

# Hacia una nueva sistematización de las figuras penales internacionales

DR. MANUEL MEDINA ORIEGA

Profesor encargado de Cátedra, de la Universidad de Madrid

Para los especialistas de las diferentes ramas del Derecho, el derecho internacional ha sido siempre una disciplina etérea que, junto con la Filosofía del derecho y el Derecho natural, descansaba en esferas inaccesibles a la realidad humana. Para el abogado, el juez o el administrador, el derecho internacional no tenía realidad, era una simple disciplina culturalista, no un estudio de derecho positivo. Pero últimamente se ha producido un cambio de mentalidad al respecto, en especial entre los penalistas. Poco después de la primera guerra mundial aparecen las obras de don Quintiliano SALDAÑA (1) y V. PELLA (2), teñidas de un cierto utopismo en cuanto a un futuro "derecho penal del porvenir". Sin embargo, sólo fue con la segunda guerra mundial cuando los especialistas de derecho penal han estudiado decididamente el llamado derecho internacional penal. En este momento, a la hora de abordar una reforma del Código penal, un estudio de derecho internacional no puede estar ausente. A partir de 1945 podemos hablar de un giro mental en los especialistas de derecho estatal, porque—simultáneamente—se ha producido un cambio profundo en el derecho internacional.

El derecho internacional clásico era por definición el derecho que regulaba las relaciones entre determinadas colectividades humanas, fundamentalmente entre los Estados. Con VITORIA se afirma esta concepción del derecho internacional. El profesor de Salamanca partirá de la definición que GAYO diera del derecho de gentes:

"quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit. id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium; quasi quo iure omnes gentes utuntur" (3).

sustituyendo algunos de sus términos para dar otra definición:

(1) *La justice pénale internationale, ec. des Cours* (de l'Académie de Droit International), 10 (1925-V), p. 277 y ss.

(2) *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*. Paris-Bucarest, 1925-1926.

(3) GAYO, *Digesto*, 1, 1, de iustitia et iure, 1, 9.

“Quod naturalis ratio inter omnes *gentes* constituit vocatur *ius gentium*” (4).

Es decir, donde GAYO había empleado la palabra *homines*, VITORIA emplea la palabra *gentes*. Mientras en Roma el derecho de gentes era un derecho humano general, un derecho aplicable a las relaciones interindividuales, a partir de VITORIA el derecho de gentes será por definición un derecho que rige entre grupos humanos, entre colectividades. La definición la precisará el español SUÁREZ (5) y la recogerá toda la tradición jurídica moderna. Así, en MONTESQUIEU:

“le droit des gens, qui est la loi politique des nations considérées dans le rapport qu’elles ont les unes avec les autres” (6).

y en Vattel:

“Le droit des gens est la science du Droit qui a lieu entre les Nations, ou Etats, & des obligations qui répondent à ce Droit” (7).

Para el derecho internacional clásico, la teoría de los sujetos se reduce casi exclusivamente a los Estados, más algunos sujetos cualificados, como la Iglesia Católica, la Orden de Malta, o incluso la Cruz Roja. El individuo no podía alcanzar la categoría de sujeto. Es sólo objeto de protección, un simple objeto del derecho internacional como las cosas, el territorio o el alta mar (8). En estas condiciones, el derecho internacional no podía tener relevancia para los tratadistas modernos de derecho penal. El derecho penal de hoy es, fundamentalmente, un derecho penal individualista. Históricamente, el derecho penal no ha estado libre del pecado colectivista; ha habido determinadas épocas de su historia en que se admitía la criminalidad colectiva y la responsabilidad penal colectiva (9), e incluso en la actualidad se ha planteado el problema de la responsabilidad penal de las personas morales (10). En todo caso, para el penalista actual, la responsabilidad colectiva presenta un carácter histórico o marginal. El derecho penal de nuestro tiempo es, ante todo, un derecho penal del individuo y, por tanto, sólo le interesará el derecho internacional en cuanto éste sea también individualista.

(4) *De Indis*, de tit. legit., 2.

(5) *De legibus*, II, 19, 5.

(6) *De l'esprit des lois*, X, 1.

(7) *Le droit des gens*, Prelim. 3.

(8) Así, todavía en la obra de DIENA (*Derecho internacional público*, trad. de la 4.<sup>a</sup> ed. italiana, 3.<sup>o</sup> tiraje, Barcelona, 1948) se encabeza uno de los párrafos con la expresión “Los individuos han de considerarse como objetos y no como sujetos del derecho internacional”.

(9) Vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I (Parte general), 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1951, ps. 58-59.

(10) DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1960, p. 210 y ss.

Pues bien, en este momento, rebasada la segunda mitad del siglo xx, no podemos ya seguir afirmando que el derecho internacional es el derecho de las comunidades estatales. El derecho internacional sigue siendo fundamentalmente un derecho interestatal, pero también es algo más. Aparte de los Estados, se admite hoy que pueden ser sujetos del derecho internacional otras personas. Por un lado, las organizaciones internacionales, ya sean de carácter intergubernamental, ya sean de carácter privado (11). Por otro, los individuos pueden ser también sujetos del derecho internacional, tienen capacidad de actuación ante tribunales internacionales, pueden contratar bajo la protección del derecho internacional y pueden ser sancionados por órganos de la comunidad internacional. Desde el punto de vista subjetivo se ha producido una ampliación del concepto de derecho internacional, y VERDROSS prefiere definirlo no ya como el derecho interestatal, sino como el "derecho de la comunidad de Estados" (12). JESSUP recurre en su lugar a una nueva denominación, "derecho transnacional" para este nuevo contenido ampliado, recogiendo bajo esta nueva denominación a todo el derecho que trasciende de las fronteras nacionales (13). En la doctrina española actual, esta ampliación se encuentra perfectamente recogida por los profesores LUNA (14), MIAJA DE LA MUELA (15), AGUILAR NAVARRO (16), TRUYOL Y SERRA (17) y HERRERO RUBIO (18).

La introducción de la subjetividad del individuo en el derecho internacional supone una fisura en el concepto clásico del derecho internacional. Esta fisura se debió a una serie de acontecimientos, de fenómenos nuevos, que ofrecieron un carácter revolucionario. Precisamente la fisura se ha producido, en primer lugar, en el campo penal. El mismo DIENA, después de haber negado el carácter de sujeto al individuo, dedica una sección (dentro del capítulo sobre "Los objetos") a "los individuos y el derecho penal internacional", aunque este derecho penal internacional es para él sólo un derecho delimitador de competencias estatales, no un derecho penal sustantivo (19), es decir, es realmente un derecho penal internacional y no un derecho internacional penal. Aunque parezca un juego de palabras, conviene delimitar perfectamente estas dos nociones de derecho internacional penal y derecho penal internacional. El derecho penal internacional es el derecho

(11) Vid. ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Viena, 1957.

(12) On the Concept of International Law, *American Journal of International Law*, 43 (1949), p. 435 y ss.

(13) *Transnational Law*, New Haven (Connecticut), 1956.

(14) Explicaciones de cátedra, cit. TRUYOL Y SERRA, *Fundamentos*, p. 13.

(15) *Introducción al derecho internacional público*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1955, página 18.

(16) *Derecho internacional público*, I, 1, p. 19.

(17) *Fundamentos de derecho internacional público*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1955, página 13 y ss.

(18) *Derecho internacional público*, I, Valladolid, 1960, p. 124 y ss.

(19) *Op cit.*, p. 281 y ss.

delimitador de competencias internacionales en materia penal; se plantean en él los problemas de ejecución de sentencias penales extranjeras, de competencia de tribunales, de extradición de delincuentes, etc. En cambio, el derecho internacional penal es un derecho sustantivo, con normas internacionales en materia penal (20). Es este último el que nos interesa.

