

TEORÍA GENERAL DEL CRIMEN INTERNACIONAL: UNA EXPOSICIÓN PROGRAMÁTICA DE SU PREVISIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA

GENERAL THEORY OF INTERNATIONAL CRIME: A PROGRAMATIC EXPOSURE OF ITS FORECAST IN THE ROME STATUTE

Miguel POLAINO NAVARRETE*

Miguel POLAINO-ORTS**

RESUMEN: El estudio programático incluye los conceptos de crimen, delito y falta a partir de la descripción de los elementos esenciales del Derecho penal nacional para abordar su visión en la legislación internacional así como los conceptos citados y la inclusión en el Estatuto de Roma del término crimen solamente, aún previendo ciertos delitos y penas, con máximas de 30 años y solo eventualmente de duración perpetua, señalándose los crímenes que ha de juzgar.

ABSTRACT: The programmatic study is organized developing concepts: crime, offense and fault, explaining the essential element of internal Criminal Law and international concepts, and those included in the Roman Statue as crimes and also observing some other offenses and its penalties, these ones limited generally to 30 years and only eventually life sentences, precising the crimes that will be judged.

PALABRAS CLAVE: Crimen, delito, pena, norma internacional, concepciones dogmáticas.

KEYWORDS: Crime, Offense, Penalty, International Law, Dogmatic Conceptions.

* Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Universidad de Sevilla, España.

** Prof. Dr. Universidad de Sevilla, España.

SUMARIO: I. *El binomio delito/pena como base del Derecho penal.* II. *Crimen, delito y falta en la legislación penal internacional.* III. *Concepto dogmático de crimen: panorama general.* IV. *Bases de la responsabilidad penal internacional.* V. *Cuestiones dogmáticas específicas en el ECPI.*

I. EL BINOMIO DELITO/PENA COMO BASE DEL DERECHO PENAL

El binomio esencial del Derecho penal nacional (esto es: el ordenamiento punitivo interno de un Estado) viene integrado en su contenido por la pareja de conceptos jurídicos delito/pena, que se fundamenta en un tercer elemento esencial: la culpabilidad. En esa tríada de elementos, el delito representa el presupuesto conceptual de la sanción penal y la pena es la legítima consecuencia jurídica de aquél constituyendo la sanción punitiva del acto delictivo, mientras que la culpabilidad del autor constituye el fundamento de la responsabilidad jurídica determinante de la imposición legal de una pena. Desde este punto de vista, el Derecho penal nacional es, en esencia, un Derecho penal de culpabilidad, pues no hay pena, ni -por tanto- delito completo, sin culpabilidad (art. 5 CP español). Representados en esquema, los elementos aludidos serían los siguientes:

Presupuesto	Fundamento	Consecuencias jurídicas
Delito	Culpabilidad	Pena

Además de estos tres elementos básicos, el Derecho penal nacional conoce otro binomio fundamental en su contenido, a saber: injusto típico/medida de seguridad, fundamentándose esta consecuencia jurídica -no en la culpabilidad del autor, que por lo general se halla ausente en este binomio- sino en la peligrosidad criminal del autor del injusto típico. El injusto típico constituye la acción típica y antijurídica, pero no culpable: por esta razón no puede imponerse una pena; pero como el autor revela peligrosidad criminal al cometer un hecho descrito en el Código como delito, se le puede imponer una medida de seguridad acorde a su peligrosidad criminal que acredita quien ha cometido el hecho. El esquema de este segundo grupo de elementos esenciales sería el siguiente:

Presupuesto	Fundamento	Consecuencias jurídica
Injusto típico	Peligrosidad criminal	Medida de seguridad penal

De esos dos esquemas, el más tradicional y característico del Derecho penal nacional es el primero: nadie duda de que el delito y la pena son los elementos básicos del Derecho penal por antonomasia, aquellos a los que se vincula de una manera casi intuitiva el Derecho penal. El delito y la pena son dos conceptos antagónicos entre sí pero interdependientes y correlativos. Ello significa, por un lado, que delito y pena se contraponen conceptualmente en cuanto categorías antitéticas: uno es el reverso de la otra. Pero, por otro lado, también significa que ambos conceptos se exigen mutuamente de manera que no puede ser explicado uno sin la otra. A la comisión de todo delito sigue necesariamente la imposición de una pena. Por ello, del binomio delito / pena se extraen dos *principios* esenciales: 1) no existe ningún delito que no sea sometido a una pena, y 2) no existe ninguna pena que no presuponga la comisión de un delito (o más exactamente de una infracción penal).

II. CRIMEN, DELITO Y FALTA EN LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNACIONAL

El Derecho penal internacional es, en esencia, también un Derecho penal de la culpabilidad. Ello significa que, al margen de la cuestión terminológica (que ahora veremos), ese sector acoge en esencia el binomio delito/pena, fundándose ésta en la culpabilidad del sujeto. Por el contrario, el Estatuto de Roma no conoce el binomio injusto típico/medida de seguridad, de manera que únicamente pueden imponerse penas al sujeto declarado culpable, pero no medidas de seguridad al sujeto no culpable, pero criminalmente peligroso.

En realidad, cuando en el Derecho penal nacional nos referimos al concepto de delito lo hacemos metonímicamente, esto es: tomando la parte por el todo. Las infracciones penales comprenden, en nuestro sistema legislativo (que es bipartito), los delitos y las faltas: la falta -en palabras del penalista sevillano del siglo XIX Joaquín Francisco Pacheco- es un delito venial, esto es, un delito en pequeño por su menor gravedad jurídica. El delito -como la falta- es especie (la más importante, mas no la única) de un género superior: la infracción penal. A veces se emplea el término delito como sinónimo de infracción penal, pero lo cierto es que el delito es sólo una clase de infrac-

ción penal. La otra es la falta. Delito y falta son, pues, especies del género infracción penal: el primero es la infracción penal más grave, y la falta la más atenuada. Pero tal es la predominancia y la importancia del delito que en ocasiones se habla del delito como si éste fuera el género, esto es: en un sentido amplio que engloba tanto al delito *stricto sensu* como a la falta comprendiendo en su expresión las dos categorías de infracciones penales.

