

## UNA APROXIMACIÓN A LA EXIMENTE POR OBEDIENCIA JERÁRQUICA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS

Doctor en Derecho. UNED

**Resumen:** La eximente de obediencia jerárquica es el lugar donde tiene lugar la colisión entre el deber legal de obedecer una orden y el deber legal de no cometer crímenes. En el ámbito del Derecho penal internacional ha quedado claro que la consolidación de la doctrina de la responsabilidad absoluta había sido más aparente que real desde un punto de vista histórico. La razón es que la doctrina que le servía de base era una ley ad hoc, condicionada por las circunstancias en las que la fue creada, dominada siempre por delitos de genocidio y delitos contra la humanidad, en lugar de crímenes de guerra, que tendrá que juzgar la Corte penal internacional, abierta a un mayor número de delitos, que no siempre serán genocidios o delitos contra la humanidad. Incluso se ha dicho que el Derecho penal internacional es el ámbito militar donde la defensa de obediencia jerárquica todavía permanece como un error de derecho especial. Todo lo anterior puede verse con facilidad en el art. 33 del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Como se ha dicho, la localización de la eximente en el ámbito del error de derecho y limitada a los crímenes de guerra se ve promovida hoy por el art. 33, que cubre al subordinado que desconociendo la ilicitud de la orden comete un crimen de guerra o un crimen de agresión no manifiestamente ilícito.

**Abstract:** *The defense of obedience to orders is the arena where collision between legal duty to obey an order and legal duty not to commit crimes takes place. In international criminal law field has been clarified that the consolidation of the absolute responsibility doctrine was more apparent than real from an historic view of the international criminal law. This is so because the law which backed that doctrine, was just an ad hoc*

*law, conditioned upon the facts for which it was created, always dominated by acts of genocide or crimes against humanity, instead by the crimes of war that the International Criminal Court is bound to judge, opened at a wide range of cases, not always related with acts of genocide or crimes against humanity, though. Having said that, in the International criminal law is the military field again where the defense for obedience to orders still remains a special mistake of law. All this can be easily seen in the article 33 of the Rome Statute of the International Criminal Court. As it was said, the facts that place the defense in the mistake of law field and delimit it within the crimes of war field is promoted today by the article 33 which back the subordinate who not knowing the unlawfulness of the order, commit war crime or an aggression crime not manifestly unlawful.*

**Palabras clave:** Derecho penal internacional; eximente de obediencia debida

**Key Words:** International criminal law; obedience to orders defense.

La responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a los superiores, resulta un tema vivo y de interés multidisciplinar ya que se debate de forma intensa en diferentes ámbitos jurídicos. Basta con mirar la supresión de la eximente autónoma en el Código penal de 1995 después de casi 200 años de pervivencia, al debate sobre la oportunidad de extender tal supresión al Código penal militar, o al Estatuto de Roma que aparentemente rompe con la línea tradicionalmente seguida en el Derecho internacional desde Nuremberg.

Aunque es el Derecho militar el medio más singular de la eximente, el Derecho penal internacional también resulta del máximo interés. No solo nuestro Derecho ha de ser completado con las reglas del Derecho internacional<sup>1</sup>, sino que además, la eximente por obediencia jerárquica en el Derecho penal internacional comparte con el Derecho penal militar español el factor criminológico. A nadie escapa que los crímenes internacionales en general y el crimen de guerra en particular, se cometan frecuentemente en contextos generados por los conflictos bélicos<sup>2</sup>, si atendemos a las normas internacionales que in-

<sup>1</sup> El art. 96.1 de la Constitución señala: «Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. [...]».

<sup>2</sup> La ligazón entre Derecho internacional y Derecho militar a través del hecho de la guerra ha sido subrayada entre otros, por PIGNATELLI Y MECA, cuando se refiere a las: «cuestiones [...] de naturaleza esencialmente internacional, tan determinantes como la operatividad del principio de jurisdicción universal en relación al género delictivo

ciden y regulan los conflictos armados y que también se aplican en las llamadas operaciones de imposición y las de mantenimiento de la paz, o en entornos mediatizados por aparatos de poder militarizados<sup>3</sup>.

Dicho lo anterior, la presente investigación tiene por objeto abordar algunas cuestiones que suscita la exención por obediencia en los Convenios internacionales y en la Jurisprudencia internacional que se ocupan del crimen de guerra y de agresión, con especial detenimiento en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ratificado por España el 24 de octubre de 2000, al ser el Derecho penal internacional más recientemente codificado.

## I. La exención por obediencia jerárquica desde los Convenios Internacionales

Las convenciones internacionales se erigen en la primera fuente del Derecho internacional<sup>4</sup>. Cabe citar distintos convenios internacionales que se han referido explícitamente a la cuestión de la exención por obediencia como la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que entró en vigor el 26 de junio de 1984<sup>5</sup>; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Brasil el 9 de junio de 1994<sup>6</sup>; o la Convención Internacional de Pro-

---

de la guerra, la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores [...]» PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 33 o por FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, «Que los Estados tengan normas para el evento bélico, también es cierto, pero que la atención se ha centrado casi exclusivamente en las normas internacionales, también lo es», FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J. L., *El Derecho de los conflictos armados. De Iure Belli. El Derecho de la Guerra*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 32.

<sup>3</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2005, p. 259.

<sup>4</sup> El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala: «1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; [...]».

<sup>5</sup> El art. 2.3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes —Res. AG ONU, A/39/51 (1984)— señala: «No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura».

<sup>6</sup> El art. VIII de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas señala: «No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o ins-

tección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006<sup>7</sup>. Estos convenios comparten el hecho de que rechazan otorgar al subordinado la exención de la responsabilidad por los actos cometidos en obediencia a los superiores.

Sin embargo, a diferencia de estos convenios internacionales, normalmente<sup>8</sup> los Convenios internacionales vinculados a los conflictos bélicos no cierran la puerta a la eximente por obediencia jerárquica, como ocurrió con el Derecho de Ginebra, el Tratado de la European Defence Community, o el Código de crímenes contra la paz y la seguridad.

## 1. Derecho de Ginebra

Transcurridos los episodios bélicos que marcaron la primera mitad del siglo xx, los Convenios de Ginebra de 1949 y sucesivos Protocolos Adicionales de 1977 omitieron el problema de la comisión de crímenes internacionales en obediencia a las órdenes de los superiores en sus respectivos textos. Sin embargo, ello no impidió que durante los trabajos de redacción de sus textos se planteara la cuestión e incluso se mantuvieran posturas que reflejaron el sentir de los redactores respecto del problema de la obediencia en los distintos grupos de trabajo<sup>9</sup>.

---

trucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas», si bien su art. XV excluye su aplicación a conflictos armados internacionales regidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, relativos a la protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas, y a prisioneros y civiles en tiempo de guerra.

<sup>7</sup> El apartado 6.2 de la Convención Internacional de Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, señala: «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».

<sup>8</sup> Excepción hecha de la Convención de Guerra Submarina de Washington de 1922 en la que dada la impunidad generalizada que se dio en los Tribunales de Leipzig se excluía en su art. 3 la eximente de obediencia.

<sup>9</sup> SCHABAS, W. A., considera el silencio en la regulación de la eximente por obediencia en los tratados, favorable a su proyección en el Derecho penal internacional y señala que aunque la eximente ha sido excluida en los Tribunales Internacionales *ad hoc*, los tratados, como la Convención sobre el Genocidio, que se abstuvieron de prohibir la eximente, se entienden posicionados más próximos que lejos del art. 33 del Estatuto de Roma: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Nueva York 2001, p. 91.

En los trabajos de redacción de los Convenios de Ginebra de 1949 se propuso admitir la eximente por obediencia a órdenes de los superiores que entrara en juego en caso de error del subordinado, introduciendo la siguiente redacción: «El hecho de que el acusado actuara en virtud de obediencia al amparo de órdenes emitidas por su superior o en aplicación de leyes o normas, no constituirá circunstancia suficiente para exonerarle de responsabilidad una vez que la acusación acredite que el acusado, dadas las circunstancias de hecho, pudo razonablemente inferir que estaba infringiendo este Convenio. No obstante lo cual, en tales casos, la punibilidad podrá quedar atenuada o incluso excluida si las circunstancias los justificasen».

También en el borrador del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra propuesto por el Comité Internacional de la Cruz Roja, se recogía en el apartado 2º del art. 77 el siguiente texto: «[...] El hecho de haber actuado el acusado al amparo de una orden de su gobierno o de sus superiores no excluirá su responsabilidad penal si se acredita que, atendidas las circunstancias al tiempo de ejecutar la orden, debería haber razonablemente deducido que estaba cometiendo una grave infracción de los Convenios o del presente Protocolo y que tenía la posibilidad de haberse negado a obedecer dicha orden». Con esta fórmula, próxima a la de la posibilidad moral de opción del Principio IV de Nuremberg<sup>10</sup>, se enunciaba *a contrario* la eximente por obediencia como un caso de error pues llevaría a afirmar que el subordinado podría resultar exonerado de responsabilidad por actuar al amparo de una orden si no podía haber razonablemente reparado en que estaba cometiendo un crimen atendidas las circunstancias concurrentes.

Sin embargo, muchos Estados se negaron a aceptar la eximente por obediencia con argumentos de corte política y psicológica lo que llevó finalmente a impedir la constitución de una mayoría suficiente de Estados —dos terceras partes<sup>11</sup>— que sacaran adelante la pro-

---

<sup>10</sup> AUBERT, M., comentaba en 1988 que este texto, se basaba en uno de los principios de Nuremberg y en tanto que fue finalmente rechazado, parece más difícil aceptar que los principios de Nuremberg formen parte del Derecho internacional puesto que de ser así, deberían haberse incluido en el Derecho internacional humanitario: AUBERT, M., «La cuestión de las órdenes superiores y la responsabilidad de los Jefes», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 263, marzo-abril 1988, p. 114. También VAN SLIEDREGT, recuerda que se desatendió esta oportunidad para codificar una regla que zanjara la cuestión a favor de la responsabilidad limitada o absoluta: VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, T. M. C Asser Press, The Hague, 2003, p. 320.

<sup>11</sup> 36 a favor, 25 en contra y 25 abstenciones: CDDH, *Officials Records*, Vol. VI, CDDH/SR.45, 30 may 1977, p. 308. También véase *Customary International Humanitarian Law*, T. M. C Asser Press, The Hague, 2003, p. 320.

puesta en el pleno. Aunque únicamente incluyó un artículo consagrado a la responsabilidad de los comandantes por las órdenes ilegales que pudieran impartir<sup>12</sup>, el Derecho de Ginebra lejos de bloquear la eximente por obediencia, permitió su aplicación en el Derecho de los conflictos armados dejando la cuestión del tratamiento de la obediencia en manos de la legislación penal del Estado en el cual tendrían lugar las diligencias penales<sup>13</sup>, legislación que normalmente reconocía la eximente.