El derecho internacional penal es, ante todo, derecho internacional. Una vez que hemos visto que el criterio subjetivo ha quebrado en cuanto a la delimitación del concepto de derecho de gentes, tendríamos que refugiarnos en otro elemento definidor. Y este elemento definidor nos parece puede ser muy bien el criterio normativo. El derecho internacional es el contenido en normas internacionales. Es decir, en normas emanadas de fuentes supraestatales. Fundamentalmente, el tratado y la costumbre internacionales, la jurisprudencia internacional, la doctrina y los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas (21). Por tanto, *derecho internacional penal será el derecho penal material contenido en normas internacionales, siendo indiferente el que los destinatarios de esas normas sean Estados o individuos, que la efectividad de su aplicación se deje a los tribunales estatales, que la completación del tipo penal corresponda a los derechos nacionales.*

El tema de nuestro artículo es *las figuras penales internacionales*. La expresión es ambigua, y si la hemos empleado ha sido más por criterio de prudencia que por una estricta razón científica, por un cierto respeto ante la dogmática juridicopenal, que no nos resulta fácil de manejar. Entre internacionalistas se hablaría, sin embargo, con perfecta naturalidad de *delitos internacionales*, al menos de lo que los internacionalistas llaman delito internacional, sin demasiado respeto a una estricta técnica juridicopenal (22). A fin de cuentas, las palabras no tienen más valor que el que se les da, y la doctrina internacionalista le da un determinado valor a estas palabras que probablemente no coincide con el que le dan los especialistas de derecho penal. Así, el profesor italiano AGO consideraba que el delito es una noción que

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, I, Madrid, 1955, ps. 20-21.

(21) El art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia enumera las siguientes fuentes:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

(22) Vid., por ejemplo, la crítica de JIMÉNEZ DE ASÚA a Kelsen en su *Tratado de derecho penal*, II, Buenos Aires, 1950, p. 1036.

pertenece a la teoría general del derecho (23) y que, por tanto, es utilizable por las diferentes ramas de la ciencia jurídica—una de ellas el derecho internacional. Para él, delito equivale a hecho ilícito. Este hecho ilícito puede llevar aparejadas dos consecuencias. O bien surge una obligación jurídica del autor de reparar los daños materiales y morales causados por el hecho, o bien el sujeto dañado tiene la facultad de infligir una sanción al infractor. El delito internacional estaría caracterizado entonces por dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, consistiría en una acción u omisión; desde el punto de vista subjetivo, sería necesario que fuera cometido por un sujeto de derecho. Concretamente, para ser delito internacional haría falta que hubiera sido cometido por un sujeto de derecho internacional, es decir—según él—, sólo podría ser cometido por un Estado. Llegado a este punto, hace equivaler la noción de delito internacional con otro concepto más empleado: el de responsabilidad de los Estados (24). La postura de Ago—expuesta con anterioridad a la segunda guerra mundial—no resulta, sin embargo, admisible a la vista de los acontecimientos más recientes en este terreno. Creemos, desde luego, que el delito es una noción que pertenece a la teoría general del derecho, pero ello no justifica que se dé a ese concepto un ámbito exagerado. El delito es, desde luego, un hecho ilícito. Pero no todo hecho ilícito es delito. Por un lado, está el ilícito civil, un ilícito que puede acarrear una serie de consecuencias jurídicas que pueden ir desde la nulidad del acto (art. 4.º de nuestro Código civil) a la reparación del daño causado (art. 1.092), pasando por la facultad resolutoria (art. 1.124), la ejecución por cuenta del infractor (art. 1.098) o la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101). El delito, como ilícito penal, ofrece caracteres propios. Por el hecho de que el delito sea una figura que pertenezca a la teoría general del derecho, lo que no podemos hacer es inventarnos una noción personal, sin tomar en la más mínima consideración la doctrina penal. Por otro lado, la concepción de Ago se basa en la negación del carácter de sujetos en el ordenamiento internacional a los individuos, lo que hoy ya no es exacto.

Dentro también de la teoría general del Derecho, Hans Kelsen ha pretendido dar una noción más exacta del delito. Delito sería “cualquier tipo de comportamiento que se hace condición de una sanción porque se considera no deseable” (25). Esta definición kelseniana del delito está bastante cerca de la posición de la moderna dogmática penal. Así, en MEZGER “delito en sentido amplio es la acción punible

(23) Sobre el delito como objeto de estudio en la teoría general del derecho, ver el excelente estudio de Manuel Cobo, *La reciente dogmática de los caracteres del delito* (Tesis), Madrid, 1960. Posteriormente, del mismo, “Desarrollo histórico-dogmático del concepto del delito”, en *Rev. de Derecho Judicial*, n. 8 (1961), ps. 50 ss.

(24) Le délit international, *Rec. des Cours*, 68 (1939-II), p. 419 y ss.

(25) *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 706. Vid. también su *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., corregida y aumentada, Viena, 1960, p. 116 y ss.

entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena" (26). También en el mismo sentido, y desde el plano puramente lógico, Manuel COBO (27). En términos parecidos se expresa el profesor DEL ROSAL: "en definitiva, la doctrina de los caracteres del delito no es otra cosa sino el repertorio de los presupuestos de la punibilidad" (28). De este modo, la definición del delito se convierte en un estudio de los caracteres del delito. Está aquí la problemática central de la ciencia del Derecho penal y, en consecuencia, la teoría de los caracteres del delito ha sido tema obligado y al que tan buenas páginas ha dedicado recientemente Manuel COBO.

Se han dado muchas definiciones de delito por los tratadistas de Derecho penal, casi tantas como autores. Estaría, por tanto, fuera de lugar adentrarnos en la discusión de este problema. Queremos hacer, no obstante, algunas observaciones que consideramos útiles para el estudio que en este momento abordamos.

Para un sector de la doctrina penal, la punibilidad es un elemento esencial del delito, el que éste sea "sancionado con una pena". Así, LISZT-SCHMID, ALLFELD, GERLAND, WACHENFELD, BELING y VON HIPPEL (29), así como Helmuth MAYER (30). En nuestra patria, el profesor CUELLO CALÓN considera elemento esencial del delito el estar sancionado con una pena, estimando que sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito; define, en consecuencia al delito, en sentido sustancial, como "la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena" (31). También el profesor DEL ROSAL considera elemento esencial en la definición del delito, *de acuerdo con el Derecho español*, la punibilidad, ya que sin ese elemento no sería posible distinguir la infracción penal de la civil (32). Otro sector doctrinal cree posible, por el contrario, llegar a la definición del delito sin tener que acudir a esta última nota de punibilidad por considerar que su definición supone una tautología, al introducir en la definición el propio término definido. Así, M. E. MEYER define al delito como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable (33). WELZEL alude a tres elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (34). RODRÍGUEZ MUÑOZ cree también, con respecto a la legislación española, que no es necesario el requisito de la pena, siendo posible definir el delito como "conducta típicamente antijurídica y culpable" (35). Es decir, no encontramos en la doctrina penal acuerdo

(26) *Tratado de derecho penal* (trad. española de Rodríguez Muñoz), I, Madrid, 1955, p. 153.

(27) *Loc. cit.*

(28) *Op. cit.*, I, p. 192.

(29) Cit. MEZGER, *Op. cit.*, I, p. 156, nota 5.

(30) *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, p. 41 ss.

(31) *Loc. cit.*, nota 9, pág. 272.

(32) *Op. cit.*, nota 10, p. 207.

(33) *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1923, p. 13.

(34) *Das deutsche Strafrecht*, 1958, p. 45.

(35) Trad. de la obra de MEZGER, cit., p. 163.

sobre la definición del delito, y si los penalistas no han llegado a resultado seguro, parece imposible que los internacionalistas puedan llegar a una auténtica definición del delito internacional. Su definición no sería tarea fácil.

En general, los penalistas admiten la existencia de tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Y un cuarto elemento discutible: la punibilidad. Creemos que sobre estos cuatro elementos será posible montar una definición del *delito internacional* o, con menos pretensiones, de las *figuras penales internacionales*.

