el párrafo i) del apartado a) del artículo 28 del Estatuto (“...hubiera debido saber...”), que constituye una “isla” dentro del elemento subjetivo exigible a los demás crímenes de la competencia de la Corte.

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

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

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

b) En relación con una consecuencia:

1.º Se propone causarla o

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

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

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

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

La cuestión aparece cuando se trata de crímenes en los que se puede diferenciar entre la acción u omisión tipificada y el resultado o consecuencia de la conducta, también prevista por el tipo penal. Así, el artículo 8.2.b) apartado x) castiga como crimen de guerra "Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos (...) que causen la muerte (...)". En este supuesto es necesaria la intencionalidad en la conducta (someter a una persona a mutilaciones físicas o experimentos), pero basta que el resultado (muerte de la persona) se produzca a título de dolo eventual, es decir es suficiente que el autor sea consciente de que se produciría en el curso normal de los acontecimientos.

No es ciertamente tarea fácil la distinción entre el dolo eventual (o culpa consciente) y la imprudencia temeraria. Y tal dificultad se multiplica al comparar el sistema continental o romano-germánico con el anglosajón o del *common law*. Pues, aunque el concepto de negligencia es sustancialmente análogo en los dos sistemas, como ha precisado un importante estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja el 17.02.1999, el término *recklessness* ("temeridad") abarca en el *common law* tanto el dolo eventual (*dolus eventualis*) como algunos casos de grave negligencia que en el sistema continental son calificados como de negligencia o imprudencia temeraria, excluyendo el dolo eventual. Y, consecuentemente, este último sistema integra el dolo eventual (o culpa consciente con o sin representación del resultado) en la conducta intencional o dolosa.

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

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

7. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal

El artículo 3 del Estatuto, como se cuida de establecer, no contiene el catálogo completo de las circunstancias eximentes de la responsabilidad crimi-

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

Pero el Estatuto no quiere que este *numerus apertus* permanezca en absoluta indefinición y por ello arbitra procesalmente una solución que le dote de cierta certeza, al disponer que las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán el procedimiento para el examen por la Corte de una eximente de este tipo.

7.1 Las causas de inimputabilidad

El artículo 26 del Estatuto no contempla la menor edad penal como una circunstancia eximente (como hace el art. 19 del CP español) sino que, simplemente, establece que la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen. Con esta hábil fórmula el Estatuto evita pronunciarse sobre la espinosa cuestión de la mayoría de edad penal, pues el límite de la minoría de edad a efectos de responsabilidad criminal es cuestión controvertida que da lugar a diversos sistemas y edades en el panorama mundial. Llevando el asunto al campo de la competencia de la Corte, la fijación de la edad de dieciocho años no supone pronunciarse sobre las respectivas edades que las normas internas penales de los Estados toman en cuenta para eximir de responsabilidad criminal.

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

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

Otra causa de inimputabilidad establecida en el artículo 31.1.b) del Estatuto es el estado de intoxicación que prive al sujeto de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlar esta conducta a fin de no transgredir la ley. La entidad de la intoxicación, dados sus efectos sobre la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto, podría calificarse de plena (art. 20.2.º del CP), sin que el precepto estatutario determine la naturaleza de las sustancias que han producido tal intoxicación, como hace nuestro Código al aludir al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Y, asimismo, omite toda referencia al "síndrome de abstinencia".

También sigue esta eximente el criterio mixto asentado en una valoración biológica (la intoxicación) seguida de un presupuesto psicológico (la plena incapacidad volitiva o cognoscitiva). Pero aquí el Estatuto añade la clásica excepción de las *actio libera in causa*, al disponer que no será de aplicación la eximente cuando el sujeto se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera. Esta fórmula, muy similar a la que emplea el Código Penal español (art. 20.2.º), sigue la doctrina generalmente aceptada sobre las *actio libera in causa*, que excepciona los efectos eximentes de la intoxicación plena tanto cuando es buscada voluntariamente tal situación (provocación intencional) como en los casos de provocación imprudente. Abarcando, como escribe Rodríguez Mourullo, la culpa consciente o con representación ("... a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen ...") o de culpa inconsciente ("... o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera").

