

ANEXO 2

Exposición de Motivos referente al Código Penal Internacional**

Sumario

- A. Generalidades
 - I. Motivos del Proyecto
 - II. Fijación del propósito del Proyecto de Código penal internacional
 - III. Concepción del Proyecto y relación con el Derecho penal general
 - IV. Otros proyectos legislativos en relación con el Estatuto de la CPI
 - V. Competencia legislativa
 - B. Sobre el Artículo 1 del Código penal internacional
 - Sección primera. Reglas generales*
 - Sobre el § 1 - Ámbito de aplicación
 - Sobre el § 2 - Aplicación del Derecho pena general
 - Sobre el § 3 - Actuación por órdenes superiores o disposiciones
 - Sobre el § 4 - Responsabilidad del jefe militar y otros superiores
 - Sobre el § 5 - Imprescriptibilidad
- SEGUNDA PARTE. DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL
- Sección primera: Genocidio y crímenes contra la humanidad*
 - Sobre el § 6 - Genocidio
 - Sobre el § 7 - Crímenes contra la humanidad
 - 1. El tipo básico del § 7 párr. 1
 - 2. Supuestos menos graves del párr. 1
 - 3. Tipos cualificados

** Bundestagsdrucksache (Boletín Oficial del Parlamento Federal) 14/8542 del 13.3.2002

Sección segunda: Crímenes de guerra

1. Consideraciones previas generales
2. El tipo objetivo de los crímenes contra la humanidad
3. El tipo subjetivo de los crímenes contra la humanidad
4. Los tipos en particular

Sobre el § 8 - Crímenes de guerra contra personas

Sobre el § 9 - Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos

Sobre el § 10 - Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas

Sobre el § 11 - Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos

Sobre el § 12 - Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra

Sección tercera: otros delitos

Sobre el § 13 - Lesión de la obligación de vigilancia

Sobre el § 14 - Omisión de la comunicación de un delito

- C. Sobre el artículo 2 - Modificación del Código penal
- D. Sobre el artículo 3 - Modificación de la Ley procesal penal
- E. Sobre el artículo 4 - Modificación de la Ley del Tribunal Constitucional
- F. Sobre el artículo 5 - Modificación de la Ley de Modificación de la Ley de Introducción de la Ley del Tribunal Constitucional
- G. Sobre el artículo 6 - Modificación de la Ley de documentos del Servicio de Seguridad del Estado
- H. Sobre el artículo 7 - Derogación de un precepto todavía vigente del Código penal de la República Democrática Alemana
- I. Sobre el artículo 8 - Entrada en vigor

A. Generalidades

I. *Motivos del Proyecto*

El 17 de julio de 1998 se aprobó en la Conferencia diplomática de plenipotenciarios en Roma, por 120 Estados, el Estatuto de la futura Corte penal internacional (CPI) con sede en La Haya. En el Estatuto la Comunidad internacioanl de Estados ha acordado por vez primera crear una Corte penal internacional permanente independiente. Este fue el resultado de un proceso de elaboración intensivo en el que la República Federal Alemana tomó parte de forma decisiva.

Sin embargo, a la decisión de crear esta nueva, destacada institución de una jurisdicción internacional precedió un largo desarrollo. Ya en 1872 Gustav Moynier, uno de los primeros presidentes del Comité Internacional de la Cruz Roja, presentó la primera propuesta formal para el establecimiento de un tribunal de este tipo. Pero sólo la catástrofe del siglo, la Segunda Guerra Mundial, condujo por vez primera al establecimiento, muchas décadas después, de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio. Poco después, el artículo 6 de la Convención sobre el Genocidio acordada en 1948 partía también del establecimiento de un tribunal penal internacional. De nuevo pasó casi medio siglo hasta que la guerra en Yugoslavia y el genocidio en Ruanda condujeron finalmente al establecimiento de los Tribunales penales ad-hoc. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció mediante resoluciones el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia en el año 1993 (UN Doc. S/Res/827, 25. Mai 1993, BT-Drs⁵. 13/57, Anl. 1 y 2) y en 1994 el Tribunal penal internacional para Ruanda (UN Doc. S/Res/955, 8 November 1994, BT-Drs. 13/7953).

Así mismo, en el año 1994 la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas presentó el primer proyecto para una codificación de los crímenes de Derecho internacional (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/51/10). A continuación, Naciones Unidas constituyó un Comité preparatorio que finalmente presentó el Proyecto de Estatuto para una Corte penal internacional permanente.

⁵ (N. de la T.) BT-Drs es la abreviatura de *Bundestag - Drucksache*, Boletín Oficial del Parlamento Federal.

El Tribunal previsto en el Estatuto de Roma, que según el Preámbulo del Estatuto “tiene jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto”, complementará a la jurisdicción interna cuya prevalencia con carácter general se reconoce en el Estatuto (art. 17 del Estatuto de la CPI). Tendrá competencia complementaria a la jurisdicción interna para el enjuiciamiento de los siguientes crímenes: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión —previo acuerdo todavía pendiente de los Estados Parte—. Tan pronto como el Estatuto entre en vigor, es decir, con la ratificación de 60 Estados, iniciará su trabajo por vez primera una institución internacional permanente para la sanción de los crímenes de Derecho internacional más graves.

Para acomodar el Derecho penal material alemán al Estatuto de Roma y para facilitar la persecución penal nacional prevalente debe realizarse la regulación ampliamente autónoma de un Código penal internacional. En primer lugar se sitúa, así, la transposición de los preceptos penales del Estatuto de Roma. En algunos aspectos concretos de la regulación el Derecho internacional consuetudinario afianzado va, sin embargo, ya más allá de lo que ha sido fijado en el Estatuto de Roma. Por ello, el Código penal internacional también contiene disposiciones concretas que extienden la punibilidad más allá del Estatuto de Roma. Así, se tienen en cuenta en concreto normas consuetudinarias vigentes de Derecho internacional que van más allá, en especial del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 (BGBl. 1990 II p. 1551) (“Protocolo Adicional I”) y del Segundo Protocolo de 1999 al Convenio para la protección de bienes culturales en conflictos armados de 1954 (38 International Legal Materials 769, 1999). El CPI tiene en cuenta con ello el art. 10 del Estatuto de la CPI, que expresamente recuerda que la Segunda parte del Estatuto con las definiciones de los crímenes no debe ser interpretada de modo que limite o menoscabe las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para otros fines distintos a los propios del Estatuto.

II. *Fin del Código Penal Internacional*

El Código penal internacional tiene los siguientes fines:

- Comprender mejor lo injusto específico de los crímenes contra el Derecho internacional de lo que es posible en la actualidad con el Derecho penal común;

- favorecer a través de estandarizaciones en una regulación unificada la claridad jurídica y la manejabilidad en la práctica;
- en atención a la complementariedad de la competencia para perseguir de la Corte penal internacional, asegurar sin duda alguna que Alemania siempre está en situación de perseguir ella misma los crímenes que caen en la competencia de la CPI.
- favorecer el Derecho internacional humanitario y contribuir a su expansión mediante la elaboración de una regulación nacional oportuna.

Por otra parte, hay que partir de que los tipos penales alemanes vigentes ya comprenden ampliamente como hechos concretos las formas de comportamiento amenazadas con pena en el Estatuto de la CPI, de modo que las mismas se encuentran criminalizadas la mayoría de las veces como “delitos comunes” mediante un tipo penal concreto o una combinación de varios tipos. Pero el auténtico contenido de injusto internacional no está comprendido en la actualidad en el Derecho alemán vigente. Así, por ejemplo, en los crímenes contra la humanidad se toma tan poco en consideración la conexión funcional de la comisión del hecho con un ataque generalizado o sistemático contra una población civil como en el caso de los crímenes de guerra la conexión con un conflicto armado y con ello con un contexto organizado de utilización de la fuerza que facilita la comisión del delito.

A ello se añade que el Estatuto de la CPI en parte criminaliza formas de comportamiento que no pueden ser comprendidas sino con dificultad o incluso en absoluto por el Derecho penal general, como la declaración de quienes dirigen la guerra de que no se dará cuartel o el traslado contrario al Derecho internacional de una parte de la población civil de una potencia ocupante a un territorio ocupado.

El Código penal internacional alemán refleja el desarrollo del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal internacional y proporciona regulaciones penales concebidas para la materia jurídica específica. En ello radica un avance importante jurídico-sistemática y jurídico-políticamente, frente la práctica llevada a cabo hasta hoy de aplicación de los preceptos penales alemanes generales a los crímenes nucleares del Derecho internacional, y a la vez una contribución a la consolidación del Derecho penal internacional.

III. *Concepción del Proyecto y relación con el Derecho penal general*

La mayoría de las formas de comportamiento incluidas en el Derecho penal internacional ya estaban hasta ahora amenazadas con pena en el Código penal alemán. Con la introducción del Código penal internacional no cambia nada al respecto. La respuesta a la pregunta que ello suscita acerca de la relación entre el CPI y el Derecho penal general surge de la concepción que es la base del Proyecto:

En las Reglas Generales (§ 1 a 5) el Proyecto de CPI, por motivos de seguridad jurídica y de una más cómoda manejabilidad de la Ley en la práctica, renuncia en todo lo posible a preceptos especiales. La parte general del Código penal se aplicará de modo general también a los tipos penales del CPI. Sólo se encuentran regulaciones especiales en tanto sean imprescindibles para la trasposición del Estatuto de Roma. Los § 1 a 5 suprimen regulaciones discrepantes del Código penal para el ámbito del Código penal internacional pero las mantiene intactas para el ámbito del Derecho penal general. Cuando una misma acción sea comprendida tanto por preceptos penales del Código penal como del Código penal internacional le pueden ser aplicables, por tanto, distintas reglas generales.

Por el contrario, en la parte especial (§ 6-14) el Proyecto contiene descripciones autónomas de los comportamientos punibles en tipos específicos. Estos tipos se orientan internamente a las pretensiones del Estatuto de Roma así como de otros instrumentos vinculantes del Derecho internacional humanitario, y más allá al llamado “Elementos de los crímenes” adoptado por la Comisión preparatoria de la CPI el 30-6-2000 (PCNICC/2000/ 1/ Add.2; vid. Art. 9 del Estatuto de la CPI), a la práctica jurisprudencial de los tribunales internacionales y a la práctica general de los Estados. Los preceptos del Proyecto se apartan de diversas maneras en la formulación de estas pretensiones para lograr una armonización con los conceptos y estructuras del Derecho penal habituales en Alemania. En el ámbito de los crímenes de guerra el Proyecto se diferencia ya claramente en la estructura de la regulación del Estatuto de Roma; aquí debe lograrse una estructuración clara de la materia a través de la suma de reglas paralelas que van más allá del Estatuto y con ello facilitarse la aplicación jurídica. También allí donde se utilizan conceptos iguales o similares a los del Derecho penal general alemán estamos, sin embargo, en los tipos de la parte especial del CPI ante regulaciones autónomas para cuya interpretación habrá que tener en cuenta de forma especial la práctica jurisprudencial de la Corte penal internacional y de otros tribunales internacionales.

El CPI no contiene ninguna regulación especial concluyente para delitos cometidos en conflictos armados o en relación con ataques contra la población civil. Por tanto, las formas de comportamiento castigadas por el Derecho penal general pueden ser punibles según el CP cuando no se dé la punibilidad según los preceptos del CPI. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la realización de acciones bélicas permitidas por el Derecho internacional, como la muerte o lesión de combatientes enemigos en el conflicto armado, no es punible según los principios generales y tampoco pueden ser castigado según los § 211 y ss. del CP. Esto sólo rige, no obstante, cuando el autor ha respetado las reglas de Derecho internacional correspondientes y para él vinculantes sobre conducción de las hostilidades; si el comportamiento estaba prohibido por el Derecho internacional también puede ser punible según el Derecho penal alemán, aunque el Derecho internacional como tal no disponga ninguna punibilidad. Así, por ej. un piloto de avión que no ha tomado las medidas de cuidado ordenadas por el Derecho internacional (vid. por ej. el art. 57 párrafo 2 del Protocolo Adicional I), y por ello ha matado a civiles con el lanzamiento de bombas, puede ser castigado según el Derecho alemán —en tanto en cuanto resulte aplicable con arreglo a los § 3 a 7 del CP— por homicidio doloso, aun cuando el Derecho penal internacional no castigue su comportamiento.

Si un autor mediante su comportamiento realiza tanto un tipo del Derecho penal general como uno del CPI rigen las reglas concursales generales. A menudo será de aplicación el CPI por el principio de especialidad; dependiendo de las circunstancias, sin embargo, también entra en consideración la apreciación de una unidad de hecho (§ 52 CP)⁶. Puesto que el CPI sólo contiene tipos penales que están cubiertos por el Estatuto de Roma o por el Derecho internacional consuetudinario, mientras que el Derecho penal alemán puede prever una punibilidad más amplia en el contexto correspondiente, se renunció a una proclamación general de la especialidad del CPI sin excepción, para evitar lagunas de punibilidad. Además, puede corresponder a la condena por unidad de hecho en tales casos una importante función clarificadora.

⁶ (N. de la T.) El CP y la jurisprudencia alemana utilizan el concepto unidad de hecho (*Tateinheit*) para referirse al concurso ideal de delitos (*Idealkonkurrenz*).

IV. *Otros proyectos legislativos en relación con el Estatuto de la CPI*

En relación con Proyecto aquí presentado se encuentran otros cinco proyectos legislativos de los cuales dos ya se han llevado a término:

- La Ley del Estatuto de la CPI, como ley de autorización de la ratificación, ha creado las condiciones necesarias por parte alemana para la entrada en vigor del Estatuto de Roma (BGBl. 2000 II p. 1393). La ratificación por la República Federal Alemana se realizó el 11 de diciembre de 2000.
- Con un proceso legislativo paralelo se tramitó la modificación del artículo 16 párr. 2 de la Constitución, con la que se cumplieron las condiciones constitucionales para que Alemania también pudiera entregar alemanes a la Corte penal internacional. Por ello se incorporó en la Constitución un apéndice al art. 16 párr. 2 según el cual se faculta al Parlamento para posibilitar mediante Ley la entrega a determinados tribunales internacionales (BGBl. 2000 I p. 1633).
- En este momento prosiguen los trabajos en un Proyecto de Ley para la ejecución del Estatuto de Roma (P-LEER)⁷, que en su art. 1 contiene el Proyecto de Ley sobre la colaboración con la Corte penal internacional (P- LCPI)⁸. En especial prevé normas para armonizar la regulación interna a las prescripciones del Estatuto de Roma en el ámbito de la colaboración jurídico-penal entre Alemania y la Corte, la entrega o paso de personas, la ejecución de decisiones de la Corte, la prestación de cualquier otra ayuda judicial así como la tolerancia de actos procesales en territorio nacional alemán.
- Además, se intenta mediante una Ley de modificación de la Constitución cumplir las condiciones constitucionales para la introducción de una competencia unificada de primera instancia del Tribunal Superior Territorial⁹ según el § 120 párrafo 1 LTC¹⁰, para todos los tipos penales del CPI. Para este fin debe completarse el art. 96 párrafo 5 de la Constitución de mane-

⁷ (N. de la T.) Las siglas en alemán son RSAG-E, y corresponden a Römisches-Statut-Ausführungsgesetz- Entwurf.

⁸ (N. de la T.) Las siglas en alemán son ISiGHG-E, y corresponden a Internationales-Strafgerichtshof-Gesetz- Entwurf.

⁹ (N. de la T.) *Oberlandesgericht*.

¹⁰ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional).

- ra que junto al genocidio, ya incluido, se refiera en lo sucesivo también a procesos penales por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.
- Paralelamente a la modificación planeada de la Constitución debe realizarse un proyecto legislativo para una nueva versión del § 120 párr. 1 n.º 8 de la LTC. Este precepto debe —tras la elaboración de las bases constitucionales precisas— prever la competencia en primera instancia del Tribunal Superior Territorial para todos los delitos del CPI. Así resulta también una competencia de persecución concentrada del Fiscal General del Estado según el § 142 a párrafo 1 LTC.

V. *Competencia legislativa*

La competencia legislativa del Estado Federal para los artículos 1 a 5 así como para el artículo 7 surge del artículo 74 párr. 1 n.º 1 de la Constitución (Derecho penal, procesos judiciales, organización judicial). Para el artículo 6, de la naturaleza de la materia surge una competencia federal exclusiva porque las modificaciones conciernen a una regulación consecutiva a través de la cual se ejecutó el Tratado de Unión (Capítulo II, ámbito material B, Párrafo II, número 2, letra b del Anexo I al Tratado de unión) tras el ingreso de los nuevos países en el ámbito federal.

La legitimación del Estado Federal para la asunción de la competencia legislativa surge, para el art. 1, del art. 72 párr. 2 Alt. 2 de la Constitución. Las normas sirven a la salvaguardia de la unidad jurídica. Deben crear condiciones legales básicas unificadas de ámbito federal para la persecución de crímenes contra el Derecho internacional. Esto concierne a intereses del conjunto del Estado. Se trata de facilitar la persecución penal interna en el territorio federal mediante la comprensión de lo injusto específico de los crímenes contra el Derecho internacional en una normativa unificada, vigente para todo el territorio del Estado Federal. Además, en atención a la complementariedad de la jurisdicción de la Corte penal internacional, debe asegurarse sin lugar a dudas que los tribunales alemanes en todo el territorio federal pueden ya ellos mismos perseguir los crímenes que caen en la competencia de la Corte. Esto no se puede lograr mediante el Derecho de los Estados federados. Las normas también son necesarias para una persecución uniforme en el Estado Federal y efectiva de los crímenes contra el Derecho internacional.

La necesidad de una regulación jurídica federal para los artículos 2 a 5 surge del hecho de que estas modificaciones conciernen al Código penal, a la Ley procesal

penal, a la Ley de introducción a la Ley del Tribunal Constitucional y a la Ley del Tribunal Constitucional, ámbitos que ya están regulados federalmente, y además la exigencia de una regulación jurídica federal subsiste porque sigue siendo necesaria una base legal uniforme a nivel federal para la persecución de delitos, el proceso penal y la organización de los tribunales. Las modificaciones resultan únicamente del reconocimiento del principio de justicia mundial en el § 1 del Código penal internacional y del traspaso del tipo del genocidio al Código penal internacional.