En primer lugar, para que se pueda hablar de *tipicidad* en Derecho internacional será necesario que existan unas normas internacionales que recojan determinadas conductas humanas. El concepto de norma internacional ha sido elaborado por la teoría internacionalista y tiene su más clara expresión positiva en el artículo 38 del Estatuto del T. I. J.: tratados, costumbre, principios generales de Derecho, jurisprudencia y doctrina. Esa norma internacional deberá tipificar una determinada conducta como *antijurídica*, y, por último, será necesaria la apreciación de *culpabilidad* en las personas que han participado en la realización del delito. No creemos posible la imposición de penas sin este elemento en la fase actual de la evolución mental de nuestra civilización. El problema grave está en el elemento "sanción penal". Creemos que para que exista delito debe haber una pena como consecuencia de la conducta antijurídica; pero esto no quiere decir que la sanción penal deba estar precisamente contenida en la norma internacional. De lo contrario, reduciríamos el delito internacional a muy poca cosa, ya que las normas internacionales se suelen limitar a tipificar de una manera muy general determinadas conductas como delictivas, sin detenerse a precisar la consecuencia penal de tales conductas antijurídicas.

Esto tiene su explicación. El Derecho internacional es un Derecho en grado de evolución muy retrasado con respecto al Derecho estatal. La falta de órganos suficientes en manos de la comunidad internacional hace muy difícil la ejecución de sus preceptos. El ordenamiento internacional se suele conformar entonces, a la vista de la ausencia de órganos propios de ejecución, con una remisión a los ordenamientos estatales. El Estado suele ser el principal ejecutor de las normas internacionales, realizando así una doble función, tal como ha sido explicada por Georges SCHELLE, con su teoría del desdoblamiento funcional (36). Ultimamente se han hecho algunos progresos en el terreno de la centralización del poder en manos de la propia comunidad internacional con la creación de una multitud de organizaciones generales, regionales y especializadas. Así, la ONU ha supuesto una centralización del poder militar en manos de la propia comunidad internacional, al dejar fuera de la ley el empleo de la fuerza armada

---

(36) *Cours de droit international public*, París, 1948. También: Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel, en *Festschrift Wehberg* (1956), página 324 y ss.

por los Estados (salvo en casos excepcionales). En el terreno penal, la constitución de los tribunales de Nüremberg y Extremo Oriente —prescindiendo de las críticas que formalmente quepa hacerles— supone también una centralización de poder en manos de la comunidad internacional, al encargarse unos órganos internacionales de aplicar normas internacionales e imponer penas a conductas antijurídicas. Pero lo normal sigue siendo que las normas internacionales sean normas incompletas, dejándose su complementación y ejecución a los Estados. KELSEY ha puesto de manifiesto el carácter primitivo de lorden internacional y la función del Estado como completador del Derecho internacional. El Derecho estatal completa al ordenamiento internacional (37).

Para la existencia de delito internacional no consideramos, pues, necesario que la norma internacional contenga la sanción penal a la conducta típicamente antijurídica. Basta que exista en ella este injusto típico internacional, aunque la conducta, para que podamos calificarla como delictiva, deba ser punible. ¿Cómo se garantiza la punibilidad? O bien por una norma internacional completa, que prevea también la imposición de la sanción, o bien por una norma estatal que complete el tipo penal internacional tras una recepción adecuada. Por ello, las normas penales internacionales suelen contener una referencia a la obligación de los Estados de hacer una recepción formal en su Derecho de la norma internacional. De este modo, la infracción al ordenamiento internacional se convierte en una infracción al ordenamiento nacional.

Desde esta perspectiva podríamos dar una definición de delito internacional que, en realidad, es más bien una noción. Delito internacional sería cualquier infracción del ordenamiento internacional que lleve aparejada una pena, ya se imponga ésta de acuerdo con normas nacionales o de acuerdo con normas internacionales. Es ésta una definición de internacionalistas, sin pretensiones de tecnicismo penal, por dos razones: primero, porque no lo conocemos lo bastante —como ya dijimos antes— como para emplearlo con entera seguridad; y segundo, porque una definición no-técnica es más útil para el Derecho internacional, en el que no sabríamos qué hacer con una definición técnica como, digamos, “injusto típico y culpable internacional, sancionado con una pena”.

Dando por buena esta definición algo etérea del delito internacional, podemos pasar a continuación a señalar algunos de sus caracteres. Ante todo, observemos que, por definición, es internacional; es decir, que la infracción de la norma se comete sea cualquiera el lugar en que se produzca la conducta; no hay limitación espacial para la apreciación del delito. El exterminio en masa de poblaciones será tan delictivo en Europa occidental como en el corazón de Africa o en la luna. *El delito internacional es delito cualquiera que sea el lugar en que se cometa.*

(37) *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 323 ss.



Por ser delito internacional, la facultad para perseguirlos estará, en primer lugar, en manos de la comunidad internacional. Si ésta crea unos órganos con competencia para la persecución de tales delitos, la actuación de esos órganos será válida al imponer sanciones penales, ya que actúan con una facultad propia, conferida por la comunidad internacional que los ha creado. Así, los tribunales de Nüremberg y Extremo Oriente actuaban con competencia propia, conferida por los Aliados, la gran mayoría de los Estados que integraban entonces la sociedad internacional. Cuando esos órganos no se crean (38), los Estados, actuando como órganos de la comunidad internacional, podrán proveer a la represión de esas conductas delictivas. Es más, existirá una obligación por su parte de perseguirlos. Desde el punto de vista del Derecho internacional (y prescindiendo de la infracción internacional que supone la violación del territorio argentino por los agentes de Israel), el proceso de Eichmann es correcto: un Estado ejerce funciones de la comunidad internacional en ausencia de órganos internacionales adecuados (39).

Por ser el orden internacional un orden primitivo, sus normas penales no son completas como las normas penales estatales, producto de una lenta elaboración tras un acabado estudio y aprobadas por unos órganos legislativos permanentes. Las normas penales internacionales, adoptadas a toda prisa en convenios internacionales esporádicos o depositadas en una jurisdicción escasa y dispar, no ofrecen esa perfección técnica. En consecuencia, no cabe exigirles que se ajusten a las mismas reglas de juego que las normas penales estatales. Concretamente, el principio de legalidad no podrá tener una aplicación a ultranza. En especial, cabrá la posibilidad de imponer penas no previstas, ya que las normas aprobadas hasta la fecha —como hemos dicho— no suelen contener penas. Para un penalista esto resulta anómalo. Para quien esté, sin embargo, al tanto de las repetidas violaciones al derecho de gentes a manos de desaprensivos e irresponsables, no resultará tanto. Los bienes jurídicos y objetos que protege el Derecho internacional, como la humanidad, la paz, las colectividades minoritarias, los bienes culturales, los heridos y prisioneros de guerra, merecen una protección eficaz. La exigencia estricta del principio de legalidad supondría tanto como una cédula de inmunidad para los delincuentes internacionales: preparadores de guerras, asesinos de colectividades, traficantes en drogas y armas, tratantes de mujeres y niños. El formalismo jurídico debe ser respetado en lo posible, pero nunca a costa de dejar en la impunidad a los mayores enemigos del género humano. La declaración de guerra

(38) Sobre la creación de una jurisdicción penal internacional, ponencias de Alfaro y Sandström ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión*, 1950-II, ps. 1 y ss. y 18 y ss. También P. M. CARJEU, *Projet d'une juridiction pénale internationale*, París, 1953.

(39) Helen SILVING, In Re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, *American Journal*, 55 (1961), p. 207 y ss. El ANUARIO DE DERECHO PENAL ha publicado el texto de la ley israelí sobre castigo a los nazis y colaboración con los nazis, vol. 14 (1961), p. 82 y ss.

a Polonia originó muchas más víctimas que las que haya podido causar el "gángster" más peligroso de la buena época de Chicago, y no cabe consentir que al amparo de la imperfección forzada de las normas internacionales los criminales de mayor importancia se burlen de todas las reglas de convivencia y solidaridad humanas.