- Para referirse a la infracción penal más grave el Estatuto de Roma no emplea el término *delito* sino el de *crimen*, vocablo éste de escasa tradición en el mundo hispánico pero que se convierte así en el concepto central y básico en el texto del Estatuto, en torno al cual gira toda la responsabilidad penal internacional. El Estatuto emplea también, bien que de manera secundaria y referida a dos ámbitos muy determinados, los conceptos de delito y de falta. Veamos brevemente el uso que hace el ECPI de los tres conceptos:
- El ECPI reserva, en efecto, el término *crimen* para referirse a las cuatro infracciones penales de mayor entidad y contundencia: en el art. 5 ECPI establece que “(1)a competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” y a continuación enumera las figuras en cuestión: crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Para los crímenes se prevé una pena de prisión no superior a 30 años, o -incluso, excepcionalmente- la cadena perpetua.
- Además de tales crímenes, el ECPI tipifica también, aunque de manera más bien residual, algunos delitos y faltas:
- Delitos, en el art. 70 ECPI, que prevé únicamente unas pocas figuras de delitos contra la administración de justicia: falso testimonio, presentación de pruebas falsas o manipuladas, corrupción de un testigo, obstrucción de su comparecencia o testimonio, interferencias y represalias contra ellos, intimidación o corrupción de funcionarios de la Corte, sobornos, etc. Para estas figuras de delito, el Estatuto prevé la imposición de pena de hasta 5 años de prisión o pena de multa.
- Faltas, en el art. 71 ECPI, que prevé unas sanciones por faltas de conducta en la Corte, tales como “perturbar las audiencias o negarse deliberadamente a cumplir sus órdenes”. En ese caso, la Corte podrá imponer sanciones administrativas (no penales), “que no entrañen privación de la libertad, como expulsión temporal o permanente de la sala, multa u otra medida similares establecidas en las Reglas de Procedimiento y Prueba” (art. 71.1 ECPI).

De lo anterior se sigue que mientras que el Derecho penal nacional es un ordenamiento bipartito (esto es, reconoce dos clases de infracciones penales: el delito y la falta), el Derecho penal internacional es tripartito, al conocer tres clases diferentes: el crimen, que es la figura principal; el delito y la falta, siendo ésta última una categoría de infracción administrativa y no penal.

III. CONCEPTO DOGMÁTICO DE CRIMEN: PANORAMA GENERAL

A) *Definición y elementos*

El Estatuto de Roma no contiene una definición de lo que sea el crimen *in genere*; define, eso sí, cada figura de crimen *in specifico* (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión), pero no el crimen en general. De todas maneras, al ser el Derecho penal internacional un ordenamiento basado en el concepto de culpabilidad (y al existir un paralelismo -un influjo mutuo- entre la dogmática penal nacional y la dogmática penal internacional), a efectos dogmáticos puede establecerse una equivalencia entre crimen y delito, pues ambas son las infracciones penales más graves en sus respectivos órdenes y ambas comparten, por tanto, los mismos elementos.

Por ello, de la misma manera que el delito en el ámbito nacional, el crimen puede definirse dogmáticamente por la confluencia de varios elementos: la acción en sentido amplio (que engloba a la acción y a la omisión), la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad. Cuando concurren todos esos elementos al mismo tiempo estamos en presencia de un crimen. Si falta siquiera sea uno de los elementos, no existirá la infracción.

Tales elementos conforman, dicho sea con un símil arquitectónico, un edificio o pirámide, que tiene unos cimientos y diversas plantas o pisos: en la base se sitúa el elemento de la acción o -más genéricamente- el comportamiento o conducta. Sobre esa cimentación, se añaden los restantes elementos o estratos valorativos configuradores del concepto, esto es: las diferentes plantas o pisos del edificio. De este modo, podríamos representar gráficamente el concepto de delito mediante la pirámide siguiente:

Punibilidad
Culpabilidad
Antijuricidad
Tipicidad
Conducta (Acción u Omisión)

En esta pirámide cada estrato valorativo, cada escalón, es necesario para pasar al siguiente (no podemos subir a la azotea sin pasar por cada uno de los pisos). Una vez que concurren todos ellos, nos encontramos ante un crimen. Si faltara alguno, no habrá crimen. En la base de la pirámide se halla el concepto fundamental: la acción (o conducta) en sentido amplio, esto es, como sinónimo de acción y de omisión. Sobre esa base se predicán los restantes elementos o estratos valorativos. Ello quiere decir que los restantes elementos (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) se predicán precisamente de ese elemento base: la acción es acción típica; la acción es también acción antijurídica; la acción es igualmente acción culpable y, finalmente, la acción es acción punible. De hecho, en Alemania (la cuna del Derecho penal moderno) al delito se le llama precisamente *Straftat*, que significa hecho punible. Resumidamente, el crimen, como el delito, se define desde el punto de vista dogmático como la acción típica, antijurídica, culpable y punible. Veamos, brevemente, qué representa cada uno de esos elementos:

- a) *Acción u omisión*: Todo crimen exige, como punto de partida, la realización de una acción u omisión penalmente relevantes. El Derecho penal internacional sanciona como delito o como falta únicamente conductas humanas exteriores voluntarias, y no meros pensamientos internos personales ni acontecimientos no humanos (terremotos, catástrofes naturales, etc.) ni conductas humanas involuntarias (movimientos reflejos, etc.). Ello significa que en Derecho penal rige el principio del hecho, que exige necesariamente la manifestación exterior de la voluntad criminal. No se sanciona, pues, al hombre por lo que piensa, sino por lo que hace (“el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra”, decía Antón Oneca). La realización de una conducta penalmente relevante es el primer y más básico requisito para sancionar a un sujeto con una pena. El ECPI contiene, en su articulado, numerosas referencias al acto como elemento básico del crimen internacional Así,

por ejemplo, el art. 6 ECPI establece que “(a) los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «genocidio» cualquiera de los actos mencionados a continuación...”; o el art. 7 ECPI, por su parte, establece que “se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes...”, etc.

La mayor parte de las conductas incriminadas en el ECPI consisten en actos positivos, esto es, acciones *stricto sensu*: matanzas, lesiones graves, traslados forzosos, asesinatos, esclavitud, deportación, tortura, violación, prostitución forzada, abusos sexuales, etc. Sin embargo, el ECPI también reconoce, en determinadas situaciones, una responsabilidad por omisión y, desde ese punto de vista, la acción y la omisión constituyen dos caras de la misma moneda: la infracción criminal. Desde el punto de vista jurídico es indiferente cómo se cometa el crimen (por acción o por omisión): lo único relevante es que la infracción penal sea subsumible en un tipo legal de crimen internacional descrito en el ECPI.

b) *Tipicidad*: Para que la acción alcance significación en el ordenamiento penal ha de acreditar la característica de la tipicidad. Con este elemento se indica la subsumibilidad o adecuación de la conducta a un precepto legal incriminador.

