



Doctrina

Análisis de la reforma del CP en materia de crímenes de derecho internacional

LA LEY 2511/2013

Análisis crítico del Anteproyecto de reforma del Código Penal en materia de crímenes de derecho internacional (*)

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
 Universidad Complutense de Madrid

Desde que se hizo público, el contenido del Anteproyecto de reforma del Código Penal ha concitado una amplia e intensa atención. No ha sido así, sin embargo, respecto a lo que el Anteproyecto no contiene; es decir, lo que se ha decidido mantener tal y como figura en nuestro actual Código Penal. Este trabajo pretende entonces realizar un análisis crítico acerca de lo que el Anteproyecto omite, en concreto en lo relativo a la tipificación de varios crímenes de derecho internacional. Para ello, se destacarán tanto deficiencias que desde largo tiempo se vienen señalando, no ya sólo por parte de la comunidad jurídica, sino expresamente por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos; como lo que podría entenderse como relativamente más reciente, al hilo del Informe presentado por España al Comité contra la Desaparición Forzada.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde que salió a la luz el texto del Anteproyecto de reforma del Código Penal se han sucedido múltiples reacciones, análisis, estudios y comentarios sobre lo que el mismo contiene (1). Sin embargo, han sido mucho menos numerosos los trabajos que se han centrado en lo que el Anteproyecto omite; o dicho de otro modo, en aquello que a la fecha, el prelegislador ha dispuesto mantener tal y como figura en nuestro actual Código Penal (CP, en adelante). Al respecto, y quedándonos por el momento en referencias próximas (2), resulta difícil no traer a la memoria un artículo publicado hace camino de tres años, al hilo del proceso que daría lugar a la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el que la profesora RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA utilizaba la siguiente pregunta como ilustrativo título de lo que quería subrayar: «Código Penal: ¿dónde están los crímenes más graves?» (3). Salvando entonces lo finalmente aprobado respecto a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (4), este interrogante general puede ser igualmente aplicable al proceso de reforma ahora en marcha, pues salvo algunas modi-

ficaciones en relación con el genocidio (5) y la pena prevista en el artículo 607 bis 2.1 (6) —y un cambio en las penas dispuestas para el tipo penal del artículo 166 (7)—, en la actual reforma en curso los más graves crímenes de derecho internacional son completamente olvidados.

En consecuencia, aunque en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se habla en diversas ocasiones de «mejoras técnicas en la regulación», en el caso de la correcta tipificación de los crímenes de derecho internacional no hay lugar para debatir ni analizar si éstas son, o no, suficientes o adecuadas, pues no se propone modificación sustantiva alguna. Esto es, en otros términos, se mantienen las deficiencias que desde largo tiempo se vienen denunciado, no sólo por parte de la comunidad jurídica, sino también por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Se mantiene, en fin, el incumplimiento, expresa y reiteradamente señalado, por parte de España de la obligación de llevar a cabo una completa tipificación interna de diversos crímenes de derecho internacional.

Así las cosas, este breve análisis podría limitarse a reiterar lo que como ya hemos dicho, durante los últimos años ya se ha destacado

y demandado; sin éxito entonces y tampoco hasta el momento en el texto del Anteproyecto actual. No obstante, y sin perjuicio de vernos en la necesidad de volver a apuntar al menos algunos ejemplos de las deficiencias ya identificadas, aprovecharemos esta oportunidad para añadir algunas consideraciones adicionales atendiendo a varios elementos de juicio novedosos. Señaladamente, respecto al crimen de desaparición forzada, en tanto que el reciente Informe inicial de España ante el Comité contra la Desaparición Forzada ofrece (nuevos) datos y argumentos respecto al porqué de la no inclusión en el Anteproyecto de una correcta y completa tipificación de este crimen (8).