Pero esta imperfección del orden internacional no justifica tampoco la comisión a su nombre de atropellos legales. El delito internacional, para ser tal, debe contener un elemento de culpabilidad (40). No hay delito sin culpa. No cabrá imponer penas por una actuación no culposa. Nuestras convicciones se oponen a la imposición de sanciones objetivas, sin consideración al elemento intencional. Esta culpabilidad podrá revestir cualquiera de las formas establecidas por la doctrina penal: dolo, culpa, negligencia; cabrá sancionar tanto la comisión del delito como la tentativa, el delito frustrado o la inducción; podremos sancionar no sólo al autor, sino también al cómplice y al encubridor. Pero no será posible sancionar una conducta no querida o involuntaria, imponer castigos a personas sin responsabilidad subjetiva, o penar a personas morales. En este terreno el internacionalista no puede admitir un positivismo a ultranza, y tiene que recurrir a principios elementales de justicia que completen las lagunas existentes. En este aspecto, el progreso alcanzado por la ciencia penal occidental desde Beccaria podrá ser apreciado por los tribunales internacionales, entrando en funcionamiento un sistema de eximentes, atenuantes o agravantes que permita graduar la pena a imponer. Por ejemplo, la valoración de la obediencia debida presenta una serie de problemas que no cabe dejar de suscitar en el caso concreto de la aplicación de penas por un tribunal internacional. Hay que abrir paso a la equidad en ausencia de una reglamentación detallada como la que existe en los Derechos penales estatales.

\* \* \*

Hemos dedicado demasiado tiempo a lo que podemos llamar teoría general del delito internacional. El objeto de este artículo no es, sin embargo, elaborar una teoría general, sino algo mucho más concreto. Se trata de estudiar un aspecto de la reforma penal española; debemos estudiar una posible reforma de los artículos de nuestro Código en relación con el Derecho de gentes. Conviene por ello que descendamos de la teoría a un estudio concreto de las figuras penales internacionales. Partiendo de nuestra definición de delito internacional, ¿qué normas de derecho de gentes recogen esas figuras delictivas? En el Derecho internacional actual cabe afirmar la existencia de una serie de delitos internacionales, que podemos clasificar en siete apartados:

---

(40) Vid. GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal*. Bruselas-París, 1954, ps. 65-66. Id., *La culpabilité en droit international pénal* "Rec. des Cours", 99 (1960-I), p. 467 y ss.

1. Crímenes contra la paz.
2. Crímenes de guerra.
3. Crímenes contra la humanidad.
4. Genocidio.
5. Piratería.
6. Ofensas a Jefes de Estado extranjeros y sus representantes, y violación de inmunidades diplomáticas.
7. Delitos formalmente internacionales.

1. De las figuras que hemos enumerado, el supuesto de mayor gravedad es el *crimen contra la paz*. El derecho internacional de nuestro tiempo pretende colocar la guerra fuera de la ley. Primero fue el Pacto Briand-Kellogg, por el que las potencias firmantes renunciaban a la guerra como instrumento de política nacional (41). Ese Pacto fue firmado por la mayor parte de los Estados entonces existentes, entre ellos, las tres potencias del Eje: 63 naciones en total. El 8 de agosto de 1945, el Reino Unido, la URSS, los Estados Unidos y Francia firman en Londres un Acuerdo para el establecimiento de un tribunal militar internacional, al que se adhirieron diecinueve países más. En su artículo 6.º a), se definen los crímenes contra la paz: "planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes" (42). Sobre esta base jurídica y sobre otros textos (como las Convenciones de La Haya de 1899, el Tratado de Versalles y los Tratados de Locarno) el Tribunal de Nüremberg condenó a diversas penas a una serie de personalidades nazis (43).

En el nuevo orden jurídico instaurado en San Francisco, la guerra sigue quedando fuera de la ley, salvo en algunos casos excepcionales. En especial, ver al respecto el artículo 2.º, 4, de la Carta de las Naciones Unidas. En el seno de la ONU, la Comisión de Derecho internacional ha pretendido efectuar una precisión de este tipo de delito. En el Proyecto de Código de ofensas contra la paz y seguridad de la humanidad, redactado por la Comisión en 1954, el artículo 2.º, párrafos 1 a 9, se ocupa de estos crímenes (44).

(41) El art. 6.º de la Constitución española de 1931 recoge la fórmula del Pacto Briand-Kellogg.

(42) Utilizamos la traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, de su *Tratado*, vol II, página 1010 y ss.

(43) La bibliografía sobre el proceso de Nüremberg es enorme en este momento. A manera de guía, citamos las obras siguientes: DONNEDIER DE VABRES, *Le procès de Nüremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, "Rec. des Cours", 70 (1947-I), p. 481 y ss.; GRAVEN, *Les crimes contre l'Humanité*, "Rec. des Cours" 76 (1950-I), p. 433 y ss.; JESCHKE, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nüremberg Prozessen*, Bern, 1952.

(44) *Yearbook of the International Law Commission* (1954-II), ps. 151-152.

2. El segundo grupo de delitos internacionales está constituido por los *crímenes de guerra*. El crimen de guerra consiste fundamentalmente en una violación de las leyes de la guerra. El derecho de gentes ha presentado siempre una doble faz: el derecho de la paz y el derecho de la guerra. Desde GROCO, el derecho de gentes ha sido derecho de paz y derecho de guerra (“De iure belli ac pacis”). “Inter armis silent leges”; callan las leyes ordinarias, pero pasan a ocupar su lugar unas nuevas leyes, el “ius in bello”. El derecho de la guerra es bastante amplio, constituyendo el sector en que la codificación se ha verificado mejor y con mayor rapidez (45). En especial cabe destacar las cuatro convenciones firmadas en Ginebra en 1949, de protección a las víctimas de la guerra, y el Convenio sobre protección de bienes culturales en tiempo de guerra, de 1953 (46).

El Estatuto de Londres tipifica, a efectos penales, las infracciones al derecho de la guerra, denominándolas crímenes de guerra, que define del siguiente modo: “violaciones de las leyes y de las costumbres de guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos y malos tratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares” (art. 6, b). El Tribunal de Nüremberg aplicó este texto, fundándose, además, en una serie de artículos de la Convención de La Haya de 1907 (arts. 46, 50, 52 y 56) y de la de Ginebra de 1929 (artículos 2, 3, 4, 46 y 51). Con posterioridad a Nüremberg, el esfuerzo codificador en el derecho de la guerra llevó a la firma de los Convenios de Ginebra sobre la protección de víctimas de guerra. Los artículos 49-54 de la Convención relativa a la mejora de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, artículos 50-53 de la Convención de náufragos y heridos en el mar, artículos 129-132 de la Convención de prisioneros de guerra, y los artículos 146-149 de la Convención para la protección de personas civiles, así como el artículo 28 de la Convención sobre protección de bienes culturales, contienen normas penales para el caso de infracción al derecho de la guerra (47). El artículo II-12 del Proyecto de la Comisión de Dere-

(45) En España se han celebrado recientemente, durante los días 4, 5 y 6 de mayo, unas Jornadas de derecho penal militar y derecho de la guerra, en Valladolid. Citamos en especial las ponencias presentadas por los profesores FERRERO RUBIO (*El derecho clásico de la guerra*) y PASTOR RODRÍGUEZ (*El derecho de la guerra actual*), así como las que sobre guerra terrestre, marítima y aérea presentaron respectivamente los señores DE NO, AZCÁRRAGA y TAPIA SALINAS.

(46) Vid. la comunicación presentada a las Jornadas de Valladolid por el doctor PRIETO ALVAREZ-VALDÉS.

(47) Remitimos a nuestro trabajo: *La recepción en el derecho español de las sanciones por infracción al derecho de la guerra*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 14 (1961), p. 69 y ss.

cho internacional menciona entre las ofensas contra la paz y seguridad: de la humanidad "los actos que violen las leyes y costumbres de la guerra" (48).