Ejemplo: si un sujeto mata a varias personas de un determinado grupo podemos subsumir tal conducta (“matanza de miembros del grupo”) en el tipo legal de crimen de genocidio previsto en el art. 6 ECPI (esto es, si el acto se realiza “con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”). En ese sentido, decimos que la conducta de matar a una persona es típica, porque es reconducible a un tipo legal de crimen de genocidio.

c) *Antijuricidad*: Para que la acción típica alcance entidad delictiva ha de ser, además, antijurídica. Este elemento expresa la contrariedad de la acción típica a la norma jurídica y esa confrontación ha de ser tanto formal como material: antijuricidad formal significa infracción o quebrantamiento de la norma vigente, y antijuricidad material significa lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley penal que constituye el objeto de protección normativa. A la acción típica y antijurídica se la llama también injusto típico (acto típico y antijurídico).

d) *Culpabilidad*: La acción típica y antijurídica, para que pueda llegar a constituir delito, ha de ser culpable, es decir, imputable jurídicamente a

su autor. La culpabilidad es un juicio de reproche normativo y subjetivo (personal) que dirige el ordenamiento jurídico al autor del acto típico y antijurídico realizado: la culpabilidad expresa la imputación subjetiva del injusto típico a su autor y la responsabilidad penal a que el mismo se hace acreedor por la realización de la conducta que pudo y debió haberse abstenido de ejecutar. Este elemento presupone que el sujeto, por sus cualidades psíquicas personales, es destinatario idóneo del reproche subjetivo en que la culpabilidad consiste, de donde se sigue que si el sujeto no pudo comprender la antijuricidad de su acción no será culpable por la realización de la misma.

- e) *Punibilidad*: Por último, el concepto de delito requiere la concurrencia de un ulterior elemento: la punibilidad, que indica la susceptibilidad, la necesidad y el merecimiento de pena que desde el punto de visto jurídico-penal y político-criminal es acreedora la acción típica, antijurídica y culpable en cuestión. Algunos autores consideran que la punibilidad no es propiamente un elemento del delito, sino algo accesorio o derivado del mismo, relativo a la determinación de la pena y perteneciente al ámbito de las consecuencias jurídicas del delito y no al propio concepto de delito. Esta noción no por extendida es exacta, sino antes bien incorrecta, porque confunde punibilidad (que es un elemento esencial del delito) con penalidad (que, en efecto, es mera característica relativa a la mensuración de la pena, y -por tanto- a la consecuencia jurídica del delito).

B) *Ausencia de los elementos del crimen*

Ya sabemos cuáles son los elementos del delito. Pero ¿qué sucede si falta alguno de ellos? Muy sencillo: siendo tales elementos esenciales para el concepto jurídico de delito -constitutivos de su esencia- la ausencia de al menos uno de ellos determinará que ya no tengamos delito. Éste exige para su existencia la concurrencia de todos los elementos componentes o integrantes del mismo. De manera que si tenemos todos los elementos tendremos delito y si falta uno o varios, no tendremos delito: *tertium non datur*.

Por ello, sólo la acción que reúne todos los elementos (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) deviene delictiva. Si falta algún elemento constitutivo, no hay delito. Puede haber otra cosa (por ejemplo, un injusto típico que puede propiciar la imposición de una medida de su seguridad a su autor sobre la base de su peligrosidad criminal; o un ilícito extrapenal que

interese a otro sector del ordenamiento jurídico, v. gr: civil, mercantil, laboral o administrativo) pero no delito en sentido dogmático.

Hasta ahora hemos visto el aspecto positivo de los elementos del delito. Pero estos elementos tienen también un aspecto negativo: se trata de aquellas causas o fundamentos legales que si concurren excluyen cada elemento del delito. A estas causas se las llama elementos negativos o negadores del delito, porque excluyen o eliminan el respectivo elemento del mismo de que se trate. En función del elemento a que excluyan pueden distinguirse las situaciones siguientes:

Ausencia de acción

La acción constituye una conducta humana exterior, perceptible por los sentidos. Pero no todo movimiento corporal externo constituye, automáticamente, una acción con relevancia penal, sino que existen algunas limitaciones, bien sea por inidoneidad del sujeto o bien por la presencia de una causa de ausencia de acción.

- a) *Inidoneidad de sujeto (sucesos naturales)*. Algunos hechos quedan excluidos de relevancia penal, a pesar de que objetivamente pueda parecer que nos encontramos ante una acción que interesa al Derecho penal. La razón de la exclusión estriba, precisamente, en que no existe un sujeto activo idóneo para llevar a cabo una acción penalmente relevante: así, los hechos producidos por seres irracionales (como los animales) o los sucesos o catástrofes naturales (tormentas, rayos, terremotos, etc.), a pesar de que tales eventos en su aspecto externo tengan apariencia de producir efectos nocivos para bienes penalmente relevantes (los animales -v. gr. una coz de un caballo- o las catástrofes naturales -un terremoto, un rayo- también matan personas, destruyen inmuebles o vehículos, etc.), quedan al margen del Derecho penal por no provenir de un sujeto idóneo para llevar a cabo conductas con relevancia penal; por ello, ni siquiera constituyen acción humana en sentido jurídico-penal. Únicamente es sujeto idóneo de acción aquel que realiza acciones dependientes de la voluntariedad humana. Por lo demás, se discute si además de las conductas del ser humano (persona física) también las realizadas por empresas o sociedades (personas jurídicas) pueden ser acción penalmente relevante. Esta cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas será objeto de examen en una lección posterior.

b) *Causas de ausencia de acción (incapacidad de acción personal)*. No todo acto de un sujeto en principio idóneo para realizar una acción penalmente relevante es constitutivo de una acción en sentido penal. El ser humano, capaz de realizar acciones con relevancia penal (mate a otro, viole a su vecina, estafe a su cliente, etc.), a veces ejecuta actos externos que, a pesar de la capacidad básica de acción personal de su autor, no constituyen acción en sentido penal, al mediar una causa de ausencia de acción (ya sea por incapacidad física o por incapacidad psíquica): por ejemplo, cuando el hombre realiza un hecho constreñido por una fuerza física irresistible, o un hecho que es expresión de un mero movimiento reflejo, o que se produce en estado de sonambulismo, de hipnotismo o de sueño, etc.

Ausencia de tipicidad

Acción penalmente relevante no es cualquier conducta humana sino únicamente la acción típica: aquella conducta del hombre que es descrita en cada tipo legal de delito, de donde se sigue que si falta la tipicidad, la acción no puede nunca llegar a ser delictiva. ¿Cuándo falta la tipicidad? En dos casos esenciales: cuando en el comportamiento humano no se dé algún elemento del tipo y cuando concorra una llamada causa de atipicidad:

- a) *Falta de un elemento del tipo (ausencia de tipo)*. Por ejemplo: para que pueda darse el tipo del delito de homicidio se requiere que alguien mate a otro (otra persona, se entiende). Si alguien mata no a un ser humano sino a su perro, no se da el tipo de homicidio, aunque se haya matado a un ser vivo. En este caso, la acción de matar no sería típica como delito contra vida personal, por falta de un elemento del tipo (a saber, el elemento según el cual el sujeto pasivo -a quien se mata- ha de ser necesariamente un ser humano, y no cualquier ser vivo).
- b) *Causa de atipicidad (fundamento jurídico excluyente de la tipicidad)*. Además de por la ausencia de un elemento del tipo, existen determinadas causas que excluyen la tipicidad de la conducta: a estas causas se las llamas causas de atipicidad. Como ejemplo pueden darse la adecuación social de la conducta o el consentimiento relevante del titular del bien jurídico, que -no siempre pero sí a veces- excluye la tipicidad de una acción. Por ejemplo: si un boxeador propina a otro un golpe

usual durante un combate y le produce una brecha en la frente, no puede decirse que la acción sea típica (subsumible en el tipo de delito de lesiones) sino que la atipicidad de la acción viene determinada por la adecuación social de la conducta, esto es: se produce en un contexto donde usualmente los participantes están expuestos a estos riesgos de manera que si se produjeran quedan enmarcados en una situación de adecuación social.