II. PREMISA DE BASE: LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS O LA NECESIDAD DE «UNA PRECISA TRANSPOSICIÓN OPERADA SEGÚN EL DERECHO INTERNO»

Examinando la reforma del CP aprobada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, el profesor PÉREZ GONZÁLEZ y la profesora ABAD CASTELOS destacaban que aquella ocasión «brindaba una excelente oportunidad para que nuestro país renovara en el plano interno el contenido de sus compromisos internacionales y, lo que es más importante, sentara las bases penales sustantivas internas conforme a las existentes y obligatorias según el Derecho internacional. Con ello —concluían— se daría cumplimiento a obligaciones internacionales y se dejaría el camino despejado para castigar desde el punto de vista interno conductas incriminadas también por el Derecho internacional, respetando plenamente el insoslayable juego del principio de legalidad en nuestro ordenamiento penal» (9). En este sentido, valga recordar entonces que en Derecho internacional suele recogerse bajo el rótulo general de la obligación de «adoptar medidas» lo que la Corte Permanente de Justicia Internacional resumiera allá por 1925 con la siguiente máxima: «... a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken» (10). En el ámbito penal lo anterior podría concretarse en el deber de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer posible la completa represión de la conducta criminal de que se trate; lo que como es sabido, en la práctica totalidad de los casos se ha traducido en una obligación de tipificación interna. Así es que las normas convencionales del Derecho internacional penal incluyan disposiciones que invariablemente contienen la obligación resumida (11).

Cabría aquí desde luego discutir acerca de la necesidad, o el grado de necesidad, de lo

OPINIÓN

No puede ser más que censurable que, hasta la fecha, no se haya aprovechado la oportunidad intrínseca al proceso de reforma del Código Penal para corregir la amplia, expresa y retiradamente identificada serie de deficiencias en la tipificación interna de varios crímenes de derecho internacional que subsisten en nuestra legislación penal. Máxime aquellas que han sido directa y literalmente señaladas por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en atención a las obligaciones internacionales aceptadas por España. Lamentable estado de cosas cuyas consecuencias no son menores, tanto en lo que respecta a los compromisos internacionales del Estado, como en cuanto a lo que se deriva de la consabida posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo en torno al principio de legalidad penal. Cabe esperar, no obstante, que a la luz de la justificación —o al menos una de ellas— que se contiene en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, esto es, proceder a realizar diversas «mejoras técnicas en la regulación», ya sea el prelegislador, ya el legislador, finalmente incluyan las necesarias modificaciones para lograr la tan obligada como precisa tipificación completa de los crímenes de derecho internacional en el Código Penal.

anterior, sobre todo en lo que se refiere a la aplicación-persecución interna de los distintos crímenes de derecho internacional. Debate que nos habría de llevar a conceptos como la complementariedad como principio general de relación entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, el sistema de desdoblamiento funcional, la incorporación por referencia, o las conocidas como «leyes penales en blanco», la denominada «solución cero», etcétera. También y por supuesto, la discusión en última instancia conduciría a lo que con carácter general se ha encuadrado bajo el «principio de legalidad penal», o si se prefiere, en suma: al por qué, el cómo y el cuándo de la necesidad de tipificación interna de los distintos crímenes de derecho internacional. Sobre este particular, larga y ampliamente debatido (12), pareciera especialmente pertinente en lo que nos ocupa recordar aquí y ahora palabras como la del profesor REMIRO BROTONS, para quien la fecha decisiva para que pueda proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a las normas internas, sino la de su cristalización en las normas de Derecho internacional, pues «no hay razón alguna para hacer a los criminales beneficiarios de la morosidad de los legisladores estatales una vez que los tipos ya establecidos en el orden internacional son recibidos —miméticamente o por equivalencia— por los ordenamientos internos» (13). Posición que nos llevaría a lo mantenido por, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como *Kolk y Kislyiy, Korbeliy, o Kononov*; esto es, por citar el primero de ellos, que:

«The Court reiterates that Article 7 § 2 of the Convention expressly provides that this Article shall not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. This is true of crimes against humanity (...). The Court notes that even if the acts committed

by the applicants could have been regarded as lawful under the Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. The Court sees no reason to come to a different conclusion» (14).

Con todo, en lo que ahora interesa baste señalar que en casos como el español la obligación de una completa tipificación interna se torna especialmente clave y determinante; y ello así en tanto que por citar un solo ejemplo, el Tribunal Supremo aun remitiéndose a la tan ciertamente confusa decisión del caso *Scilingo* (15), recientemente ha subrayado que:

«Dijimos en la Sentencia 798/2007, y ahora lo reproducimos, que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible —por más que sea sostenida por algún sector doctrinal— que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación. La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 CP). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional» (16).