3. El Estatuto de Londres daba el nombre de crímenes contra la humanidad a los "asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados" (artículo 6, c). El Tribunal de Núremberg apreció la existencia de este crimen en una serie de atentados a la dignidad e integridad personal por parte de los dirigentes alemanes: asesinatos de los miembros de la oposición, terror policíaco, persecución del pueblo judío.. DROST (49) advierte en la definición de Núremberg dos clases de delitos. Primero, los actos inhumanos cometidos contra la población civil antes o después de la guerra. El segundo grupo está constituido por las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, y encajan perfectamente en la figura más concreta del genocidio. El Proyecto de Código de ofensas contra la paz y seguridad de la humanidad engloba estos supuestos en una sola figura: actos inhumanos, como el asesinato, exterminio o esclavitud, deportación o persecución cometidos contra cualesquiera población civil por motivos sociales, políticos y raciales, religiosos o culturales por las autoridades de un Estado o por individuos particulares que actúen por instigación o con la tolerancia de dichas autoridades (50).

4. El *genocidio* es también una nueva figura delictiva. La expresión fue acuñada por LEMKIN (51), y hace referencia a la perpetración de una serie de actos relacionados con un único propósito: la destrucción de un grupo humano. El gran delito de genocidio de nuestro tiempo ha sido cometido por la Alemania nazi, con el exterminio de seis millones de judíos (52); pero con anterioridad a la guerra se

(48) Sobre los crímenes de guerra en general. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ, *Notas para una teoría del crimen de guerra*, "Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional", II (1952), p. 275 y ss.; TRUYOL Y SERRA, *Crímenes de guerra y derecho natural*, "Rev. Española de Derecho Internacional", I (1948), p. 45 y ss.

(49) *The Crime of State. II. Genocide*, Leiden, 1959, p. 185.

(50) DEL ROSAL, *Acercas de los crímenes contra la humanidad*, 1950.

(51) *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944. La casi unanimidad de la doctrina emplea esta expresión. El Prof. ORÍEGO COSTALES mostró, sin embargo, su preferencia por la expresión "genicidio" en una conferencia que bajo este título dió en la Universidad de La Laguna el 21 de enero de 1953.

(52) De los 9 millones de judíos que había en Europa en 1939, 5.700.000 habían desaparecido al terminar la Segunda Guerra Mundial. En los países ocupados por las tropas de Hitler, el porcentaje de exterminio resulta impresionante. Así, en Holanda, el 60 por 100; en Austria, el 66 por 100; en Grecia, el 80 por 100; en Alemania, el 81 por 100; en Checoslovaquia, el 82,5 por 100; en Po-

había sentido también la necesidad de proteger a determinados grupos de población con las normas sobre protección de minorías contenidas en los tratados de paz que pusieron término a la primera guerra mundial. El genocidio, como ha indicado DROST (53), es un tipo especial de delitos contra la humanidad; pero que, a efectos de conceptualización, es más fácilmente definible que los restantes crímenes contra la humanidad, ya que es muy concreto y delimitado. El genocidio, dentro de los crímenes contra la humanidad, ofrecía un interés especial, y por ello se planteó en las Naciones Unidas la oportunidad de redactar una Convención sobre la materia, que aprobó la Asamblea General por unanimidad el 9 de diciembre de 1948 (54), habiendo entrado en vigor relativamente pronto. Sin embargo, las reservas hechas a la Convención por determinados países han provocado delicados problemas de aplicación, motivando una solicitud de dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia (55).

El artículo II de la Convención da una definición enumerativa del genocidio: "Cualquiera de los actos siguientes cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) matar a los miembros del grupo;
- b) causar graves daños físicos o mentales a los miembros del grupo;
- c) someter al grupo deliberadamente a condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial;
- d) imponer medidas dirigidas a evitar los nacimientos dentro del grupo;
- e) transferir por la fuerza niños del grupo a otro grupo" (56).

5. Con la *piratería* nos alejamos del derecho de Nürémberg. De-sde los tiempos más remotos el pirata ha sido considerado como el "hostis humani generis", el enemigo por excelencia del género huma-

---

lonia, el 85 por 100; en Letonia, el 89,5 por 100, y en Lituania, el 90 por 100. En determinadas ciudades con importantes núcleos de población judía, las cifras son escalofriantes. Así, en Kielce, de 17.840 judíos, quedaron sólo 243; en Kutno, de 6.440 quedaron 50; en Varsovia, de 352.559 quedaron 6.000; en Leipzig, de 11.564 sólo había 15 en 1945). Prácticamente no había judíos de menos de diez años en Europa; había desaparecido una generación (Tomado del Curso de Graven citado).

(53) *Op. cit.*, p. 196.

(54) Resol. 260/III/A. Recogida en el *Rec. des traités* de las Naciones Unidas, vol. 78, p. 277 y ss.

(55) Díez DE VELASCO, *El Sexto Dictamen del T. I. J.: Las reservas a la Convención sobre el genocidio*. "Rev. Española de Derecho Internacional", 4 (1951), p. 1029 y ss.

(56) En general, sobre el genocidio, MIAJA DE LA MUELA, *El genocidio, delito internacional*, "Rev. Esp. Derecho Internacional", 4 (1951), p. 363 y ss.

no, porque trastorna el orden espacial establecido en el mar (56 bis). Así, para el juez STORY, la piratería constituía un delito contra el derecho de gentes:

“The common law, too, recognizes and punishes piracy as an offence, not against its own municipal code, but as an offence against the universal law of society, a pirate being deemed an enemy of the human race... The general practice of all nations in punishing all persons, whether natives or foreigners, who have committed this offence against any person whatsoever, with whom they are in amity, is a conclusive proof that the offence is supposed to depend, not upon the particular provisions of any municipal code, but upon the law of nations, both for its definition and punishment” (57).

Con la firma de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar, de 29 de abril de 1958, se ha pretendido convertir en normas escritas las obligaciones consuetudinarias en materia de piratería. Su artículo 15 dice así:

“Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación:

1. Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depreciación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido:

a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos:

b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

2. Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.

3. Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo” (58).

Pero, al no haberse obtenido número suficiente de ratificaciones, y no entrar en vigor la Convención, el régimen de derecho positivo de la

(56 bis) Carl SCHMITT, *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, 1950.

(57) U. S. v. Smith (1820), cit. en BISHOP, *International Law. Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1963, p. 206.

(58) Utilizamos la traducción que aparece en AZCÁRRAGA, *La Conferencia de Ginebra sobre el derecho del mar*, separata del Anuario de la Asociación española de Derecho marítimo, Madrid, 1958.

piratería sigue siendo consuetudinario. En todo caso, la Convención de Ginebra nos servirá como texto interpretativo de los confusos preceptos consuetudinarios, y el actual Derecho internacional de la piratería ha de partir de ella mientras no exista una norma en contrario.

Las consecuencias tradicionales de la piratería de Derecho internacional eran la perseguibilidad por cualquier Estado del buque pirata y la posibilidad de imposición de sanciones, también por cualquier Estado (principio de competencia universal). Bajo los preceptos de la Convención de Ginebra estas consecuencias se reiteran y delimitan. En todo caso, la piratería de Derecho internacional es hoy una institución bastante precisa, no cabiendo ampliar fuera de esos límites el concepto de piratería internacional. Otra cosa es la piratería de derecho interno, tipificada y sancionada en las leyes estatales, pero que no puede tener otras consecuencias que la persecución y sanción por el derecho estatal, sin obligar a los demás Estados a perseguir ese segundo tipo de piratería (59).

6. Frente a las figuras delictivas que hemos enumerado hasta aquí y que ofrecen un neto carácter internacional, los tipos delictivos que enumeraremos a continuación ofrecen una menor internacionalidad por diferentes motivos. O bien, tratándose de la protección de relaciones internacionales, las normas penales internacionales no existen o son deficientes. O bien, porque la causa de su tipificación internacional es la generalidad y no el que atenten los actos dañosos al orden internacional.