7.2 Las causas de justificación

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

La estructura de la eximente es, sin embargo, la clásica de la legítima defensa pues, en definitiva se trata de una reacción defensiva "contra un uso

inminente e ilícito de la fuerza", actuación que se ha de caracterizar por su razonabilidad y proporcionalidad al grado de peligro para el que se defiende, para un tercero o para los bienes protegidos.

Salvo la alusión excluyente de la "falta de provocación suficiente por parte del defensor", el precepto contiene los requisitos esenciales de la eximente de legítima defensa (art. 20.4.º del CP español) tales como: 1.º Agresión ilegítima, que el Estatuto denomina "actuación (...) contra un uso inminente e ilícito de la fuerza". Este requisito constituye el presupuesto esencial de la legítima defensa, sin cuya concurrencia no cabe apreciarla ni siquiera como eximente incompleta. Pero además la agresión debe ser inminente, actual y real u objetiva. 2.º Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, que el precepto que analizamos concreta en actuar "razonablemente" y "en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos". La necesidad racional del medio empleado implica, según C. Suárez González, tanto la necesidad en abstracto de la defensa (cuya ausencia dá lugar a un "exceso extensivo"), como a la necesidad en concreto del medio empleado (cuya no existencia supone un "exceso intensivo"), implicando también este requisito que el medio defensivo utilizado sea proporcionado al peligro, como expresamente exige el Estatuto.

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

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

Sin embargo afloran las dudas sobre el alcance de la legítima defensa cuando se trata [como dispone el art. 31.c) citado] de actuar razonablemente, en el caso de los crímenes de guerra, en defensa de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, concurriendo naturalmente los restantes requisitos (reacción contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para los bienes protegidos). Como afirma C. Suárez González, no resulta factible canalizar por la vía de esta causa de justificación la defensa de intereses supraindividuales, debiendo reconducir estos supuestos al ámbito del estado de necesidad. Y por mi parte veo un cierto parentesco de esta eximente "atípica" con otra causa de justificación: la de obrar en cumplimiento de un deber. No se olvide que, si es un militar el que actúa

razonable y proporcionadamente en (legítima) defensa de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar y contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, resultando justificada su actuación en el caso de crímenes de guerra, tal militar actúa conforme a derecho fundamentalmente porque está obrando en cumplimiento de su deber, es decir, haciendo un uso legítimo de la fuerza en el curso de un conflicto armado, naturalmente si no se extralimita y existe el necesario equilibrio entre la entidad de la agresión ilícita y el medio empleado en la reacción defensiva.

En todo caso, trátase de legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o una atípica mezcla de todas estas causas de justificación, el Estatuto regula esta situación exclusivamente para los crímenes de guerra, lo que puede llevar a pensar que en tales crímenes (o en alguno de ellos) existe una menor carga de antijuricidad que en los restantes (genocidio, crímenes de lesa humanidad o de agresión) lo cual es bien dudoso y en extremo peligroso pues puede conducir, en una interpretación ciertamente rechazable, a justificar las represalias contra personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, rigurosamente prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario (arts. 46 del I Convenio de Ginebra, 47 del II Convenio, 13 del III Convenio, 20, 52, 53, 55 y 56 del Protocolo I de 1977 y 4 del Convenio de La Haya de 1954). Es decir, ante un ataque (agresión ilegítima) del enemigo contra personas o bienes civiles podrían intentar justificarse las represalias contra la población civil o bienes enemigos, alegando la defensa de un bien que se juzgue esencial para realizar una misión militar. Sin embargo, como matizaremos más adelante, las descripciones de los crímenes de guerra contienen en sí mismas, al proceder de las normas de un elaborado derecho de los conflictos armados, los elementos negativos del injusto que normalmente hacen ociosa esta causa de justificación.