La derogación del § 84 del Código penal de la antigua RDA previsto en el art. 7 sólo puede ser realizada por la Federación, porque esta regulación se mantuvo en vigor tras la reunificación como Derecho federal.

B. Sobre el artículo 1 del Código Penal Internacional

Sección primera

REGLAS GENERALES

Sobre el § 1 (Ámbito de aplicación)

Los crímenes regulados en el CPI se dirigen sin excepción contra intereses vitales de la Comunidad internacional. El Estatuto de la CPI los describe como los “crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto”. Por tanto tienen carácter transfronterizo y por ello caen dentro del principio de justicia mundial. A causa de la especial dirección de ataque de estos delitos, el enjuiciamiento por parte de Estados extranjeros de ciudadanos también extranjeros no constituye injerencia alguna no permitida en la soberanía de otros Estados. Por ello, para la aplicabilidad del Derecho penal alemán también a hechos cometidos en el extranjero en los crímenes del CPI no es necesaria la existencia de una especial relación con el país (vid. Lagodny/Nill-Theobald, JR 2000, 205, 206; Eser, en: Festgabe 50 Jahre BGH, pp. 26 ss, siempre con ulteriores consideraciones). Puesto que el Tribunal Supremo Federal (BGH)¹¹ ha defendido hasta ahora una interpretación discrepante en la aplicación del § 6 del CP (vid. BGHSt 45, 64, 66; recientemente la sentencia más clara del BGH de 21.02.2001, 3 StR372/00) mediante la formulación del § 1 se aclara expresamente que en cualquier caso para los crímenes

¹¹ (N. de la T.) Bundesgerichtshof.

del CPI no es necesaria una relación especial con el país. Sin embargo es preciso observar que la validez de la obligación de acusar en relación con hechos extranjeros del CPI se reduce de una manera específica mediante el § 153f StPO¹² previsto en el art. 3 n.º 5 de la LICPI¹³. Para los delitos de los § 13 y 14 del CPI, que no poseen el mismo peso que los crímenes nucleares de los § 6 a 12 y que por ello se califican como delitos menos graves¹⁴, se mantienen las normas generales de los § 3 a 7 del CP, sobre todo porque en casos sin relación alguna con el país normalmente faltará la experiencia práctica sobre estructuras y procesos de mando y jerarquía que es necesaria para realizar las diligencias ordinarias en los casos de los § 13 y 14 del CPI. La amplia vigencia del art. 28 del Estatuto de la CPI en relación con la jurisdicción de la CPI queda intacta.

Sobre el § 2 (Aplicación del Derecho penal general)

El § 2 puntualiza que el CPI excluye la aplicación de los correspondientes preceptos del Derecho penal general, en especial del CP, sólo en relación con los § 1 a 3 y 5.

Respecto de la parte general rigen por tanto según el § 2, básicamente las reglas de los tres primeros capítulos del CP, así como los principios no escritos generalmente reconocidos en el Derecho penal alemán, como por ejemplo los requisitos del dolo y la imprudencia. Así, la materia regulada en el CPI queda incluida en el Derecho penal alemán general. Sólo en tanto en cuanto el CPI en el §1 así como en los § 3 a 5 contiene preceptos especiales, los mismos desplazan conforme al § 2 a las reglas generales, en cuanto que en tal caso subsisten las exigencias del Estatuto de la CPI.

Puesto que el § 2 sólo prevé reglas especiales desplazantes en la medida aquí suficientemente especificada, la parte especial completa del CP sigue siendo aplicable también a las formas de comportamiento penalizadas en el CPI. En caso de concurrencia de infracciones jurídicas según el CPI y el CP rigen las reglas concursales del Derecho penal alemán comprendidas en la remisión del § 2 (véase supra A. III). Lo mismo rige para la concurrencia de las normas del CPI con las disposiciones del CpM¹⁵, aplicable a los delitos cometidos por soldados del ejército alemán.

¹² (N. de la T.) Strafprozeßordnung, Ley de Procedimiento Penal.

¹³ (N. de la T.) Ley de Introducción del Código Penal Internacional (EGVStGB).

¹⁴ (N. de la T.) Vergehen.

¹⁵ (N. de la T.) Código Penal Militar (Wehrstrafgesetz [WSIG])

Para algunas cuestiones de la Parte general rigen, según el § 2, las normas del Derecho penal alemán, aunque los preceptos correspondientes del Estatuto de la CPI estén formulados de una manera distinta. Sin embargo, materialmente en dichos casos no se presentan diferencias tan esenciales que sea necesaria una adopción de los preceptos del Estatuto de la CPI (y con ello de discordancias con el Derecho penal alemán general). En concreto se trata de los siguientes ámbitos:

a) El principio de legalidad

El principio de legalidad, que se desarrolla en los artículos 22 a 24 del Estatuto de la CPI, se encuentra ya en el artículo 103 párrafo 2 de la Constitución y en el § 1 del CP.

b) La mayoría de edad penal

Aunque el art. 26 del Estatuto de la CPI sólo fundamenta la competencia de la Corte penal internacional sobre personas que en el momento del hecho tenían por lo menos 18 años, no es necesaria una regla sobre la mayoría de edad penal en el CPI diferente a la del § 19 del CP. Y ello porque el art. 26 del Estatuto de la CPI no establece una regla de Derecho internacional específica sobre la cuestión de la responsabilidad penal juvenil, sino que solamente excluye para este grupo de personas la jurisdicción de la CPI; tras el art. 26 del Estatuto de la CPI se encuentra la consideración práctica de que una regulación separada del proceso y las sanciones para el enjuiciamiento de jóvenes que no participarán la mayoría de las veces en la comisión de crímenes de Derecho internacional en una posición prominente, hubiera exigido una inversión demasiado grande. Sin embargo a ello no se opone enjuiciar a autores jóvenes según el Derecho nacional, es decir, en Alemania según la Ley de Tribunales Juveniles (LTJ)¹⁶.

Para adolescentes entre las edades de 18 a 21 años rige el § 105 de la LTJ.

c) Dolo

Según el art. 30 del Estatuto de la Corte penal internacional se exige para actuar dolosamente (“intention”) querer en relación con el propio actuar y al menos considerar probables las consecuencias y circunstancias de la acción. El requisito del

¹⁶ (N. de la T.) Jugendgerichtsgesetz (JGG).

dolo se refiere, por tanto, también a la existencia de un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil” en el § 7 CPI o de un “conflicto armado” en el § 8 CPI. En la definición del art. 30, sin embargo, no se comprende el caso de que el autor se represente una consecuencia del hecho sólo como posible pero se conforme con ella consinténdola para el caso de que se produzca. En la comprensión alemana en estos casos también concurre dolo (eventual). La definición más reducida del dolo en el Estatuto de la CPI no se incorporó al CPI pues en los delitos regulados en él la comisión con dolo eventual no puede ser vista como menos reprochable que en cualquier otro caso del Derecho alemán en el que la representación de la posibilidad por el autor conduce ya a la pena del delito doloso. Así, por ej., también realiza dolosamente lo injusto de la tortura (§ 7 párrafo 1 n.º 5 CPI) el autor que maltrata a una persona que se encuentra en su poder y no sabe seguro pero se conforma, consinténdolo, con que con ello la víctima sufra “daños físicos o mentales graves”. De ahí que aparezca como básicamente conveniente extender la punibilidad del dolo, en consonancia con la regulación general del Derecho penal alemán, más allá de lo que el Estatuto de la CPI pretende como exigencia mínima. El dolo eventual, sin embargo no basta en los casos en los que ya la descripción de la acción típica requiere el comportamiento dirigido a un fin, como por ej. el “dirigir un ataque contra una población civil” en el § 11 párr. 1 n.º 1 CPI (vid. Exposición de motivos sobre el § 11).

d) Consentimiento

No es necesaria una regulación especial sobre el efecto del consentimiento. Ciertamente podría pensarse en subrayar expresamente la irrenunciabilidad de los derechos existentes para la protección del individuo (como por ej. en el art. 8 de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949). En efecto —salvo para la excepción expresamente prevista en el § 8 párrafo 1 n.º 8 CPI— la irrelevancia fundamental del consentimiento individual para una eventual justificación del autor en los delitos contenidos en el CPI surge ya de que los mismos se dirigen (también) contra bienes jurídicos supraindividuales que no son disponibles para el individuo. En tanto en cuanto el consentimiento de la víctima excluya ya la posibilidad de realización del tipo, como por ej. en el crimen de guerra consistente en violación (§ 8 párrafo 1 n.º 4 CPI), decae la punibilidad; esto resulta conforme con el Derecho penal alemán general y no necesita ser regulado aquí de forma especial.

e) Legítima defensa

Aunque el art. 31 párr. 1 letra c del Estatuto de la CPI contiene una regulación independiente de la legítima defensa que presenta algunas modificaciones respecto del § 32 CP, resulta innecesaria adoptar el precepto del Estatuto en el CPI. También la jurisprudencia de los tribunales alemanes niega en todo caso la “procedencia” de la legítima defensa en casos de clara desproporción entre los bienes defendidos y lesionados. Por ello no es necesaria una mención expresa del requisito de proporcionalidad dispuesto en el Estatuto. La designación prevista en el Estatuto de los objetos de defensa que únicamente son susceptibles de legítima defensa representa sólo una concreción abstractamente anticipada del principio de proporcionalidad, de modo que tampoco aquí es necesaria una regulación especial de la legítima defensa. Es más, hay que partir de que la definición legal del § 32 párrafo 2 CP en relación con la interpretación de los elementos de la autorización del § 32 párrafo 1 CP basta para tener en cuenta las exigencias del Estatuto de la CPI, especialmente cuando mediante la aplicación e interpretación del § 32 CP en los casos que aquí interesan también habrá que invocar los preceptos correspondientes del Estatuto de la CPI. Una regulación especial podría, además, conducir fácilmente a problemas de aplicación legal y además permitir formarse la falsa impresión de que acciones típicas según el CPI fueran imaginables sin más en legítima.

f) Represalias

Mediante la remisión del § 2 no se excluye la aplicación complementaria de reglas de Derecho internacional consuetudinario en el ámbito de la Parte general. Al respecto hay que pensar en especial en las represalias que desde siempre se han discutido como causa de justificación especial en delitos internacionales, en especial en crímenes de guerra (vid. BGHSt 23, 103, 107 ss.), cuyo ámbito de aplicación, sin embargo, se limita progresivamente. Por represalia se entiende un comportamiento contrario al Derecho internacional que un sujeto de Derecho internacional dirige como medio de presión contra el comportamiento contrario al Derecho internacional de otro sujeto de Derecho internacional (BGH, ob. cit, p. 107). Sin embargo, las represalias están, si en algún caso pueden estarlo, permitidas por Derecho internacional sólo bajo estrictas condiciones: Tienen que ser ordenadas por el mando supremo militar o estatal, su aplicación debe ser proporcionada, sólo pueden ser ejecutadas como ultima ratio —es decir, tras el fracaso del intento de solución amistosa del conflicto y tras previa amenaza— para la aplicación o

reinstalación del Derecho, y no meramente como medida de venganza, y deben tener en cuenta las consideraciones de humanidad (vid. art. 50 y ss. del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por comportamientos ilícitos en la última versión propuesta; UN-Doc. A/CN.4/L.600 de 11 de agosto de 2000). Una acción cometida en tiempo de paz que realice el tipo del genocidio o de los crímenes contra la humanidad ya en atención a estas limitaciones generales no podrá justificarse como represalia.

En acciones relacionadas con un conflicto armado que realicen el tipo de un crimen de guerra, por el contrario, puede considerarse en el caso concreto una represalia justificante. Ello es imaginable, por ejemplo, cuando un acto de combate en sí contrario al Derecho internacional, como por ejemplo la utilización de un arma prohibida contra combatientes, se utiliza como represalia para impedir ulteriores violaciones (del mismo tipo) de la parte contraria. En parte se acepta además que el Derecho internacional consuetudinario (también) permite represalias contra civiles bajo estrictas condiciones (vid. por ej. Greenwood, *Netherlands Yearbook of Humanitarian Law* 20 [1989], p. 47 s.). El Tribunal Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la valoración jurídico internacional de la utilización de armas atómicas eludió tomar una decisión sobre este punto (ICJ Reports 1996, Nr. 46). La República Federal Alemana, en el año 1991, se ha reservado el derecho a “reaccionar con todos los medios permitidos por el Derecho internacional” “contra lesiones graves y sistemáticas” del Protocolo Adicional I, en especial de los arts. 51 y 52 (*Erklärung zum Inkrafttreten der Zusatzprotokolle I und II*, Nr. 6, BGBl. 1991 II p. 968, 969). Con ello ha dado a entender (BMJ, *Bundesregierungsentwurf Völkerstrafgesetzbuch*, Proyecto del Gobierno Federal, página 36 de 91) que sin embargo no considera la prohibición convencional de las represalias, recién establecida por el Protocolo Adicional I, en su totalidad como expresión del Derecho internacional consuetudinario. Esta interpretación jurídica debe valer tanto más para el conflicto armado no internacional, para el que falta una prohibición convencional de las represalias.

Sin embargo, el desarrollo más reciente del Derecho internacional humanitario apunta en dirección a la generalizada inadmisibilidad de las represalias. Ya los Convenios de Ginebra de 1949 (“Convenios de Ginebra”) contienen prohibiciones amplias de las represalias para el caso de un conflicto armado internacional. (vid. art. 46 del Primer Convenio de Ginebra; art. 47 del Segundo Convenio de Ginebra; art.

13 párr. 3 del Tercer Convenio de Ginebra; arts. 33, 34, 147 del Cuarto Convenio de Ginebra), que no sólo tienen validez convencional internacional sino que también reflejan el Derecho internacional consuetudinario. Según los mismos quedan excluidas en especial las represalias contra las personas protegidas según el Derecho internacional humanitario y que las respectivas partes en el conflicto tengan bajo su control. Para este ámbito nuclear ya desde hace tiempo se parte de que las represalias están prohibidas también en el conflicto armado no internacional en el Derecho internacional consuetudinario (Kalshoven, *Netherlands Yearbook of International Law* 21 [1990], 78 s.; Comité Internacional de la Cruz Roja, Ed., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions*, 1987, pp. 1372 s.). Esta concepción ha experimentado una importante confirmación a través de la afirmación en la Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic (Tadic, IT-94-1-AR 72, 2.10.1995, para. 87 ss., 137), según la cual el Derecho internacional humanitario del conflicto armado no internacional se ha aproximado mucho al del conflicto armado internacional.

El Protocolo Adicional I va todavía un paso más lejos y excluye de forma general las represalias contra civiles de la parte contraria del conflicto en el marco de acciones de combate en un conflicto armado internacional (arts. 51 ss., en especial 51 párr. 6, 75 párr. 2 c del Protocolo Adicional I), y el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia ha admitido la consolidación en Derecho internacional consuetudinario de estas prohibiciones de las represalias recientemente introducidas también por el Protocolo Adicional (Kupreskic et al., IT-95-16-T, 14.1.2000, para. 527-536, 533). En ello el Tribunal tampoco ha distinguido entre conflictos armados internacionales y no internacionales (Kupreskic et al., cit., para. 534).