Con respecto al primer grupo de delitos, los que atentan al orden internacional, pero que no han sido recogidos en auténticas fuentes de derecho internacional, no podemos hablar de verdadero delito internacional. Nos estamos refiriendo a los ataques contra jefes de Estado extranjeros, representantes diplomáticos y otras autoridades extranjeras. El derecho diplomático forma parte esencial del derecho internacional. Pero la protección de la representación diplomática no se ha verificado a través de vía penal internacional, sino a través de la responsabilidad del Estado. La mayor parte de las legislaciones estatales recoge como figuras delictivas de derecho interno estos ataques a los jefes de Estado extranjeros y representaciones diplomáticas (60). Pero no son delitos internacionales, careciendo, por tanto, de las características específicas de los delitos internacionales, es decir, la perseguibilidad por cualquier Estado sin consideración al lugar de su comisión o nacionalidad del delincuente.

7. Desde un punto de vista material tampoco serían delitos internacionales aquellos que, aunque recogidos en normas internacionales, no atentan a las relaciones internacionales como tales, sino que

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA trata de la distinción entre piratería de derecho interno y piratería de derecho internacional en *op. cit.*, II, p. 754 y ss.

(60) QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, I, p. 283 y ss.



se recogen en textos internacionales por su carácter de *generalidad*, y debido a que la única forma de ponerles remedio es la persecución internacional de las figuras delictivas. Formalmente son, sin embargo, auténticos delitos internacionales, en cuanto han sido recogidos en normas internacionales.

A este grupo pertenecen, en primer lugar, las normas penales de protección a los derechos de la persona. Históricamente, la protección internacional a los derechos inherentes a la persona humana se inició con relación a la esclavitud. La declaración del Congreso de Viena de 8 de febrero de 1815 prohíbe el tráfico de esclavos negros. El Tratado firmado el 20 de diciembre de 1841 entre las cinco grandes potencias europeas sobre represión del comercio de esclavos, supone el primer paso efectivo en este terreno, al asimilar la trata de esclavos a la piratería, instituyendo los derechos de detención y visita, con confiscación de naves en algunas zonas marítimas de África. Este tratado será ampliado por el Acta del Congo de 1885 y el Acta General de Bruselas de 2 de julio de 1890. La Convención anti-esclavista de 25 de septiembre de 1926 impone a los Estados la represión de la trata de esclavos y la colaboración mutua en este campo. La Convención de 1956 obliga a los Estados firmantes a imponer sanciones penales sobre la utilización de su bandera para el transporte de esclavos por barco o avión. La Convención sobre la Alta Mar autoriza el apresamiento por cualquier Estado de los buques dedicados al comercio de esclavos. Cabe citar, por último, la Convención sobre abolición del trabajo forzado, de 25 de junio de 1956.

La aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1948, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre permitiría la elevación a principio general de la protección de los derechos del hombre. Pero falta a esta Declaración el carácter de positivación que se necesitaría para exigir su cumplimiento efectivo, ya que no constituye una convención internacional. Le faltan a la Declaración cláusulas penales frente a sus posibles infracciones, y ni siquiera se impone a los Estados la obligación de recoger en sus legislaciones internas una protección penal para esos derechos. No obstante, teniendo en cuenta el imperfecto estado de elaboración del derecho internacional, una infracción a sus preceptos podría servir de base a una represión penal por un tribunal internacional, de modo parecido a cómo se produjo la actuación del Tribunal de Nüremberg. Los tribunales estatales sólo podrían actuar—claro está—sobre la base de las normas vigentes en cada país en materia penal. En cambio, el Convenio firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por las 15 naciones del Consejo de Europa, la llamada Declaración europea de derechos del hombre, sí constituye un texto de derecho positivo internacional, un auténtico tratado multilateral. Con la creación de la Comisión y el Tribunal europeo de derechos del hombre, se dota a estos derechos individuales de garantías procesales. Pero no existen tampoco normas penales internacionales, aunque suponen una limi-

tación para el legislador estatal a la hora de regular los tipos penales (61).

La protección internacional de mujeres y niños se viene verificando desde comienzos de siglo. El Convenio de París de 4 de mayo de 1910 impone a los Estados la obligación de sancionar penalmente la trata de blancas. La Convención de Ginebra de 30 de septiembre de 1922 obliga a los Estados firmantes a configurar en sus derechos estatales los delitos de trata de mujeres y niños y a prestarse ayuda mutua en la represión de estos delitos. El Convenio de Ginebra de 11 de octubre de 1933 amplía las reglas a la trata de mujeres mayores de edad, aun cuando sea con su consentimiento.

Otros delitos se refieren a la circulación y tráfico de publicaciones obscenas (Convenios de 4 de mayo de 1910 y 12 de septiembre de 1923), al tráfico de estupefacientes (Convenios de 23 de febrero de 1912, 19 de febrero de 1925, 13 de julio de 1931 y 26 de julio de 1936), a la protección de cables submarinos (Convenio de 14 de marzo de 1884), falsificación de moneda (Convenio de 20 de abril de 1929) y terrorismo (Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937).

El valor jurídico-positivo de todos estos textos internacionales es vario. La mayor parte de ellos ha obtenido el número de ratificaciones necesario y han entrado en vigor. Otros (como la Convención sobre la Alta Mar, de 1958), no han tenido esa suerte, y no han pasado a constituir derecho positivo internacional. En principio, la obligatoriedad de cada uno de esos textos no cabe extenderla sino a los países que los han firmado y ratificado. Sin embargo, la simple aprobación por alguna organización internacional general, como la ONU, de esos textos, puede dar lugar a una ampliación de su ámbito de validez espacial, si no como derecho escrito, al menos como derecho consuetudinario general. Pero no es éste el momento de profundizar en este terreno, que constituye uno de los temas más delicados del derecho internacional público. A la hora de abordar una reforma del Código penal español, nos interesa, en primer lugar, conseguir que España cumpla con sus compromisos internacionales, los compromisos expresamente contraídos al firmar y ratificar acuerdos y convenciones internacionales. Pero, "de lege ferenda", a la hora de reestructurar nuestro derecho penal, nada impide que tratemos de incorporar a él los principios penales recogidos en tratados internacionales no ratificados por España, las normas de derecho consuetudinario, e incluso textos que carezcan de valor positivo en absoluto, como las declaraciones de organizaciones internacionales o la jurisprudencia de determinados tribunales, como los de Núremberg y del Extremo Oriente. Los proyectos de convención de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas pueden también ser útiles a la hora de reconstruir en nuestro Código los delitos contra el derecho de gentes.

(61) José Luis PARDOS, *Derechos del hombre en el Consejo de Europa* (con prólogo de don Antonio de LUNA), Murcia, 1960. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, I, ps. 348-49.

¿Hasta qué punto nuestro Código está necesitado de una reforma en cuanto a los preceptos dedicados al derecho de gentes? El Código de 1944 encabeza el Capítulo III del Título I del Libro II con la rúbrica "Delitos contra el derecho de gentes". En su articulado se recogen, además, una serie de figuras acordes con los preceptos internacionales que hemos citado. Fuera del Código penal, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y el Código de Justicia Militar recogen preceptos de relevancia internacional. Veamos las figuras más importantes del Código penal:

El enunciado del Capítulo III del Título I es engañoso. Ese capítulo encierra sólo dos artículos referentes a los ataques contra un Jefe de Estado extranjero o su representación diplomática. La expresión "Delitos contra el derecho de gentes" la creemos totalmente acertada. No el contenido. Como hemos visto, los delitos contra el derecho de gentes son mucho más amplios que los supuestos que recogen los artículos 136 y 137. Ello justifica por lo pronto una ampliación, asignándole a este tipo de delitos todo un título del Libro II. Más exactamente, la forma lógica de iniciarse el Libro II habría de ser, precisamente, con los delitos contra el derecho de gentes, seguidos de los delitos contra la seguridad exterior y contra la seguridad interior del Estado.