## 2. *Tratado de la European Defence Community*

Algo similar a lo ocurrido durante la elaboración del borrador del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, sucedió en el ámbito específicamente europeo, con el Tratado de la *European Defence Community*. Aunque éste nunca llegó a ver la luz, durante los trabajos de elaboración en 1950 de su Protocolo relativo a la Ley penal militar, una comisión de expertos propuso un precepto que señalaba: «un subordinado que ha cometido un delito, es responsable

---

*tarian Law* Volume I: Rules, Part 2, Edited by HENCKAERTS J.-M., AND DOSWALD-BECK L., *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, University Press, Cambridge, 2005, p. 565. Consecuentemente, dado que las propuestas darían lugar a graves escollos para la ratificación de los textos por los diferentes países y el temor a que más adelante pudiera disminuir el número de ratificaciones, ciertos países que inicialmente apoyaron las reglas recogidas en las mismas desistieron de su interés en mantener su aprobación. P. GAETA, «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law», ob cit., p. 187 y 188; BASSIOUNI, C, *Crimes Against Humanity in International Law*, 2<sup>a</sup> ed., (Kluwer Law International), La Haya/Londres/Boston, 1999, p. 478. Otra opinión le merece a DÍAZ PALOS, quien entiende que el silencio recogido en estos textos resulta de una conciliación entre las tesis que preconizaban la responsabilidad absoluta o tesis de las bayonetas razonables y las de la nula responsabilidad o tesis del *perinde ac cadáver*. Nueva voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 762.

<sup>12</sup> El art. 86.2, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra establece: «El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción». Según PIGNATELLI Y MECA, F., dicho precepto constituye una cláusula que completa y refuerza aquella del *derecho de Nuremberg*, concretamente ínsita en el art. 8 del Estatuto de Londres de 8 de agosto de 1945, que excluye la obediencia debida como causa de exoneración. PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, ob. cit., p. 214.

<sup>13</sup> AUBERT, M., *La cuestión de las órdenes superiores y la responsabilidad de los Jefes*, ob. cit., p. 113.

sólo si conocía o si era manifiesto que ejecutar la orden implicaría la comisión de un delito»<sup>14</sup>. En definitiva, con tal propuesta y al igual que como aconteciera con el apartado 2º del art. 77 del borrador del Protocolo Adicional I, se hacía nuevamente pivotar la eximente por obediencia sobre el desconocimiento de la ilegalidad de la orden.

### 3. Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Otro intento de codificación fueron los trabajos de elaboración de un Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad que, a través de la comisión codificadora de Naciones Unidas bajo la ponencia del griego Jean SPIROPOULOS, incluyó en sesión de 29 de julio de 1950 el siguiente art. 4: «el hecho de que una persona acusada de la comisión de un delito de este código haya procedido siguiendo una orden de su gobierno o de un superior no le exime de responsabilidad ante el derecho penal internacional, si es que tuvo moralmente la libertad de escoger»<sup>15</sup>. En el borrador aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1953, el citado art. se mantuvo en su mayor parte, alterando sólo el último inciso que excluía la apreciación de la eximente: «[...] si conforme a las circunstancias concurrentes al tiempo de la ofensa le fue posible no dar cumplimiento a esa orden»<sup>16</sup>.

Retomados los trabajos de redacción décadas después, a raíz de la Resolución 36/106 de 10 Diciembre de 1981 de la Asamblea General de la ONU, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas reelaboró una versión que se aprobó en 1991<sup>17</sup> y que recogía un art. 11 que señalaba: «El hecho de que quien sea imputado por un crimen contra la paz y seguridad de la humanidad hubiera actuado en cumplimiento de una orden de un Gobierno o superior no le exi-

<sup>14</sup> KEIJZER, N.: *Military obedience*, SIJTHOFF & NOORDHOFF, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 1978, p. 213.

<sup>15</sup> *Customary international humanitarian law*, Vol II: *Practice*, art. 2, cit., pp. 3816, punto 865. TRIFFTERER, señala que la Comisión comentó de este precepto que incluía dos aspectos en su regulación, la coerción y el error: TRIFFTERER, O., en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden (Alemania), 1999, p. 575.

<sup>16</sup> Citado por PORRES JUAN-SENABRE, E.: «Consideración general de la obediencia debida como eximente», en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12, julio-diciembre, 1961, p. 156.

<sup>17</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991, Vol II, (Parte II), DOCUMENT A/46/10 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 43ª sesión (de 29 de abril a 19 de julio de 1991), p.100.

mirá de responsabilidad criminal si conforme a las circunstancias del momento fue posible para él no darle cumplimiento». No obstante, esta redacción quedó diluida tras diferentes borradores, resultando el texto del art. 5 del borrador final aprobado en 1996 similar al art. 8 del Estatuto de Nuremberg, al señalar: «El hecho de que quien esté imputado por la comisión de un crimen contra la paz y seguridad de la humanidad haya actuado con ocasión de una orden emitida por un Gobierno o por sus superiores, no le exime de responsabilidad criminal si bien podrá ser atenuada la pena impuesta si la justicia lo demanda»<sup>18</sup>.

En cualquier caso, no debe olvidarse que en los borradores del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1950, de 1951 y de 1991, abrían la puerta a la eximente excluyendo la culpabilidad personal del subordinado cuando no poseía ninguna posibilidad de opción.

## II. La exención por obediencia en el ámbito militar desde la Jurisprudencia Internacional

La Jurisprudencia internacional juega complementando el Derecho internacional sin llegar a ser fuente primaria de derecho<sup>19</sup>. Conviene tener en cuenta que se ha defendido que las soluciones de los tribunales penales internacionales son solo soluciones *ad-hoc* cuyo marco referencial se contraen a unos concretos hechos que se sucedieron en determinados momentos críticos de la Historia<sup>20</sup>, y

---

<sup>18</sup> Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 51a sesión (6 de mayo - 26 de julio de 1996), Doc. of. sup. n.º 10 (A/51/10), pp. 33-37, art. 5.

<sup>19</sup> El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala: «1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59».

<sup>20</sup> RAGUÉS I VALLÉS estima que tribunales como el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, no solo resuelven casos concretos sino que con sus sentencias establecen pautas que de hecho se convierten en vinculantes para supuestos similares que puedan plantearse en el futuro y, por tanto actúan como auténticos legisladores internacionales: RAGUÉS I VALLÉS, R.: «¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Endemovic ante el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia», *Revista de Derecho penal y criminología*, N.º 7,



que no puede sostenerse que tales instancias judiciales internacionales hayan actuado como auténticos legisladores penales internacionales.

Sin embargo, también resulta de gran interés conocer las soluciones que se adoptaron desde la Jurisprudencia internacional frente a los diferentes episodios bélicos que se sucedieron y trataron el tema de la obediencia.

### *1. Juicio de Peter Von Hagenbach*

Uno de los primeros referentes judiciales conocidos que trataron la cuestión de la exención por obediencia fue el Juicio de Peter VON HAGENBACH en el año 1474. En palabras de Benjamin N. SCHIFF<sup>21</sup>, este Tribunal Internacional es de los primeros que refleja la preocupación de la comunidad internacional por dispensar la justicia en la guerra en vez de la justicia de la guerra. Peter VON HAGENBACH fue nombrado gobernador de la ciudad de Breisach por Charles THE BOLD, y siguiendo instrucciones de éste, aplicó un régimen de particular tiranía tanto en la propia ciudad de Breisach como en los territorios vecinos, mediante la práctica habitual de asesinatos, violaciones, saqueo y privación de propiedades privadas a los habitantes de dichas localidades. Para enjuiciar los crímenes cometidos por Peter VON HAGENBACH, se formó un Tribunal internacional bajo los auspicios del Archiduque de Austria en el que se debatieron los problemas derivados de la responsabilidad criminal que había de atribuirse a quien había cometido crímenes en nombre o siguiendo instrucciones de su superior, el Duque de Burgundy cuyas órdenes, alegó, no podía desoír. Sin embargo, este Tribunal rechazó esta defensa dictaminando que había infringido las leyes más universales de Dios y de los hombres y que los hechos atribuidos al imputado eran auténticos críme-

---

2001, p. 135. Sin embargo soy más de la opinión de BANTEKAS, I., quien advierte que los Tribunales Internacionales se dotan de sistemas propios cuyas fuentes del derecho no coinciden necesariamente con las que existen al margen de dichos sistemas: BANTEKAS, I.: *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2004, p. 271. Como explica PIGNATELLI y MECA, F., nos hallamos ante Tribunales con carácter no permanente que «nacen para un conflicto determinado y en concreto, se les señala, como finalidad exclusiva la de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones través del Derecho Internacional humanitario cometidas en el teatro de esos específicos conflictos», en «La posición española ante el Derecho internacional humanitario», *Sociedad Internacional de Derecho Militar y de derecho de la Guerra. Grupo Español I Jornadas*, Madrid, 1996, p. 39.

<sup>21</sup> SCHIFF, B. N., *Building the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Nueva York (EEUU), 2008, p. 16.

nes bajo dicha consideración<sup>22</sup> dejando sentado que actuar por obediencia no era un cheque en blanco para el subordinado.

En definitiva, como señala GARRAWAY<sup>23</sup>, el juicio de Peter VON HAGENBACH en el siglo XV refleja el conflicto entre las exigencias de la disciplina militar de que se obedezcan las órdenes y las exigencias de la justicia de que los crímenes no queden impunes.

## 2. Primera Guerra Mundial: Derecho de Versalles

Tras la primera Guerra Mundial se constituyó una Comisión que preparara un *Rapport* para la Conferencia preliminar de la paz de Versalles de 1919 sobre responsabilidades y sanciones de los autores de tal contienda bélica. Este *Rapport* señalaba: «Conviene añadir que el mero hecho de haber sido condenada una autoridad superior no debe sustraer a las autoridades civiles y militares subordinadas a la responsabilidad en que hayan podido incurrir por la misma infracción. Es el Tribunal quien debe decidir si la excusa que resulta de las órdenes superiores ha de considerarse suficiente para eximir de toda responsabilidad»<sup>24</sup>.