- c) *Ausencia de antijuricidad (acción típica pero no injusta)*. No toda acción típica es antijurídica, sino sólo aquellas que en el caso concreto contrarían el precepto legal y no son realizadas bajo el amparo de ninguna causa de justificación prevista y autorizada por una (especial) norma de permisión. Así, *v. gr.*, matar a alguien en legítima defensa concurriendo los requisitos legales de la misma es desde luego una acción típica pero no antijurídica: la legítima defensa, como causa de justificación que es, excluye la antijuricidad de la acción.
- d) *Ausencia de culpabilidad (injusto típico no culpable)*. No toda acción típica y antijurídica es culpable y no lo es cuando concurre una causa de inimputabilidad (que el sujeto sea inimputable, esto es: incapaz de culpabilidad: por ejemplo, menor de edad o enfermo mental) o una causa de inculpabilidad o de exculpación (fundamento jurídico de exclusión de la culpabilidad personal). En estos casos, conforme al derecho nacional, no puede reprocharse la conducta a autor (la acción no es culpable), esto es, el mismo no será autor de un delito (y no se le podrá imponer una pena) aunque sí de un injusto típico (acción típica y antijurídica) y cuya peligrosidad criminal admite, según el derecho nacional, aunque no según el Estatuto de Roma, que sea sancionado con una medida de seguridad penal (*v. gr.*, el internamiento en un centro de menores o en un hospital psiquiátrico).
- e) *Ausencia de punibilidad (exclusión de la capacidad y merecimiento de pena)*. Finalmente, la acción culpable no será punible si, excepcionalmente, por motivos político-criminales, no existe necesidad ni merecimiento de pena ni la acción es susceptible de ser sancionada penalmente, al concurrir una excusa absolutoria.

En resumen: en sentido dogmático el delito es entendido como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. De esta definición dogmática se extraen algunas importantes consecuencias sistemáticas:

- No todo evento proveniente del hombre es acción humana en sentido penal, sino que sólo podrán constituir tal categoría de acción las acciones voluntarias.
- No toda acción humana voluntaria es típica, sino sólo aquellas que sean subsumibles en un tipo de delito y cumplan todos los elementos del mismo.
- No toda acción típica es antijurídica, sólo las que en concreto quebrantan el ordenamiento jurídico al poner en peligro o lesionar antijurídicamente un bien jurídico protegido por el Derecho penal en la concreta norma jurídica que es conculcada por la acción típica.
- No toda acción típica y antijurídica es culpable, sino sólo la que sea realizada por un sujeto idóneo para que le pueda ser reprochada jurídicamente su acción típica y antijurídica.
- No toda acción típica, antijurídica y culpable es necesariamente punible, sino sólo aquellas acciones culpables que por exigencias político-criminales de prevención general y de prevención especial que sean legalmente susceptibles, merecedoras y necesitadas de pena.

IV. BASES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL

A) Responsabilidad penal individual

El art. 25 ECPI contiene, bajo el impreciso epígrafe de responsabilidad penal individual, un conjunto de reglas heterogéneas, de manera que ese precepto se configura como una especie de totum revolutum, un “cajón desastre” donde se almacenan o reúnen reglas de vario contenido, desde la exclusión de la responsabilidad de personas jurídicas (Estado o empresas) a reglas de autoría y participación. Por ello, es preciso cuartear el art. 25 y estudiar por separado las diversas cuestiones que plantea. Empecemos por el concepto de responsabilidad penal individual, consagrado en el art. 25.2 del Estatuto en los siguientes términos:

Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Este precepto contiene dos incisos diferentes:

- La cláusula final del art. 25.2 ECPI (“podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”) no aporta mucho, pues es evidente que el texto del Estatuto es el texto principal regulador de la responsabilidad penal de las personas por crímenes internacionales.
- Un carácter más enigmático y un contenido dogmático mayor tiene el inciso primero: “será responsable individualmente”. ¿A qué se refiere el concepto de responsabilidad individual, positivado en este apartado 2º, y que sirve además de epígrafe general del art. 25? En nuestra opinión, ese precepto no contiene, propiamente, una regla de autoría y participación delictiva (cuestión a la que se dedica, expresamente, el apartado siguiente: art. 25.3 del Estatuto, que veremos a continuación). Entonces, ¿qué se esconde bajo ese impreciso concepto de “responsabilidad individual”? Creemos que, aunque no se mencione expresamente, con ese concepto se está aludiendo a un principio básico de todo Derecho penal (también del internacional), como es el principio de culpabilidad. Positivado expresamente en todos los Códigos penales del mundo (en el español, por ejemplo, en el art. 5 CP: “no hay pena sin dolo o imprudencia”), con él se alude en todo caso a un elemento imprescindible de toda infracción penal, que funge además como fundamento de la sanción penal.

B) *Responsabilidad de personas naturales*

Por otro lado, el art. 25 ECPI contiene una limitación en la depuración personal de responsabilidad penal, al prescribir en su apartado primero lo siguiente:

De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

Conforme a este precepto únicamente las personas naturales (en el sentido de personas físicas) son sujetos idóneos de crímenes internacionales y únicamente ellos pueden ser responsabilizados por un crimen internacional.

C) *Exclusión de la responsabilidad penal de personas jurídicas*

Con ello, y a pesar de que algún país, como Francia, propuso su aceptación en el texto del Estatuto, el Derecho penal internacional se aparta de una ten-

dencia que modernamente va ganando peso dogmático, conforme a la cual la persona jurídica también es sujeto activo idóneo de delitos. Esa tendencia ya ha sido acogida por varios ordenamientos positivos, como el francés (cuyo Código penal francés de 1994 incorporó de manera novedosa en Europa la responsabilidad penal de la empresa) o el español, cuyo Código penal español 1995, por obra de la reciente reforma operada por LO 5/2010, reconoce por vez primera en la historia del Derecho penal español la responsabilidad penal propia de la persona jurídica (art. 31 bis), con plena independencia de la que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en el contexto de la actividad propia de la persona jurídica.