En vista de esta tendencia en el desarrollo del Derecho internacional, que todavía se encuentra en marcha, no es recomendable regular las represalias como causa de justificación en el Código penal internacional. Para el pequeño ámbito en el que todavía pueden ser consideradas las represalias hoy como causa de justificación, puede quedar a cargo de la jurisprudencia el decidir en el caso concreto atendiendo al correspondiente estado de desarrollo del Derecho internacional humanitario.

g) Culpabilidad

La regulación en el art. 31 párrafo 1 letra a del Estatuto de la CPI sobre la exclusión de la responsabilidad por enfermedad mental se corresponde con el § 20

CP. El art. 31 párrafo 1 letra b del Estatuto de la CPI deja subsistente la responsabilidad en supuestos de causación propia de enbriaguez, regla que ciertamente no tiene una correspondencia directa en el CP alemán. Ello no obstante, la punibilidad de un autor en dicha situación también está garantizada en el Derecho penal alemán vigente, bien, en tanto resulte aplicable, a través del principio de la “*actio libera in causa*” o por lo menos mediante la punibilidad por el § 323a CP. Por ello no es recomendable una regulación especial de esta materia cuestionada y jurídico-políticamente en transición para el pequeño ámbito de los delitos internacionales.

h) Error

La regulación del error contenida en el art. 32 párrafo 1 del Estatuto de la CPI corresponde por la materia al § 16 CP. En cambio el art. 32 párrafo 2 en relación con el art. 33 del Estatuto de la CPI en contra del § 17 CP excluye de forma general la consideración misma de un error invencible de prohibición —excepto para el caso especial de la obediencia debida—. Sin embargo, consideraciones constitucionales se oponen a la trasposición de este precepto al Derecho alemán, pues la máxima “*error iuris nocet*”, todavía ampliamente reconocida en el Derecho americano, contradice el principio de culpabilidad consagrado en Alemania también constitucionalmente. La renuncia a una regulación especial según el modelo del art. 32 párrafo 2 del Estatuto es, además, posible sin más porque en la aplicación práctica del CPI la regulación del error cumple con las exigencias del Estatuto: a causa de las altas exigencias que la jurisprudencia alemana establece respecto de la vencibilidad de un error de prohibición en el sentido del § 17 CP (vid. por ej. BGHSt 39, 1, 32-35), no es posible imaginar ningún caso en el que un autor de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra pudiera alegar con éxito en Alemania un error invencible de prohibición.

i) Estado de necesidad exculpante

Los supuestos de “*duress*”¹⁷ regulados en el art. 31 párr. 1 letra d del Estatuto de la CPI se corresponden en esencia con la regulación del estado de necesidad excul-

¹⁷ (N. de la T.) Se mantiene en la traducción el término inglés *duress* utilizado en el original que en la versión española del Estatuto se traduce por *coacción*.

pante del § 35 CP. Únicamente existen dos diferencias: las acciones que se realizan sólo para proteger la propia libertad (ambulatoria) pueden ser exculpados según el § 35 CP pero no según el art. 31 párrafo 1 letra d del Estatuto, y el Estatuto prevé la exención de pena sólo cuando el autor no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Pero en los casos de evidente desproporción entre el resultado de la acción realizada en estado de necesidad y el bien defendido también se rechaza la exculpación según el Derecho alemán vigente conforme al § 35 párrafo 1 inciso 2 CP (vid. Lenckner/Perron, en: Schönke/Schröder, StGB, 26ª Ed., § 35 marg. 33 con citas ulteriores). Por ello no cabe imaginar ningún caso en el que un autor que haya cometido un crimen contenido en el CPI para asegurar su libertad ambulatoria (o la de un familiar) sea exculpado por el § 35 CP, pues los bienes jurídicos protegidos en el CPI son siempre más valiosos que la libertad ambulatoria. En suma, una regulación especial contraria al § 35 CP parece por ello innecesaria.

j) Improcedencia del cargo oficial

No se prevé un precepto sobre la improcedencia del cargo oficial para la punibilidad en el sentido del artículo 27 párr. 1 del Estatuto de la CPI puesto que el Derecho penal alemán de todos modos no conoce una eventual exclusión de la punibilidad general para los miembros del gobierno o los parlamentarios. El precepto del artículo 27 párr. 2 del Estatuto de la CPI que prevé la irrelevancia de las reglas internas o internacionales sobre inmunidades no afecta a la punibilidad sino a la perseguibilidad de los delitos internacionales por el tribunal. La inmunidad parlamentaria establecida en el artículo 46 párrafos 2 a 4 de la Constitución alemana, así como en preceptos similares de las constituciones de los Estados federados no supone aquí finalmente ningún problema. En tanto que debería bastar para una perseguibilidad interna preferente también en atención a la regulación del Estatuto con que dada la inmunidad de un parlamentario contra el que existe la sospecha de haber cometido un crimen internacional, en el caso concreto la misma fuera alzada por el Parlamento. No son de esperar supuestos de colisión en relación con la inviolabilidad de los parlamentarios por sus manifestaciones en el Parlamento. Tampoco la regulación de los § 18 a 20 LTC¹⁸, pues el art. 27 párrafo 2 del Estatuto de la CPI no obliga a Alemania a perseguir ella misma, dado el caso, a autores extranjeros que caigan en esas

¹⁸ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional).

disposiciones. Para la cooperación con la CPI prevé el Estatuto de la CPI (vid. supra A IV) que los § 18 a 20 LTC¹⁹ no impiden la entrega de personas a la Corte internacional.

k) Autoría, participación, tentativa

La regulación de la responsabilidad penal individual en el art. 25 del Estatuto de la CPI no necesita ninguna trasposición especial pues por la materia se corresponde con las formas de autoría y participación del los § 25 a 27 del CP así como a la regulación de la tentativa de los art. § 22 a 24 CP. También la participación en un grupo, regulada en el art. 25 párrafo 3 letra d del Estatuto, está comprendida en el art. 27 CP. La especialidad de esta forma de participación consiste únicamente en que la acción de ayuda del cómplice se refiere allí al delito (al menos intentado) de un grupo. Esta diferencia no justifica una regulación propia.

l) Consecuencias jurídicas y medición de la pena

No se prevén regulaciones especiales sobre las consecuencias jurídicas y sobre la medición de la pena. El Estatuto de la CPI concluye las reglas esenciales para la propia jurisprudencia de la Corte penal internacional en sus artículos 77, 78 y 110, completadas con las reglas correspondientes de las “Reglas de Procedimiento y Prueba” (vid. UN-Doc.PCNICC/2000/1/Add.1, Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, de 2 de noviembre de 2000, Rules 145-148). Como penas prevé el Estatuto, sin mención de un límite inferior, la privación temporal de libertad con un límite máximo de 30 años, la privación perpetua de libertad y la pena de multa —sin límite alguno—. Esta última, sin embargo, únicamente puede imponerse junto con una pena privativa de libertad. A los tipos comprendidos en los arts. 5 a 8 del Estatuto de la CPI no se les asigna ningún marco penal especial. La posibilidad de una suspensión condicional no está prevista ni en la sentencia ni como suspensión del resto de pena²⁰. Con todo, el art. 110 ofrece la posibilidad de reducción posterior de la duración de la pena tras el cumplimiento de al menos dos tercios de la pena privativa de libertad temporal o de 25 años en la pena de privación perpetua de libertad.

¹⁹ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional).

²⁰ (N. de la T.) *Strafrestaussetzung* también puede traducirse como *libertad condicional*.

Estas disposiciones parecen problemáticas para el Derecho alemán en vista de los amplios márgenes de arbitrio, por la razón fundamental de las exigencias constitucionales de concreción así como desde el punto de vista de la igualdad de trato en comparación con los condenados por el Derecho penal común. Pero tampoco son directamente vinculantes para la jurisprudencia penal internacional de los tribunales alemanes. Para asegurar la preferencia de la persecución penal interna frente a la jurisdicción sólo complementaria de la CPI que interviene cuando el Estado no quiere o no está en condiciones de realizar la persecución penal correspondiente (vid. art. 17, 20 párrafo 3 Estatuto de la CPI), sólo hay que atender a que las normas propias sobre consecuencias jurídicas permitan un castigo que, ante el fondo de los preceptos penales del Estatuto de Roma y de la jurisprudencia penal internacional, pueda ser visto como claramente desproporcionado por su no escasa gravedad.

Por ello, en el Proyecto se asigna a cada tipo penal un marco penal concreto que tiene en cuenta la abstracta graduación de lo injusto. Como penas se prevén, al igual que en el Estatuto, únicamente las privativas de libertad —en atención a la gravedad de los crímenes de los que aquí se trata—. Por lo demás, por las consideraciones mencionadas, no es necesario ni oportuno prever disposiciones especiales contrarias al Derecho penal general. En especial, del art. 78 párrafo 1 del Estatuto de la CPI y de las disposiciones correspondientes de las “Reglas de Procedimiento y Prueba” no resulta tampoco especialidad alguna en relación con la concreta medición de la pena que no tenga en cuenta el Derecho de medición de la pena existente y la jurisprudencia referida él.

Para la asignación del marco penal concreto a los tipos individuales son relevantes las siguientes consideraciones: por un lado, el CPI castiga los crímenes más graves contra la convivencia pacífica de los pueblos, es decir, el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y establece por ello básicamente marcos penales más altos que para los tipos correspondientes del Derecho penal general. En segundo lugar, el Proyecto parte de que en los crímenes contra la humanidad por la relación funcional con un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” por regla general será apropiada una pena superior a la de los crímenes de guerra comparables a ellos por la forma de comisión. En tercer lugar, el Proyecto tiene la tarea de concretar el peso de los subtipos individuales en proporción unos con otros dentro de cada categoría de crímenes. A pesar de la autonomía del CPI, para las necesarias precisiones de proporción se puede recurrir en gran medida a las asignaciones de marcos penales del CP: haciendo abstracción de la conexión con un

conflicto armado o con un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, el CP contiene tipos en gran medida paralelos. Las valoraciones ponderadas de lo injusto por parte del legislador federal alemán se pueden deducir aquí de los marcos penales y utilizarse para la ponderación relativa de los tipos del CPI entre sí. Finalmente, se ha de tener en cuenta la demanda de que las amenazas penales indicadas en cada caso concreto den lugar a un sistema en sí coherente también en caso de inclusión de ciertos supuestos atenuados o agravados. En atención a las elevadas penas mínimas, el Proyecto prevé supuestos atenuados en especial allí donde, por razón de una amplia redacción típica, debe partirse de un amplio ámbito de juego respecto de la gravedad imaginable del hecho.

m) Ne bis in idem

Una regulación del principio “ne bis in idem” (artículo 20 del Estatuto de la CPI) en relación con la Corte penal internacional resulta innecesaria, pues para la relación entre la CPI y los tribunales alemanes se previó la regla correspondiente en el Estatuto de la CPI (vid. § 3, § 70 E-CPI²¹).

Sobre el § 3 (Actuar en cumplimiento de órdenes o disposiciones)

Aunque la regulación del error de prohibición del § 17 CP también es aplicable al ámbito del CPI no se puede renunciar a un precepto sobre la obediencia debida que se ajuste, por un lado, al artículo 33 del Estatuto de la CPI y, por otro, al § 5 del CpM²². De la misma manera que el § 5 CpM, el § 3 contiene una regulación del error para el autor de un crimen de guerra que actúa en cumplimiento de una orden militar o civil del mismo valor más favorable frente al § 17 CP, y por ello ya irrenunciable a causa del principio de justicia mundial.

El texto del Proyecto se basa en la distinción implícita en el § 22 CpM entre órdenes obligatorias y no obligatorias (es decir contrarias al Derecho penal o a los derechos humanos). En tanto en cuanto un subordinado cumple una orden obligatoria no puede verificarse la punibilidad en el marco del CPI pues tal orden, según la definición del § 22 párrafo 1 del CpM no puede exigir nada contrario al Derecho penal o a los derechos humanos (vid. también § 11 párr. 1 inciso 3 SoldG²³). El § 3

²¹ (N. de la T.) Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²² (N. de la T.) Código Penal Militar (Wehrstrafgesetz [WStG]).

²³ (N. de la T.) SoldG (Soldatengesetz) Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, Ley sobre la Situación Jurídica de los Soldados.

se refiere, por tanto, sólo al caso en que un subordinado ejecuta una orden no obligatoria. Aquí el § 5 CpM, que supone una causa de inculpabilidad peculiar y una regulación especial del error de prohibición, contiene un privilegio para el soldado en tanto que no fundamenta la culpabilidad, como hace el § 17 CP, ya en la mera venibilidad del error sobre la antijuridicidad, sino en la evidencia de la antijuridicidad. Esta regulación rige también según el art. 33 del Estatuto, aunque debido a la ficción legal de la evidencia de la antijuridicidad en el art. 33 párrafo 2 del Estatuto de la CPI, finalmente sólo para los crímenes de guerra. Se prescindió de la asunción de esta ficción en el CPI; sería problemática en atención al principio de culpabilidad y además desde el punto de vista técnico-legal es superflua si se limita el § 3 —como así se hace— desde el principio a los delitos de las Secciones segunda y tercera del CPI. No obstante, los delitos de la Sección tercera son contemplados aquí porque, por ejemplo, la antijuridicidad de una orden de no comunicar un crimen contra la humanidad no es evidente en la misma medida que la antijuridicidad de la orden de cometer tal delito. Prestar atención al reconocimiento de la antijuridicidad en lugar de hacerlo al conocimiento sobre la antijuridicidad tiene un motivo meramente lingüístico. Coincide con la formulación del § 5 CpM; ello no conlleva una modificación en cuanto al contenido. La restante diferencia en la formulación respecto del CpM, en el cual depende de la antijuridicidad del hecho y no de la orden, surge del estrecho apoyo en el Estatuto. En la práctica no debería jugar un gran papel, pues el Estatuto parte, sin decirlo, de que toda orden de cometer un hecho, tal y como se regula en el CPI, es antijurídica y el autor por ello únicamente no es culpable cuando él tampoco tenía conocimiento de esta causa de antijuridicidad.

La amplísima referencia del Estatuto de la CPI al privilegio del subordinado a las órdenes de un superior civil que incurre en error se limita en el § 3 a “órdenes de efecto vinculante objetivamente equivalente”. La regla es, por tanto, la relación de supra-subordinación jerárquica unida generalmente a la orden militar que, por ejemplo, puede existir en la relación entre el gobernador civil de un territorio ocupado y sus subordinados.

Sobre el § 4 (Responsabilidad de los jefes militares y otros superiores)

El precepto recoge un aspecto de la responsabilidad del superior por los delitos del inferior contenida en el artículo 28 del Estatuto de la CPI. El Derecho penal alemán no contiene ninguna regla general de este tipo, si bien es cierto que también

se llega al resultado de la punibilidad del superior en los casos en los que éste permite a sabiendas la comisión del hecho por el subordinado sujeto a obediencia bien a través del § 13 CP o en cualquier caso por el precepto especial del § 357 CP. Igual que el § 357 CP dispone el § 4 el castigo del superior en la misma medida que el hecho del inferior incluso aunque la omisión del primero sólo pueda calificarse dogmáticamente como mera complicidad. Por la especial responsabilidad del superior el párrafo 1 inciso 2 deja claro que no entra en consideración aquí una atenuación conforme al § 13 párr. 2 CP. La regulación rige según el párrafo 2 no sólo para superiores formales sino también para superiores civiles y militares de facto; lo decisivo es la existencia de poder de mando y control objetivos que implican la posibilidad de evitar el hecho.

Si el superior no sabía nada de los inminentes delitos del subordinado no puede ser castigado igual que si fuera autor del delito doloso, según los principios del Derecho penal alemán por falta de dolo. La amplia extensión del concepto de autoría en este punto, según la máxima “respondeat superior”, como prevé el artículo 28 letra a (i) del Estatuto de la CPI también para el supuesto de no impedir un delito de manera meramente imprudente, no podría ser por ello adoptada en la parte general del CPI. Estos supuestos sin embargo, deben ser comprendidos en la parte especial del CPI a través de los preceptos sobre la lesión del deber de vigilancia (§ 13) así como sobre la omisión de la comunicación de un delito (§ 14).

Sobre el § 5 (Imprescriptibilidad)

El artículo 29 del Estatuto de la CPI excluye la imprescriptibilidad de todos los delitos que caen en la jurisdicción de la CPI, por lo tanto de todos los “crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto” mencionados en el artículo 5 del Estatuto de la CPI. Esta rigurosa exigencia se traslada mediante el § 5. Con la disposición de la imprescriptibilidad el legislador federal agota el amplio margen de organización que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal le compete, para evitar la objeción de una complementariedad ausente de la regulación alemana. Por consideraciones de igualdad en atención al CP, el precepto únicamente comprende los crímenes regulados en el CPI, pues los delitos regulados en los § 13 y 14 son de menor gravedad. Por supuesto, no hay que desconocer que esta regulación, ante todo en lo que respecta a los supuestos menos graves de los crímenes de guerra, conduce a fricciones con el Derecho penal alemán general,

que prevé la imprescriptibilidad exclusivamente para el asesinato y el genocidio (§ 78 párr. 2 CP). Sin embargo es preciso observar que el § 78 párr. 3 n.^{os} 1 y 2 CP también prevé plazos de prescripción de 20 ó 30 años para cualquier delito amenazado con pena privativa de libertad superior a 10 años, lo que de hecho a menudo equivale a la imprescriptibilidad. Además, con frecuencia ocurrirá para los delitos del CPI que en los Estados llamados en primer lugar a la persecución penal (Estado lugar de comisión, patria del autor), la persecución es inhibida durante largo tiempo por falta de una voluntad de persecución estatal realizable fácticamente (vid. § 78 b párr. 1 n.^o 2 CP); parece justificada una supresión general de los plazos de prescripción para poder perseguir en estos casos los crímenes de los § 6 a 12 CPI también tras largo tiempo. En correspondencia con la exclusión de la prescripción de la ejecución de penas por genocidio prevista hasta ahora en el § 79 párr. 2 CP, prevé el § 5 que la ejecución de penas por crímenes del CPI no prescribe. Algo distinto rige sólo en los casos de los § 13 y 14 CPI, pues aquí se trata únicamente de delitos, de modo que a estos tipos se aplican, según el § 2 CPI, los plazos generales de prescripción del § 78 párr. 3 n.^o 5 o del § 79 párr. 3 CP. Esto parece adecuado a la vista de la menor gravedad de los hechos que los motivan.

Segunda parte

DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL

Sección primera

GENOCIDIO Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

El genocidio y los crímenes contra la humanidad se sitúan en el mismo apartado debido a su estrecha relación material. El tipo de genocidio ha demostrado su eficacia en los procesos seguidos hasta hoy y por tanto se traslada sin cambios desde el Código penal. El tipo de los crímenes contra la humanidad se formula ajustándose lo más posible al Estatuto de Roma.

*Sobre el § 6 (**Genocidio**)*

La formulación se corresponde en su tenor literal en lo esencial con el tipo actual de genocidio del § 220a CP. El precepto se basa en la definición del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (BGBl. 1954 II p. 729) y de esta forma concuerda al mismo tiempo con el artículo 6 del Estatuto de la CPI.

La formulación inicial de las cifras 1, 2 y 5, que se aparta del artículo 6 del Estatuto de la CPI y del § 220a CP, puntualiza que ya pueden existir los presupuestos del genocidio cuando la acción se dirige únicamente contra una persona. Esta expresión lingüística del tipo tiene en cuenta los elementos del crimen del artículo 6 del Estatuto de la CPI y confirma la actual interpretación del tipo de genocidio (vid. Jähnke, en: Leipziger Kommentar, 11ª edición, § 220a nm. 10; Eser, en: Schönke/Schröder, 26ª ed., § 220a nm.4). Si la acción se dirige contra varias personas es de suponerse una unidad de acción típica (vid. BGHSt²⁴ 45, 65, 85 ss). Las otras discrepancias que presente el § 6 párr. 1 núms.3 y 5 en comparación con la redacción hasta hoy del § 220a CP responden únicamente a razones de tipo lingüístico.

El elemento típico grupo “determinado por su nacionalidad”, utilizada hasta ahora en el § 220a CP, ha sido sustituido, apoyándose en el tenor literal del artículo 6 del Estatuto de la CPI, por el concepto “étnico”, que es utilizado en concordancia con el Estatuto de la CPI también en el § 7 párrafo 1 n.º 10. No supone un cambio del contenido material del precepto.

En lo que respecta a la instigación pública al genocidio, punible según el artículo 6 en relación con el artículo 25 párrafo 3 letra e del Estatuto de la CPI, se mantiene la punibilidad a tenor de los § 111 y 130a CP, como hasta ahora.