En cualquier caso, el Tratado de Versalles firmado el 28 de junio de 1919 no trató la cuestión de la responsabilidad de los subordinados por los actos cometidos en cumplimiento de las órdenes de los superiores, dejándose abierta la puerta a la impunidad del ejecutor obediente y también de todos los eslabones intermedios, quedando sólo imputables el Comandante en Jefe o la misma cabeza del Estado, con el sistemático alegato de obediencia jerárquica de los acusados ante los Tribunales durante el proceso de Leipzig<sup>25</sup>, los cuales se vieron incapaces por tal motivo de establecer una responsabilidad penal<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Law*, 2ª edic., Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999, p. 450; GREPPI, E.: *Ordine superiore e responsabilità dell'individuo nei crimini internazionali*, Università Degli Studi di Torino Facoltà di Giurisprudenza, Torino, 2002, ps 533 y ss.

<sup>23</sup> GARRAWAY, C., «Superior orders and the international criminal Court: justice delivered or justice denied», *International Review of the Red Cross*, Nº 836, 1999, p. 785.

<sup>24</sup> RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., DYKINSON, Madrid, 1985, p. 523. SOLIS, G. D., «Obedience of orders and the law of war: judicial application in american forums», *International Law Review* Volume 15, No. 2 - January 2000, p. 497.

<sup>25</sup> BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Law*, ob. cit., p. 453.

<sup>26</sup> De un total de 901 procedimientos, sólo fueron condenadas 13 personas, no siendo ejecutada ninguna de las condenas: GREPPI, E., *Ordine superiore e responsabilità dell'individuo nei crimini internazionali*, ob cit., p. 78.

Sin embargo, de los llamados «Juicios de Leipzig» deben rescatarse los procesos judiciales de «*Llandovery Castle*» y «*Dover Castle*», en los que se sustanciaron cuestiones relativas a la obediencia desde la óptica del entonces vigente Código penal militar alemán y en los que se aplicó el principio de la *moral choice* aludido sobre la base del art. 47 del Código penal militar alemán de 1872<sup>27</sup>.

En cuanto al caso relativo al *Dover Castle*<sup>28</sup>, en el que el gobierno alemán habría ordenado el hundimiento de todos los barcos hospitales porque tenía serios indicios para creer que tales embarcaciones transportaban militares y, en consecuencia, podían constituir objetivos militares, el Tribunal aceptó la eximente por obediencia de un subordinado que cumplió órdenes de torpedear un buque hospital al estimar que el subordinado creyó de buena fe que tales órdenes no eran contrarias al Derecho internacional sino que entraban en el terreno de las represalias legítimas. Este precedente resultó duramente criticado. Geneviève DUFOUR<sup>29</sup> señala: «Y es aquí, donde reside el peligro de aceptar la defensa de órdenes superiores en algunos casos. Dado que las órdenes las impartió el mismo gobierno, la Corte consideró procedente creer que los subordinados habían juzgado la orden como legítima». Esta configuración de la eximente por obediencia desde la perspectiva del error de Derecho continuó en el Derecho de Nuremberg y persiste hoy con mayor fuerza que nunca en el art. 33 del Estatuto de Roma.

Mientras, en el caso *Llandovery Castle*<sup>30</sup> en el que el acusado no solo torpedeó un buque hospital británico sino que además mató a sus supervivientes, no obstante estar destinado al transporte de heridos y enfermos y estar provisto de las insignias características para poder estar identificado conforme al Convenio de la Haya de 1907, el Alto Tribunal de *Leipzig* señaló: «el subordinado que actuó en virtud de obediencia es responsable criminalmente si le era dado que efectivamente la orden del superior implicaba una infracción de una ley civil o militar (...), ciertamente el subordinado no está nunca obligado a cuestionar de forma sistemática las órdenes recibidas pudiendo

---

<sup>27</sup> BANTEKAS, I. & NASH, S., *International Criminal Law*, 2ª edic., CAVENDISH publishing, London, (UK), 2003, p. 132.

<sup>28</sup> Germany, Reichsgericht, *Dover Castle case*, Judgement, 4 June 1921.

<sup>29</sup> GENEVIÈVE DUFOUR, «¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 840, año 2000, pp. 969 y ss.

<sup>30</sup> Germany, Reichsgericht, *Llandovery Castle case*, Judgement, 16 July 1921. Fueron condenados el comandante que dio la orden y los dos oficiales que la ejecutaron por ser aquel mandato universalmente conocido como contrario a la Ley. DÍAZ PALOS, F., *Nueva Enciclopedia jurídica*, ob., cit., p. 761.

adoptar frente a éstas una presunción de validez y legalidad, sin embargo tal presunción no podrá sostenerse en aquellos casos en que el carácter contrario a la ley de la orden era conocido universalmente por todo el mundo incluido el imputado».

Como puede comprobarse, con los juicios de Leipzig la consideración a la eximente por obediencia fundada en el no conocimiento de la ilegalidad de la orden y de la ausencia de carácter manifiestamente ilegal empieza a tomar carta de naturaleza<sup>31</sup>.

Habida cuenta los problemas insalvables de prueba para acreditar la existencia de la misma orden, dado el hecho de que normalmente las órdenes dadas en batalla eran verbales<sup>32</sup>, para demostrar que el subordinado actuó movido por la obediencia debida a sus superiores, o que conocía la ilegalidad de la orden, la apreciación de la eximente empezó a quedar condicionada a que la orden no se presentara ilegal para el hombre razonable, que dadas las circunstancias no le era exigible conocer la ilegalidad de la orden, o en definitiva, que no fuera manifiestamente ilegal<sup>33</sup>.

Por lo demás y dejando al margen lo anterior lo cierto es que tras la I Guerra Mundial, la exención por obediencia se convirtió en la válvula de escape para eludir toda la responsabilidad en virtud del encadenamiento de órdenes y jerarquías.

---

<sup>31</sup> Aunque KITTICHAISAREE, K., entiende que la eximente por obediencia articulada desde los requisitos del no conocimiento de la ilegalidad de la orden y de la ausencia de carácter manifiestamente ilegal se remonta a 1900: KITTICHAISAREE, K. *Internacional Criminal Law*, Oxford. University Press, 2001, p. 266.

<sup>32</sup> WILFORD GARNER, J., escribía en 1920: «si la regla de la ley criminal desplazara la carga de la prueba sobre el Estado que enjuicia a los culpables, probablemente se darían pocos casos condenatorios ya que el acusado normalmente alegaría que actuó en cumplimiento de órdenes verbales y el acusador encontraría serias dificultades para probar lo contrario». WILFORD GARNER, J., *International Law and the World War*, Vol. II, 1920, Longman, Green and co, editado por OPPENHEIM, L, p. 485. Siguiendo a YORAM DINSTEIN, de la experiencia resultante de los juicios de Leipzig se deducen tres consecuencias: como regla general, el subordinado que comete un acto criminal obedeciendo órdenes de su superior no incurre en responsabilidad criminal; que esta regla no se aplica sin embargo cuando el subordinado conocía que la orden era ilegal y que para determinar si el subordinado conocía que la orden era ilegal se utilizó la regla del carácter manifiestamente criminal de la orden: DINSTEIN, Y., en *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Leyden, Netherlands: AW Sijthoff, 1965, p. 19.

<sup>33</sup> BANTEKAS, I., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Portland, Oregon 2004, p. 270.

### 3. Segunda Guerra Mundial: Derecho de Nuremberg

El 8 de agosto de 1945 se publicó el Acuerdo de Londres por el que habría de regirse la constitución y funcionamiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg llamado a juzgar las responsabilidades penales de los grandes criminales de guerra cuyos actos no tuvieran una localización geográfica precisa. El art. 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg señalaba: «El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere».

También el apartado *b)* de la sección 4 del art. II de la ley N° 10 del Consejo de Control Aliado<sup>34</sup> y el art. 6 de la Carta para el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente<sup>35</sup>, normas que sirvieron para conformar lo que fue conocido como Derecho de Nuremberg, establecían que el actuar en cumplimiento de una orden proveniente de un Estado o de un superior no suponía ninguna circunstancia eximente.

Sin embargo, este principio de responsabilidad absoluta que aparentemente abrazó el Derecho de Nuremberg manifestó cierta debilidad:

1. Durante los trabajos de redacción del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la «Comisión de Crímenes de guerra de las Naciones Unidas» en 1943 no pareció mantener un rechazo decidido a la eximente, postura ambigua que finalmente se abandonó en 1945 dada la falta de unanimidad sobre la materia, concluyéndose: «que el mero hecho de haber actuado en obediencia a órdenes de los superiores no exime por sí mismo de responsabilidad a quien haya cometido un crimen de guerra»<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> El apartado *b)* de la sección 4 del art. II de la ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, de aplicación en la Alemania ocupada por las 4 potencias aliadas tras la II Guerra Mundial establecía: «El hecho de que el acto criminal se lleve a efecto al amparo de una orden dictada por un superior, no derivará en la exención de su responsabilidad, sin embargo sí podrá llevar a mitigarla».

<sup>35</sup> También puede considerarse que forma parte del Derecho de Nuremberg, la Carta para el Tribunal de Tokio, que señalaba en su art. 6: «Ni la condición de oficial del acusado, ni el hecho de que este hubiera actuado en obediencia a las órdenes de su gobierno serán por sí mismos suficientes para liberar tal acusado de responsabilidad de cualquier crimen del que sea acusado pero tales circunstancias podrán ser tenidas en cuenta para atenuar la pena si el Tribunal así lo estima».

<sup>36</sup> *History of the United Nations War Crimes Comisión and the Development of the laws of War*, 1948, citado por LEVIE, H. S., «The rise and fall of an internationally codi-

2. Aunque el Tribunal para el Lejano Oriente siguió fielmente la praxis del Tribunal de Nuremberg y por tanto rechazó la eximente en los casos enjuiciados, no debe pasarse por alto que la Carta de Tokio señaló que el actuar en obediencia no sería *por sí mismo* suficiente para eximir, fórmula algo más flexible que la del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg pues permitía eximir por obediencia tomando en consideración todas las circunstancias que se dieran en el caso concreto<sup>37</sup>.

3. Además, la línea seguida por el Derecho de Nuremberg, supuso una ruptura con la línea mayoritaria seguida en el Derecho comparado de la época<sup>38</sup>. En 1941, durante la elaboración del Estatuto, el Subcomité sobre obediencia a las órdenes de los superiores, tras examinar las legislaciones nacionales, señaló: «En términos generales dichas legislaciones reconocían la obediencia eximente cuando el subordinado recibía una orden del superior en relación con el servicio y dentro de sus competencias siempre que la orden no resultara notoriamente ilegal [...]»<sup>39</sup>. Y no solo este Subcomité, sino también los mismos pronunciamientos del Tribunal de Nuremberg entraron en contradicción cuando de un lado afirmaron que el art. 8 era compatible con el Derecho de todas las naciones y por lo tanto, la actuación bajo órdenes solo podía llevar a una atenuación de la pena<sup>40</sup> y de otro lado se reconoció: «en las leyes penales de las naciones se contempla como caso de impunidad [...] la existencia de una orden superior [...]»<sup>41</sup>.