Más allá de mi modesta opinión sobre esta postura (17), a su luz es evidente que la obligación de «adoptar medidas», la necesidad de «una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales» (18), por seguir con las palabras del Tribunal Supremo, es absolutamente capital en nuestro país. De ahí que como veremos, la ausencia de las adecuadas modificaciones respecto a la tipificación de varios crímenes de derecho internacionales en el Anteproyecto de Reforma del CP sea tan preocupante como desconcertante.

III. LO QUE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA OMITI. ESPECIAL REFERENCIA AL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Vaya por delante que dentro de aquellos supuestos cuyo grado de certidumbre pudiera ser (más) discutible cabría desde luego identificar diversas omisiones. A modo de ejemplo y de acuerdo a la perspectiva de este trabajo, valga escoger uno que ha venido destacándose desde hace tiempo (19), como es el caso de las ejecuciones extrajudiciales (o extralegales), sumarias o arbitrarias. Sobre el mismo, la referencia fundamental en este punto bien pudiera ser el ya clásico conjunto de «Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias» (20), que comenzaba como sigue:

«1. Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos» (21).

Así las cosas, como ya se destacó al calor del proceso de reforma que culminó en el año

2010, cabría pues señalar que este delito sigue sin encontrarse tipificado como tal en el CP; en tanto que el mismo no es en fin, «asimilable al delito común de homicidio/asesinato» (22). No obstante, el ámbito y posibilidades de este trabajo aconsejan que nos centremos en algunos de los más claros ejemplos de lo que hemos señalado al inicio; resultando en este sentido idóneo el caso del delito de tortura. Sobre el mismo, nada se indica en el texto del Anteproyecto, de tal suerte que se pretende mantener inalterado lo ahora dispuesto en el art. 174 CP; esto es:

«1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.»

Si comparamos esta disposición con el contenido y obligaciones contraídas por España en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (23), la conclusión no puede ser otra que esta previsión no se ajusta, ni en lo sustantivo ni en las consecuencias penales previstas, a lo que España se comprometió a incorporar en su legislación penal; como por lo demás, se ha venido advirtiendo desde hace tiempo. De hecho, al respecto baste recordar, entre varios otros, el literal de las Observaciones finales del Comité contra la Tortura al Informe de España de 2009, en las que se leía lo que sigue:

«... el Comité —a pesar de la explicación proporcionada al respecto por la delegación del Estado parte— considera que sería oportuno incluir explícitamente en la definición del artículo 174 del Código Penal dos importantes elementos ulteriores para que ésta sea plenamente conforme al artículo 1 de la Convención: que el acto de tortura

también puede ser cometido por “otra persona en el ejercicio de funciones públicas” y que la finalidad de tortura puede incluir el fin “de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras” (artículo 1). El Comité alienta al Estado parte a seguir armonizando la definición de tortura contenida en el artículo 174 del Código Penal con el artículo 1 de la Convención» (24).

De otro lado, el Comité también reiteraba que:

«... de acuerdo con el artículo 174 del Código Penal, el culpable de tortura “será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es”, lo que no parece propiamente ser conforme al artículo 4 (2) de la Convención que estipula la obligación de todo Estado parte de castigar todos actos de tortura con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (artículos 1 y 4). *El Estado parte debería castigar todos actos de tortura con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad, de acuerdo con el artículo 4 (2) de la Convención. Además el Estado parte tendría que asegurar que en todos los casos se consideren de carácter grave todos actos de tortura, dado que ello atañe indisolublemente e intrínsecamente al concepto mismo de tortura*» (25).

Junto a ello, el Comité también destacó su «preocupa[ción] [sobre] que el crimen de tortura, entendido de manera autónoma y contemplado en el artículo 174 del Código Penal, prescribe en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa humanidad» (26). Concluyendo que: «[e]l Estado parte debería asegurar la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso» (27).

Mencionar cabría otras ausencias, como la no inclusión respecto al delito de tortura de una disposición similar a la prevista en el artículo 616 bis (sobre los delitos contra la Comunidad Internacional), aunque aquí podrían traerse a colación «principios básicos» como por ejemplo, el contenido en el artículo 5.1 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Al margen pues de cuestiones más complejas, con lo expresamente subrayado es suficiente para concluir que es sin duda censurable que a pesar de lo citado, el Anteproyecto de reforma no incluya absolutamente nada de lo anterior; y más que lamentable sería que en consecuencia, el Comité contra la Tortura deba volver a recordar a España sus compromisos internacionales a tenor de la Convención contra la Tortura.