*Sobre el § 7 (**Crímenes contra la humanidad**)*

El precepto se basa en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. En la formulación se da entrada a una lista de los instrumentos de Derecho internacional ya existentes, especialmente el artículo 6c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el artículo II n.º 1c de la Ley n.º 10 del Consejo de Control (Aliado), el artículo 5c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el artículo 3 del

²⁴ (N. de la T.) BGHSt es la abreviatura utilizada para citar una sentencia penal del Tribunal Supremo Federal alemán.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Los crímenes contra la humanidad constituyen un grupo independiente de tipos, frente a los crímenes de guerra, para el castigo de las lesiones graves de los derechos humanos. Pueden cometerse tanto durante tiempo de paz como en el transcurso de conflictos armados internacionales o no internacionales.

El tipo se ha formulado de la manera más ajustada posible al artículo 7 del Estatuto de la CPI. Las concreciones que en parte se han hecho de algunos elementos del tipo pretenden tener en cuenta las exigencias del principio constitucional de determinación. El orden de los tipos concretos se separa del art. 7 párrafo 1 del Estatuto de la CPI. Las diferencias se apoyan, por un lado, en la clasificación del crimen de apartheid como tipo cualificado (vid. art. 7 párrafo 1 letra j del Estatuto de la CPI frente al § 7 párr. 5 CPI). Por otra parte, el orden de las concretas conductas en el párrafo 1 se orienta a la gravedad del hecho, como se desprende del marco penal previsto.

1. El tipo básico del § 7 párr. 1

El tipo objetivo de los crímenes contra la humanidad presupone siempre la realización de al menos una de las modalidades típicas enumeradas en el § 7 párr. 1 núms. 1 a 10. En lo que respecta a las concretas modalidades típicas en particular se trata, mayoritariamente, de formas de conducta que ya están comprendidas como tales en diversos preceptos del CP. Las acciones particulares adquieren su carácter de crímenes contra la humanidad y, con ello, de crímenes de Derecho internacional — apoyándose estrictamente en el Estatuto de Roma— sólo por la existencia de una conexión funcional con un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Los hechos singulares deben incluirse en este ataque, el “hecho global”.

Desde el punto de vista subjetivo es siempre necesaria al menos la presencia de dolo típico eventual (§ 15 CP). El dolo debe dirigirse, por una parte, a la inclusión de la acción en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, siendo suficiente también el dolo eventual respecto de la existencia de tal ataque. Por otra parte, el dolo debe abarcar la realización de (al menos) una de las modalidades típicas del § 7.

a) El hecho global

Para interpretar el elemento “ataque contra una población civil” debe acudirse a la definición legal contenida en el artículo 7 párr. 2 letra a del Estatuto de la CPI.

Conforme a ello, “ataque contra una población civil” alude a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 (del artículo 7) contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una Organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Tras el ataque debe existir, por tanto, un colectivo que normalmente, aunque no necesariamente, será un Estado en el sentido del Derecho internacional. No es necesario, pues, un ataque militar en el sentido del Derecho internacional humanitario (vid. art. 49 del Protocolo Adicional I) para la realización del tipo.

Un ataque es generalizado cuando supone un gran número de víctimas entre la población civil; un ataque sistemático presupone un importante grado de planificación. Ambas características coincidirán en numerosas ocasiones.

b) Los hechos en particular

*Sobre el § 7 párr. 1 n.º 1 (**Homicidio doloso**)*

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra a del Estatuto de la CPI y presupone que el autor causa la muerte de una o más personas.

*Sobre el § 7 párr. 1 n.º 2 (**Exterminio**)*

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra b del Estatuto de la CPI. Las modalidades típicas se encuentran en estrecha conexión material con el tipo de genocidio. A diferencia del artículo 7 párr. 2 letra b del Estatuto de la CPI el exterminio se ha formulado aquí a partir del § 220a párr. 1 n.º 3 CP. La característica de la “intención de destruir total o parcialmente una población”, introducida a diferencia de lo establecido en el Estatuto de Roma, sirve para precisar objetivamente los presupuestos de la punibilidad por medio de una armonización con el tipo de genocidio.

A diferencia del tipo de genocidio, la modalidad típica del exterminio no se limita a grupos determinados e incluye especialmente a los grupos políticos o sociales. Como en el genocidio, tampoco aquí es necesario un resultado concreto de lesión. En el caso concreto, siempre que se reúnan también los requisitos típicos del § 220a párr.1 n.º 3 CP en su redacción actual, o en la redacción proyectada para el § 6 párr.1 n.º 3 CPI, puede producirse un concurso ideal precisamente con este tipo.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 3 (Esclavitud)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra c del Estatuto de la CPI. La modalidad típica de la esclavitud conmina con pena el arrogarse un pretendido derecho de propiedad sobre una persona, especialmente en el caso típico de tráfico con una mujer o un niño. Para la interpretación de las modalidades típicas se ha de acudir en particular a la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956 (BGBl. 1958 II p. 205), así como a la práctica jurisprudencial del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kunarac et al., IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22.2.2001, para. 515 ss.).

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 4 (Deportación o traslado forzoso)

El precepto se basa en el artículo 7 párr.1 letra d del Estatuto de la CPI. La modalidad típica exige el desplazamiento forzoso de una persona fuera del territorio en el que habita legalmente.

A diferencia del artículo 7 del Estatuto de la CPI, el § 7 párr. 1 n.º 4 no exige el desplazamiento “de una población” (artículo 7 párr. 1 letra d del Estatuto de la CPI) ni de varias “personas” (artículo 7 párr. 1 letra d del Estatuto de la CPI). La ampliación del tipo, frente al tenor literal del Estatuto de la CPI, concuerda con la regulación en los elementos del crimen y es necesaria para la comprensión de lo injusto merecedor de pena. Como en los casos de los núms.1, 3, 5 a 9 es suficiente que una persona sea víctima del hecho. El decisivo aumento del injusto se desprende también aquí de la conexión funcional del hecho individual con el hecho global. Para contestar a la pregunta acerca de si una persona se encuentra “legalmente” en un territorio no es atendible el Derecho interno que sea contrario al Derecho internacional.

Solamente por la lesión de Derecho internacional que le sirve de base el hecho se convierte en un crimen de Derecho internacional. La fórmula elegida, “reglas generales del Derecho internacional”, a diferencia del Estatuto de la CPI, se remite al artículo 25 CA²⁵ y de esta forma especialmente a las reglas del Derecho internacional consuetudinario en el sentido del artículo 38 párrafo 1 letra b del Estatuto del Tribunal Internacional. Puesto que el artículo 55 CA sólo abarca el Derecho consuetudina-

²⁵ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GG, abreviatura de Grundgesetz, esto es, la Constitución Alemana o Ley Fundamental de la RFA.

rio internacional universalmente válido, se asegura que también según el Derecho alemán sólo estén comprendidas aquellas modalidades de acción que hayan de ser consideradas injustos merecedores de pena según estándares universalmente válidos. Las medidas de expulsión que únicamente infrinjan regulaciones internacionales convencionales o Derecho internacional consuetudinario regional no son típicas.

Se ha de afirmar la existencia de una infracción de las reglas generales del Derecho internacional cuando no existe razón objetiva alguna para las medidas de expulsión, así por ejemplo en el caso de que grupos enteros de población o parte de ellos sean desplazados de su territorio tradicional de asentamiento sólo por motivos racistas en el marco de una política de “limpieza étnica”. Frente a ello, a priori no caen dentro del ámbito de aplicación de la norma las medidas legales que ponen fin a la estancia de, por ejemplo, extranjeros que están ilegalmente en el territorio. Lo mismo cabe decir del traslado de grupos de población para su protección, por ejemplo ante catástrofes naturales o combates militares en el caso de un conflicto armado.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 5 (Tortura)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra f del Estatuto de la CPI. La fórmula “de cualquier otro modo” aclara que se incluyen aquí las situaciones de control que tienen una entidad comparable a la toma en custodia.

En cambio, se excluye la modalidad típica de tortura cuando es consecuencia de sanciones admitidas por el Derecho internacional. Por una parte, se trata de aquellas que son compatibles con las reglas generales del Derecho internacional. En consecuencia, no se han de considerar torturas aquellas acciones que no están prohibidas por el Derecho internacional consuetudinario vigente, como por ejemplo en el caso de que en un Estado se ejecute la pena de muerte de conformidad con el Derecho internacional. A diferencia de lo que ocurre en el § 7 párr. 1 núms. 4 y 9, no se hace referencia únicamente al Derecho consuetudinario internacional vigente universalmente, sino que tampoco las sanciones legales que sólo son permitidas por el Derecho consuetudinario internacional regional encajan en la modalidad típica de tortura. El § 7 párr. 1 n.º 5 comprende, de esta forma, únicamente las sanciones mundialmente proscritas como tortura. Falta la fundamentación de Derecho internacional consuetudinario para una penalización más amplia como tortura; no experimenta alteraciones la punibilidad conforme a otros preceptos.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 6 (Violencia sexual)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra g del Estatuto de la CPI. A diferencia del tenor literal del Estatuto de la CPI, se ha introducido adicionalmente en la formulación el elemento típico de la “coacción sexual” (vid. § 177 CP). Esta concepción fundamental garantiza que los elementos típicos citados en el Estatuto de la CPI “esclavitud sexual” y “otros abusos sexuales de gravedad comparable” se incluyan en el tipo. La inclusión como crímenes contra la humanidad de las formas de conducta punibles según el Derecho penal alemán como coacción sexual es acorde también con el Derecho internacional consuetudinario, como muestra en particular la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kunarac et al., IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22.2.2001, para. 436 ss.).

La formulación del elemento típico “embarazo forzado” se apoya estrechamente en la definición legal contenida en el artículo 7 párr. 2 letra f del Estatuto de la CPI. En lo que respecta al aspecto subjetivo se exige la “intención de influir en la composición étnica de una población”. No experimenta alteraciones la regulación del aborto (§ 218 a 219 CP).

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 7 (Desaparición forzada)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra i del Estatuto de la CPI. Penaliza la práctica que ya fue calificada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del año 1994 (OEA²⁶/Ser. P, AG/doc.3114/94 rev. 1) como crimen contra la humanidad. La definición legal contenida en el artículo 7 párr. 2 letra i del Estatuto de la CPI, sin embargo, no responde a las exigencias de determinación del Derecho alemán a la hora de concretar la responsabilidad penal individual. El § 7 párr. 1 n.º 7 diferencia, por ello, apoyándose en los “elementos del crimen” del Estatuto de Roma entre las modalidades de acción consistentes en la privación de libertad y la negación de información.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 7 letra a

Según la letra a, el núcleo de la realización típica está constituido por la privación de libertad más especificada en el tipo. Con la expresión “gravemente” se deja

²⁶ (N. de la T.) Organización de Estados Americanos.

claro que especialmente las privaciones de libertad que sean sólo de escasa duración no caen dentro del ámbito de aplicación del tipo. La privación de libertad debe además realizarse por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política. Es necesario para la realización del tipo, además, que en lo sucesivo no se den sin tardanza, a pesar de la solicitud de información, por ejemplo de los parientes de la víctima, noticias sobre la suerte o el paradero de la persona privada de libertad, sin razones objetivas para tal demora. Por el contrario, la mera no comunicación de la noticia correspondiente, sin que exista la correspondiente demanda de información, no basta para realizar el tipo de la desaparición forzada. Incluso en el caso de la no comunicación de la noticia en cuestión se trata de una característica propia del tipo que debe ser abarcada por el dolo del autor. Según el § 7 párr. 1 n.º 7 letra a la conducta, por lo tanto, únicamente es punible cuando además de la privación de libertad no se comunica la información mencionada, ello es abarcado por el dolo del autor, y existe la intención necesaria. Ya de la interpretación teleológica se desprende que una información falsa no constituye una información suficiente. Para aclarar esto se ha incluido el elemento “verídica”. Según la letra a, el autor no tiene que ser él mismo el ejecutor de la denegación o del suministro de información. Ahora bien, si produce una información sin demora ello supone que el autor de la privación de libertad en cualquier caso no puede ser sancionado por desaparición forzada consumada.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 7 letra b

Según la letra b, en la segunda modalidad típica el supuesto de hecho consiste en la negativa a proporcionar sin demora información después del previo secuestro o de una privación de libertad grave. Por tanto, esta modalidad típica presupone también una demanda de información; sin ella no es imaginable una negativa. Es el reflejo de la letra a, de forma que las consideraciones hechas supra son básicamente trasladables. Sin embargo, aquí no es suficiente —a diferencia de lo que sucede en la letra a— que la negativa a proporcionar información se realice solamente con la tolerancia de un Estado o de una organización política. El tipo se realiza únicamente cuando existe la orden correspondiente o, a pesar de que la negativa a proporcionar información no se realiza por orden de un Estado o de una organización política, el autor, sin embargo, por propia decisión y sin haber recibido órdenes voluntariamente adecúa su comportamiento a una política estatal de desaparición forzada y al mismo tiempo lesiona el deber jurídico existente de dar información. Tal deber jurídico

puede desprenderse del Derecho interno, por ejemplo del Derecho procesal penal o del Derecho constitucional, pero también del Derecho internacional. De conformidad con el § 7 párr. 1 n.º 7 letra a se dispone también aquí que una información falsa a sabiendas, dándose los demás presupuestos, es de igual categoría que la negativa a proporcionar información. En cada caso el dolo típico en el caso de la letra b debe referirse también a la circunstancia de que la víctima sobre cuya suerte se niega la información o sobre cuya suerte a sabiendas se dan informaciones falsas, antes ha sido secuestrada o privada de su libertad según la letra a.

Desde el punto de vista subjetivo el precepto exige junto al dolo la intención “de sustraer durante largo tiempo a la protección de la Ley” a una persona.

*Sobre el § 7 párr. 1 n.º 8 (**Causación de daños físicos o mentales graves**)*

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra k del Estatuto de la CPI. A diferencia del Estatuto de la CPI, no se ha adoptado en el tipo la fórmula “otros actos inhumanos de carácter similar” en atención al mandato de determinación. Mediante la expresión “daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal” la modalidad típica hace suya la formulación contenida en el anterior § 220a párr.1 n.º 2 CP.

*Sobre el § 7 párr. 1 n.º 9 (**Privación de libertad**)*

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra e del Estatuto de la CPI. La modalidad típica presupone que el autor impide a una o varias personas abandonar libremente el lugar donde se encuentran. De esta forma se abarcan las situaciones en las cuales una persona, a pesar de que no se ve privada completamente de su libertad física de movimientos, se ve limitada a un espacio determinado, por ejemplo por el internamiento en un campo. A través de la expresión “graves” se excluyen ante todo las privaciones de libertad de escasa duración.

La lesión del Derecho internacional que sirve de base al hecho convierte el supuesto de hecho en un crimen de Derecho internacional. La fórmula elegida, “reglas generales del Derecho internacional”, a diferencia del Estatuto de Roma, se remite al artículo 25 CA, abarcando así únicamente aquellas normas del Derecho consuetudinario internacional que poseen validez mundial.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 10 (Persecución)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra h, párr. 2 letra g del Estatuto de la CPI. La modalidad típica abarca la privación o limitación esencial de derechos humanos fundamentales. Entre otros, han de considerarse derechos humanos fundamentales, en particular, los derechos a la vida, la salud o la libertad ambulatoria. A diferencia del Estatuto de la CPI, el crimen de persecución no presupone “conexión” alguna con otro crimen en el sentido del CPI. La exigencia de tal conexión no se corresponde con la situación del Derecho consuetudinario internacional vigente tal y como ha sido afirmado expresamente en repetidas ocasiones por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kupreskic et al., IT-95-16-7, 14.1.2000, para. 580, Kordic y Cerkez, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, para. 193 ss.).

El autor debe actuar por motivos determinados citados en la Ley. Con la expresión “otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del Derecho internacional” el párr. 1 n.º 10 deja espacio para un desarrollo ulterior, favorable a los derechos humanos, del Derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, en la actualidad una persecución motivada por la orientación sexual como tal no puede ser considerada crimen punible contra la humanidad. Los partidarios de su inclusión expresa no pudieron imponerse durante las negociaciones del Estatuto de Roma, a pesar de las intensas discusiones. Por ello, todavía no se ha aceptado la correspondiente norma de Derecho consuetudinario internacional general, que también sería necesaria para la admisión en el CPI, en vista del principio de justicia mundial. Mientras tanto, la formulación queda abierta para el caso de que se desarrolle en el futuro la correspondiente costumbre internacional.

2. Supuestos menos graves del párr. 1

Sobre el § 7 párr. 2 (Supuestos menos graves)

Para los supuestos menos graves del párrafo 1 núms.2 a 9 el párrafo 2 prevé una sanción con un marco penal atenuado. De esta forma, los distintos casos pueden recibir soluciones adecuadas cuando la gravedad objetiva del hecho individual concreto o la culpabilidad personal —por ejemplo reducida por la presión sufrida por el autor en una estructura jerárquica o de obediencia— no justifican la aplicación del marco penal general. Puesto que en un supuesto menos grave no es imaginable una limitación esencial de derechos humanos fundamentales, no se menciona el tipo de persecución en el § 7 párr. 2.

3. Tipos cualificados

Sobre el § 7 párr. 3

(Crímenes contra la humanidad con resultado de muerte)

El § 7 párrafo 3 prevé un aumento de la pena mínima cuando mediante el hecho se ha causado de forma al menos imprudente (§ 18 CP) la muerte de una persona.

Sobre el § 7 párr. 4 (Supuestos menos graves del párrafo 3)

El § 7 párrafo 4 permite la rebaja de este marco penal aumentado en los supuestos menos graves.

Sobre el § 7 párr. 5 (Crimen de apartheid)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra j, párr. 2 letra h del Estatuto de la CPI. La inclusión del crimen de apartheid en el Estatuto de la CPI tenía más que nada una gran significación simbólica ante el trasfondo del régimen de apartheid de Sudáfrica, entretanto superado.