En todo caso, el art. 25.4 ECPI salva la eventual responsabilidad no penal en que, conforme al Derecho internacional, pueda corresponder a cada Estado:

Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

D) *Dolo*

Junto al fundamento objetivo de la responsabilidad (esto es: a los elementos objetivos de la responsabilidad penal individual: *actus reus*), el Estatuto de Roma se hace eco también de su fundamento subjetivo (o sea: elementos subjetivos de la responsabilidad: *mens rea*). En efecto, el art. 30 ECPI, bajo la imprecisa rúbrica de elemento de intencionalidad, prescribe lo siguiente:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

En primer lugar, el art. 30 regula un título fundamental de imputación subjetiva: el dolo. Este concepto fundamental, que no suele ser definido por los códigos penales, se compone, según la tradicional teoría de la voluntad, de dos elementos uno: cognitivo (el conocimiento) y otro volitivo (la voluntad), aunque la teoría de la representación consideraba que el elemento cognitivo (conocimiento) era suficiente, pues la voluntad (o voluntariedad) era un elemento básico de toda acción penalmente relevante y, por tanto, algo que caracterizaba tanto a la acción dolosa como a la culposa de manera que no podía ser algo privativo del dolo. En la actualidad la doctrina mayoritaria define el dolo por la confluencia de los dos elementos (cognitivo y volitivo). De esa forma el dolo se define como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo, de manera que se produce un resultado que es conocido y querido por el autor. Por ello, en los delitos dolosos existe una coincidencia entre lo conocido, lo querido y lo ocurrido, de tal suerte que actúa dolosamente quien sabe lo que hace y quiere hacerlo.

El art. 30 ECPI no exige como elementos del dolo el conocimiento y la voluntad sino la intención y el conocimiento. En el llamado dolo directo de primer grado, primera clase de dolo directo (*dolus directus*), el autor persigue la realización del delito, esto es, demuestra su resolución inequívoca tendiente al fin delito. Por ello, algunos autores designan a esta clase de dolo, como hace el ECPI, como intención. Pero esta denominación identificadora de dolo e intención en Derecho penal no es correcta, pues la intención alude, propiamente, a una clase muy específica de delitos dolosos que contienen además del dolo -y más allá de él- la exigencia de un singular elemento subjetivo del injusto de corte intencional. La intención en cuanto elemento subjetivo del tipo de injusto va más allá del dolo: comienza allí donde termina el dolo. Hay que conocer y querer realizar algo (actuar con dolo), para perseguir el fin (o actuar con la singular intención) de alcanzar una meta específica. La cual se puede conseguir o no, pues el tipo se concreta mediante la acción dolosa inspirada en la intención subjetiva del autor. El art. 30.2 a) alude a esta forma de dolo con la imprecisa expresión de “se propone incurrir en ella (la conducta)”.

Además del dolo directo de primer grado, el ECPI parece aludir también a otras formas de dolo: al dolo directo de segundo grado, en la que el autor no persigue el delito, pero sabe con seguridad (o casi con toda seguridad) que

su actuación dará lugar al delito (esto: el autor no quiere en principio el delito, pero lo se lo representa como una consecuencia inevitable y necesaria, y -en tal sentido- llegar a querer a la postre el delito) y al dolo eventual (*dolus eventualis*), también llamado dolo condicionado: en esta forma de dolo el resultado no es seguro sino únicamente posible o eventual, y aun así el autor lo acepta en el caso de que se produzca. A estas formas de dolo se alude en el art. 30.2 b) ECPI, cuando alude, a propósito de la consecuencia delictiva, al elemento “se propone causarla” o “es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”, así como en el art. 30.3, al concebir el conocimiento como “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”.

Algún autor, como Kai Ambos, ha considerado que el elemento de la intencionalidad empleado por el Estatuto se aproxima más a la *recklessly* anglosajona que a *intentionally*, suponiendo por ello una responsabilidad menor.

La cláusula contenida en el inciso inicial del art. 30 (“salvo disposición en contrario”) indica que, paradójicamente, pueden conocerse excepciones, esto es: situaciones donde no se exija el dolo (en ninguna de sus variantes) sino otro título subjetivo de imputación. Con ello, el Estatuto se refiere, seguramente, a los supuestos contenidos en el art. 28 ECPI a propósito de la responsabilidad de determinados sujetos revestidos de una especial posición jurídica: los jefes y superiores. A esta cuestión nos referimos acto seguido.

V. CUESTIONES DOGMÁTICAS ESPECÍFICAS EN EL ECPI

A) *Responsabilidad de los jefes y superiores*

Otra cuestión dogmática de especial relevancia es la responsabilidad por omisión de determinados sujetos revestidos de una posición de superioridad y de poder. Como es sabido, la mayor parte de las modalidades comisivas de los crímenes internacionales se describen en el texto del Estatuto de Roma de forma activa (asesinato, violaciones, etc.). Ello no quiere, empero, decir que no exista una omisión punible. ¿Cuándo deviene, según el ECPI, penalmente relevante una omisión? El art. 28 ECPI recoge, en efecto, dos supuestos de responsabilidad omisiva por parte de jefes u otros superiores, al prescribir lo siguiente:

Artículo 28: Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) 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.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) 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.

En un análisis de este precepto es preciso resaltar los siguientes aspectos:

- El art. 28 ECPI supone un reconocimiento de la comisión por omisión (también llamada omisión impropia), y -en cambio- desconoce plena-

mente la llamada omisión pura o propia. Ambas clases de omisión se diferencian: a) en la naturaleza del deber infringido; b) en su titularidad y c) en el alcance del deber infringido. La comisión por omisión consiste en la infracción de un deber especial, que es siempre un deber de garante, y -por tanto- un deber de máxima solidaridad (frente al deber común o de mínima solidaridad, definitorio de la omisión pura). La titularidad del deber de garante no corresponde a cualquier ciudadano, sino exclusivamente a determinados sujetos específicos; y, finalmente, la infracción de este deber conlleva la imputación del resultado material derivado, que -por ser garante, y por haberlo debido evitar mediante una conducta de control efectivo- se imputa al sujeto como si lo hubiera causado activamente.