Otro ejemplo, amplia y reiteradamente señalado, de tipificación incompleta, inconexa

y/o incoherente es el de los crímenes contra la humanidad, cuya «transposición operada según el derecho interno» en el artículo 607 bis del CP no se ajusta plenamente a la definición consolidada de este tipo de crímenes en el Derecho internacional, tal y como, por ejemplo, se ha codificado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (28); así ocurre, por ejemplo, en lo relativo al *apartheid*, el crimen de «persecución» (29), la correcta definición de la «violación» o del «embarazo forzado» (30). No obstante, una situación o categoría diferente se encontraría en el caso que ya avanzamos al inicio; esto es, el crimen de desaparición forzada. Sobre el que aparte lo tantas veces destacado respecto al literal del actual artículo 607 bis 2.6 (31), procederemos al necesario comentario individual.

En este punto, lo primero a destacar es que pese a las obligaciones contenidas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (32) —empezando por lo dispuesto en su artículo 4: «Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal»—, en el CP no se encuentra recogido tal tipo penal. Es decir, para el legislador español la «desaparición forzada» como tal, no existe. En este sentido y por recordar un ejemplo aplicado, valga recordar lo mantenido por el Auto de 3 de febrero de 2010 del Tribunal Supremo, donde se dijo que la «diversidad de bienes jurídicos entre la desaparición forzada de personas y la detención ilegal sin dar razón del paradero —del Código Penal de 1944 y siguientes— que es más evidente tras la actual redacción del artículo 166 del vigente Código Penal, hace que no sea equiparable al nuevo 607 bis. 2.6.º» (33).

En el ya citado reciente Informe de España ante el Comité contra la Desaparición Forzada se defiende que la actual configuración de los artículos 163 y ss. del CP —señaladamente artículos 163 a 168 (34)— es suficiente para cumplir con la obligación de «adoptar medidas» —tipificación— prevista en la Convención contra las Desapariciones Forzadas (35); identificando como tipo aparentemente más ajustado al previsto en el actual (36) artículo 166 (37); esto es:

«El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad».

A través entonces de los artículos citados es que se concluye que «la “desaparición forzada”, tal y como este fenómeno está definido por el artículo 2 de la Convención [también en la modalidad prevista en el artículo 3] (38), está

tipificada como delito en el Código Penal bajo la forma de detención ilegal/secuestro con desaparición (39). Sin embargo, la tipificación que presentan estos artículos, referidos no a delitos contra la Comunidad internacional sino a meros delitos comunes (el de detención ilegal/secuestro), sólo en el mejor de los casos podría entenderse como —de hecho así se apunta en el Informe— una suerte de tipificación por equivalencia; que además es incompleta. Ni el concepto, ni el sentido e implicaciones de la cláusula “amparo de la ley” (40) o “protección de la ley” (41), ni la misma palabra “desaparición” aparecen expresamente en el CP; debiendo acudir, se dice, a distintos preceptos para, parcialmente siempre, ir encontrando tipos delictivos que aplicar a los hechos de desaparición forzada. Así las cosas, podríamos remontarnos ahora a hace camino de dos décadas para —lamentablemente— tener que insistir en que cómo ya entonces subrayase el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas:

«No basta que los gobiernos se refieran a figuras penales preexistentes relativas a la privación forzada de la libertad, la tortura, la intimidación, el uso excesivo de la violencia, etc. Para dar cumplimiento al artículo 4 de la Declaración (42), debe tipificarse como delito separado el propio acto de desaparición forzada, según se prevé en la Declaración» (43) (44)».

De este modo, debemos volver a recordar que (también) la Convención contra las Desapariciones Forzadas no ha previsto que los Estados deban aplicar por «analogía» los tipos penales (comunes) que ya contiene el CP, sino que se ha recogido la inequívoca obligación de tipificar, como crimen de derecho internacional, la definición contenida en el artículo 2 de la Convención (45) [así como en el artículo 3 (46)]; obligación sobre la que España, evidentemente, ha consentido.