---

fied denial of the defense of superior orders», *Revue internationale de droit militaire et de droit de la guerre*, Vol. 31, 1991, pp. 183 y ss. y VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, T. M. C Asser Press, The Hague, 2003, pp. 318 y ss. Conviene advertir que la expresión «Naciones Unidas» no se refiere a la Organización de las Naciones Unidas sino a las Potencias Aliadas.

<sup>37</sup> SLIEDREGT llega a afirmar que a diferencia de Nuremberg, donde la eximente por obediencia fue rechazada, en Tokio tuvo un espacio para su aplicación: VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, ob. cit., p. 320. Véase la Sentencia de Tokio en: Internacional Military Tribunal for the Far East, proceso contra los principales criminales de guerra japoneses, 12.11.1948 (en Röling/Rüter, Tokio Judgement [1977], vol. I, p. 1-468; Pritchard/Zaide, Tokio [1981], vol. 21).

<sup>38</sup> JESCHECK, H.-H., «The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 46.

<sup>39</sup> *History of the United Nations War Crimes Comisión and the Development of the laws of War*, 1948, citado por LEVIE, H. S., «The rise and fall of an internationally codified denial of the defense of superior orders», *Revue internationale de droit militaire et de droit de la guerre*, ob. cit., pp. 183 y ss.

<sup>40</sup> AMBOS, K., *Estudios de Derecho Penal Internacional*, UCAB, 2005, p. 178.

<sup>41</sup> CALDRÓN PERAGÓN, J. R., *El Juicio de Nuremberg. Hacia una Corte penal Internacional*, edic. Jabalcruz, Jaén, 2000, pp. 56 y 57.

4. La práctica judicial resultante del Tribunal Militar de Nuremberg y de los demás Tribunales Militares que se constituyeron para enjuiciar los crímenes cometidos con ocasión del la II Guerra Mundial<sup>42</sup> no se mostró del todo congruente con la letra y espíritu del art. 8 del Estatuto. En casos como «*Hostage*»<sup>43</sup>, «*Einsatzgruppen*»<sup>44</sup> o «*Scuttled U-boats*»<sup>45</sup> la práctica judicial afirmó que si el subordinado desconocía y conforme a las circunstancias concurrentes no debía haber sabido que la orden era ilegal, no cabía apreciar el *mens rea*<sup>46</sup> o di-

<sup>42</sup> En este sentido hay que señalar que la jurisprudencia relativa a la II Guerra Mundial se forjó por una disparidad de Tribunales, tanto de carácter internacional como el Tribunal Militar de Nuremberg y el Tribunal Militar para el Lejano Oriente como los tribunales nacionales de ocupación o alemanes. A. GIL GIL señala: «[...] el Acuerdo de Londres establece la competencia del Tribunal Militar Internacional sobre los «grandes criminales de guerra» cuyos crímenes «no tengan una localización geográficamente precisa» [...]. Los llamados criminales de guerra «menores» fueron juzgados por los tribunales nacionales de los países ocupados, como preveía la Declaración de Moscú y el art. 4 del Acuerdo de Londres, y por los tribunales de ocupación señalados también en este último documento —art. 6—», GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 365.

<sup>43</sup> Proceso de los rehenes (caso 7) = U.S. v. List et al., 19.2.1948 (TWC XI, p. 1230-1319; en alemán: Zöllner/Leszczynski (editores), Fall 7 (1965), p. 73-176): «El hecho de que la ilegalidad de la orden no fue conocida por el imputado ni así mismo pudo haber sido conocida dadas las circunstancias que concurrieron, es consustancial a la falta de conocimiento y voluntad necesarios para la existencia del crimen internacional, sirviendo de defensa al acusado». Ello no impidió al Tribunal a mantener en dicho caso que: «No obstante la regla general es que los miembros de las fuerzas armadas están obligados a obedecer solo las órdenes revestidas de legalidad de sus superiores y no serán relevados de responsabilidad criminal cuando cometan crímenes internacionales aún en virtud de obediencia debida, infringiendo por ello los más fundamentales postulados de justicia [...] un oficial está obligado a obedecer solo las órdenes legales que reciba. Quien traslade, emita o ejecute órdenes criminales es criminalmente responsable si conocía o debería haber conocido su carácter criminal. Evidentemente, un *field marshal* del Ejército Alemán, con más de 40 años de experiencia como profesional, sabía o debería haber sabido su carácter criminal. Somos de la opinión que si la legalidad de la orden no fue conocida por el inferior y no podía de forma razonable esperarse que la conociera, no existe el elemento subjetivo necesario para que se de la comisión del crimen y el inferior quedará amparado»: FRIEDMAN, L., *The Law Of War, a Documentary History*, Vol II, Random House, New York, 1972, p. 1323.

<sup>44</sup> U.S. v. Ohlendorf et al., 10.4.1948 (TWC IV, 411-589) En este caso, en aplicación de *Control Council Law*, No 10, el Tribunal militar señaló que para apreciar la eximente por obediencia, era necesario acreditar una ignorancia excusable de la ilegalidad de la orden: BANTEKAS, I., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, ob. cit., p. 271. KITTICHAISAREE, K., señala la argumentación del Tribunal en este caso coincide con la fórmula del art. 33 del Estatuto de Roma: *Internacional Criminal Law*, ob. cit., p. 267.

<sup>45</sup> En el que se realizaron observaciones en cuanto a la posible apreciación combinada de la obediencia jerárquica y el error de hecho [Law Reports Vol I, pp. 55 y ss.].

<sup>46</sup> SOLIS, G.D.: «Obedience of orders and the law of war: judicial application in american forums», ob. cit., p. 519. La eximente por obediencia se concibió como un

cho de otro modo, faltaba la intencionalidad en el acusado, en la terminología de la *common law* y consiguientemente el subordinado resultaba exculpado. En el caso *High Command* llegó más lejos al señalar: «dentro de ciertas limitaciones, un soldado en una posición de subordinación tiene el derecho de asumir que las órdenes de sus superiores y el Estado para el que sirve y que las emite para él, son conformes al Derecho internacional»<sup>47</sup>, «No es incumbencia del soldado en su posición de subordinado obviar las órdenes de sus superiores por cuestionables puntos de legalidad»<sup>48</sup>, o «los mandos militares en el campo de la responsabilidad atribuida a los eslabones intermedios, no pueden ser responsabilizados bajo la Ley internacional por participar en la transmisión de ordenes que no tuvieran un carácter manifiestamente criminal y que según las circunstancias, no hubieran podido conocer tal carácter»<sup>49</sup>.

caso de ausencia de la intención criminal del subordinado que, conforme a una afirmación contenida en el *British Manual of Military Law* de 1971, podía servir de eximente completa o de atenuación de la responsabilidad en crímenes de menor gravedad o de excusa de lo que en apariencia sería una negligencia culpable: KEÍTZER, N., *Military obedience*, ob. cit., pp. 171 y 172. DINSTEIN matiza la idea del *mens rea principle*, en el sentido de que la presencia de la orden no solo puede llevar a la ausencia de dolo (en los casos de error de derecho y de estado de necesidad coactivo) sino a excluir la culpabilidad del autor (siendo así por lo general en el estado de necesidad por coacción) al señalar que «[...] el hecho de que la obediencia a órdenes constituye no una eximente en sí misma sino solo un elemento fáctico que podrá ser tomado en cuenta en combinación con otras circunstancias concurrentes apuntalando una defensa basada en la falta de *mens rea*, que es, error de derecho o de hecho o coacción». DINSTEIN, Y., en *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, ob. cit., pp. 87 y ss. CASSESE señala tres supuestos en los que la jurisprudencia internacional ha aplicado la eximente por obediencia como casos de ausencia de *mens rea*: a) ausencia de libertad a la hora de actuar, b) enajenación mental y c) error de derecho: CASSESE, A., *Internacional Criminal Law*, Oxford, New York (US), 2003, pp. 235 y ss.

<sup>47</sup> Proceso del comando superior de las fuerzas armadas (caso 12) = U.S. v. von Leeb et al., 28.10.1948 (TWC XI, p. 462-497; FRIEDMAN, L., *The Law Of War, a Documentary History*, ob. cit., p. 1433. Señala RUEDA FERNÁNDEZ que tanto en los ordenamientos jurídicos internos como en el Derecho internacional se presume la legalidad de la orden excepto que el subordinado sepa que es ilegal o que debería haberlo sabido por ser de ilegalidad manifiesta: RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho internacional*, BOSCH, Barcelona, 2001, p. 90 y también WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 259.

<sup>48</sup> *In re von Leeb*, in XI T.W.C. Before the Nuremberg Mil. Tribs., 1950, pp. 510 y 511.

<sup>49</sup> CASSESE estima que este supuesto no lo fue de eximente por obediencia sino de exención de responsabilidad del subordinado por error de Derecho: CASSESE, A.: *Internacional Criminal Law*, ob. cit., p. 239.



Todo lo anterior ha llevado a un interesante debate en el que posturas encontradas defienden<sup>50</sup> y discuten<sup>51</sup> que en el Derecho de Nuremberg haya regido un auténtico principio de responsabilidad absoluta. Sin embargo, dejando al margen dicho debate lo cierto es que con objeto de impedir que la eximente por obediencia se convirtiera en la válvula de escape para eludir toda la responsabilidad en virtud del encadenamiento de órdenes y jerarquías o teoría del escalón, tal y como aconteció en la Primera Guerra Mundial<sup>52</sup>, la fórmula final recogida en el art. 8 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg excluyó la eximente por obediencia dando a la obediencia a lo más efectos atenuantes<sup>53</sup>.

Lo anterior ha servido a diferentes autores como Paola GAETA<sup>54</sup> para defender que cuando se absolvió al subordinado obediente que ejecutó una orden que se materializó en un crimen internacional, la exclusión de su responsabilidad no fue debida a la citada obediencia sino por otras razones tales como, el haber actuado bajo amenaza, el

<sup>50</sup> GAETA, P., «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law», *European Journal of International Law*, Vol 10, 1999, p. 172.