Con respecto al resto de los artículos relevantes para el derecho internacional, conviene trazar una distinción entre las figuras que englobamos en los apartados 1 a 6, que constituyen los auténticos delitos contra el derecho de gentes en sentido material, de los supuestos del apartado 7. Estos últimos sólo formalmente son delitos contra el derecho de gentes. Por tanto, en un Código que clasifica a los delitos *materialmente* (delitos contra el derecho internacional, delitos contra el Estado, delitos contra la propiedad, delitos contra la integridad personal, delitos contra la honestidad) no sería posible su incorporación a los delitos contra el derecho de gentes, sino que habrían de ser mantenidos en los títulos correspondientes a los atentados contra el bien jurídico particular a que afectan, tal como, en efecto, se viene haciendo hasta ahora en el Código. Al respecto cabe señalar que la extensión que les da el Código parece suficiente, aunque esas normas podrían ser completadas a la vista de las normas de derecho internacional hoy vigentes.

Con respecto a la esclavitud, el anacronismo de esta figura resultaría evidente en España. No tendría sentido práctico el que nuestro legislador añadiera un nuevo capítulo el Título VIII ("De los delitos contra las personas") que, tras el homicidio, el infanticidio, el aborto y las lesiones, se encabezara "De la esclavitud", sobre todo teniendo en cuenta que los supuestos que pudieran darse encajan perfectamente en los artículos 480 y siguientes, relativos a las "detenciones ilegales". En cambio, el trabajo forzado podría ser incluido expresamente en la sección 2.ª del Capítulo II del Título II ("De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos de la persona reconocidos por las leyes"), aunque mientras no se verifique esa incorpo-

ración la figura puede ser identificada con varios supuestos de esa misma sección: imposición de algún castigo equivalente a pena personal (art. 178), establecimiento de una penalidad distinta a la establecida por la ley (art. 181), el funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas (art.187-5.º).

Protección penal a mujeres y menores se da en los artículos relativos a los delitos contra la honestidad (Título IX), en los artículos 484-486 (Sustracción de menores) (62), entre los delitos de escándalo público, especialmente los artículos 431-2.º y 4.º. En cuanto a las publicaciones obscenas, el artículo 433 ("los que expusieren o proclamaran por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad doctrinas contrarias a la moral pública), y entre las faltas de imprenta (artículo 566-4.º). El artículo 344 sanciona el tráfico de estupefacientes: el Capítulo XII del Título II recoge los delitos de terrorismo, aparte de la legislación especial que aplica la jurisdicción militar. El Capítulo II del Título III, encabezado con la rúbrica "De la falsificación de moneda metálica y billetes de banco", es aplicable no sólo a la falsificación de monedas y billetes españoles, sino también a la de moneda extranjera, ya que el artículo 284 equipara las monedas nacionales y extranjeras a efectos penales. La destrucción de cables submarinos no está prevista especialmente, pero encaja en los supuestos del Capítulo VIII del Título XIII, relativo a los daños -(art. 557 ss.) y en el artículo 554 (destrucción de hilos y postes telegráficos); tampoco parece necesaria una tipificación especial, ya que no es un delito de comisión diaria.

En resumidas cuentas, estas figuras delictivas formalmente internacionales se encuentran recogidas de un modo más o menos completo en los diferentes títulos del Libro II. Mientras la parte especial de nuestro Código penal se inspire en el criterio de clasificación por el bien jurídico violado (63), no consideramos posible agruparlas en un apartado especial, debiendo seguir repartidas en las diferentes secciones del Libro II. En todo caso, a la vista de una reforma, habrá que tener en cuenta las normas internacionales que les afectan, en especial las contenidas en los convenios y tratados internacionales ratificados por España.

En cuanto a las restantes figuras delictivas, las que hemos considerado como materialmente de derecho internacional, merecen un estudio más detallado. En el Código existen unos cuantos preceptos di-

---

(62) La doctrina española se ha ocupado últimamente de esta figura delictiva. Así, Manuel COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores (Objeto y sujeto de la sustracción)*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 14 (1961), ps. 207 y ss. y 433 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 14 (1961), página 5 y ss.

(63) Frente a este criterio de clasificación el Pr. f. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del derecho penal*, La Laguna, 1959, ps. 13-14 y 70 y ss. En el mismo sentido, Manuel COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas...* citado, p. 210.

seminados, sin conexión entre sí, y que cabría agrupar en un nuevo título, que podría llamarse perfectamente "De los delitos contra el derecho de gentes".

1. Con respecto al *crimen contra la paz*, en la actual redacción del Código hay una serie de preceptos que formulan aspectos parciales de su contenido; así, el artículo 120 (inducción a una potencia extranjera a declarar la guerra a España), 121-3.º (acumular medios para hacer la guerra a España), 127 y 129 (provocar o dar motivo a una declaración de guerra contra España), 128 (comprometer la neutralidad del Estado), 130 (violación de tregua o armisticio) y 133 (levantar tropas para el servicio de una potencia extranjera). En especial, resulta interesante el artículo 131 (el funcionario público que, abusando de su cargo, comprometiera la dignidad o los intereses de la nación española de un modo que no esté comprendido en este capítulo), que da una base para exigir responsabilidades a los gobernantes y altos cargos de la administración para el caso de incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, lo que supone, desde luego, un perjuicio para la dignidad y los intereses de la nación. Sobre todo, para el supuesto de prohibición de declarar o provocar la guerra. El mismo encabezamiento del Título II ("Delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado") es significativo a este respecto, y nos proporciona un precioso antecedente para la introducción de modificaciones en este sentido.

2. *Crímenes de guerra*.—En varios lugares del Código se recogen tipos delictivos de crimen de guerra. Así, en el artículo 127, "El que con actos ilegales o que no estén competentemente autorizados... expusiere a los españoles a experimentar vejaciones o represalias", englobar en general todos los supuestos de infracción de las normas del derecho de la guerra, que pueden traer como consecuencia represalias contra los españoles; el artículo 130 (violación de tregua o armisticio entre las fuerzas beligerantes); artículo 133, 2.º (destinar buques al corso). El artículo 324 (uso indebido de uniformes, insignias o condecoraciones) es también extensible a la infracción de determinadas normas de derecho de la guerra, como las relativas a la utilización de insignias de la Cruz Roja. Los artículos 547 y siguientes ("Del incendio y otros estragos") contienen los supuestos materiales que constituyen una parte muy importante de los crímenes de guerra: incendio de archivos y museos, trenes de viajeros, buques, almacenes de materiales inflamables o explosivos, teatros, iglesias o edificios destinados a reuniones (art. 547), incendio de edificio, alquería, choza, albergue o buque en puerto (art. 548), incendio de mieses, pastos, montes o plantíos (art. 551), y, sobre todo, el artículo 554: causar estragos por medio de destrucción de aeronave, inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o máquina de vapor, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de

señales, etc. Pero esta enumeración material debemos reconocer que carece de relevancia a nuestros efectos, pues al crimen de guerra serán aplicables normalmente las leyes militares, es decir —fundamentalmente—, el Código de Justicia Militar y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (64).

3. Con respecto a los *crímenes contra la humanidad*, la protección penal la proporciona, ante todo, el Título II, Capítulo II, sección 2.<sup>a</sup> (“Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.”); también los artículos dedicados a los delitos contra la salud pública (Título II, Capítulo II), los Capítulos I y IV del Título VIII (homicidio y lesiones) y los preceptos relativos a detenciones ilegales (Título XII).

4. El *genocidio*, lógicamente, es desconocido para nuestro Código, como nueva figura sólo creada a la terminación de la guerra. Tampoco existe ningún precedente para esta figura delictiva en el Código.