Hasta que se conozca la (esperable) reacción del Comité contra la Desaparición Forzada, sobre este primer particular valga concluir con unas palabras más recientes del mismo Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Así, tras una labor de análisis sobre las mejores prácticas en la represión de las desapariciones forzadas de las legislaciones penales nacionales, el Grupo nos compartía lo siguiente:

«Algunos Estados reconocen que todavía no han incorporado a su legislación nacional el delito de desaparición forzada, pero aducen que su legislación establece salvaguardias frente a diversos delitos vinculados al de desaparición forzada o estrechamente relacionados con él, como los de secuestro, detención ilegal, privación ilegal de libertad, trata, constricción ilegal y abuso de poder. Sin la existencia de una pluralidad fragmen-

tada de delitos no refleja la complejidad y el carácter particularmente grave de la desaparición forzada. Los delitos mencionados pueden formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero ninguno de ellos es suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva, y en muchos casos no conllevan sanciones que tengan en cuenta la extrema gravedad de ese delito, por lo que no llegan a garantizar una protección completa» (47).

Y así que el mismo Grupo de Trabajo en su informe de 2009 ya recordase a España sus obligaciones con arreglo a la Declaración de 1992, en particular, la tipificación y sanción del delito de desaparición forzada con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (48).

Aclarado lo anterior, sobre algunas cuestiones más específicas conviene finalmente apuntar que a pesar de lo que dispone el artículo 6 de la Convención contra las Desapariciones Forzadas (49), tampoco existe aún en el Derecho español previsión que recoja expresamente la responsabilidad penal de jefes y otros superiores por actos de desaparición forzada; y en cuanto al artículo 8, lo que se mantiene en el Informe de España para no llevar a cabo modificación alguna es que «con respecto al apartado primero (...) en cuanto a los demás supuestos de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada”, los mismos están sujetos al régimen de prescripción que con carácter universal (salvo para la desaparición en contexto de lesa humanidad) se establece en la Parte General del Código Penal» (50). La cuestión es que es este «carácter general» el que es contradictorio, precisamente, con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, que prevé la especialidad necesaria en los siguientes términos: «Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito» (51).

De este modo, en el texto del Anteproyecto de reforma se incorpora sólo un aumento de penas en el tipo previsto en el artículo 166, atendiendo, se dice, a lo dispuesto en el artículo 7 la Convención contra las Desapariciones Forzadas (52); de tal suerte que en suma, solamente se propone la siguiente redacción:

«1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años.

2. Se impondrá una pena de quince a veinte años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad. b) Que el autor hubiera lleva-

do a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.»

IV. A MODO DE VALORACIÓN FINAL

Como es sabido, resulta habitual en la práctica internacional que los Estados aleguen que requieren de cierto tiempo para cumplir con su obligación de «adoptar medidas» por la complejidad que acompaña a muchos procesos legislativos; también y por supuesto cuando estamos ante modificaciones exigidas en el ámbito penal. Sin necesidad de manifestarnos ahora sobre si en los evidentes ejemplos que hemos escogido, España no ha tenido ya tiempo y oportunidades más que suficientes para acomodar su Derecho interno a aquello con lo que se ha comprometido internacionalmente, en el momento actual no cabe otra valoración que la siguiente: ante el proceso de reforma del CP en marcha resulta particular y especialmente injustificable que en el mismo no se haya incluido, a la fecha, modificación sustantiva alguna respecto a las expresa, reiterada y ampliamente señalada serie de deficiencias existentes en la tipificación interna de varios crímenes de derecho internacional.

Así, es singularmente lamentable que aunque en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se invoque la conveniencia de realizar diversas «mejoras técnicas en la regulación», ninguna de ellas se dirija a algo tan sencillo como atender las ausencias, insuficiencias y/o deficiencias que desde largo tiempo se han identificado y señalado, no ya por parte de la comunidad jurídica, sino expresamente (también) por varios órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Esta realidad, además de suponer un nuevo incumplimiento de las obligaciones internacionales aceptadas por España, conlleva unas consecuencias especialmente graves y preocupantes, también en lo relativo a la persecución y sanción de los más graves crímenes de derecho internacional en España. Pues para ello, valga volver a recordar la tajante exigencia, sostenida por nuestro Tribunal Supremo, de la necesidad siempre y en todo caso de «una precisa transposición operada según el Derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales» (53).

A tiempo estamos, no obstante, de que durante el proceso que viviremos a partir del actual Anteproyecto de reforma, bien el prelegislador, bien el legislador, incorporen finalmente las necesarias modificaciones para lograr la tan obligada como precisa tipificación completa de los crímenes de derecho internacional en nuestro CP. ■

NOTAS

(*) El presente artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2012-36142 (Universidad Carlos III de Madrid), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

(1) Por referir el trabajo más reciente que conozco, y que examina la totalidad del texto del Anteproyecto: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal «Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

(2) Para otras menciones, véase nota 9.