<sup>51</sup> GARRAWAY, C., «Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied», ob. cit., pp. 785 y ss o BANTEKAS, I., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, ob. cit., p. 271 o AUBERT, M., *La cuestión de las órdenes superiores y la responsabilidad de los Jefes*, ob. cit., pp. 110 y 111.

<sup>52</sup> DÍAZ PALOS, F., Nueva Enciclopedia jurídica, ob. cit., p. 761 o BANTEKAS, I., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, ob. cit., p. 271. Se ha dicho que «[...] una idea fundamental del Estatuto es que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos priman sobre su deber de obediencia para con el Estado del cual son ciudadanos. Quien haya violado las leyes de la guerra no puede justificar su conducta alegando la orden recibida del Estado, puesto que al impartir dicha orden el Estado ha excedido los poderes que le reconoce el Derecho internacional», —*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 novembre-1er octobre 1946, Tome 1, Jugement, pp. 235, 236. Por ello, la eximente por obediencia se ha predicado inmoral y políticamente indeseable —«*Unmoralish und politish unerwünscht*»: MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, N° 54, Tomo I, julio-diciembre, 1989, p. 128—.

<sup>53</sup> Además el Tribunal de Nuremberg ni siquiera tomó en consideración la obediencia como atenuante de la pena —WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 262—.

<sup>54</sup> GAETA, P., «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law», ob. cit., pp. 172 y ss. También GARRAWAY, C., «Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied», ob. cit., pp. 785 y ss.; AMBOS, K.: *La parte general del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Trad. MALARINO, E., KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, E. V., Berlín (Republica Federal de Alemania), 2005, p. 462 o DUFOUR, G., en *¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?*, ob. cit., p. 969.

error de hecho, etc. En esta línea parece situarse Kai AMBOS<sup>55</sup> cuando recuerda algunos ejemplos de argumentos esgrimidos en la jurisprudencia relativa a la II Guerra Mundial para declarar responsable al subordinado a pesar de haber actuado en obediencia, como que la exención no cabe cuando el subordinado tenía un espacio de decisión<sup>56</sup>; cuando aún obedeciendo la ley, ésta manda cometer crímenes internacionales<sup>57</sup>; atendiendo al conocimiento de la ilicitud<sup>58</sup> o si el subordinado tuvo elección moral<sup>59</sup>.

En definitiva, la orden del superior únicamente desempeñó a lo más cierto papel en la intencionalidad o en la conciencia de la ilicitud del acusado, llevando a apreciar situaciones bien de coacción, bien de ignorancia, que finalmente sí pudieron servir para exonerar la responsabilidad del subordinado.

#### *4. Tribunales Internacionales encargados del enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y en Ruanda*

El art. 7.4 del Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 para el Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991<sup>60</sup> establece: «El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la

<sup>55</sup> AMBOS, K., *Impunidad y Derecho penal internacional*, [Ad Hoc, Buenos Aires (Argentina), 2ª edición, 1999, pp. 241 y ss.

<sup>56</sup> *US v. Brandt et al*, TWC (*Trials of World Criminals*) II, US-GPO, Washington D.C., 1950-1953, pp. 227, 262 y ss.

<sup>57</sup> *US v. Altstoetter et al*, TWC III, pp. 983 y ss, y 1128.

<sup>58</sup> *US v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, pp. 470 y ss.

<sup>59</sup> *US v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, p. 470.

<sup>60</sup> Este Tribunal fue creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de acuerdo con las facultades que le otorgaba el Capítulo VII de la Carta a través de la Resolución 808 de 22 de febrero de 1993 para el procesamiento de las personal responsables de las serias violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991. Dicha resolución recordaba la resolución 771 de 13 de agosto de 1992 en la que se exigía que todas las fuerzas militares de Bosnia Herzegovina pusieran termino de inmediato a todas las violaciones de Derecho internacional humanitario, expresando al mismo tiempo la alarma suscitada por la comisión de asesinatos en masa y la práctica de la depuración étnica.

justicia». Y con contenido similar al art. 6.4 del Estatuto del Tribunal adoptado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas mediante Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994 para enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y territorios vecinos<sup>61</sup>.

Sin embargo, aunque el principio de responsabilidad absoluta figuró formalmente en estos Estatutos, también manifestó cierta debilidad tanto durante los trabajos de redacción de tales, como en la práctica judicial:

1. En los borradores que sirvieron a la elaboración del Estatuto del Tribunal Internacional encargado de enjuiciar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia, la representante norteamericana Madeleine ALBRIGHT<sup>62</sup> defendió la postura por la que la obediencia eximente debía excluirse solo en el caso de que los hechos fueran manifiestamente criminales.

2. Respecto de la práctica judicial, en la Corte de Apelación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Juez Antonio CASSESE emitió voto particular en el caso Erdemovic<sup>63</sup> en el que disertaba: «es obligación del soldado desobedecer solo aquellas órdenes que deriven en la comisión de actos cuya criminalidad es manifiesta bajo la ley internacional [...] un soldado no está obligado a desobedecer las ordenes cuando su ilegalidad no es obvia —a menos que aun no siéndolo, el subordinado tuviera conocimiento de la ilegalidad de la orden— de tal forma que si una orden no es manifiestamente criminal, el soldado deberá ejecutarla y podrá argumentar su defensa mediante el instituto jurídico de la obediencia eximente»<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Este art. 6.4 señala: «El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional para Ruanda determina que así lo exige la equidad». El Tribunal encargado del enjuiciamiento de los crímenes cometidos en Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a través de la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994 «para enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y territorios vecinos».

<sup>62</sup> Statement of the United States in the Security Council, UN Doc.S/PV.3217, de fecha 25 de mayo de 1996, p. 16, citado en GAETA, P., «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law», ob. cit., p. 181.

<sup>63</sup> *Prosecutor v. Erdemovic*, case no. IT-96-22-A, Judgement, 7 October 1997; también citado en GAETA, P., «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law», ob. cit., p. 181.

<sup>64</sup> Véase la Sentencia de 7 de octubre de 1997, Fiscal *v* DRAZEN ENDEMOC, caso N° IT-96-22-A. Voto particular.

Dicho esto, lo cierto es que la orden del superior sólo se tuvo en cuenta en el ámbito de la *moral choice* y del estado de necesidad<sup>65</sup> sin validar una eximente propia de obediencia jerárquica. El Tribunal encargado de enjuiciar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia señaló en el parágrafo 19 de su Sentencia de 29 de noviembre de 1996 que decidía el caso Drazen ERDEMOVIC<sup>66</sup>: «Por consiguiente, aunque la eximente basada en la *moral choice* y/o la eximente de estado de necesidad que pueden formarse a partir de la orden de un superior no son descartables, sus presupuestos son particularmente estrictos. Tales eximentes deben ser apreciadas no solo desde la certeza de la existencia de la orden del superior, —cuya concurrencia debe ser probada— sino también y especialmente en las circunstancias de cómo fue dada y cómo fue recibida [...] Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y a la luz de los elementos que concurrieron en el mismo, el Tribunal considera que las circunstancias necesarias para eximir de responsabilidad al acusado no han sido acreditadas. Por lo tanto, la coacción unida a la orden del superior, como el Secretario General parece sugerir en su informe, se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad»<sup>67</sup>.

La sentencia se refería en definitiva a la obediencia a órdenes de los superiores como circunstancia que no podía ser apreciada por sí sola como eximente, pero sí abría la puerta a apreciar otras circunstancias distintas, como el miedo insuperable. La Sentencia tuvo en cuenta el informe de la Comisión de Naciones Unidas para Crímenes de Guerra acerca de la jurisprudencia de los tribunales militares de diversas naciones en los años posteriores a la II Guerra Mundial, que llegaba a la conclusión de que el miedo podía eximir siempre que se cumplieran tres requisitos:

1. Que el acto impuesto se hubiera realizado para evitar un peligro inmediato grave e irreparable;
2. Que no existiera para el autor medios idóneos de huida.

<sup>65</sup> También se ha sugerido que la eximente por obediencia a órdenes de los superiores pudo ser apreciada por el Tribunal en combinación con el error de hecho. Así, FENRICK comenta que por ejemplo, el ataque a la Embajada de China por la OTAN en el conflicto de Kosovo, pudo ser un ejemplo de error de hecho al que la tripulación del avión pudo haber recurrido. FENRICK DUYX *et al.* (2000), p. 99.

<sup>66</sup> Caso Erdemovic, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 29.11.1996 (IT-96-22-T).

<sup>67</sup> En la misma dirección, la Sentencia posterior de 5 de marzo de 1998 del Tribunal encargado de enjuiciar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia (Trial Chamber II) señalaba en el parágrafo 17 que la coacción moral nunca exime pero puede llevar a la atenuación: «The Trial Chamber has applied the ruling of the Appeals Chamber that *«duress does not afford a complete defence to a soldier charged with a*

Que la solución no resultara desproporcionada en comparación con el daño causado.

3. Como señala R. RAGUÉS I VALLÉS<sup>68</sup>, esta misma jurisprudencia reconocía a menudo que uno de los elementos esenciales de la eximente es la ausencia de posibilidad moral de elección, que puede presentarse en los casos de amenaza con un daño físico inminente, real, e inevitable. ERDEMOVIC no pudo invocar la eximente de obediencia a órdenes de los superiores y sí otras eximentes como miedo insuperable respecto de la cual el Estatuto no se pronunciaba y, por tanto, sus efectos eximentes o atenuantes debían ser determinados por la sala correspondiente analizando la regulación al respecto del Derecho penal internacional.

No obstante, el art. 7.4 del Estatuto Internacional para el Tribunal Internacional encargado de enjuiciar los crímenes cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia permitió considerar el actuar por obediencia a las órdenes de los superiores «[...] como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia» y el Secretario General, señaló: «[...] La obediencia debida, puede sin embargo ser un factor atenuante si conforme al tribunal, la justicia así lo exige. Por ejemplo, el tribunal Internacional podrá considerar el factor de obediencia debida en conexión con otras eximentes tales como la coerción o la falta de elección moral»<sup>69</sup>.

### III. La exención por obediencia en el ámbito militar desde el Estatuto de la Corte Penal Internacional

La cuestión de la obediencia eximente militar resulta del máximo interés en el Estatuto de Roma. Acudiendo a la dicción utilizada por el Consejo de Estado, estamos ante la primera *justicia penal interna-*

---

*crime against humanity and/or a war crime involving the killing of innocent human beings*». It may be taken into account only by way of mitigation».

<sup>68</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.: «Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad», ob. cit., p. 103.