5. El Capítulo IV del Título I está dedicado a la *piratería*. En los dos artículos que se le dedican (138 y 139) se mezclan las figuras de la *piratería de derecho interno* y la *piratería internacional*. La *piratería de derecho interno* podría ir a otro lugar del Código; para el profesor ORTEGO SOSTALES se trata de un delito contra la vida y el patrimonio (65). La *piratería de derecho internacional* ofrece, sin embargo, caracteres complejos. La definición del artículo 15 de la Convención sobre Alta Mar de 1958, tendrá forzosamente que servir de punto de partida a una nueva regulación de esta figura dentro de los delitos contra el derecho de gentes, cualquiera que sea la ubicación de la *piratería de derecho interno*, figura, desde luego, distinta y para cuya regulación el Estado no está sometido a normas internacionales.

6. Los *atentados contra Jefes de Estados extranjeros y violación de su inmunidad o la de sus representantes diplomáticos* (arts. 136 y 137), decíamos que no cabía considerarlos como delitos internacionales. Sin embargo, a efectos de sistematización convendría su encuadramiento en un título dedicado a los delitos contra el derecho de gentes. La regulación de las concretas infracciones al régimen de inmunidades diplomáticas dependerá del resultado de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la reciente Conferencia de Viena.

---

(64) Vid. nuestro trabajo citado en la nota 47, y el de PASTOR RIDRUEJO, *Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia Militar*, Revista española de Derecho militar, núm. 10 (1960), p. 9 y ss.

(65) *Op. cit.*, p. 76.

## CONCLUSIONES

Cuando se trata de llevar a cabo una reforma penal en España, en el momento actual, no podemos prescindir de las conquistas del Derecho internacional. El Derecho internacional de la Segunda Postguerra cuenta en este momento con un rico contenido de figuras penales. Por otro lado, España no puede dejar de cumplir los compromisos internacionales por ella asumidos. Estos nos obligan a una recepción en nuestro Derecho positivo interno de las normas de Derecho internacional positivo vigentes, y hace muy conveniente aprovechar los resultados del movimiento precodificador llevado a cabo en el seno de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas.

1-4. En el nuevo Código penal, los "delitos contra el derecho de gentes" merecen un título especial. Nos referimos a las conductas que constituyen auténticamente una infracción al Derecho internacional público. Destacan en primer lugar las cuatro figuras delictivas resultantes de la Carta y el Tribunal de Nüremberg: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Los crímenes de guerra tienen su lugar adecuado en el Código de Justicia Militar y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en las condiciones que ya hemos apuntado en otro trabajo anterior (66). Para la fijación de los crímenes contra la paz y contra la humanidad resultará extraordinariamente útil la labor de la Comisión de Derecho internacional, que ha formulado los Principios de Nüremberg y ha preparado un Proyecto de Código de ofensas contra la paz y seguridad de la humanidad (67). Para la regulación del genocidio habremos de partir de la Convención de 1948 (68).

5. La piratería de Derecho internacional debe ser otra de las figuras incorporadas a ese título de delitos contra el derecho de gentes, ajustándose al artículo 15 de la Convención sobre Alta Mar. No cabe decir lo mismo de la piratería de derecho interno, que, además de tener que figurar en otro lugar del Código —si subsiste (69)—, no podría inspirarse en los mismos criterios que la piratería de Derecho internacional.

6. La protección penal a Jefes de Estado extranjeros y representantes diplomáticos, aunque no haya sido configurada formalmente

(66) Citado nota 47.

(67) *Yearbook of the International Law Commission*, 1950-II, p. 374 y ss., y 1954-II, p. 151 y s.

(68) *Rec. des Traités*, vol. 78, p. 277 y ss.

(69) El Prof. ORTEGO COSTALES considera anacrónica la piratería, en *op cit.*, página 76. Pero pensamos se refiere sólo a la piratería de derecho interno. El incidente del "Santa María" ha puesto de actualidad la piratería de derecho internacional, dando lugar a interesantes controversias doctrinales. Así, en España, las declaraciones de los profesores LUNA y YANGÜAS MESSÍA a los diarios "Ya" y "ABC", respectivamente, y las conferencias de los profesores AGUILAR NAVARRO, en el Colegio de Abogados de Madrid, y GARCÍA ARIAS.

Vid también, FENWICK, "Piracy" in the Caribbean, "American Journal", 55 (1961), p. 426.

como delito internacional, encuentra un lugar adecuado en ese mismo título de los delitos contra el derecho de gentes, por razones prácticas y por tradición legislativa. Repetimos la necesidad de tomar en consideración los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional que han desembocado en la reciente Conferencia de Viena.

7. Por último, las figuras que hemos calificado de "formalmente internacionales" (trata de mujeres y niños, falsificación de moneda, circulación y tráfico de publicaciones obscenas, etc.), deben seguir distribuidas en las diferentes secciones de la parte especial, en el lugar correspondiente al bien jurídico protegido. Pero en cada uno de los delitos será necesario estudiar la posible adhesión de España a alguna de las Convenciones internacionales existentes, y puede resultar conveniente el partir de acuerdos internacionales —aun los no firmados por España— e incluso de simples proyectos de convención, para seguir sobre la línea de progreso del Derecho internacional y lograr una armonización al máximo de nuestra legislación con la de otros países.

Al volver atrás sobre lo que hemos dicho, nos damos perfecta cuenta de que en realidad sólo hemos llevado a cabo un trabajo burdo. Desde el Derecho internacional resulta imposible profundizar más allá de un cierto límite cuando se entra en contacto con el Derecho estatal. En realidad, el Derecho internacional sólo puede dar al penalista unos tipos delictivos muy generales, correspondiendo a éste un trabajo mucho más delicado: la fijación precisa de tipos penales, de formas de culpabilidad y participación, de escalas de sanciones, etc. Esperamos de todos modos que este poco que hemos hecho pueda ofrecer alguna  
Verano de 1961.



# La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963 (\*)

MANUEL COBO  
Profesor Adjunto de Derecho Penal  
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Planteamiento y finalidad del tema.*—II. *Revisión del ámbito de aplicación del artículo 428 del Código Penal de 1944:* 1. Criterios de interpretación y principios informativos.—2. Sujetos.—3. Situación fáctica de los sujetos pasivos.—4. Función de la sorpresa.—III. *Examen de las soluciones propuestas:* 1. Observaciones previas. Función de la Ley de Bases de 1961.—2. Distintas soluciones. Estudio crítico: a) Legítima defensa del número 4 del artículo 8. b) Trastorno mental transitorio del número 1 del artículo 8. c) Atenuante quinta del artículo 9. d) Atenuante sexta del artículo 9. e) Atenuante octava del artículo 9. f) Otras pretendidas soluciones.—3. Consideraciones finales.

## I

### PLANTEAMIENTO Y FINALIDAD DEL TEMA

El contenido del artículo 428, como fue descrito por el Código de 1944, es ignorado totalmente por el texto penal de 1963: ha desaparecido íntegramente. En todo momento debe contarse con este hecho: queda prohibido, radicalmente, hacer uso de él. Quizá parezca superflua la presente consideración. Sin embargo, es necesaria desde el momento que no se pretende aludir al simple suceso de la supresión, sino principalmente a los cambios que esta supone. Interesa más bien subrayar no tanto la desaparición material del precepto, como la *nueva* forma de resolver las hipótesis que comprendía el artículo 428. El intérprete deberá contemplarlas, a partir de ahora, de manera muy distinta, como es natural. La supresión será entendida no sólo como desaparición del catálogo de figuras del libro II del Código penal, sino fundamentalmente como abandono del anterior esquema interpretativo. Nace, por tanto, la obligación de encontrar el criterio informador de la actitud legislativa, que necesaria-

(\*) El presente estudio ha sido expresamente redactado para el volumen en homenaje al Rvdo. Padre Julián Pereda, S. J., que se publicará en su día. Se ha elegido este tema debido a la especial atención que ha dedicado al "uxoricidio" el tantos años profesor de Derecho penal de Deusto.