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

En relación con las causas de justificación apreciables en los crímenes de guerra, conviene destacar la posición de los Estados Unidos de América que, al elaborar los "Elementos del crimen" (art. 9 del Estatuto), incluyó en la propuesta presentada a la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Documento PCNICC/1999/DP.4/Add.2, Naciones Unidas, Nueva York, 04.02.1999) una cláusula de estilo que se repetía en numerosos crímenes [incluso en los "tratos inhumanos" del art. 8.2.a).ii) del Estatuto] y según la cual resultaría necesario "Que los actos no hayan tenido justificación ni excusa en derecho y el acusado los haya cometido a sabiendas de ese hecho". Cláusula que había que poner en relación con las definiciones también presentadas por aquel Estado (Documento PCNICC/1999/DP.4), según las cuales por

“justificación o excusa legal” se entenderá la justificación basada en razones de seguridad, necesidades militares u operativas u otras razones imperativas de interés general, o en una autorización o requisito legal. Por ejemplo, en los casos previstos en el derecho de los conflictos armados, la necesidad militar es una “justificación o excusa legal”. Añadiendo que cuando el hecho constitutivo de un crimen es análogo o idéntico a un acto lícito, se incorpora como elemento el requisito de la ausencia de justificación o excusa legal.

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

En definitiva, no hay que buscar otras causas de justificación que las reconocidas ampliamente por el Estatuto, ni mucho menos incorporarlas como elementos negativos del tipo a través de los “Elementos del crimen”. Y, por lo que se refiere a los crímenes de guerra, compartimos uno de los postulados de la llamada Carta de Atenas (XIV Congreso de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, 1997) cuando declaraba que: “(...) la medida de la necesidad militar como causa de justificación estará determinada por las normas de Derecho Internacional Humanitario, excluyendo las excusas o justificaciones basadas en consideraciones de orden político o seguridad nacional”.

7.3 Las causas de exculpación o inculpabilidad

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

amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

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

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

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

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

El estado de necesidad, en opinión de la mayor parte de la doctrina, es causa de justificación cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar y causa de exculpación basada en la no exigibilidad de otra conducta cuando la colisión de deberes se produce entre bienes equivalentes ("... siempre que no

se tuviera intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar", dice el Estatuto).

8. Especial consideración de la obediencia jerárquica

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

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

Para esta postura hay mandatos antijurídicos obligatorios, porque la ley (en casos poco importantes) valora más el deber de obediencia del subordinado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, si el cumplimiento de la orden constituye un delito, el mandato vinculante se convierte para el subordinado en una causa de justificación, aunque el contenido de la orden vinculante sea antijurídico.

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

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

No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir la forma adecuada) o si el inferior sabe que faltan los requisitos materiales de la

orden vinculante porque su ejecución entraña un delito. En resumen, los límites del efecto exculpatório de una orden no vinculante radican en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así.

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

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

Para otro sector de la doctrina penal, sólo son obligatorias las órdenes que son conforme a derecho, por lo que no existen los mandatos antijurídicos obligatorios y únicamente se puede producir la exculpación por la creencia errónea en la obligatoriedad de una orden por parte del subordinado que la recibe y cumple. Esta eximente de obediencia jerárquica, por otra parte, ha sido tradicionalmente rechazada en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, particularmente en el castigo de los crímenes de guerra. Así se excluye la aplicación de la obediencia por violaciones del Derecho Internacional Humanitario en los códigos o leyes penales de Italia, Bélgica, R. F. de Alemania, Canadá, Brasil, Yugoslavia y España.

En general, a la vista de las legislaciones penales de los Estados, la obediencia jerárquica como causa de exclusión de la pena sólo queda suprimida cuando el subordinado conoce el carácter delictivo de la orden o cuando éste es manifiesto y tal desconocimiento le sería reprochable.

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

Estas u otras reflexiones han llevado al Estatuto a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de "Órdenes superiores y disposiciones legales", mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código Penal de 1995, aunque no en el Código Penal Militar.

El presupuesto del que parte la norma estatutaria es el cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Así, la superioridad jerárquica puede tener virtualidad suficiente para eximir de responsabilidad criminal sin que baste con la remisión a la correspondiente causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber), puesto que el tratamiento de la obediencia jerárquica en el Estatuto se inscribe en su consideración como causa de inculpabilidad o exculpación muy próxima al error de prohibición. Tan próxima que el propio artículo 32 del Estatuto (error, de hecho o error de derecho), al regular el error de derecho, para concederle la consideración de eximente (en uno de los supuestos) se remite expresamente a la regulación de la obediencia jerárquica ("... o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto").