<sup>69</sup> Informe del Secretario General conforme al apartado 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad, 1993, UNSC Doc. S/25704 (1993), reprinted in 32 *ILM* 1163 (1993), para. 57. Sin embargo, comenta a este respecto Yusuf AKSAR que la dicción: *si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia*, puso también en duda el posible efecto atenuante de la responsabilidad criminal salvo que el subordinado hubiera actuado sin libertad por la presencia de coacción [Yusuf AKSAR, en *Implementing International Humanitarian Law. From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, Londres y Nueva York, 2004, p. 108].

*cional de carácter estable e independiente* que ve la luz, al tiempo que constituye el más reciente instrumento de codificación de Derecho penal internacional<sup>70</sup>.

España firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional el día siguiente a su adopción por la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas, es decir, el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 4 de octubre de 2000, mediante la Ley Orgánica 6/2000, una vez emitido el informe del Consejo de Estado sobre la innecesariedad de una previa modificación de la Constitución Española. El Estatuto de Roma está vigente en España desde el 1 de julio de 2002, formando desde entonces parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El Estatuto de Roma no obliga a España por lo general a incorporar su contenido a nuestro ordenamiento jurídico interno, sin embargo se presenta como un instrumento de codificación de Derecho penal internacional que, lógicamente, hace deseable cierta armonización de nuestro Derecho con sus previsiones, incitando a comparar los esquemas legales que en ambos ámbitos presiden la obediencia exigente en el terreno de los crímenes internacionales. La adaptación de la legislación española a las exigencias del Estatuto de Roma se ha realizado principalmente mediante dos leyes orgánicas, una de reforma del Código Penal (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>71</sup>) y otra de cooperación con la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional<sup>72</sup>).

El Estatuto fija el problema de la exigente por obediencia en su

---

<sup>70</sup> YAÑEZ-BARRIONUEVO y ÁUREA ROLDAN en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I, Claus Kress & Flavia Lattanzi (editores), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden (Alemania), 2000, p. 205. En contra, CASSESE, que entiende que el Estatuto de Roma no pretende codificar: CASSESE, A., *Internacional Criminal Law*, ob. cit., p. 159. El párrafo primero del considerando I del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Expediente relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, señala: «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998, representa la culminación de los esfuerzos desarrollados por un número considerable de Estados para instituir una justicia penal internacional de carácter estable e independiente que permita reprimir los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, misión esencial que debería surtir adicionalmente y en consecuencia un efecto preventivo de los mismos», —Dictamen n.º 1.374/99, Sección 1.ª de 22 de julio de 1999, en Consejo de Estado, *RECOPILACIÓN DE DOCTRINA LEGAL del año 1999*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 9—.

<sup>71</sup> BOE n.º 283, de 26 de noviembre de 2003.

<sup>72</sup> BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2003.

art. 33 que, bajo la rúbrica «Órdenes superiores y disposiciones legales», señala: «1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: *a)* Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; *b)* No supiera que la orden era ilícita; y *c)* La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente art., se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas».

Este texto fue el reflejo de una regla de compromiso<sup>73</sup> en la que el principio de responsabilidad absoluta —en relación al genocidio o crímenes de lesa humanidad— y el principio de responsabilidad relativa o condicionada —respecto de los crímenes de guerra—, confluyen y se yuxtaponen en un intento por conciliar y consensuar las diferentes posturas defendidas por los Estados.

De la fórmula utilizada para la eximente los presupuestos que más interesan son aquellos que atribuyen su naturaleza jurídica y fundamento y que delimitan el espacio de órdenes criminales en el que cabe apreciarla.

### 1. «No supiera que la orden era ilícita»

La eximente por obediencia del art. 33 es una forma de error de prohibición<sup>74</sup> a la luz del art. 32.2 del Estatuto que señala en su último inciso: «[...] Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente [...] si queda comprendido en lo dispuesto en el art. 33 del presente Estatuto»<sup>75</sup>.

Efectivamente, una eximente fundada en la presunción de la ig-

<sup>73</sup> VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, ob. cit., p. 322.

<sup>74</sup> Con independencia de la criticable terminología recogida en el estatuto que mantiene los términos error de derecho error de hecho, ya en desuso en las modernas ciencias penales, y que no coinciden con las vigentes dicciones error de tipo y error de prohibición, GIL GIL señala que la regulación del Estatuto en este punto es finalmente reconducible a la moderna y correcta distinción entre error de tipo y error de prohibición: «Informes nacionales / España», en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, dir. por AMBOS, K., y EZEQUIEL MALARINO, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, A.C., Montevideo (Uruguay) 2003, p. 371.

<sup>75</sup> SCHABAS, W.A., subraya que el error de derecho es particularmente relevante en el art. 33: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 312.

norancia excusable de la ilegalidad de la orden es la que mejor casa con las situaciones en las que se ven sumidos los combatientes. En el ámbito de los crímenes de guerra, es donde la experiencia internacional parece reconocer la particular situación psicológica del subordinado que se encuentra en combate<sup>76</sup>. El caso U.S v. Calley, es muy representativo de lo anterior pues en él la Corte Militar de Apelaciones de Estados Unidos señaló que «en el estrés del combate, no puede esperarse razonablemente de un miembro de las Fuerzas Armadas que realice un juicio jurídico refinado y se le responsabilice criminalmente si se equivocó en una cuestión en la que cabría considerable desacuerdo». Claras razones de justicia demandan tener en consideración que el subordinado a menudo no puede comprender la ilicitud de la orden. Por ello, el fundamento de la exculpación del subordinado se encuentra en la situación de error acerca de la legalidad de la orden y de la suma dificultad por parte del subordinado de salir de tal situación.

Al ser una forma de error de prohibición, el art. 33 del Estatuto parece romper con la regla mayoritariamente aceptada en el Derecho internacional de *ignorantia juris non excusat* y *error juris nocet*, es decir, que el desconocimiento de la ilegalidad de lo actuado u omitido no puede aprovechar al que comete un crimen.

Este principio que de una primera lectura parece recogerse en el primer inciso del art. 32.2 del Estatuto de Roma. De hecho, KAI AMBOS<sup>77</sup>, entiende que en la jurisprudencia penal internacional sólo se reconoce la relevancia del error de hecho, mientras que el error de derecho es rechazado y que en los proyectos oficiales de codificación, lo decisivo es si el error elimina el «mental element».

Sin embargo, en mi opinión, teniendo en cuenta el elemento intencional que se recoge en el art. 30 del Estatuto<sup>78</sup>, la conciencia de la antijuridicidad sí puede ser incluida en el elemento de intencionali-

---

<sup>76</sup> U.S v. Calley, Judgment of Dec. 21, 1973, at 543-544; see Prosecutor v. Kotalla, Special Criminal Court Amsterdam, Dec. 14, 1948, discussed by CASSESE, supra note 13, at 239.

<sup>77</sup> AMBOS, K., *La parte general del Derecho internacional penal, Bases para una elaboración dogmática*, ob. cit., pp. 433 y 434.

<sup>78</sup> El elemento de intencionalidad se define en el art. 30 del Estatuto de Roma al señalar: «1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente art., se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente art., por «conocimiento» se entiende la



dad y por tanto el «error de derecho» al que se refiere el Estatuto puede ser un error de prohibición<sup>79</sup>. Por ello, cabría distinguir tres espacios diferenciados:

1. Error de prohibición vencible. Este error no eximirá a tenor del segundo inciso del párrafo segundo del art. 32 ya que no excluye el elemento de intencionalidad.

2. Error de prohibición invencible. Este error sí eximirá al subordinado a tenor del segundo inciso del párrafo segundo del art. 32 ya que en tal caso desaparece el elemento de intencionalidad.

3. Error de prohibición vencible o invencible comprendido en lo dispuesto en el art. 33 del Estatuto. Este error eximirá al subordinado porque aún cuando el párrafo 2º del art. 32 dice «podrá considerarse eximente», la expresión «no será eximido de responsabilidad penal a menos que», del art. 33, impide que el efecto eximente del error que comprende el art. 33 sea discrecional para la Corte, dándole por el contrario, un carácter categórico que conlleva que tal efecto eximente sea obligatorio<sup>80</sup>.

Por conocimiento de la ilicitud de una conducta debe entenderse legalidad internacional, en caso de que ésta y la legalidad nacional entren en colisión. Que una ley nacional pudiera justificar actos calificados ilícitos en el Estatuto es ciertamente improbable. Sin embargo, en este punto resulta de interés el caso de los disparos efectuados por la guardia fronteriza a los ciudadanos de la Antigua República Democrática Alemana que contraviniendo la Ley de fronteras de 1 de mayo de 1982 pretendían cruzar el muro que separaba las dos Ale-

---

conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido.»

<sup>79</sup> De la misma opinión, ESER, A., «Mental Elements—Mistake of Fact and Mistake of Law», en *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Vol. I, editors: Antonio CASSESE - Paola GAETA - John, R. W. D. JONES, Oxford, Nueva York (EEUU) 2002, pp. 942 y 943; TRIFFTERER, O., *Comentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 569; GÓMEZ BENITEZ, J. M., «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Actualidad Penal*, La Ley, N° 42, Semana del 11 al 17 de noviembre de 2002, p. 1137; MELENDO PARDOS, M., *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, ob. cit., p. 38; GIL GIL, A., «Informes nacionales / España», en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, ob. cit., p. 369, nota 158. En contra, AMBOS, K., *La parte general del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática*, ob. cit., p. 434 o WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 257.

<sup>80</sup> TRIFFTERER, O., en *Comentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 571.

manías. Las instancias judiciales<sup>81</sup> que enjuiciaron a los autores de los disparos y a los superiores jerárquicos, sentaron que la legalidad vigente que rige en un país no prevalece ante los postulados iusnaturalistas asimilados y patrimonializados por las sociedades que integran la Comunidad Internacional en cada momento. Kai AMBOS<sup>82</sup>, destaca que para que el ejecutor obediente se beneficie de la eximente no basta con que actúe en cumplimiento de la Ley nacional ya que la validez de su actuación se ha de «ajustar al derecho penal internacional material, del cual se sigue, entre otras cosas, que existe un valor más elevado que la mera fidelidad a la ley».

Por lo demás, una vez que se da este presupuesto de la eximente —«No supiera que la orden era ilícita»—, el subordinado puede quedar relevado de toda responsabilidad aun cuando el error fuera venible, es decir, con independencia de que el desconocimiento o error sobre la ilegalidad de la orden pudiera haber sido evitado con un esfuerzo que dada su incardinación en una relación jerárquica no se le considera exigible.