- El art. 28 ECPI prevé dos fuentes de posición de garante: por un lado, el ser el sujeto activo jefe militar de facto o por nombramiento (art. 28.1); y, por otro, el ocupar el sujeto la posición de superior en relación al subordinado (art. 28.2).
- Por un lado, el jefe militar nombrado o que actúe efectivamente como tal responderá de los crímenes internacionales “cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo” precisamente por “no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” pudiendo y debiendo hacerlo. Para ello, exige el ECPI dos requisitos: el conocimiento de la existencia de los crímenes y no haber adoptado medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir su comisión (art. 28.1 a y b ECPI). Con ello, el jefe militar, en tanto garante, está obligado por un deber positivo especial: el de controlar y, en su caso, impedir activamente que las tropas a su cargo cometan crímenes internacionales, de manera que si -sabiéndolo o debiéndolo saber, por su cargo- no los evita, responde como si fuera autor activo y directo de tales crímenes. La responsabilidad por omisión del jefe militar responde, pues, a la figura del deber positivo que sitúa al titular en una posición de competencia institucional o por institución (Jakobs).
- Por otro lado, el superior también es garante respecto de sus subordinados, de manera que responderá penalmente de los crímenes que éstos cometan siempre que tengan lugar “bajo su autoridad y control efectivo” y por “no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados”. Para ello, se exigen tres requisitos: primero, el conocimiento de la situación o el deliberado desconocimiento de la misma; segundo, que los crímenes guarden relación con el ámbito de su competencia personal como garante; y tercero, que -debiendo haberlo hecho- el superior hubiera omitido adoptar las “medidas necesarias y razonables a

su alcance para prevenir o reprimir” la comisión de los crímenes o para alarmar a las autoridades a efectos de la investigación y enjuiciamiento de tales crímenes.

B) *Tentativa y desistimiento*

El art. 25.3 f) se ocupa de la forma imperfecta de realización del crimen internacional y del desistimiento, al preceptuar que será castigado quien:

Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, 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 renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

La tentativa de delito es, pues, junto a la consumación delictiva, una forma general punible. Sin embargo, no se prevé la punición de actos preparatorios de un crimen ulterior. Comete tentativa de crimen internacional quien realiza actos que supongan “un paso importante” para su ejecución, y sin embargo el crimen no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor. La escasa concreción del concepto “paso importante” es fuente de imprecisión y de dudas. En todo caso, el sujeto ha de realizar todos o parte de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado típico. La tentativa es, lógicamente, un estadio ejecutivo, de manera que el paso importante a que se refiere el Estatuto pasa por ejecutar (todos o parte) de los actos en que consiste el crimen.

El inciso final del art. 25.3 f) regula la figura del desistimiento voluntario de consumir el crimen. Conforme a esta regulación, el sujeto que comienza la ejecución de un crimen (siendo, pues, acreedor de pena conforme a la tentativa) quedará exento de pena si desiste de proseguir la comisión del crimen o si impide que el crimen llegue a consumarse, siempre que renunciara íntegra y voluntariamente a su propósito delictivo.

C) *Autoría y participación. Referencia a la inviolabilidad del Jefe del Estado*

Entre las reglas del heterogéneo art. 25 ECPI destacan las que se ocupan de la intervención delictiva (art. 25.3), esto es: de lo que tradicionalmente se

llama en la dogmática penal la autoría y la participación delictiva. Dice así el art. 25.3 ECPI:

Artículo 25: Responsabilidad penal individual

(...) 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa.

Las formas de autoría y participación en un crimen internacional que prevé el ECPI son las siguientes:

- Por un lado, la autoría única y directa, en la que incurre quien “cometa ese crimen por sí solo”.
- Por otro lado, la coautoría: quien comete el hecho “con otro”
- Y, por otro, la autoría mediata, que se refiere a quien comete el hecho “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Con ello, el ECPI incorpora una peculiar forma de autoría mediata, donde el instrumento (ejecutor material del crimen) puede que no sea mero instrumento material no punible, sino que puede ser responsable. En

ese caso, a pesar de que el ECPI lo incorpore como forma de autoría mediata, es propiamente una forma diversa de intervención delictiva.

- Además, en la letra b), se prevé la orden, proposición o inducción de un crimen y éste sea consumado o quede en grado de tentativa. Con ello, se hace nacer en el receptor de la orden, proposición o inducción la resolución de llevar a cabo el acto criminal.
- El apartado c) se prevé la figura de complicidad, encubrimiento o colaboración, esto es: una suerte de cooperación necesaria, siempre que el acto cooperador se realice con el propósito de facilitar la comisión del crimen en cuestión, quedando éste consumado o en grado de tentativa, incluyendo en los actos de cooperación el suministro de los medios para su comisión.
- En la letra d) se prevé cualquier otra clase de cooperación, sancionándose a quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. El Estatuto señala que la contribución “deberá ser intencional” y ha de realizarse con un propósito alternativo: “llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte” o “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.
- Finalmente, el apartado e) del art. 25.3, prevé una figura específica de inducción o instigación al crimen de genocidio, que es punible cuando se trate de una instigación directa y pública.

Para determinar la responsabilidad penal en concepto de autor o de partícipe en un hecho criminal no puede excepcionarse por motivo alguno, de manera que no valen, a efectos de la depuración de la responsabilidad penal internacional, inmunidades de ninguna clase ni cargo o dignidad institucional alguna. Así lo señala expresamente el art. 27 ECPI, bajo el epígrafe de “improcedencia del cargo oficial”:

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Esta prescripción entra en colisión con la prescripción contenida en el art. 56.3 de la Constitución Española de 1978, que afirma que “La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”. Con esta colisión se plantea un problema que ha pasado inadvertido al legislador español, que —en el momento de la aprobación del texto del Estatuto de Roma e incorporarlo a la legislación interna mediante el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002— infringió un precepto constitucional: el art. 95.1 CE, según el cual “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Como no se satisfizo dicha exigencia, se plantea el problema de conflicto normativo: ¿qué prevalece: la Constitución Española -ley de leyes, cúspide normativa- o el texto del Estatuto, aprobado e incorporado íntegramente en España? Veamos las secuencias del grave conflicto normativo.

La inviolabilidad del Jefe del Estado constituye una constante histórica en la legislación española, que —sin embargo— carece de parangón en el panorama comparado actual. Históricamente el principio se recogió en el Digesto justiniano, en el que se formuló con una expresión luego muy usada en el devenir histórico posterior: *princeps legibus solutus est* (D. 1, 3, 31): el príncipe (o sea, el titular de la soberanía) no está ligado a las leyes. En la CE actual, luego de proclamar la inviolabilidad del Rey, se dice que sus actos han de ser siempre refrendados (por el Presidente del Gobierno o por los Ministros) y, en ese caso, la responsabilidad corresponde a quienes los refrendan (art. 64 CE), pero nunca al Rey. Lo único que puede hacer el Rey sin requerir refrendo alguno es nombrar y relevar libremente a los miembros civiles y militares de su Casa (art. 65 CE). Todos los demás actos del Rey han de ser refrendados, careciendo de valor sin tal refrendo.

La proclamación legal de la inviolabilidad del Rey es discutida y se halla, en todo caso, sujeta a diferentes interpretaciones.