El crimen de apartheid en el CPI, a diferencia de lo que ocurre en el Estatuto de la CPI, no se configura como una modalidad típica independiente, sino como un tipo cualificado. De acuerdo con el Estatuto de la CPI, el crimen de apartheid ya puede existir cuando se han cometido “actos inhumanos de carácter similar” a los citados en el párrafo 1. Esta expresión no podía ser utilizada en consideración al principio de determinación. Por ese motivo el § 7 párr. 5 inciso 1 CPI presupone que se ha cometido un crimen típico según el párrafo 1. Coincidiendo con el Estatuto de la CPI, el tipo cualificado exige, desde el punto de vista subjetivo, la intención “de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro”.

El párrafo 5 se aplica únicamente cuando el hecho no está sancionado con pena más grave según los párrafos 1 ó 3.

En los supuestos menos graves la frase 2 prevé una pena con marco penal atenuado, siempre que el hecho no esté sancionado con pena más grave según los párrafos 2 ó 4.

Sección segunda

CRÍMENES DE GUERRA

1. Observaciones generales

La sección referida a crímenes de guerra contiene crímenes contra el Derecho internacional que han sido cometidos en relación con un conflicto armado internacional o no internacional. En primer lugar atiende a los tipos contenidos en el Estatuto de la CPI. El Proyecto incluye también, no obstante, preceptos internacionales cuya transposición por parte de la República Federal Alemana es necesaria a causa de las obligaciones internacionales, fundamentalmente los preceptos del Protocolo Adicional I. Se atiende además al Protocolo II de 1999 al Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954. Los preceptos penales del CPI exceden, sin embargo, del ámbito comprendido en el Estatuto de la CPI únicamente allí donde éste se corresponde con el estado seguro del Derecho internacional consuetudinario, tal y como se ha manifestado en la práctica estatal y en la consecuente convicción jurídica. Se atiende a la práctica internacional de los Estados durante los conflictos armados, a las correspondientes manifestaciones de los Estados, especialmente tal como se expresan en los Códigos militares, y a las declaraciones correspondientes generalmente aceptadas de los más importantes órganos de las Organizaciones internacionales.

Asimismo tienen una significación fundamental para la fijación del Derecho consuetudinario internacional en el ámbito de los crímenes de guerra los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, como codificaciones que son del Derecho consuetudinario, así como la jurisprudencia vertida hasta la actualidad por ambos Tribunales. Esta última ha contribuido de forma esencial en los últimos años a la comprobación, fijación y ulterior desarrollo de las normas consuetudinarias internacionales. El CPI está también en sintonía con la práctica de la República Federal Alemana, la cual, como se establece en la Instrucción Central de Servicio 15/2 del Ejército federal del año 1991, aplica en todas las situaciones de intervención el Derecho del conflicto armado internacional (n.º 211).

Con el apartado referido a los crímenes de guerra el CPI tiene en cuenta el desarrollo histórico de los preceptos esenciales del Derecho internacional humanita-

rio referidos a la tutela penal de los heridos que ha llevado, entre otras, a la inclusión de los preceptos sobre las llamadas “infracciones graves” en los Convenios de Ginebra (art. 49 del I Convenio de Ginebra, art. 50 del II Convenio de Ginebra, art. 129 del III Convenio de Ginebra, art. 146 del IV Convenio de Ginebra, art. 85 del Protocolo Adicional I). Ahora bien, no todas las acciones de guerra que están prohibidas según el Derecho internacional humanitario son simultáneamente punibles según el Código penal internacional, puesto que no es posible encontrar para todas las prohibiciones de Derecho internacional una tutela penal en el Derecho consuetudinario internacional. El Código penal internacional traslada únicamente el Derecho internacional consuetudinario vigente en el ámbito del Derecho penal al Derecho alemán, pero por lo demás sin pretender limitar el desarrollo del Derecho internacional humanitario.

A diferencia del orden de los tipos en el Estatuto de la CPI, la sistemática de los crímenes de guerra en el CPI se orienta según el desarrollo sustancial del Derecho internacional humanitario, que a lo largo de décadas se ha caracterizado por la distinción entre la protección de las personas y de la propiedad, por una parte (Derecho de Ginebra), y por la limitación del empleo de determinados métodos y medios de conducción de la guerra (Derecho de La Haya), por otra. De ello se deriva, conforme al mandato de determinación, un desglose básico entre los crímenes de guerra contra las personas (§ 8), contra la propiedad y otros derechos (§ 9), contra operaciones humanitarias y emblemas (§ 10), y crímenes de guerra de empleo de métodos (§ 11) y medios prohibidos de conducción de la guerra (§ 12). Contribuye además a la simplificación de la aplicación jurídica el hecho de que el Proyecto haya prescindido como principio estructural básico para la elaboración de la ley de la distinción que hace el Estatuto de la CPI entre crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y crímenes de guerra (civil) en conflictos armados no internacionales. La tendencia a la equiparación jurídica del conflicto armado internacional y no internacional no se expresa únicamente en el Estatuto de la CPI, sino ante todo también en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. El Proyecto también hace visible esta tendencia en la configuración externa de los tipos penales de los crímenes, muchos de los cuales son aplicables tanto en los conflictos internacionales como en los conflictos no internacionales, puesto que la mayoría de los tipos penales de crímenes de guerra valen para todas las formas de conflicto armado. En tanto en cuanto la situación del Derecho internacional consuetudinario vigente no consienta el trato igual del conflicto armado internacional y

no internacional se mantiene la distinción a través de la incorporación de tipos penales especiales.

El siguiente cuadro sinóptico muestra la coordinación de los preceptos individuales del Estatuto de la CPI así como de otros preceptos con los preceptos correspondientes del CPI:

Así pues, el CPI no adopta los conceptos del Estatuto de la CPI si en lo esencial éstos se orientaban a las tareas de la Conferencia del Convenio de Roma y ya no juegan papel decisivo alguno para la transposición del Estatuto de la CPI en el futuro. De esta forma, no se adopta la distinción terminológica y fundamentada históricamente del Estatuto de la CPI entre las “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra y las denominadas “otras graves violaciones”, puesto que no tiene relevancia alguna para el CPI como Ley completamente vigente aplicable en una nación. Por otra parte, los conceptos contenidos en el Estatuto de la CPI son utilizados sin aclaración separada cuando reproducen el Derecho internacional generalmente aceptado.

En parte ya por eso puede no existir punibilidad según el CPI en los casos de actos de combate legales, esto es, permitidos según el Derecho internacional, porque no encajan en un tipo correspondiente, como por ejemplo en el caso de homicidio de un combatiente enemigo durante una batalla o la destrucción de objetivos militares. Sin embargo, también puede ser improcedente en la causación de los llamados “daños colaterales”, como por ejemplo cuando en un ataque realizado con observancia de los demás preceptos de Derecho internacional humanitario, por ejemplo el principio de proporcionalidad, resulta como daño concomitante la muerte de personas protegidas o la destrucción de objetivos civiles.

2. Presupuestos objetivos comunes de los crímenes de guerra

a. Relación con un conflicto armado

El tipo objetivo de los crímenes de guerra presupone siempre la realización de uno de los hechos individuales descritos en los § 8 a 12 CPI. En estos hechos individuales se trata fundamentalmente de modalidades de conducta que ya están incluidas como tales por los preceptos penales del CP. Tales comportamientos adquieren su carácter de crímenes de guerra, y con ello de crímenes de Derecho internacional, por su comisión en relación con un conflicto armado. Sólo bajo este presupuesto se justifica su clasificación

realizada por el Preámbulo del Estatuto de la CPI entre los “crímenes más graves..., que afectan a la comunidad internacional en su conjunto”. Frente a ello, la inclusión de los hechos en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil no es necesaria en los crímenes de guerra, a diferencia de lo que sucede en los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, también los crímenes de guerra muchas veces se cometerán “como parte de un plan o de una política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (vid. el art. 8 párrafo 1 del Estatuto de la CPI).

La relación con un conflicto armado es funcional en el sentido de que permite entender que los hechos que se cometen exclusivamente “con ocasión” de un conflicto armado no están incluidos. En los crímenes de guerra de empleo de métodos y medios prohibidos de conducción de la guerra la relación con un conflicto armado es evidente. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha señalado expresamente que también existe esa relación cuando “... the crimes are committed in the aftermath of the fighting, and until the cessation of combat activities in a certain region, and are committed in furtherance or take advantage of the situation created by the fighting” (Kunarac et al., IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22.2.2001, para. 568). Esto debería tener relevancia práctica, especialmente por ejemplo en el § 8 del Proyecto. No se presupone que las conductas hayan sido realizadas en el marco temporal de un conflicto armado, esto es, durante las hostilidades armadas. En tanto rijan preceptos sustanciales de conducta del Derecho internacional humanitario, como por ejemplo los relativos al tratamiento de los prisioneros de guerra en poder de la Potencia ocupante, puede cometerse un crimen de guerra incluso cuando las hostilidades han sido interrumpidas o han terminado. En cualquier caso no es necesaria una particular proximidad espacial a las hostilidades. También pueden cometerse crímenes de guerra en territorios situados fuera de la zona de combate o detrás de las líneas enemigas. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha afirmado este principio para todo tipo de conflictos con la siguiente formulación: “... humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there” (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 70; confirmado en Delalic et al., IT-96-21-T, 16.11.1998, para. 183).

b. Conflicto armado internacional y no internacional

El CPI utiliza los conceptos “conflicto armado internacional” y “conflicto armado no internacional” para designar sus ámbitos concretos de aplicación. El Proyecto, de esta

forma, sigue la práctica generalmente aceptada y afirmada en las sentencias de los Tribunales nacionales e internacionales. Con el concepto “conflicto armado internacional” se incluye de acuerdo con el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, la guerra o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados. En correspondencia con el artículo 8 párrafo 2 letra f del Estatuto de la CPI, la fórmula “conflicto armado no internacional” abarca aquellos conflictos en los cuales luchan en el territorio de un Estado fuerzas armadas contra grupos armados organizados o tales grupos entre sí, siempre que las hostilidades tengan cierta duración. La ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre el conflicto armado no internacional, en comparación con el artículo 1 párrafo 1 del Protocolo Adicional II de 1977 (“Protocolo Adicional II”), que en el ínterin puede considerarse con seguridad Derecho internacional consuetudinario, se encuentra en consonancia asimismo con la jurisprudencia constante del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (vid. Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 70). Nuevamente, en consonancia con el artículo 8 párrafo 2 letra d y letra f frase 1 del Estatuto de la CPI, que por su parte reproducen el artículo 1 párrafo 2 del Protocolo Adicional II y al mismo tiempo reflejan el Derecho internacional consuetudinario vigente, las disposiciones de este párrafo no tienen aplicación en situaciones de disturbios, tensiones internas, motines, actos aislados de violencia u otros actos de carácter similar, que no deben ser catalogados como conflictos armados.

Los § 8 párr. 3, 9 párr. 2 y 11 párr. 3 rigen únicamente para el conflicto armado internacional. Todos los demás tipos de este párrafo rigen tanto para el conflicto armado internacional como para el conflicto armado no internacional.

c. Círculo de autores

Cualquiera, incluyendo una persona civil, puede ser autor de un crimen de guerra, siempre que se den todos los requisitos del tipo en concreto y exista la especial relación del hecho con el conflicto armado.

3. El tipo subjetivo de los crímenes de guerra

Desde el punto de vista subjetivo es necesario el dolo en todos los crímenes de guerra (§ 15 CP). Además están vigentes para todos los crímenes de guerra los principios generales tomados del CP, así como los especificados en el CPI (vid. la fundamentación del § 2 en la letra c).

4. Los tipos en particular

Sobre el § 8 (Crímenes de guerra contra las personas)

Sobre el § 8 párrafo 1 n.º 1 (Homicidio doloso)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (i) y párr. 2 letra c (i) del Estatuto de la CPI. Presupone que el autor ha causado la muerte de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario. En los conflictos armados son acciones típicas comprendidas en el supuesto de hecho el homicidio de prisioneros de guerra o el homicidio de civiles internados. Por el contrario, el homicidio de un enemigo que toma parte directa en las hostilidades no realiza el tipo, puesto que no se trata aquí de una persona protegida en el sentido del § 8 párr. 6. Igualmente tampoco se tiene en cuenta el homicidio de un civil en aplicación del § 8 párr. 6 tanto en un conflicto internacional como en uno no internacional de acuerdo con el § 8 párr. 1 n.º 1, cuando el civil no se encuentra en poder del atacante. Tales homicidios de civiles debidos a “ataques a distancia” son punibles según los preceptos del Derecho de conducción de la guerra de acuerdo con los § 11, 12 o según el Derecho penal general.

Los medios de causación del homicidio carecen de importancia a efectos de la realización del tipo del § 8 párrafo 1 n.º 1. No es necesario el empleo de armas de guerra típicas.

A diferencia de lo que sucede con los prisioneros de guerra y los civiles, que como víctimas deben encontrarse en poder del enemigo en los casos del § 8 párr. 1, en el caso de otros grupos de personas que, según el § 8 párr. 6, son calificadas como “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”, como los enfermos y los heridos, los náufragos y los combatientes “hors de combat” comprendidos en el § 8 párr. 6 n.º 3, su homicidio por “ataques a distancia” es punible fundamentalmente de acuerdo con el § 8 párr. 1 n.º 1. La punibilidad puede, no obstante, excluirse en el caso concreto cuando el homicidio de personas protegidas es consecuencia de una acción legal de guerra, por ejemplo en relación con un ataque realizado de forma acorde con el Derecho internacional contra combatientes u otros objetivos militares.

En lo que respecta a la aplicabilidad de los tipos de homicidio del Derecho penal general valen por lo demás las aclaraciones contenidas en el punto A. III.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 2 (Toma de rehenes)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (viii) y párr. 2 letra c (iii) del Estatuto de la CPI. El Estatuto no contiene elementos típicos. El núcleo de lo injusto de la toma de rehenes consiste en que el autor secuestra a una persona protegida o se apodera de ella para obligar a la parte contraria en el conflicto armado a una determinada acción, tolerancia u omisión. En lo que respecta a las acciones de secuestro y apoderamiento puede acudir al § 239b CP. Puede lograrse una ulterior concreción del tipo especialmente acudiendo a los elementos del crimen (PCNICC/2000/1/Add.2) y a la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 3 (Tratamiento cruel e inhumano)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (ii), párr. 2 letra a (iii), párr. 2 letra b (x), párr. 2 letra c (i) y párr. 2 letra e (xi) del Estatuto de la CPI, que conminan con pena la causación de daños físicos o mentales graves por medio de diversas acciones, del mismo modo que el art. 11 párr. 2 y el art. 85 párr. 4 letra c del Protocolo Adicional I. El tratamiento cruel e inhumano es citado expresamente igual que la tortura y la mutilación.

El contenido de los preceptos individuales del Estatuto de la CPI se recoge suficientemente con la penalización del tratamiento cruel e inhumano. La puesta de relieve de la tortura y mutilación se basa en la especial frecuencia, históricamente comprobada, de tales crímenes en el conflicto armado. El concepto de tortura se ha de entender en el sentido expresado en el § 7 párr. 1 n.º 5 CPI.

Si los daños físicos o mentales o el dolor son causados por una acción de guerra legal, la conducta no es punible de acuerdo con los principios generales de Derecho internacional.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 4 (Violencia sexual)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxii) y párr. 2 letra e (vi) del Estatuto de la CPI. Coincide literalmente con el § 7 párr. 1 n.º 6 CPI. Las observaciones hechas en su momento son también válidas aquí. El grupo de referencia se describe, a diferencia de lo que sucede en el § 7 párr. 1 n.º 6 CPI, como “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”. Se comprenden en el tipo en particular aquellas acciones en las cuales uno o varios autores hacen posible el empleo de violencia sexual contra las víctimas, como sucede frecuentemente en los conflictos armados, por ejemplo la coacción a la prostitución en campos o casas especialmente creados para ello. Sinem-

bargo no es punible el supuesto de que la privación de la capacidad de reproducción sea consecuencia de una acción militar legal, como por ejemplo cuando en el caso de un combatiente es el resultado de una herida de bala sufrida durante el combate.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 5 (niños soldados)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxvi) y párr. 2 letra e (vii) del Estatuto de la CPI. Ambas regulaciones del Estatuto conminan con pena tanto el alistamiento forzoso de niños y su incorporación a grupos armados como su utilización para participar en las hostilidades. El § 8 párr. 1 n.º 5 CPI, de conformidad con el Estatuto de la CPI, tiene vigencia tanto para el conflicto armado internacional como para los conflictos armados no internacionales. Se ha mantenido el límite de edad de los 15 años del Estatuto de la CPI, pues se corresponde con la edad mínima aceptada generalmente en la actualidad para las Fuerzas Armadas y grupos armados en todos los tipos de conflicto comprendidos en el CPI (vid. también UN Doc. S/2001/40 en relación con UN Doc. S/2000/1234). El Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño del año 2000 (UN Doc. A/54/Res/263) prohíbe ciertamente la participación directa de menores de 18 años en las hostilidades, sin embargo hasta hoy el nuevo precepto protector carece de fuerza obligatoria consuetudinaria general. En atención al principio de justicia mundial no podía, por ello, preverse una punibilidad más amplia.

La punibilidad de las acciones de alistamiento forzoso e incorporación presupone la existencia de un conflicto armado. Cuando el conflicto armado todavía no ha finalizado definitivamente, por ejemplo en caso de cese el fuego, el tipo todavía puede realizarse a través del reclutamiento forzoso y la incorporación durante ese período.