Desde dicha inexigibilidad se adivina una causa de exculpación<sup>83</sup> que genera una presunción *iuris et de iure* de que el subordinado no podía vencer su situación de error habida cuenta la especial situación en la que la férrea jerarquía sujeta al subordinado y en la que se mimetizan actos criminales con la misma crueldad de la guerra, de la misma forma que ocurría, como se verá más adelante, con la eximente del antiguo art. 8.12 de nuestro derogado Código penal de 1973<sup>84</sup>. Las diferencias con el art. 33 del estatuto de Roma estriban en el límite normativo al error consistente en que la orden no sea mani-

---

<sup>81</sup> Tribunal Federal de Justicia en Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y de 26 de julio de 1994, así como la Corte Constitucional Federal en Sentencia de 24 de octubre de 1996 y finalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 22 de marzo de 2001.

<sup>82</sup> AMBOS, K., *La parte general del Derecho internacional penal, Bases para una elaboración dogmática*, ob. cit., p. 87.

<sup>83</sup> También consideran la eximente del art. 33 del Estatuto de Roma causa de exculpación, GEERT-JAN, G.J. KNOOPS, «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, n.º 54, Tomo I, julio-diciembre, 1989, pp. 47 y 48 y p. 171; VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, ob. cit., p. 336; TRIFFTERER, O., *Comentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 579 o, en España, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Los principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, N.º 75, enero-junio, 2000, pp. 433 y 434.

<sup>84</sup> Dejándose para más adelante las diferencias con nuestro Derecho penal militar, en el ámbito de los crímenes de guerra y de agresión las diferencias entre el art. 33 del

fiestamente ilegal que se procede a analizar seguidamente.

## 2. «La orden no fuera manifiestamente ilícita»

OLASOLO ALONSO<sup>85</sup>, muy acertadamente en mi opinión, deduce que el tercer requisito de la eximente del art. 33 parece limitar el alcance de esta eximente solo a los casos en los que el subordinado incurre en el error de prohibición que no conlleva falta de la *debida* diligencia.

El carácter manifiestamente ilegal de un crimen de la competencia de la Corte exige aclarar las siguientes cuestiones:

### A. Alcance de la expresión «manifiestamente ilegales»

El primer problema que presenta la expresión «manifiestamente ilegales» es concretar su alcance. La existencia de numerosos conceptos jurídicos indeterminados en el Estatuto se ha comprendido como algo inevitable. BUENO ARÚS<sup>86</sup> señala al carácter ambiguo o equívoco del lenguaje del Estatuto y su dificultad para expresar el contenido de las reglas y figuras jurídicas con la precisión que el carácter garantista del Derecho penal haría exigible.

La locución es similar a la empleada por el legislador español, tanto en el Derecho común —*infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general*—, como vigente en el Derecho militar —*manifiestamente sean*

---

Estatuto y nuestro Código penal común se encuentra en los casos de error de prohibición vencible. Teniendo en cuenta que el Título XXIV del Libro II de nuestro Código penal recoge las conductas que se señalan en el art. 5 y siguientes del Estatuto de Roma, en ambas regulaciones si el subordinado obedece la orden de su superior de cometer una infracción penal creyendo en la vinculatoriedad de la orden, su conducta será típica y antijurídica, lo que ocurre es que si el error es vencible, queda exculpado en el caso de que los crímenes sean enjuiciados por la Corte Penal Internacional siempre que concurren los presupuestos del art. 33 a modo de presunción normativa de invencibilidad del error de prohibición, mientras que si son enjuiciados por la jurisdicción penal española aplicando el Código penal común, no quedará exculpado sino que a lo más verá atenuada su penalidad mediante las reglas del error del art. 14 del Código penal común.

<sup>85</sup> OLASOLO ALONSO, H.: *The Criminal Responsibility of Senior. Political and Military Leaders as Principal to International Crimes*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p.113, último inciso en Nota 158.

<sup>86</sup> BUENO ARÚS, F., «Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998», *Colección Escuela Diplomática*, n.º 4: Creación de una Jurisdicción penal internacional, Madrid, 2000, p. 131.

*contrarios a las Leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular, contra la Constitución*— que tampoco despejan las dudas acerca del grado de evidencia de la antijuricidad de la orden para entenderla manifiestamente ilícita y los diferentes Códigos penales, reglamentos y ordenanzas militares vistos en el Derecho comparado militar, tampoco se apartan normalmente de la locución utilizada en el Estatuto.

Sin embargo, el caso *R. v. Finta*<sup>87</sup> de la Corte Suprema de Canadá representa una importante referencia en la aclaración de la expresión «manifiestamente ilegal» y señala que una orden es manifiestamente ilegal cuando ofende la conciencia de todo hombre razonable y que debe tratarse de una orden que es manifiesta, patente y fragantemente ilegal.

B. ¿Para quién debe ser un crimen manifiestamente ilegal?

La locución «manifiestamente ilegal», exige además determinar para quién debe ser el crimen manifiestamente ilegal. En el ámbito internacional destacan las referencias al hombre razonable<sup>88</sup> que se postularon durante los trabajos de elaboración del Derecho de Ginebra<sup>89</sup> y que desarrolló GREEN<sup>90</sup> para quien por hombre razonable se entiende «*the man of ordinary sense and understanding*», de tal forma que el hombre que goza de comprensión normal y sentido común sería el sujeto adecuado para apreciar la ilegalidad notoria. Aunque discutible, también podría pensarse que lo que es manifiestamente ilegal para un civil puede no serlo para un militar<sup>91</sup> teniendo en cuenta

<sup>87</sup> Caso Imre Finta, Supreme Court of Canada, Sentencing Judgment, 24.03.1994 (CCC [3d] 88 [1994], pp. 417-544 = ILR 104, pp. 284 y ss.).

<sup>88</sup> Resulta interesante el estudio de SOLIS en Derecho comparado, sobre casos judiciales de tribunales norteamericanos que datan de principios del pasado siglo en los que se intentó explicar qué se entiende por una orden manifiestamente criminal, a través de la atribución a la locución «claramente ilegal» de la acepción: «*aparente y palpable para el común del entendimiento*» en 1900 y «*tan claro que no admite duda razonable*» en 1903: SOLIS, G. D. en «Obedience of orders and the law of war: judicial application in american forums», ob. cit., p. 493.

<sup>89</sup> Tales como «*dadas las circunstancias de hecho, pudo razonablemente inferir que estaba infringiendo este Convenio*» del Borrador del Convenio de 1949 o «*debería haber razonablemente deducido que estaba cometiendo una grave infracción de los Convenios o del presente Protocolo*» del Borrador del Protocolo Adicional I.

<sup>90</sup> GREEN, L. C., «Superior Orders and the Reasonable Man», *The Canadian Yearbook of International Law*, 1970, pp. 100 y 101.

<sup>91</sup> VAN SLIEDREGT, E., «The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law», ob. cit., p. 325 o GREEN, L.C., «Superior Orders and the Reasonable Man», ob. cit., p. 101.

ta que la guerra misma mimetiza actos que normalmente resultarían criminales, y eso hace mas difícil la distinción para quien está inmerso en ella.

En cualquier caso, el criterio que se defenderá más adelante en nuestro Derecho militar —la orden se reputa manifiestamente ilegal si el hombre razonable no tiene que hacer un análisis o juicio situacional atendiendo a las circunstancias concurrentes y a las consecuencias que pudieran seguir a su obediencia—, también se ajusta, en mi opinión, a la letra c) del art. 33 del Estatuto.

### C. Carácter manifiestamente ilegal de los crímenes de guerra

Algunos autores consideran que todos los crímenes recogidos en el Estatuto han de entenderse siempre manifiestamente criminales. S. BACIGALUPO SAGGESE<sup>92</sup> señala: «atendiendo a la identidad de algunas de las conductas recogidas en los tres crímenes competencia de la Corte Penal Internacional y atendiendo al hecho de que las conductas reguladas en el Estatuto constituyen los más graves crímenes contra la humanidad cuyo conocimiento puede presumirse en la mayoría de los casos, resulta incomprensible por qué esta presunción de ilicitud afecta a unos crímenes y a otros no».

Fuera de España, en el mismo sentido se pronuncia GAETA<sup>93</sup>, para quien las órdenes dictadas por un gobierno o superior jerárquico para la comisión de los actos recogidos en el art. 8 del Estatuto serían siempre, ordenes manifiestamente criminales y cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes no permitirían nunca deducir que el subordinado obediente no pudo conocer su carácter criminal, por lo que argumenta una incongruencia difícil de armonizar entre el art. 8 y el 33, pues si los crímenes de guerra mencionados tienen siempre carácter manifiestamente criminal y por lo tanto también las ordenes de cometerlos, carece de sentido la excepción implícita en el art. 33.

El hecho de que el concepto de crímenes de guerra no es un concepto comprensivo de cualquier delito contrario a las leyes del Derecho internacional humanitario, sino exclusivamente de los ataques más graves e intolerables de dicha rama del ordenamiento jurídico internacional, ha sido reconocido por diferentes instancias internacio-

<sup>92</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 108 y 109.

<sup>93</sup> GAETA, P., «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law», ob. cit., p. 190.

nales como por ejemplo el Tribunal encargado de enjuiciar los crímenes de la antigua Yugoslavia, como ocurrió en el caso *Tadic*<sup>94</sup>. Así como también el Comité Internacional de la Cruz Roja, para el que existen tres tipos de crímenes consistentes en violaciones del Derecho internacional humanitario, que entrarían en el concepto de crímenes de guerra: 1º.—Las infracciones más graves de Derecho internacional humanitario, aplicables a los conflictos armados. 2º.—Otras violaciones importantes del Derecho internacional humanitario, aplicables en los conflictos armados internacionales y 3º.—Violaciones graves de Derecho internacional humanitario, aplicables en conflictos armados no internacionales<sup>95</sup>.

Sin embargo, del examen de algunos de los crímenes de guerra como el uso de balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones<sup>96</sup> o el destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo<sup>97</sup>, permitirían defender lo contrario<sup>98</sup>. El legislador parece haberse posicionado en este punto pues de una interpretación *a contrario* del apartado 2º del art. 33 —entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas— se infiere que caben órdenes de cometer crímenes de guerra no manifiestamente ilegales<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Resolución Judicial de 2 de octubre de 1995, (Case N.º IT-94-1-AR72), párrafos 91 a 95.

<sup>95</sup> Ver Working paper prepared by the ICRC for the preparatory Committee for the establishment of an International Criminal Court, New York, 14 February 1997.