1. Inviolabilidad absoluta y plena

Una primera interpretación es aquella según la cual la CE estaría proclamando de manera absoluta y plena la inviolabilidad del Rey: a) absoluta porque haga lo que haga estará siempre exento de responsabilidad penal; y b) plena porque afecta a todas las conductas que haga el Rey, ya sea en el ejercicio de sus funciones como Rey, ya en su vida privada. De este modo, el Jefe del Estado aparece constitucionalmente por encima, desligado del Ordenamien-

to penal (*legibus solutus*). Es decir, las normas se dirigen y obligan a todos menos al Rey. Todos han de cumplir la norma y si no la cumplen responden por la infracción. Menos el Rey, que haga lo que haga, nunca responde (de sus actos privados, nadie respondería; sólo responderían el Presidente del Gobierno o el Ministro correspondiente cuando refrendaran un acto público del Rey en ejercicio de sus funciones). “Ello quiere decir -afirma Gimbernat- que el Rey puede matar, violar o robar sin que por esos hechos sea posible abrir diligencias penales contra él”.

Aunque sea posible (y aun probable) que la legislación española proclame la inviolabilidad absoluta y plena del Rey, lo cierto es que esta previsión no puede convencer en absoluto, porque vulnera el principio de igualdad ante la ley y “el de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues los perjudicados por los eventuales asesinatos, violaciones o robos reales ni pueden exigir ante los tribunales que esas conductas punibles sean compensadas con la imposición de una pena al autor, ni tan siquiera obtener un resarcimiento económico por los daños sufridos con la prestación económica que lleva consigo la responsabilidad civil derivada de delito”.

2. *Inviolabilidad relativa y parcial*

Según esta segunda interpretación, la inviolabilidad del Rey sólo abarca aquellos actos que han de ser refrendados por el Presidente del Gobierno o por el Ministro competente, es decir, que el Rey sería inviolable en tanto ejerza como Rey, mas no lo sería en su vida privada. Por ellos, de los actos refrendados respondería el refrendador, mas no el Rey, que estaría exento. En cambio, los actos privados (pertenecientes a su esfera privada, al margen de su función como Jefe del Estado) quedarían al margen de su inviolabilidad y ahí sí respondería el Rey directamente.

Esta interpretación limitadora fue sostenida por varios autores a propósito de algún episodio de la Historia de España. En aplicación de la Ley de reconocimiento de las responsabilidades del viejo régimen, de 27 de agosto de 1931, se condenó al Rey de España Alfonso XIII por Sentencia de 20 de noviembre de 1931. Según el relata Jiménez de Asúa, la conducta del ex Rey de España fue calificada como crimen de lesa majestad y rebelión militar. Fundábase la calificación delictiva en la supuesta cosoberanía del pueblo y del Rey, considerán-

dose que, si el particular atentaba a la realeza, cometía el delito de lesa Majestad, el Monarca perjuro que ataca a la soberanía del pueblo perpetra la misma infracción. La declaración de “fuera de la ley” es el resumen concentrado de la penalidad que le es imponible. Así argumentaba que el Rey era inviolable en tanto vivía constitucionalmente. Si con afanes absolutistas violaba las normas de las que emergía su propia legitimidad de Monarca, es obvio que no era ya posible invocarlas para resguardarse bajo su amparo. El ex Rey, al romper la Constitución de 1876, se hallaba fuera de la superlegalidad constitucional, y se veía privado del privilegio concedido en el art. 48 de la fenecida Carta política. El Rey que viola la Constitución, desamparado de todas las leyes por su crimen, se encuentra fuera de la ley, privado de la paz jurídica.

Sin embargo, la loable interpretación que limita el alcance de la inviolabilidad del Rey, es insostenible e incompatible con la legislación internacional, en concreto con el art. 27.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que afirma “el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”.

Por ello, si –por ejemplo e hipotéticamente– “el Rey resuelve eliminar de la faz de España a todos los miembros de la raza gitana” (Gimbernat) y si tal execrable decisión fuera eventualmente refrendada por el Presidente del Gobierno o por un Ministro, el Rey -en contra de lo que considera el Consejo de Estado en un dictamen al respeto- no quedaría impune correspondiendo toda la responsabilidad al Presidente o al Ministro que lleve a cabo el refrendo, sino que si “el Rey tomara esa decisión o permitiera que otros la tomaran, en todo caso sería autor o partícipe del delito de acuerdo con las reglas de autoría y participación recogidas en los arts. 25 y 28 del Estatuto” (Gimbernat).

D) *Eximentes*

El texto del ECPI conoce, en sus arts. 26, 31 y 33, varias circunstancias eximentes de la responsabilidad penal: desde la minoría de edad a la obediencia debida. Brevemente las vamos a analizar a continuación.

La primera eximente es la minoría de edad. El art. 26, bajo el epígrafe, de exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte, establece que:

La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

La minoría de edad es una causa de inimputabilidad, reconocida de manera unánime en los Códigos penales nacionales. El Derecho penal internacional se hace, de este modo, depositario de una tradición inveterada conforme a la cual se presume *iuris et de iure* que el menor de 18 años queda excluido, por no poder comprender la antijuricidad de lo que realiza. Sin embargo, aunque los códigos nacionales incorporen esta causa de inimputabilidad, también es frecuente regular la responsabilidad penal de los menores en una ley aparte (conocida como Ley del menor): en España, esa legislación se aprobó por obra de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Conforme a esta ley, aunque al menor se le considere casi unánimemente inimputable, sí se le reconoce cierta responsabilidad penal a los autores de edades comprendidas entre los 14 y los 18, que reciben de ese modo una responsabilidad atenuada en relación a la que corresponde al adulto y que en todo caso las medidas privativas de libertad (en concreto: el llamado internamiento en régimen cerrado) no las cumplirán en centros penitenciarios (en prisiones), sino en centros de menores. Pues bien, es llamativo que los Derechos nacionales sí contemplen una responsabilidad penal para tales menores por cualesquiera hechos delictivos (desde el delito más grave al más leve) y -sin embargo- el Derecho penal internacional, que trata de los más graves crímenes contra la humanidad, no les reconozca la más mínima responsabilidad. Ello quiere decir, por ejemplo, que si un menor de 17 años comete graves actos de genocidio no será juzgado por la Corte Penal Internacional, pero sí puede ser juzgado, conforme a la ley del menor, por los ordenamientos nacionales.

Por su parte, el art. 31 ECPI, bajo el epígrafe de "circunstancias eximentes de responsabilidad penal", contiene la mayoría de las restantes causas de exclusión de la responsabilidad: la enfermedad o deficiencia mental, la intoxicación plena que impida al sujeto comprender la antijuricidad de la conducta, la legítima defensa y el estado de necesidad. Así, establece el 31.1 del Estatuto lo siguiente:

Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que 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;

c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. 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;

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un 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.