(3) Disponible en http://elpais.com/diario/2010/03/20/opinion/1269039605_850215.html.

(4) Al respecto, puede verse RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «La modificación del Código penal español por LO 5/2010, en materia de crímenes de guerra. Un paradigma en la protección penal de las víctimas de la guerra», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 2012, págs. 1-25.

(5) A parte lo relativo a la derogación del actual art. 607.2, y su traslado parcial al nuevo art. 510.2 b) y c), lo más destacable es la incorporación de la pena de prisión permanente revisable; de tal suerte que en el Anteproyecto el art. 607.1 queda redactado del siguiente modo: «1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1. Con la pena de prisión de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros. 2. Con la prisión de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.3. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150.4. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado». En cuanto al particular de la prisión permanente, cuyo estudio concreto excede del ámbito y posibilidades de este trabajo, puede verse MARTÍNEZ GUERRA, A.: «28. Delitos contra la Comunidad internacional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit.

(6) En este caso se incorpora también la prisión permanente revisable, quedando redactado el art. 607 bis 2.1 en los siguientes términos: «Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.» Para más datos, véase el trabajo citado en la nota anterior.

(7) Véase el apartado III de este trabajo.

(8) COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA: «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 29 de la Convención. Informes de los Estados partes en virtud de l art. 29, párrafo 1, de la Convención que

debían presentarse en 2012. España», Documento de Naciones Unidas: CED/C/ESP/1, 28 de enero de 2013, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf.

(9) Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELOS, M.: «Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal Español», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, págs. 433-468, en pág. 435.

(10) Vid. Intercambio de poblaciones griegas y turcas, opinión consultiva, P.C.I.J. Series B, N.º. 10, pág. 20.

(11) Para más datos, SOROETA LICERAS, J. y BOLLO AROCENA, M.ª. D.: «La Protección de la Persona en el Derecho Internacional», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.ª edición, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2011, págs. 58-64.

(12) Posiblemente el ejemplo más reciente al respecto ha sido la discusión dada en el seno y en torno a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, de 12 de febrero de 2013, en la causa M. L., J. F. F., O. - Denuncia - Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley núm. 18.831, IUE 2-109971/201; siendo que en la propia sentencia se ejemplifican los términos generales de la discusión, que en el caso toma cuerpo en la posición mayoritaria de la Suprema Corte y el voto particular del Ministro de la Corte Jorge O. Chediak González (cfr. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el caso M. L., J. F. F., O. - Denuncia - Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley núm. 18.831, IUE 2-109971/2011, pp. 61 y ss). Para el lector interesado en mi visión sobre este tema en general, que incluye distintas posiciones acerca de esta cuestión, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007, pp. 168 y ss. Para más datos, pueden verse también los trabajos referidos en la nota 15.

(13) Vid. REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pág. 60.

(14) Caso Kolk y Kislyiy c. Estonia, Application núms. 23052/04 y 24018/04, decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006, *Fundamentos de Derecho*, pág. 9 [«El Tribunal reitera que el art. 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad (...). El Tribunal estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional. El Tribunal no ve motivo para llegar a una conclusión diferente». Traducción libre].

(15) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007. En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudirse a OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones comparto en este extremo. Para una perspectiva

parcialmente divergente, véase GIL GIL, A.: «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en CUERDA RIEZU, A. R. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (coords.): *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009. En cuanto al procedimiento anterior ante la Audiencia Nacional y por recordar una expresión que siempre me pareció muy significativa, «[la] Sentencia (...) se ha mojado en el debate sobre la naturaleza del principio de legalidad en el Derecho penal internacional, debate que grosso modo se puede decir que enfrenta a los penalistas con los internacionalistas, y, por cierto, siendo una sentencia penal redactada por un magistrado de lo penal, es curioso que se haya mojado a favor de los internacionalistas» (vid. BUENO ARÚS, F.: «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, 2007, págs. 78-96, en pág. 84). De este modo, mi posición es desde luego más próxima a la de autores como CASTRESANA, C.: «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo», *Jueces para la Democracia*, núm. 54, 2005, págs. 3-11; GALÁN MARTÍN, J. L.: «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», *Revista La Ley Penal*, núm. 25, año III, 2006, pp. 21-31; CAPELLÀ I ROIG, M.: «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005, págs. 1-13; que a la valoración contraria en lo que aquí ocupa de BUENO ARÚS, F.: «Jurisprudencia aplicada...», op. cit.; LAMARCA, C.: «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, 2007, págs. 69-77; o GIL GIL, A.: «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, págs. 1-18.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012, pág. 13.