<sup>96</sup> Punto xix del apartado b) del párrafo 2º.

<sup>97</sup> Punto xii del apartado e) del párrafo 2º.

<sup>98</sup> De igual opinión es VAN SLIEDREGT, E., 17ª Conferencia Internacional de la *International Society* para la reforma de la ley criminal celebrada en La Haya, Holanda del 24 al 28 de agosto de 2003 y AMBOS, K., «Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho procesal*, N.º 3, Editoriales de Derecho reunidas S.A., Madrid, 1999, p. 572 o en España, BUENO ARÚS, F., en *Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998*, ob. cit., p. 124. También parece reflejarse en las razones esgrimidas por el ICTY en el caso ERDEMOVIC. Véanse párrafos 19 y ss del voto particular de los jueces McDonald y Vohrah en el Juicio de Apelación.

<sup>99</sup> También así lo afirman CLAIRE DE THAN y EDWIN SHORTS en *Internacional Criminal Law and Human Rights*, THOMSOM, London (UK), 2003, p. 142.

3. «[...] se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas»

Del apartado 2º del art. 33 del Estatuto —«A los efectos del presente art., se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas»—, se deduce de una primera lectura que la acusación no tendrá que probar que estas órdenes son manifiestamente ilegales, y al contrario, lleva a la presunción inversa de que crímenes de guerra y de agresión no son manifiestamente ilegales.

Otra cosa distinta es la cuestión acerca de si las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad admiten prueba de que no eran manifiestamente ilegales. Frente a quienes consideran que el acusado quedaría privado de poder probar que la orden no resultó ser manifiestamente ilegal en el caso concreto, y por tanto en ningún caso cabe aplicar la eximente en los casos de órdenes de cometer el crimen de genocidio o de lesa humanidad<sup>100</sup>, hay quienes consideran que dicha solución podría plantear problemas en el terreno del principio de culpabilidad que se acepta en la mayoría de los países<sup>101</sup>. Además, interpretar que el carácter manifiestamente ilegal de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad no admite prueba en contrario colisionaría con el hecho de que, como bien apunta RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO<sup>102</sup>, existen tipos penales muy cerca-

---

<sup>100</sup> TRIFFTERER, O., en *Comentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 587; WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 264; Claire DE THAN y Edwin SHORTS en *Internacional Criminal Law and Human Rights*, ob. cit., p. 142 o VAN SLIEDREGT, E., que estima que esta referencia a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad no es sino una cláusula que sirvió para conformar a las posturas que mantenían el principio de responsabilidad absoluta y que estrictamente hablando es una cláusula superflua ya que una orden de cometer tales crímenes debe ser considerada siempre manifiestamente ilegales atendiendo la especial elemento subjetivo y la grave naturaleza de los actos que abrigan los tipos penales correspondientes a tales crímenes internacionales: *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, ob. cit., pp. 326 y 327.

<sup>101</sup> Razón por la cual se excluyó dicha ficción de la antijuricidad manifiesta para el genocidio y los crímenes contra la humanidad del art. 3 del Código penal internacional alemán por el que se implementó el estatuto de Roma en dicho país. AMBOS, K., *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, E.V. y otros, 2006, Berlín, p. 548 o WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 257.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Los principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, Num. 75, enero-junio de 2000, p. 435. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., añade otros supuestos equivalentes como la deportación o el traslado forzoso de po-

nos entre los crímenes de guerra y los crímenes referidos en el apartado segundo, como el apartado xxi), letra b) número 2 del art. 8: «Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado [...]» respecto de los hechos recogidos en el art. 7.1 g) —crímenes contra la humanidad—, entre otros ejemplos, de los que se advierte una apariencia de ilicitud muy próxima haciendo distorsionante el diferente tratamiento en cuanto a las presunciones de notoriedad criminal<sup>103</sup>. En cualquier caso, habrá que estar a la interpretación y aplicación que sobre estas cuestiones haga la Corte en futuras resoluciones judiciales.

## IV. Conclusiones

1. La eximente por obediencia jerárquica en el ámbito internacional tiene su espacio natural en aquellos actos que se vinculan a un conflicto armado<sup>104</sup>, habiéndose seguido dos direcciones diferentes. En episodios históricos en los que se cometieron genocidios e incluso en contribución a un conjunto final genocida en episodios críticos de exterminio o limpieza étnica, como la llamada «*solución final*» de Hitler o las depuraciones étnicas en Yugoslavia o Rwanda, el Derecho penal internacional ha sido reticente a dar validez a una eximente que permitiera que la cadena jerárquica echara por tierra saldar cualquier responsabilidad criminal individual. En estos casos, la eximente se ha considerado perversa<sup>105</sup>. En cambio, cuando el Derecho se abre a enjuiciar crímenes de guerra sin más consideraciones que las del conflicto armado, la posibilidad de admitir la eximente ha quedado abierta<sup>106</sup>. No es casualidad que los Convenios de Gine-

---

blación y recuerda: «Esta irracional distinción entre los crímenes de guerra, tantas veces rechazada por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aflora en otros preceptos del estatuto como el criticable art. 124 (Disposición de transición) y ha tratado de abrirse paso, con poco éxito ciertamente, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*».

<sup>103</sup> También BANTEKAS apuesta por admitir prueba en contra del carácter manifiestamente ilegal de estos crímenes en aras de la justicia cuando tales se descomponen en actos menores: BANTEKAS, I., & NASH, S., *International Criminal Law*, ob. cit., p. 132.

<sup>104</sup> DISTEIN, Y., «Defenses» *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, The Experience of International and National Courts*, Volume I, Kluwer Law International, The Hague (The Netherlands), 2000, p. 379.

<sup>105</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 263. BANTEKAS, I.

<sup>106</sup> Así lo entiende también GARRAWAY, C., «The defense of superior orders», ob. cit., p. 97. Además no puede obviarse la cuestión de la validez de los precedentes sentados por los Tribunales *ad-hoc*, que resulta condicionada en gran medida la legitimidad dimanante de la circunstancialidad política de los sujetos enjuiciadores, —de mayor



bra<sup>107</sup>, el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, el intento de crear la *European Defence Community* y el propio Estatuto de Roma resulten más proclives a amparar al subordinado en los crímenes cometidos por orden de sus superiores<sup>108</sup>.

2. Por otro lado esta eximente se configura como un tratamiento especial del error de prohibición llevándola a sentar una naturaleza exculpante de la eximente fundada en el error de prohibición. Así, el desconocimiento de la ilegalidad es la base de la formulación de la eximente en la mayoría de las ocasiones. Referencias a la imposibilidad de apreciar la eximente cuando el subordinado «pudo razonablemente inferir que estaba infringiendo este Convenio» en los trabajos de redacción de los Convenios de Ginebra de 1949; «debería haber razonablemente deducido que estaba cometiendo una grave infracción de los Convenios o del presente Protocolo» el borrador del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra; «conocía o si era manifiesto que ejecutar la orden implicaría la comisión de un delito» en el Tratado de la *European Defence Community*; Tras la I Guerra Mundial, los Juicios de *Leipzig*, que trataron la eximente como forma de error de prohibición; en la práctica judicial resultante del Tribunal Militar de Nuremberg y de los demás Tribunales Militares que se

---

rango imparcial en Yugoslavia y Rwanda frente al Tribunal de Nuremberg formado por países vencedores de la II Guerra Mundial—. GERRY SIMPSON, explica que los juicios internacionales por crímenes de guerra pueden resultar justificados cuando tienen lugar en condiciones de justicia e imparcialidad y cuando son solo objeto de demandas en búsqueda de la justicia más que de la utilidad política o de la conveniencia. TIMOTHY, L. H. McCORMACK, GERRY J. SIMPSON, *The law of war crimes; a critical introduction*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997, p. 30. GEERT-JAN G.J. KNOOPS, por su parte, señala que la diferencia entre la configuración de las eximentes en Derecho consuetudinario internacional y en el Derecho comparado, obedece al papel que han venido jugando los factores políticos en el primero: GEERT-JAN G.J. KNOOPS, *Defensas in contemporary international criminal law*, ob. cit., p. 8.

<sup>107</sup> Como se señaló, el Derecho de Ginebra, no se pronunció sobre la regla de la responsabilidad por obediencia a las órdenes de los superiores dejando a las legislaciones nacionales la solución que se considerase oportuna. Este significativo silencio, dejó al Derecho comparado protagonista exclusivo en la delimitación del alcance de la eximente de obediencia particularmente de cara al crimen de guerra, dejando abierta en el Derecho internacional una puerta trasera a la aplicación de la doctrina de la responsabilidad condicionada, mayoritaria en el Derecho comparado como se vio en el epígrafe correspondiente.

<sup>108</sup> Si bien la excepción se encuentra en la codificación de los principios de Nuremberg en los que el Principio IV de 1950 excluía la eximente por obediencia, no debe olvidarse que dicha codificación se debió justamente a los acontecimientos que se sucedieron durante la II Guerra Mundial, lo que sin duda condicionó el criterio adoptado, que por otro lado no cerraba del todo la eficacia eximente de las órdenes de los superiores que quedaban aptas para eximir cuando el subordinado no tuvo posibilidad moral de elegir.

constituyeron para enjuiciar los crímenes cometidos con ocasión de la II Guerra Mundial<sup>109</sup> que rechazaron apreciar la eximente dado que los hechos que iban a ser enjuiciados resultaron manifiestamente criminales en esencia, o en fin, en las manifestaciones del juez Antonio CASSESE en la Sala de Apelación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia.

3. La más reciente codificación internacional de la eximente por obediencia, que se encuentra en el art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, prueba lo anterior al operar como un tratamiento especial del error de prohibición que presume la invencibilidad del error del subordinado en los crímenes de guerra y de agresión hasta el límite de la orden manifiestamente ilegal.

---

<sup>109</sup> En este sentido hay que señalar que la jurisprudencia relativa a la II Guerra Mundial se forjó por una disparidad de Tribunales, tanto de carácter internacional como el Tribunal Militar de Nuremberg y el Tribunal Militar para el Lejano Oriente como los tribunales nacionales de ocupación o alemanes. A. GIL GIL señala: «[...] el Acuerdo de Londres establece la competencia del Tribunal Militar Internacional sobre los «grandes criminales de guerra» cuyos crímenes «no tengan una localización geográficamente precisa» [...]. Los llamados criminales de guerra «menores» fueron juzgados por los tribunales nacionales de los países ocupados, como preveía la Declaración de Moscú y el art. 4 del Acuerdo de Londres, y por los tribunales de ocupación señalados también en este último documento —art. 6—», GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 365.