En el apartado a) del art. 31.1 ECPI se positiviza la enfermedad o deficiencia mental. Conforme a ella, queda exento de responsabilidad penal el sujeto que, padeciendo tal patología, se vea privado de la capacidad para comprender la antijuricidad de su actuación o para controlar su conducta a fin de no transgredir la ley. Se trata de una causa de inimputabilidad, que excluye la imputabilidad del sujeto. Para que pueda apreciarse esta eximente no basta la comprobación de la anomalía, sino que se requiere que la misma impida al sujeto comprender la norma y motivarse conforme a sentido normativo. Esta eximente comprende la alteración psíquica patológica, entendida como

perturbación patológica del psiquismo de carácter perdurable que afecta a la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Se corresponde con la tradicional eximente de enfermedad mental, que equivale a psicosis: “proceso patológico del psiquismo humano que altera las facultades o fenómenos psíquicos del hombre”.

En la letra b) del art. 31.1 se reconoce la eximente de intoxicación. No especifica el Estatuto cuál es el motivo que origina el estado de intoxicación. Habrá que suponer, por paralelismo con la figura correspondiente en los derechos nacionales, que se tratará de una intoxicación originada por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas o estupefacientes. Pero al no especificar el texto del Estatuto este extremo no se descarta cualquier otro motivo que pueda ocasionar la intoxicación del sujeto. En todo caso, no cualquier intoxicación produce el efecto eximente, sino que ha de tratarse de una intoxicación que prive al sujeto de su capacidad para comprender la antijuricidad de lo que realizó o de su capacidad para controlar su conducta para motivarse normativamente. Se trata, igualmente, de una causa de inimputabilidad, que excluye la imputabilidad (capacidad de culpabilidad) del sujeto. El texto del Estatuto reconoce también, en el art. 31.1 b), la figura de la *actio libera in causa*. Conforme a esta institución, no opera el efecto eximente cuando el sujeto haya buscado expresamente la situación de intoxicación precisamente para cometer el acto criminal o, siendo previsible, haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera. En ese caso se dice que la acción es libre en su causa, y -aunque realmente se cometa en una situación de inimputabilidad- la decisión de conducta se fraguó en un momento en que el sujeto sí tenía facultades de acción para que la realización se produzca en un momento posterior en el que está privado de las mismas.

En la letra c) del art. 31.1 se contiene la eximente de legítima defensa que constituye un acto de defensa necesaria para rechazar un ataque antijurídico y actual contra la persona o bienes de quien se defiende o de un tercero. Se trata de una causa de justificación que excluye la antijuricidad de la conducta. Conforme a esta eximente, queda justificado el crimen competencia de la Corte cuando el sujeto actúe razonablemente en defensa propia o de un tercero, o -en los casos de crímenes de guerra- en defensa de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, y lo haga además contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. Especifica, además, el Estatuto de Roma que no es suficiente para apreciar legítima defensa el hecho de que el sujeto participe en una fuerza que lleve a cabo una operación de defensa.

Los requisitos fundamentales de la legítima defensa son la agresión ilegítima frente al sujeto que se defiende (sin agresión no hay defensa posible, y además no cualquier agresión sino una agresión actual o inminente, y no una agresión pasada), la voluntad de ataque en la agresión ilegítima (no cabe legítima defensa frente a un acto que no dependa de la voluntad humana), la ilegitimidad del ataque (esto es: que sea un acto contrario a Derecho), que tenga por objeto la propia persona y los derechos de la misma (en todo caso: bienes protegibles por el Derecho penal), que existan una cierta proporción entre la agresión ilegítima y el acto posterior de defensa (necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo lo llama el Código español) y que exista una ausencia de provocación suficiente por parte del defensor.

En la letra d) del art. 31.1 se menciona el estado de necesidad. Conforme a esta eximente, queda justificada la conducta de quien cometa un acto que constituya un crimen competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, de manera que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza. De esa forma, se limita el ámbito de aplicación material del estado de necesidad únicamente a aquellos casos de amenaza de muerte o de lesiones graves, excluyéndose cualesquiera otras situaciones de amenaza. Sólo se exige que la amenaza haya sido hecha por otras personas o que esté constituida por otras circunstancias ajenas a su control. El Estatuto exige además que el autor “no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar”. Con ello, se introduce un extraño elemento subjetivo en una conducta que, como ha señalado la doctrina, es eminentemente objetiva (Andrés Domínguez), de manera que se aproxima la cuestión, más que a una situación de necesidad, a una ausencia de culpabilidad (Laurenzo Copello).

Finalmente, el art. 33 ECPI, bajo el epígrafe de órdenes superiores y disposiciones legales, regula la eximente de obediencia debida. Dice así ese precepto:

1. Quien hubiere 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 eximido de responsabilidad penal a menos que:
 - a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
 - b) No supiera que la orden era ilícita; y
 - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Conforme a esta figura, el sujeto que obra en cumplimiento de una orden que le dirige un gobierno o un superior puede verse eximido de responsabilidad si estuviera obligado legalmente a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate, si desconociera que la ilicitud de la orden y si ésta no fuera además manifiestamente ilícita. Como siempre son manifiestamente ilícitas las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad (*ex art. 33.2*), ello quiere decir que el ámbito material de aplicación de la obediencia debida queda limitado a los crímenes de guerra, ámbito en el que la aplicación de la eximente es, por demás, especialmente problemático (Gómez Benítez).

De acuerdo con el art. 31.2 la Corte podrá apreciar la existencia de eximentes durante la instrucción del caso de que conozca. Lo más llamativo es que la lista de eximentes mencionadas no es cerrada, sino abierta: el art. 31.3 del Estatuto prevé que “en el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21”. Con ello, el ECPI da cabida a una excepción injustificable al principio de legalidad, abriendo la posibilidad de que se aprecien eximentes que no se hayan expresamente prevista en el texto del Estatuto.

El art. 31.3 *in fine* señala que “el procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba”. En efecto, el art. 80 RPP regula dicho procedimiento:

Regla 80. Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31.

1. La defensa comunicará a la Sala de Primera Instancia y al Fiscal su propósito de hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31. La comunicación se hará con antelación suficiente al comienzo del juicio, a fin de que el Fiscal pueda prepararse debidamente.

2. Una vez hecha la comunicación prevista en la subregla 1, la Sala de Primera Instancia escuchará al Fiscal y a la defensa antes de decidir si el defensor puede hacer valer la circunstancia eximente de responsabilidad penal.

3. Si se autoriza a la defensa a hacer valer la circunstancia eximente, la Sala de Primera Instancia podrá conceder al Fiscal un aplazamiento de la audiencia para considerar esa circunstancia.

E) *Error de hecho y de derecho*

El art. 32 ECPI regula el error de hecho y el error de derecho:

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

En primer lugar, el error de hecho tiene naturaleza de circunstancia eximente. Para ello, el error ha de ser tal que haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. Por su parte, el error de derecho no es circunstancia eximente, salvo que elimine el elemento de intencionalidad requerido por el crimen en cuestión o si es incluíble en la figura de la obediencia debida, regulada en el art. 33 ECPI.