(17) En lo concreto puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, págs. 100 y ss.

(18) Sentencia del Tribunal Supremo núms. 101/2012, de 27 de febrero de 2012, pág. 12.

(19) Véase por ejemplo, AMNISTÍA INTERNACIONAL: «España: Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal», febrero de 2012, disponible en <https://doc.es.amnesty.org>.

(20) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: «Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias», enunciados en el anexo de la Resolución 1989/1965, de 24 de mayo de 1989, y hechos suyos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución bajo rólulo: «Los derechos humanos en la administración de justicia», Documento de Naciones Unidas: A/RES/44/162, 15 de diciembre de 1989.

(21) La cursiva es mía.

(22) Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: «España: Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley...», doc. cit., pág. 13.

(23) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,

adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, en BOE de 9 de noviembre de 1987.

(24) Vid. COMITÉ CONTRA LA TORTURA: «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura. España», Documento de las Naciones Unidas: CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009, pfo. 7, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/cats43.htm>.

(25) Vid. *Ibid.*, pfo. 8.

(26) Vid. *Ibid.*, pfo. 22.

(27) *Idem*.

(28) Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en BOE de 27 de mayo de 2002.

(29) Sobre esta figura, de especial complejidad, véase ALIJA FERNÁNDEZ, R. A.: *La persecución como crimen contra la humanidad*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.

(30) Al respecto, consúltense, entre otros, CAPELLÁ I ROIG, M.: «El proyecto de reforma del Código Penal propone la incorporación por primera vez de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, núm. 1, 2003, págs. 540-544; GIL GIL, A.: «Capítulo II. Bis. De los delitos de lesa humanidad», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

(31) Sobre este particular, la más reciente posición formulada por las autoridades estatales viene a mantener que: «[l]a definición de los tipos penales y la referencia en los mismos a la normativa internacional, hace que se entienda que existe una coherencia y correlación absoluta entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho penal internacional en esta materia». Véase COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA: «Examen de los informes presentados...», doc. cit., pfo. 66.

(32) Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, en BOE de 18 de febrero de 2011.

(33) Vid. Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, Causa Especial núm. 20048/2009, pág. 40.

(34) «Art. 163. 1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. Art. 164. El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del art. 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del art. 163.2. Art. 165. Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de

autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Art. 166. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad. Art. 167. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Art. 168. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.»

(35) COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA: «Examen de los informes presentados...», doc. cit., párrs. 54-66, en especial párrs. 54-60.

(36) Para más datos, véase *infra*.

(37) *Ibid.*, pfo. 56.

(38) Cfr. *Ibid.*, pfo. 60.

(39) Vid. *Ibid.*, pfo. 59.

(40) Véase nota 30, así como art. 7.2 i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

(41) Consúltense nota 45.

(42) «1. Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad». Cfr. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/47/133.

(43) En concreto: «... que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley». Vid. *Ibid.*, Preámbulo.

(44) Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS: «Comentario General sobre el art. 4 de la Declaración», Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1996/38, pfo. 54. La versión original del Comentario sólo se encuentra disponible en inglés, la traducción citada es del mismo Grupo en «Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/16/48/Add.3, 28 de diciembre de 2010, pfo. 9.

(45) «Artículo 2. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del

Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.»

(46) «Artículo 3. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.»

(47) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/16/48/Add.3, 28 de diciembre de 2010, pág. 4.

(48) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/13/31, 21 de diciembre 2009, pfo. 502.

(49) «Artículo 6. 1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a) A toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma; b) Al superior que: i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento; c) El inciso b) supra se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar. 2. Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada.»

(50) COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA: «Examen de los informes presentados...», doc. cit., pfo. 96

(51) La cursiva es mía.

(52) «1. Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad. 2. Los Estados Partes podrán establecer: a) Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada; b) Sin perjuicio de otros procedimientos penales, circunstancias agravantes, especialmente en caso de deceso de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables.»

(53) Véase nota 18.