La utilización para participar activamente en las hostilidades comprende, junto al empleo de niños en las operaciones de combate, su utilización en acciones de apoyo. La utilización en acciones de apoyo sin precedente obligación coactiva o incorporación sólo es punible cuando la acción de apoyo supone una participación directa en las hostilidades, como por ejemplo puede suceder en el caso de transportes de munición de apoyo o destrucción de minas.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 6

(Deportación o traslado forzoso de la población civil)

El precepto se basa en las disposiciones del artículo 8 párrafo 2 letra a (vii) y párrafo 2 letra e (viii) del Estatuto de la CPI, que se resumen manteniendo su conte-

nido normativo material. Igual que en el § 7 párr. 1 n.º 4 CPI, el precepto conmina con pena las acciones de deportación contra la población civil y basta para la realización del tipo la deportación de una persona. Las aclaraciones al § 7 párr. 1 n.º 4 CPI son válidas también aquí. Así, un traslado en particular no vulnera una regla general del Derecho internacional cuando parece conveniente por razones militares apremiantes o por razones de seguridad de la población civil (vid. el art. 49 párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra).

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 7 (Sanción sin el debido procedimiento judicial)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (vi) y párr. 2 letra c (iv) del Estatuto de la CPI. Combina las diferentes acciones enumeradas en el Estatuto de la CPI consistentes en la infracción de las garantías en el procedimiento penal para el conflicto armado internacional y no internacional sin modificación material alguna. El tipo comprende toda clase de pena que se imponga en los procesos judiciales sin observar las garantías fundamentales que se han de observar también según el Derecho internacional consuetudinario, tal como fueron codificadas en el art. 75 del Protocolo Adicional I y en el art. 6 del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra. El tipo abarca únicamente la imposición de penas importantes, excluyéndose del ámbito de aplicación del precepto los casos de bagatela. Tanto la sala de justicia como el proceso llevado a cabo deben satisfacer los requisitos mínimos del Derecho internacional.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8

En los hechos descritos en el § 8 párr. 1 n.º 8 nos encontramos ante delitos de peligro, en los cuales se causa un peligro concreto de muerte o de sufrir un grave perjuicio para la salud.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8 letra a (Experimentos médicos o de otro tipo)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (x) y párr. 2 letra e (xi) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 11 párr. 2 letra b del Protocolo Adicional I. El concepto de experimento comprende todas las formas de experimentos médicos, científicos y biológicos mencionadas explícitamente en el Estatuto de la CPI. Las acciones concretas pueden presentar formas diversas que se extienden desde la actuación inmediata sobre el cuerpo de la víctima hasta la repercusión mediata de ciertos

experimentos sobre el cuerpo. La introducción de agentes causantes de enfermedades o de veneno cae, por tanto, también dentro del tipo, igual que la investigación de las reacciones corporales frente a condiciones climáticas, por ejemplo los experimentos sobre el calor o el frío. No existe, en fin, necesidad médica cuando el tratamiento no pretende la curación ni la prevención de enfermedades, sino únicamente objetivos experimentales que no se llevan a cabo en interés de la víctima.

Los experimentos que ni son necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en interés de la víctima son punibles con carácter general, incluso si la víctima ha consentido previamente. También en el caso de experimentos con fundamentación médica o de otros experimentos en interés de la víctima únicamente el consentimiento libre y previo permite excluir la punibilidad. Con esta puntualización —que no aparece expresamente ni en el Estatuto de la CPI ni en el Protocolo Adicional I— se consigue el objetivo de dar protección amplia al derecho de autodeterminación. Se posibilitan además por principio las medidas necesarias para la conservación de la vida y la salud en interés de la víctima.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8 letra b (Extracción de tejidos y órganos)

El precepto se basa en el artículo 11 párr. 2 letra c en relación con el párr. 1 del Protocolo Adicional I y se corresponde con el Derecho internacional consuetudinario vigente. En el CPI se prescinde de la limitación de la aplicación del precepto al conflicto internacional del Protocolo Adicional II, puesto que puede partirse de una extensión a todas las clases de conflicto de la protección de la persona que se encuentra en poder del enemigo por parte del Derecho internacional consuetudinario. Las extracciones de tejidos y órganos aquí reguladas se han de ver sólo como nada más que un caso particular de trato inhumano prohibido en general; una diferenciación no se ajustaría a la relación del § 8 párr. 1 n.º 8 letra b con la prohibición de trato inhumano de acuerdo con el § 8 párr. 1 n.º 3.

Se encuentran conminadas con pena las extracciones de tejidos y órganos con el propósito de trasplantarlos. Se excluyen los que sirven a un propósito terapéutico y la extracción de sangre o piel realizada de acuerdo con los principios médicos que haya sido consentida previa, expresa y libremente por la persona objeto de protección por el Derecho internacional humanitario. El precepto sigue el entendimiento tradicional, hoy todavía válido, del tratamiento médicamente necesario de soldados heridos, para los cuales las transfusiones de sangre y los trasplantes de piel juegan el papel

de mayor importancia para la supervivencia. Por el contrario otros órganos no tienen la misma significación para el tratamiento médico de los heridos.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8 letra c

(Aplicación de métodos de tratamiento no reconocidos)

El precepto se basa en el artículo 11 párr. 1 inciso 2 del Protocolo Adicional I y en el ínterin vale en virtud del Derecho internacional consuetudinario tanto para el conflicto armado internacional como para el conflicto armado no internacional. Las razones de la aplicación del precepto a todas las formas de conflicto son las mismas que en el tipo penal de la extracción de órganos. El tipo no comprende los experimentos médicos y la extracción de órganos ya regulados en los subpárrafos a y b, sino cualquier otro método de tratamiento no reconocidos. Aquí se puede incluir el suministro de medicamentos no apropiados así como la causación de sobredosis de un determinado medicamento o la ejecución de una operación quirúrgica como sustitución de medicamentos no disponibles.

La aplicación de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente a personas protegidas por el Derecho internacional humanitario no es punible únicamente cuando pueda afirmarse tanto la necesidad médica como la existencia de consentimiento previa, libre y expresamente emitido.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 9 (Tratamiento humillante y degradante)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxi) y párr. 2 letra c (ii) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 85 párr. 4 letra c del Protocolo Adicional I. Recurre a los principios desarrollados internacionalmente en protección de los individuos ante el tratamiento humillante y degradante, que en la República Federal Alemana han motivado la introducción del § 31 en el CpM. El tipo tiene gran significado práctico en el conflicto armado. A menudo, las personas que se encuentran en poder de una de las partes en el conflicto, como por ejemplo los prisioneros de guerra, se ven sometidos a tratamientos humillantes o degradantes cuando se quiere presionar a la parte contraria a realizar determinadas acciones militares como poner fin a los ataques o dar pasos diplomáticos, por ejemplo propuestas de paz. Además, en conflictos armados por motivos étnicos se utilizan las acciones humillantes o degradantes como medio de conducción de la guerra.

En principio basta cualquier forma de tratamiento humillante o degradante para realizar el tipo. Estas acciones consisten especialmente en el castigo corporal, la

exposición pública de los prisioneros u ofensas a los mismos. Sin embargo, por medio de la expresión “de forma gravemente” se excluyen del ámbito de aplicación del tipo sobre todo las ofensas que sólo presentan escasa gravedad.

Sobre el § 8 párr. 2

(Herida de las personas que se encuentran fuera de combate)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (vi) y párr. 2 letra c del Estatuto de la CPI así como en el art. 85 párr. 3 letra e del Protocolo Adicional I. Tiene importancia práctica porque los combatientes que se encuentran fuera de combate a menudo son tomados prisioneros por los soldados enemigos contra quienes han combatido durante la lucha, exponiéndose especialmente al peligro de ser heridos.

El Derecho internacional consuetudinario vigente va más allá del Estatuto de la CPI, puesto que, acudiendo al artículo 85 párr. 3 letra e del Protocolo Adicional I, también comprende aquellas situaciones en las que se encuentran las personas fuera de combate, sin que hayan dejado las armas o de cualquier otro modo o forma se hayan rendido. Por ello, también comprende el CPI aquellos supuestos en los que es evidente que la persona protegida está fuera de combate, pero a causa de su situación específica, por ejemplo, por una herida que le ha causado pérdida de conocimiento, no tenía posibilidad alguna de rendirse.

El homicidio de miembros de las Fuerzas Armadas o de combatientes que están fuera de combate ya se regula en el § 8 párr.1 n.º 1 CPI. Esto se desprende de la toma de posición en el párr. 1 en lo que respecta a las personas protegidas por el Derecho internacional humanitario, dentro de las cuales se incluyen también, según la definición contenida en el párr. 6, los miembros de las Fuerzas Armadas o los combatientes que están fuera de combate. Por tanto, se ha podido prescindir en el CPI de un precepto especial de homicidio de personas fuera de combate en correspondencia con el artículo 8 párr. 2 letra b (vi) del Estatuto de la CPI.

En caso de heridas consecuencia de acciones militares legales no existe punibilidad.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 1 (Confinamiento ilegal)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (vii) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 4 letra b del Protocolo Adicional I. Es válido únicamente en el conflicto armado internacional, puesto que en lo que se refiere al conflicto armado no

internacional hasta hoy no es posible comprobar con suficiente seguridad el anclaje consuetudinario de la correspondiente prohibición penalmente reforzada.

Se han de considerar también confinamiento ilegal los casos en que ha dejado de existir la causa que justificaba el apresamiento y no se produce la puesta en libertad o en los que no se han observado las garantías procesales aplicables de comprobación de la legalidad del confinamiento.

El tenor literal del precepto va más allá del Estatuto de la CPI, en cuanto que éste no contiene alusión explícita alguna a la demora de la repatriación, sino que se limita al confinamiento ilegal. Sin embargo, la adición de la repatriación en el CPI es conveniente ya objetivamente, porque la mayoría de los casos de demora de la repatriación ya están comprendidos en el tipo básico de confinamiento ilegal. Los preceptos de los Convenios de Ginebra sobre la repatriación de civiles internados y prisioneros de guerra están además cubiertos por el Derecho internacional consuetudinario. Por tanto, es posible incluir la demora injustificada de la repatriación en el CPI para conseguir el objetivo jurídico-político de reforzar penalmente de forma completa el confinamiento ilegal.

El confinamiento ilegal puede producirse a consecuencia de ciertas medidas de organismos civiles o militares. No presupone la composición ilegal de un Tribunal. Tanto civiles como prisioneros de guerra pueden ser víctimas del hecho en cuestión. Igualmente también la demora injustificada de la repatriación puede producirse a consecuencia de muchas medidas, desde el simple mantenimiento de la detención hasta la puesta en libertad de los prisioneros en un territorio que, por su característica o su situación, dificulta el retorno a la patria o al hogar. El concepto de “persona protegida”, relevante para las dos modalidades típicas, se remite al § 8 párr. 6 n.º 1. Allí se aclara con mayor precisión que éste constituye un subgrupo de las “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 2

(Traslado de la población civil de la potencia ocupante)

El precepto, anclado en preceptos internacionales consuetudinarios, se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (viii) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 4 letra a del Protocolo Adicional I y es aplicable exclusivamente en el ámbito de un conflicto armado internacional. Simplifica el tenor literal de los tipos del Estatuto de la CPI y del Protocolo Adicional I, sin cambiar su contenido material. Se adopta el tenor literal del Estatuto de la CPI en lo que respecta a la acción de “trasladar”.

Puesto que el propósito del precepto es la protección de la población civil establecida en el territorio ocupado, basta el traslado de unas pocas personas pertenecientes a la población civil de la potencia ocupante para realizar el tipo. Lo mismo ocurre en los casos en los que se produce el traslado a territorios no habitados para poner de manifiesto la situación de ocupación.

La acción de “trasladar” puede realizarse mediante acciones mediatas o inmediatas. Constituye una típica acción inmediata de traslado el establecimiento de la propia población en el territorio ocupado. Entre las acciones mediatas de traslado se han de contar, entre otras, la puesta a disposición de estímulos financieros o de otro tipo para los propios ciudadanos que se establecen en el territorio ocupado. Puesto que estas acciones están comprendidas de forma palmaria por el precepto, no era necesario repetir en el tipo la fórmula procedente del Estatuto de la CPI.

En todos los casos la acción de “trasladar” presupone una cierta duración.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 3

(Coacción para servir en las Fuerzas Armadas del enemigo)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (v) del Estatuto de la CPI. Es aplicable exclusivamente en el ámbito de un conflicto armado internacional. La acción consiste en la coacción para servir en las Fuerzas Armadas del enemigo. La coerción para prestar servicios a las Fuerzas Armadas, como por ejemplo, la cooperación en el transporte de armas o de otro material militar sin incorporación a las Fuerzas Armadas, no es suficiente para la realización del tipo. Con el fin de precisar el contenido del concepto de coacción se han adoptado en el tipo los medios de coacción del § 240 CP. La adopción además del elemento “antijurídicamente” del § 240 CP resultaba innecesaria, puesto que la bajeza del empleo de los medios de coacción para el presente propósito, como en el Estatuto de Roma y en los elementos del crimen, se presume generalmente. En lo que se refiere al concepto de “persona protegida” se remite, como en el caso del § 8 párr. 3 n.º 1, al § 8 párr. 6 n.º 1.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 4

(Coacción para tomar parte en acciones bélicas)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xv) del Estatuto de la CPI. Nuevamente es sólo aplicable en el ámbito de un conflicto armado internacional. Por

“acciones bélicas” se ha de entender la participación activa en las acciones de combate, pero también acciones de apoyo que posibiliten al enemigo la conducción de la guerra. La producción de munición y la construcción de trincheras, así como el transporte de armas, se incluyen en el tipo. Por el contrario, el trabajo en la agricultura para producir alimentos para las Fuerzas Armadas no se ha de considerar participación en acciones bélicas, de acuerdo con una interpretación restrictiva. Al igual que en el § 8 párr. 3 n.º 3, también aquí el tipo se ha precisado apoyándose en el § 240 CP, lo que de nuevo hacía innecesario adoptar la cláusula de la bajeza.

El tenor literal empleado en el artículo 8 párr. 2 letra b (xv) del Estatuto de la CPI, que prevé la punibilidad “incluso cuando” los afectados ya se encontraban antes del comienzo de la guerra al servicio de los que la hacen, no resulta atendible ni es necesaria para las acciones típicas según el CPI y el Estatuto de la CPI, porque tampoco la actividad anterior al servicio de los que hacen la guerra cambiaría nada respecto de la realización del tipo y no debería suponer una justificación.

Sobre el § 8 párr. 4 (Tipos cualificados)

El § 8 párr. 4 prevé un aumento de la pena mínima cuando mediante los hechos descritos en el párr. 1 núms.2 a 6 se cause la muerte de la víctima al menos imprudentemente (§ 18 CP) o cuando en un hecho según el párr. 1 n.º 8 el peligro concreto acaba convirtiéndose en la causación de la muerte o de daños físicos o mentales graves de la víctima.

Sobre el § 8 párr. 5 (Supuestos menos graves)

El § 8 párr. 5 prevé para los supuestos menos graves del párrafo 1 núms.2 a 4 y n.º 6, del párrafo 2 y del párrafo 3 n.º 1 una sanción con un marco penal atenuado.

Sobre el § 8 párr. 6

(Personas protegidas por el Derecho internacional humanitario)

El precepto aclara el concepto de “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”, al cual hacen referencia casi todos los tipos delictivos del § 8 párr.1. La reunión de los diferentes grupos de personas protegidas bajo este concepto único se corresponde con la sustancia general del precepto contenido en el Estatuto de la CPI en los delitos contra las personas. Es común a todas las personas allí incluidas el hecho de que no toman parte, o no directamente, en

las hostilidades, o no pueden tomar parte en ellas y por eso a ellos se extiende la especial protección del Derecho internacional humanitario. Ante todo se trata de civiles frente a combatientes o, en el caso de un conflicto armado no internacional, frente a los miembros de las Fuerzas Armadas y combatientes de la parte contraria, pero también los combatientes o luchadores dejados fuera de combate por una herida o por cualquier otra causa.

El concepto de “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario” atiende a la situación específica de las personas afectadas, que fundamenta el respectivo estatus protector. Así, un combatiente que según el Ordenamiento jurídico nacional competente está autorizado para participar en los combates, y que como tal puede ser legalmente objeto de ataques, se convierte en una persona protegida por el Derecho internacional humanitario en el sentido del CPI cuando se encuentra fuera de combate y por tanto no debe ser objeto de ataques.

Sobre el § 8 párr. 6 n.º 1

En lo que respecta al conflicto armado internacional el § 8 párr. 6 n.º 1 se remite al concepto de persona protegida en el sentido de los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I. El precepto comprende así a los heridos y enfermos según el art. 13 del I Convenio de Ginebra, heridos, enfermos y náufragos según el art. 12 del II Convenio de Ginebra, prisioneros de guerra según el art. 4 del III Convenio de Ginebra y los civiles citados en el art. 4 del IV Convenio de Ginebra. Además, se incluyen en el tipo los combatientes que se encuentran en poder de la parte contraria en el sentido del art. 44 párr. 4 del Protocolo Adicional I, que debido a previas infracciones del Derecho internacional no son considerados prisioneros de guerra, así como fugitivos y apátridas en el sentido del art. 73 párr. 1 del Protocolo Adicional I.

En el concepto de personas civiles se incluyen también los miembros de misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz que no hayan participado en el conflicto al lado de una de las partes. A ello no se opone la circunstancia de que en algún caso lleven el uniforme de su Estado de pertenencia o insignias militares de una organización internacional. Así se desprende no sólo del art. 50 del Protocolo Adicional I en relación con el art. 4 apartado A párrs. 1, 2, 3 y 6 del III Convenio de Ginebra y el art. 43 del Protocolo Adicional I, sino también del art. 8 párr. 2 letra b (iii) y el art. 8 párr. 2 letra e (iii) del Estatuto de Roma, con el mismo tenor literal. Las disposiciones mencionadas

en último lugar parten expresamente de que el personal de las misiones de mantenimiento de la paz ha de ser considerado básicamente civil en el sentido del Derecho internacional humanitario. Lo contrario ocurre únicamente cuando las personas aludidas toman parte en medidas coactivas militares como miembros de las Fuerzas Armadas según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (peace-enforcement).