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

Con sobrada razón pudiera pensarse que tal presunción alcanza la categoría de *iuris et de iure* (es decir: no admite prueba en contrario) y si así se interpretara, el artículo 33 sería en cierto modo contradictorio, pues la frase inicial "Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte (...)" comprende los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (y, en su caso, el crimen de agresión), mientras que la presunción *iuris et de iure* excluye radicalmente a dos de ellos. Pero es que, además, no hay razones válidas que avalen la distinción que se establece entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado xxi), letra b), número 2, del artículo 8 del Estatuto ("Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado ...") y comparar estos crímenes

de guerra con las acciones idénticas que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro exacto. Si buscamos el ejemplo de la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra) nos encontraremos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de una presunción *iuris et de iure* relativa a que todos los mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revistan el carácter de “manifiestamente ilícitas”, puesto que el propio precepto [art. 7.2.d) del Estatuto] al definir la “deportación o traslado forzoso de población” se ha visto obligado a excepcionar la antijuricidad en algunos casos, añadiendo un elemento negativo del injusto de carácter normativo (“... sin motivos autorizados por el Derecho Internacional”). Son posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población para alejarla de la proximidad de un objetivo militar, están o no autorizados por el Derecho Internacional.

Finalmente, la tradicional cautela con que un Derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento intencional o *mens rea*) examina las presunciones *iuris et de iure* nos inclina por una decidida crítica del precepto al considerar que la presunción establecida debería admitir prueba en contrario (presunción *iuris tantum*).

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

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

Este primer requisito (que la persona que haya cometido el crimen estuviera obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superiores) no hace referencia a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues no se pronuncia sobre el contenido de la orden (conforme o no al ordenamiento jurídico), sino que se limita al aspecto formal consistente en la preexistencia de

una relación jerárquica de subordinación de la que se derive la genérica obligación del subordinado de obedecer las órdenes emanadas del gobierno o de sus superiores.

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

Pero no basta para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, ni que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita. El adverbio "manifiestamente" (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). Ahora sí se elimina la posibilidad de un error de prohibición puesto que, en todo caso, ese error sería vencible ante la manifiesta ilicitud de la orden. A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución. En nuestro Código Penal de 1995, estas cuestiones deben resolverse mediante la aplicación del artículo 14.3, que regula el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

9. Tratamiento del error

Pese a todos los esfuerzos empeñados en la Conferencia Diplomática de Roma, el Estatuto, en su artículo 32, sigue empleando la caduca terminología del "error de hecho o error de derecho" para eximir de responsabilidad penal. La clave del precepto es el error (de hecho o de derecho, o con mejor técnica: error de tipo o error de prohibición) que "hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen", denominador común en el precepto

a las dos clases de error, pues el inciso final del artículo remite simplemente a la eximente de obediencia jerárquica (art. 33 del Estatuto), como uno de los posibles supuestos del error de derecho.

La crítica se refiere pues a la ya superada terminología (error de hecho y error de derecho), abandonada por la legislación, jurisprudencia y doctrina penal modernas, que se refieren hoy al error de tipo (error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, art. 14.1 y 2 del CP) o al error de prohibición (o de permisión), en el que el autor supone erróneamente que su acción está permitida, bien directamente porque desconoce la norma prohibitiva o bien indirectamente porque cree justificada su conducta (causa de justificación putativa).

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

Nada se dispone en el precepto sobre la vencibilidad del error, dada la inexistencia de tipos imprudentes en los crímenes de la competencia de la Corte [con la excepción, como hemos visto, de un supuesto previsto en el art. 28.a).i) del Estatuto], en virtud de lo determinado por el artículo 30 (Elemento de intencionalidad). Sin embargo, es evidente que el error vencible, tanto de hecho como de derecho, debe ser tenido en cuenta a la hora de individualizar la pena aplicable (art. 78), como causa de atenuación que debe incluirse en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

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