Puesto que se debe tratar siempre de personas protegidas en el sentido de los cuatro Convenios de Ginebra, o del Protocolo Adicional I, no se comprenden en el § 8 párr. 6 n.º 1 todos los civiles, sino, según el art. 4 del IV Convenio de Ginebra, únicamente aquellos que no pertenecen a la propia nacionalidad y desde el punto de vista del autor se encuentran en poder de la propia parte. No obstante, se ha de tener en cuenta aquí que en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ello no depende de la eventual inclusión formal según las normas sobre la nacionalidad, sino de si las víctimas han de contarse de hecho del lado enemigo (jurisprudencia constante del TPIY, afirmada recientemente en *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, para. 152; siguiendo esta jurisprudencia sentencia del BGH²⁷ de 21.02.2001, 3 StR 372/00).

Mediante el empleo del concepto de “persona protegida por el Derecho internacional humanitario” en el § 8 párr. 6 se consigue en el ámbito típico una significativa delimitación entre el § 8 y especialmente el § 11, que se refiere al Derecho sobre la conducción de la guerra. Los crímenes de guerra contra las personas según el § 8 párr. 1 pueden cometerse contra civiles sólo cuando éstos se encuentran en poder del autor. Por el contrario, si los civiles perjudicados por ataques a distancia, sea por medio de ataques dirigidos, sea en la forma de daños colaterales, no se encuentran en su poder, vienen en consideración los preceptos relacionados con el Derecho de conducción de la guerra, pero también, por ejemplo, las infracciones contra el § 10 CPI así como los preceptos del Derecho penal general.

Sobre el § 8 párr. 6 n.º 2

El § 8 párr. 6 n.º 2 determina para el conflicto armado no internacional el ámbito de personas protegidas de forma paralela al § 8 párr. 6 n.º 1. Esto resulta evidente en el caso de heridos, enfermos y náufragos, que se enumeran de nuevo expresamente en el § 8 párr. 6 n.º 2. En el lugar de los prisioneros de guerra protegi-

²⁷ (N. de la T.) BGH es la abreviatura de Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo Federal.

dos en el conflicto armado internacional, en el no internacional se encuentran los combatientes de la parte contraria que han caído prisioneros. Se conciben —al igual que los civiles que se encuentran en poder del enemigo— como las “personas que no toman parte directa en las hostilidades y que se encuentran en poder de la parte contraria”. Como sucede en el § 8 párr. 6 n.º 1, se incluyen aquí de esta forma también los miembros de misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz.

Sobre el § 8 párr. 6 n.º 3

El § 8 párr. 6 n.º 3 comprende dentro de las personas protegidas por el Derecho internacional humanitario tanto en el conflicto internacional como en el no internacional también a los miembros de las Fuerzas Armadas y combatientes de la parte contraria que ya no participan en los combates y se han rendido o de otra manera están indefensos y todavía no están en poder del enemigo. La necesidad objetiva se deriva aquí de que estas personas, incluso cuando han depuesto las armas, a pesar de merecer protección no reciben el estatus del § 8 párr. 6 núms.1 y 2, puesto que ni son prisioneros de guerra ni combatientes prisioneros que se encuentran en poder de su adversario. La protección de tales combatientes “hors de combat” se adecúa al Derecho internacional consuetudinario y se encuentra en el art. 41 del Protocolo Adicional I para el conflicto armado internacional, y para el no internacional en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra así como en el art. 4 del Protocolo Adicional II.

Sobre el § 9 (Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos)

Sobre el § 9 párr. 1 (Saqueo y destrucción de bienes)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xvi), párr. 2 letra b (xiii), párr. 2 letra e (v) y párr. 2 letra e (xii) del Estatuto de la CPI. Reúne los artículos citados del Estatuto de la CPI en una única regulación porque el contenido material de los preceptos individuales presenta una estrecha conexión.

El concepto de saqueo no necesita ulteriores aclaraciones, a la vista de que el § 9 párr. 1 CPI y el § 125a inciso 2 n.º 4 CP sientan la base de la comprensión del concepto. Lo mismo vale para las acciones de destrucción, apropiación o confiscación de bienes, que igualmente deben entenderse de acuerdo con el Derecho penal general. El párrafo 1 presupone para todas las modalidades del hecho que las cosas afecta-

das por la violencia se encuentren en poder de la parte actuante. Esto se fundamenta tanto para el saqueo como para la apropiación y la confiscación ya en la descripción de la acción. Para la destrucción esta limitación significa que la destrucción de cosas de la parte contraria por ataques a distancia no realiza el tipo. Ahora bien, el ataque a distancia puede ser punible según el § 11 o según el Derecho penal general.

Sin embargo, las cosas no están en poder de la propia parte únicamente cuando la parte correspondiente del territorio ha sido ocupada en el sentido del IV Convenio de Ginebra. Es suficiente más bien el control fáctico sobre esas cosas —aun cuando sea limitado temporalmente— por parte de la parte actuante. El § 9 párr. 1 puede realizarse, por tanto, también durante combates militares ofensivos.

A diferencia del saqueo, siempre ilegal, la destrucción, la apropiación o la confiscación de bienes del adversario sólo son punibles cuando se cometen sin que ello esté indicado por exigencias del conflicto armado. Como exigencias militares en el sentido del precepto se han de considerar únicamente aquellas circunstancias que posibilitan a los que conducen la guerra la organización de los combates. Se renuncia aquí al elemento de la necesidad “imperativa” por exigencias militares, previsto en el texto del Estatuto de la CPI, puesto que no supondría un cambio o una precisión material para la prueba de la necesidad de la imposición y podría únicamente causar dificultades interpretativas. Además la caracterización de las acciones como contrarias al Derecho internacional muestra que tampoco tales destrucciones, apropiaciones y confiscaciones son punibles según el § 9 párr. 1, que ciertamente no están justificadas por exigencias militares sino que actos de guerra legales de acuerdo con el Derecho internacional.

A diferencia de los preceptos del Estatuto de la CPI sobre destrucción de bienes del art. 8 párr. 2 letra b (xiii) y art. 8 párr. 2 letra e (xii), el tipo en el CPI está delimitado por la barrera de la “gran escala”. La discrepancia que se produce respecto del tenor literal del Estatuto de la CPI se justifica porque el núcleo de protección del precepto permanece intocado y sólo se excluyen los casos de bagatela.

Sobre el § 9 párr. 2

(Abolición y suspensión de derechos y reclamaciones)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xiv) del Estatuto de la CPI. Sólo es aplicable en el conflicto armado internacional. El tipo comprende no sólo la conducción económica de la guerra, que en el pasado utilizaba para lograr sus propósitos en muchas ocasiones la abolición y suspensión de reclamaciones de los miem-

bro del enemigo. También pueden incluirse en él otro tipo de medidas discriminatorias y de limitaciones de derechos.

El CPI introduce un umbral de punibilidad no recogido expresamente en el Estatuto de la CPI, en tanto se refiere a los derechos de todos o de una parte esencial de los miembros de la parte contraria. Se plasma así el propósito y fin del artículo 8 párr. 2 letra b (xiv), que —como dejaron claro los representantes de los Estados en la Conferencia Intergubernamental de Roma para la negociación del Estatuto de la CPI— atiende al procedimiento metódico o sistemático y no quiere incluir la conducta individual. En vista de la gran amplitud de las posibles variantes del hecho no se incluyen, por tanto, casos particulares de privación de derechos.

Puesto que sólo se penan medidas contrarias al Derecho internacional, las medidas de embargo que se basan en una resolución del Consejo de Seguridad según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, entre otras, están de antemano excluidas.

Sobre el § 10

(Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas)

El § 10 sanciona con pena los ataques contra operaciones humanitarias y emblemas. La protección de las operaciones humanitarias presupone que la participación en la misión de ayuda humanitaria o de mantenimiento de la paz tiene lugar en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas. El § 10 no tiene, sin embargo, carácter preclusivo. Por ello, en tanto que los miembros de las misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz pertenezcan a los civiles protegidos (vid. la fundamentación sobre el § 8 párr. 6) los ataques son punibles también de acuerdo con el § 8 párr. 1 o con el § 11 párr. 1.

Sobre el § 10 párr. 1 inciso 1 n.º 1

(Ataques contra misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (iii) y en el artículo 8 párr. 2 letra e (iii) del Estatuto de Roma, de idéntica redacción, los cuales han trasladado al ámbito penal la protección del personal de las misiones de ayuda humanitaria o de mantenimiento de la paz, garantizada por el Derecho internacional consuetudinario y confirmada también en numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de las

Naciones Unidas (así, entre otros, en UN Doc S/Res/1258, 6 de agosto de 1999, y recientemente en la toma de posición del Presidente del Consejo de Seguridad de 9 de febrero de 2000 sobre la protección del personal de las Naciones Unidas y de ayuda humanitaria, UN Doc.S/PRST/2000/4).

Se incluyen básicamente todo tipo de ataques contra las misiones de ayuda humanitaria o de mantenimiento de la paz. Por ello el concepto de ataque incluye todo tipo de utilización de la violencia, independientemente del tipo de armas utilizadas. Caen dentro del ámbito de aplicación del precepto tanto los ataques contra miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados que participan en misiones de mantenimiento de la paz como los ataques contra personal auxiliar civil, siempre que les corresponda la protección que según el Derecho internacional humanitario se acuerda para los civiles y los objetos civiles. Esta protección, por ejemplo, no se da cuando las Fuerzas Armadas o el personal auxiliar civil toman parte directamente con su equipo en las hostilidades.

Los ataques contra objetos que han de considerarse objetos militares no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del precepto; en lo que respecta a esa clasificación se ha de acudir a las disposiciones vigentes según el Derecho internacional consuetudinario de los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I.

El autor en su ataque debe tener dolo en relación al especial estatus de protección de las personas y objetos incluidos en el tipo, y haber querido o previsto como seguro el éxito del ataque.

Sobre el § 10 párr. 1 inciso 1 n.º 2

(Ataques contra personas y objetos señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxiv) y párr. 2 letra e (ii) del Estatuto de la CPI, que literalmente sanciona con pena los ataques contra las personas y objetos provistos con los signos protectores de los Convenios de Ginebra. Es aplicable tanto al conflicto armado internacional como no internacional. Aun cuando falta una referencia equiparable a la del § 11 párr. 1 n.º 1 CPI a la pérdida de protección según el Derecho internacional humanitario, sólo puede existir punibilidad según este precepto y en coincidencia con el Derecho internacional consuetudinario vigente cuando se cumplan dos condiciones. En primer lugar, la marca deberá resultar de lo dispuesto en el Derecho internacio-

nal. En segundo lugar, esta protección de los objetos y personas protegidos no ha de haber desaparecido según los preceptos del Protocolo Adicional I, en cuanto que por su parte reflejan el Derecho internacional consuetudinario.

El concepto de ataque se corresponde con el del § 10 párr. 1 inciso 1 n.º 1.

Sobre el § 10 párr. 1 inciso 2 (Supuestos menos graves)

El inciso 2 prevé para los supuestos menos graves un marco penal atenuado. En particular existe un supuesto menos grave cuando el ataque no se realiza con medios militares.

Sobre el § 10 párr. 2 (Uso indebido de signos protectores reconocidos)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (vii) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 3 letra f del Protocolo Adicional I. A diferencia del Estatuto de la CPI, el CPI parte de la aplicabilidad tanto en el conflicto armado internacional como no internacional. Sin signos protectores reconocidos, que distinguen tanto al personal como a los objetos y señalan para las partes en conflicto la neutralidad de la operación, es imposible la realización de misiones humanitarias en todo tipo de conflicto. Esta relación indisoluble entre la protección del personal y de los objetos y la de los emblemas que los distinguen requiere, según la práctica estatal consolidada, la extensión del ámbito de aplicación del precepto a los conflictos no internacionales. Sin la previsión penal del uso indebido de signos protectores se dejaría sin contenido la prohibición de ataque del § 10 párr. 1 CPI en particular en las situaciones en las cuales se hace especialmente difícil distinguir entre combatientes y no participantes, debido a las circunstancias del conflicto. La comunidad de Estados, por ese motivo, no ha distinguido en sus condenas unánimes a los ataques contra misiones humanitarias entre las diferentes formas de conflicto (UN Doc. S/PRST/2000/4 de 9 de febrero de 2000 y debates en que se basa; UN Doc. A/Res52/167 de 16 de diciembre de 1997 sobre la protección del personal auxiliar humanitario). La decisión que se ha tomado para el CPI se ampara también en la Convención de 15 de diciembre de 1994 sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado (BGBl. 1997 II p. 230). Este acuerdo, aplicable a todo tipo de conflictos, protege las operaciones frente a toda acción que impida el desempeño del mandato.

Son típicas constelaciones de casos el homicidio o la herida alevosa de un adversario con uso indebido de los mencionados signos y emblemas. Por tal motivo normalmente las acciones abusivas durante un combate, como por ejemplo ametrallar a soldados opuestos desde un vehículo que porta el emblema de la Cruz Roja, constituyen el caso fundamental de aplicación del precepto. Pero también otras acciones pueden realizar el tipo. Así, por ejemplo, puede caer dentro del ámbito típico la utilización ilícita de un emblema reconocido cuyo descubrimiento por el oponente da lugar a que las personas o los objetos así señalados se conviertan fundamentalmente en objeto de ataque para evitar desventajas militares. Un ejemplo es la utilización prohibida del emblema de la Cruz Roja en transportes de munición para evitar los ataques contra éstos cuando el adversario, a consecuencia de esta conducta, dispara a transportes de heridos que están señalados con la Cruz Roja.

La acción debe siempre causar la muerte o lesión grave de una persona.

Sobre el § 11

(Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos)

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 1 (Ataques contra la población civil)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (i) y párr. 2 letra e (i) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 85 párr. 3 letra a del Protocolo Adicional I. Pretende penalizar el ataque a la población civil como método de conducción de la guerra. A diferencia de las acciones de homicidio y lesiones contra civiles ya contenidas en el § 8 párr. 1 CPI, el § 11 sólo afecta a aquellos ataques que se realicen con métodos militares.

El hecho de que el precepto sólo sea aplicable cuando el ataque se dirija “contra la población civil como tal” tiene importantes consecuencias en lo que respecta a los presupuestos subjetivos de la punibilidad: el autor debe actuar dirigido con relación al objeto del ataque, y debe saber además que se trata de población civil o de civiles en particular que no participan directamente en las hostilidades. En vista de la formulación típica no es suficiente, por tanto, el dolo eventual. Si el autor procede con métodos militares contra personas de las cuales no sabe si se trata de soldados enemigos o de civiles, no se realiza el tipo subjetivo. Lo mismo cabe decir cuando el autor ataque a propósito un objeto militar

y cuente con la posibilidad de que el ataque pueda matar a civiles que se encuentren en las proximidades. En este caso falta ya el “ataque contra la población civil como tal” doloso. Sin embargo, si el autor infringe el deber que según el Derecho internacional humanitario existe de distinguir entre objetivos militares y objetos civiles (vid. por ejemplo el art. 57 párr. 2 letra a (ii) del Protocolo Adicional I) comete una acción de guerra contraria al Derecho internacional. El homicidio de civiles, no obstante, no es punible según el CPI, pero puede ser punible de acuerdo con el Derecho alemán (§ 211 ss. CP) en tanto en cuanto según los § 3-7 CP sea aplicable el Derecho penal alemán.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 2 (Ataques contra objetos civiles)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (ii), párr. 2 letra b (v), párr. 2 letra b (ix) y párr. 2 letra e (iv) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 85 párr. 4 letra d del Protocolo Adicional I de 1977. El Estatuto de la CPI sanciona con pena los ataques dirigidos contra objetos individualmente mencionados, como por ejemplo iglesias, en todo tipo de conflictos, mientras que los ataques contra objetos “civiles” como tales (vid. el artículo 52 párr. 1 del Protocolo Adicional I) y contra otros objetos especialmente mencionados, como ciudades indefensas, son punibles según el Estatuto únicamente en el conflicto armado internacional. Esta diferenciación del Estatuto, históricamente fundamentada y complicada, que se basa en los diferentes preceptos protectores de objetos en particular, se abandona en el CPI.

El CPI resume los preceptos que aparecen en diferentes lugares del Estatuto y castiga con pena los hechos tanto en caso de conflicto armado internacional como no internacional. Esta reunión bajo el supraconcepto de ataque contra objetos civiles se adecua a la situación jurídica actual según el Derecho internacional consuetudinario, que se ha expresado en la jurisprudencia más reciente de los Tribunales internacionales así como en las declaraciones de la comunidad de Estados y que enlaza en todo tipo de conflictos la protección de la población civil con la protección de los objetos civiles (UN Doc. S/RES/1265 de 17 de septiembre de 1999 sobre la protección de la población civil en conflictos armados; Kupreskic et al., IT-95-16-T, 14.1.2000, para. 521).

Esta jurisprudencia permite considerar todos los objetos mencionados en el Estatuto como objetos civiles penalmente protegidos, en tanto estén protegidos por el Derecho internacional humanitario. Para decidir en qué casos decae esta protección y un objeto citado es un objetivo militar permitido puede acudir a la defini-

ción del artículo 52 del Protocolo Adicional I, vigente según la costumbre internacional. Esta se completa con otros presupuestos establecidos por el Derecho internacional consuetudinario. Así, los hospitales civiles sólo pueden ser atacados, según el artículo 19 del IV Convenio de Ginebra, si también se utilizan para llevar a cabo hostilidades, cuando se ha dado un aviso preventivo y un plazo para cambiar de actitud.

El precepto toma en consideración, en la redacción actual, también el artículo 15 del Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales de 1954, en su núcleo vigente como Derecho internacional consuetudinario que prevé la punibilidad de los ataques contra bienes culturales en general y contra los así llamados “bienes culturales de protección reforzada”.

En lo que respecta a los presupuestos subjetivos son válidas las consideraciones realizadas sobre el § 11 párr. 1 n.º 1 CPI. También en el n.º 2 el autor debe dirigir el ataque contra objetos civiles protegidos; esto significa que debe saber con seguridad (y no basta que cuente con la posibilidad de) que en el caso de edificios, etc. no se trata de objetos militares, sino de objetos civiles protegidos, y debe querer alcanzarlos con seguridad.

La reducción de la amenaza penal prevista en el párrafo 1 inciso 2 para los supuestos menos graves permite sancionar adecuadamente los casos en que el daño causado no es importante y no se esperan daños duraderos.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 3

(Ataques que causan daños civiles desproporcionados)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (iv) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 3 letras b y c del Protocolo Adicional I. La aplicación del precepto al conflicto armado no internacional, no prevista en el Estatuto de la CPI, se fundamenta en el Derecho consuetudinario vigente, que sanciona también los daños desproporcionados en el conflicto armado no internacional. Tanto la Corte Internacional en su decisión sobre el empleo y la amenaza de empleo de armas nucleares (ICJ Rep. 1986, nm.30-33) como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en la sentencia Kupreskic (Kupreskic et al., IT-95-16-T, 14.1.2000, para. 524), han constatado la validez consuetudinaria del principio de proporcionalidad sin distinguir entre determinados tipos de conflicto. La comunidad de Estados, en numerosos documentos sobre la utilización de la violencia en ciertos conflictos internos o interestatales, ha condenado con diferentes formulaciones la utilización despropor-

cionada de violencia (informe del Secretario General sobre Kosovo, UN Doc. S/1998/912; UN Doc. S/Res./1173, de 12 de junio de 1998, Angola; UN Doc. S/Res./1322, de 7 de octubre de 2000, Oriente Medio).

El precepto no concreta la desproporcionalidad por medio de elementos típicos especiales. Para su interpretación, no obstante, se ha de atender también al artículo 57 del Protocolo Adicional I. Estos criterios de ponderación, desarrollados entre tanto como Derecho consuetudinario, son válidos para todos los daños mencionados.

El autor debe realizar un ataque con medios militares. El tipo penaliza el ataque indiscriminado, prohibido según el artículo 51 del Protocolo Adicional I, pero que sólo es punible de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario cuando supone la causación de muertes o lesiones de civiles o de un daño desproporcionado a objetos civiles (vid. artículo 85 párr. 3 letra b del Protocolo Adicional I).

Como se desprende del elemento del “ataque”, se requiere en el aspecto subjetivo dolo directo, y ello desde dos puntos de vista: el autor debe querer atacar un objetivo y así “esperar como seguro” que mediante este ataque causa “daños colaterales” desproporcionados. En ello se puede deducir el conocimiento del autor, aun cuando éste lo niegue, en buena medida de su información general sobre la situación espacial en el momento del ataque, por ejemplo cuando le era conocido que el objetivo militar atacado se encontraba en una zona habitada.

A la vista de la circunstancia de que los daños esperados sean “desproporcionados” en relación con la ventaja militar esperada, es suficiente para el dolo el conocimiento de los hechos relevantes que fundamentan esta desproporción. El mero hecho de que el autor valore incorrectamente la relación entre los bienes afectados no excluye el dolo por principio. El tratamiento que se ha de dar es el de las reglas generales sobre el error.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 4

(Utilización de personas como escudos humanos)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxiii) del Estatuto de la CPI. Alude a todos los grupos de personas citados en el § 8 párr. 6 CPI, reflejando así la situación del Derecho penal internacional, que sanciona con pena la utilización abusiva de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra, como por ejemplo la de los prisioneros de guerra como escudos humanos. En vista del desarrollo del Derecho consuetudinario confirmado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia,

el cual pretende proteger de forma amplia a los civiles en todo tipo de conflictos, y en vista de la práctica estatal mundialmente extendida, que también considera como infracción del Derecho internacional que se ha de sancionar la utilización abusiva de civiles como escudos humanos en un conflicto armado no internacional, es necesaria también la inclusión de los conflictos no internacionales en el ámbito de aplicación del precepto. Una diferenciación objetiva carecería de justificación en lo que respecta a la problemática de los escudos humanos en el conflicto armado no internacional y negaría el desarrollo reciente del Derecho penal internacional.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 5 (Inanición de la población civil)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxv) del Estatuto de la CPI. Es aplicable tanto en el conflicto armado internacional como no internacional, a diferencia de lo que sucede en el Estatuto. La relación material de este precepto con otros tipos del CPI exige esta ampliación del ámbito de aplicación. En general los ataques a civiles y objetos civiles en correspondencia con el Derecho internacional consuetudinario son sancionados penalmente, según el CPI, para todo tipo de conflictos. La inanición de la población civil tiene el mismo efecto que los ataques directos contra la población civil y objetos civiles. Sin embargo, también es necesaria una extensión del ámbito de aplicación al conflicto no internacional porque el CPI, igual que el Estatuto de la CPI, sanciona con pena el trato inhumano de personas sin diferenciar por el tipo de conflicto.

La regulación aquí recogida coincide con el más reciente Derecho internacional consuetudinario, tal y como se expresa en numerosos documentos de las Naciones Unidas y especialmente en las declaraciones de la comunidad de Estados para posibilitar el acceso de la población civil al suministro de ayuda en conflictos no internacionales (UN Doc. S/RES/1265 de 17 de septiembre de 1999 en protección de la población civil en conflictos armados; UN Doc. A/RES/54/182, de 17 de diciembre de 1999, Sudán; UN Doc. A/RES/54/179, de 17 de diciembre de 1999, Congo; UN Doc. A/RES/54/185, de 17 de diciembre de 1999, Afganistán).

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 6 (Guerra sin cuartel)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xii) y párr. 2 letra e (x) del Estatuto de la CPI. Pena una conducción del combate que prevé matar al adversario a toda costa y no hacer prisioneros, y por ello se aplica ya en caso de amenaza u orden de tal conducción del combate.

El concepto de “superior” como elemento típico ha sido añadido recurriendo a la definición de los “elementos del crimen” en el Estatuto de Roma, para aclarar que para realizar el tipo es necesario un cierto poder de mando, sin el cual tal orden o amenaza carece de credibilidad y que supone también la prueba de un empleo metódico (PCNICC/2000/1/add.2). Por las mismas razones, para una mayor precisión, se ha reemplazado el concepto utilizado en el Estatuto de la CPI, “declaración”, por “orden o amenaza” en el CPI. Esto concuerda con la razón penal subyacente, que no consiste en la no concesión de cuartel en un caso concreto, sino en el empleo sistemático de esta forma particularmente desconsiderada de conducción del combate.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 7 (homicidio o lesión a traición)

El precepto se basa en el art. 8 párr. 2 letra b (xi) y párr. 2 letra e (ix) del Estatuto de la CPI. El homicidio o la lesión alevosa de combatientes enemigos se considera crimen de guerra desde la aprobación del art. 23 letra b del Reglamento de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 (RGBl. 1910, 132²⁸). El concepto de conducta “a traición”, utilizado y aceptado generalmente desde 1907, presupone, a diferencia del elemento de la alevosía en el § 211 párr. 2 CP (vid. BGHSt 30, 105, 115 s.), el aprovechamiento de una confianza obtenida subrepticamente por medio de acciones específicas, por ejemplo la simulación del estatus de civil o el fingimiento de una lesión.

El fundamento de la incriminación penal no es el homicidio o la lesión del adversario como tales, sino la forma traicionera de cometerlos. De esta forma, el homicidio o la lesión del combatiente o luchador contrario, en sí mismos permitidos por el Derecho internacional, se convierten en punibles, por tanto, cuando son consecuencia de la lesión de la confianza en la protección concedida por el Derecho internacional humanitario. De la actuación traicionera se deriva además el peligro de que en la sucesiva conducción del combate no se respeten con carácter general las normas de protección del Derecho internacional humanitario. Por ejemplo, si el autor simula ser un civil, y mata con ayuda de esta artimaña a un combatiente enemigo, es de temer que los combatientes de la parte opuesta en adelante también matarán civiles —en contra del Derecho internacional humanitario—, puesto que contarán con que también se trate de soldados

²⁸ (N. de la T.) RGBl. es la abreviatura de *Reichsgesetzblatt*, es decir, el Boletín Oficial del Imperio.

camuflados. Esta ratio de la prohibición de homicidio o lesión a traición justifica la colocación del delito como método prohibido de conducción de la guerra y no como crimen de guerra contra las personas; además explica que la sanción penal del homicidio a traición sea inferior a la de los delitos de homicidio regulados en el § 8 párr. 1 n.º 1 CPI y en el § 211 CP.

El precepto incluye el homicidio a traición de miembros de las Fuerzas Armadas contrarias en el conflicto internacional, así como de combatientes en el conflicto no internacional. La expresión “combatiente de la parte adversa” describe el estatus de los combatientes de la parte no estatal en la guerra civil de forma más precisa en el Derecho internacional consuetudinario que en la traducción alemana del Estatuto de la CPI, puesto que el concepto que allí se emplea, “combatiente enemigo”, no existe en el conflicto armado no internacional.

Sobre el § 11 párr. 2 (Tipos cualificados)

El § 11 párr. 2 prevé un aumento de la pena mínima cuando se cause la muerte de un civil o persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1 núms. 1 a 6 o una lesión grave a tal persona en el sentido del § 226 CP. Si la especial consecuencia del hecho se realiza en un civil, carece de importancia para la cualificación por el resultado —a diferencia de lo que ocurre en el § 8 párr. 6— que la persona afectada se encuentre fuera de la vista del autor en poder de la propia parte.

El marco penal vuelve a aumentar cuando el autor causa dolosamente la muerte.

Sobre el § 11 párr. 3

(Daños medioambientales en conflictos armados internacionales)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (iv) del Estatuto de la CPI. Abarca los ataques militares que perjudiquen el medio ambiente de forma extensa, tratándose de un daño que no guarda proporción con la ventaja militar esperada que el tipo especifica más concretamente. En la aplicación práctica el precepto sólo convierte en punibles aquellas acciones que al menos causan la contaminación regional del medio ambiente y que además son manifiestamente desproporcionadas con la ventaja militar conseguida.

Todavía no se tiene en cuenta en el presente una ampliación del precepto al conflicto armado no internacional, puesto que hasta el momento no puede probarse

con suficiente seguridad la existencia de dicha norma de Derecho internacional consuetudinario.

Sobre el § 12 (Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra)

Sobre el § 12 párr. 1 n.º 1 (Utilización de veneno o armas venenosas)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xvii) del Estatuto de la CPI. Rige, tras hacer extensivo su ámbito de aplicación al conflicto armado no internacional, para todos los tipos de conflicto mencionados en el Estatuto de la CPI. La utilización de veneno se considera una infracción grave del Derecho internacional humanitario desde el Reglamento de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

El texto del Reglamento de La Haya sobre la Guerra Terrestre fue trasladado literalmente por la Conferencia Intergubernamental de Roma al Estatuto de la CPI. Los especiales condicionamientos políticos de la Conferencia evitaron la extensión del precepto, exigida por el Derecho internacional consuetudinario, a todos los tipos de conflicto en el texto del Estatuto. Tal extensión se corresponde, sin embargo, con la situación jurídica vigente, que tiene en cuenta el gran peligro que también supone para la población civil el empleo de veneno en el conflicto no internacional. Asimismo el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia recoge en su artículo 3 un tipo penal de empleo de veneno. La Sala de Apelación del Tribunal Penal ha observado en la determinación de la competencia del caso Tadic, interpretando el artículo 3 a la luz del principio generalmente reconocido, que las armas cuyo empleo esté prohibido en el conflicto internacional no pueden usarse en ninguna circunstancia (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 119).

Sobre el § 12 párr. 1 n.º 2 (Utilización de armas biológicas o químicas)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xviii) del Estatuto de la CPI. A diferencia de la regulación del Estatuto de la CPI, rige tanto para el conflicto armado internacional como para el no internacional. También esta extensión está asegurada por el Derecho internacional consuetudinario y por las disposiciones convencionales vigentes para la República Federal Alemana sobre el empleo de armas biológicas y químicas. Aunque convencionalmente se prohíbe el empleo tanto de armas biológicas como de armas

químicas en todo tipo de conflictos (Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas de 10.4.1972, BGBl. 1983 II p. 132; Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas químicas de 13.1.1993, BGBl. 1994 II p. 806). El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha constatado en el proceso Tadic, tomando en consideración la práctica estatal, que la prohibición del empleo de armas químicas también rige en los conflictos armados no internacionales (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 124).

El tenor literal del precepto ha sido ajustado sin cambios de contenido a los preceptos internacionales mencionados supra vigentes para la República Federal Alemana, en los que se atiende al empleo de armas biológicas o químicas. No es necesaria una ulterior concreción de estos conceptos, puesto que el Derecho alemán contiene tales aclaraciones en la Ley estatal de actuación de la Convención sobre Armas Químicas (vid. supra). La conminación penal en el CPI es también, por tanto, necesaria porque es cierto que el § 17 de la Ley de ejecución de la Convención sobre Armas Químicas (CWÜAG, BGBl. 1994 I p. 1954) y el § 20 de la Ley de ejecución del artículo 26 párr. 2 de la Constitución (Ley sobre control de las armas de guerra, BGBl. 1990 I p. 2506) por su lado penan diferentes formas de conducta que se extienden desde la producción hasta la exportación, pero que no abarcan el empleo de tales armas. A mayor abundamiento, es cierto que el § 17 CWÜAG es aplicable a los hechos cometidos en el extranjero por alemanes, sin embargo no rige el principio de justicia mundial —que está previsto para los hechos según el CPI.

Sobre el § 12 párr. 1 n.º 3

(Utilización de las denominadas balas dum-dum)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xix) del Estatuto de la CPI. A pesar de la ausencia de una referencia en el Estatuto al conflicto armado no internacional, el CPI parte de la aplicabilidad tanto al conflicto armado internacional como al no internacional. El precepto prohibitivo vigente y generalmente aceptado desde la II Declaración de La Haya de 1899 es aplicable entretanto también como Derecho consuetudinario al conflicto no internacional en su ampliación de Derecho penal correspondiente a los preceptos sobre el empleo de armas químicas y biológicas.

El CPI no contiene otros tipos sobre empleo de otras armas convencionales. No obstante, en lo referente a las minas antipersona y armas láser existe una lista de

prescripciones prohibitivas convencionales válidas también para la República Federal Alemana, como por ejemplo la prohibición general de las minas terrestres antipersona de la Convención de Ottawa del año 1997 (BGBl. 1998 II p. 778). Para una sanción penal de las prescripciones prohibitivas falta, sin embargo, hasta hoy, la aceptación general de la comunidad de Estados, de manera que por el momento se excluye su inclusión en el CPI. Si tales normas prohibitivas deben recibir una sanción penal en el ámbito convencional o consuetudinario, el futuro legislador tendrá que probarlo, dado el caso, antes de su admisión en el CPI.

Sobre el § 12 párr. 2

El § 12 párr. 2 prevé —al igual que el § 11 párr. 2— una elevación de la pena mínima cuando mediante el hecho descrito en el párrafo 1 se cause la muerte de un civil o de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, así como la lesión grave de tal persona en el sentido del § 226 CP. Si el autor causa la muerte dolosamente, el marco penal se eleva de nuevo.

Sección tercera **OTROS DELITOS**

Sobre el § 13 (Infracción del deber de vigilancia)

Mientras que el § 4, en consonancia con el modelo del § 357 CP, establece una responsabilidad del superior en grado de autoría para el caso de que éste supiese de la inminencia de un hecho por un subordinado, el § 13 regula de forma independiente el delito de infracción del deber de vigilancia y comprende así los casos abordados en el artículo 28 del Estatuto de la CPI que da el mismo peso a los supuestos dolosos que a la mera no evitación imprudente de los delitos de los subordinados. En relación con el § 130 de la Ley sobre contravenciones²⁹ y con el § 41 del CpM, la punibilidad de la infracción, de peligro abstracto, del deber de vigilancia cometida dolosa o imprudentemente —conminada con una pena atenuada en el párrafo 4, 2º inciso— se anuda a la consecuencia definida de forma meramente objetiva de que un subordinado cometa un hecho punible previsible y evitable por el superior. Esta

²⁹ (N. de la T.) OWiG, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.

solución se adecua al principio de culpabilidad y justifica la pena aquí prevista. Por el contrario, debido al principio de justicia mundial recogido en el § 1 no basta si con la vigilancia pertinente el hecho únicamente hubiera podido dificultarse de forma sensible.

En caso de superiores civiles el párrafo 2 exige, de acuerdo con la diferenciación prevista en el artículo 28 letra b (i) del Estatuto de la CPI, que sea particularmente evidente la previsibilidad de la comisión del hecho punible.

Sobre el § 14 (Omisión de la comunicación de un delito)

Según el artículo 28 letra a (ii) del Estatuto de la CPI la omisión de denuncia de un hecho cometido por un subordinado equivale a la comisión del hecho como autor. No parece que se trate de una regulación claramente convincente ni dogmáticamente aceptable según el Derecho alemán. Este precepto también tiene bastante en cuenta la intención objetiva de imponer al superior la obligación de comunicar los hechos que él sabe han sido cometidos por sus subordinados. Tal obligación, que en vista del artículo 28 del Estatuto de la CPI tiene fundamento consuetudinario internacional, tiene preferencia frente al deber jurídico de guardar silencio de funcionarios y de soldados (vid. el § 61 párr. 2 de la Ley Federal de los Funcionarios³⁰, § 14 párr. 2 del Código Social³¹; el superior puede estar internamente obligado, sin embargo, a presentar la comunicación siguiendo el trámite reglamentario prescrito. Además se exige la comunicación “sin demora”, no la “inmediata”. No obstante, las eventuales demoras de la comunicación que se deben a obstáculos fácticos o a necesidades militares no realizan todavía el tipo.

Según el § 14 la punibilidad se fundamenta en que la inactividad del superior crea (o aumenta) el peligro abstracto de que el subordinado responsable quede sin castigo. En vista del contenido de injusto, que es muy similar al del encubrimiento personal y al del encubrimiento personal en la Administración (§ 258, 258a CP) y que supera claramente al de la cooperación omisiva en los procesos penales según el § 40 CpM, parece adecuado el límite penal máximo de cinco años de prisión de libertad.

³⁰ (N. de la T.) BBG, Bundesbeamtengesetz.

³¹ (N. de la T.) SG, Sozialgesetzbuch.