

## LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

por José Antonio PASTOR RIDRUEJO

Capitán Auditor, miembro de la «Sociedad internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de Guerra» y profesor adjunto de Derecho internacional en la Universidad de Zaragoza.

I

La posición de la persona individual en el Derecho de gentes constituye uno de los temas más debatidos por la doctrina insin-ternacionalista de nuestros días. Pero lo que parece claro es que el individuo resulta directamente responsable ante el Derecho Internacional por los crímenes de guerra (1). Del acto contrario al Derecho de gentes bélico responde de manera inmediata su autor, sin perjuicio de que una obligación de reparar el daño a cargo de la colectividad a que pertenece complete la responsabilidad internacional (2). Los crímenes de guerra, es decir, los actos contrarios al Derecho Internacional bélico integran supues-

---

(1) ALFRED VERDROSS: *Derecho internacional público* (trad. esp. Tru-yol), Madrid, 1957, pág. 114; PAUL GEGGENHEIM: *Traité de Droit interna-tional*, tomo II, Ginebra, 1953, págs. 28 y sigs.

(2) Pues efectivamente el art. 3.º del IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre dispone: "La parte beligerante que no cumpla las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a una indemnización, si hubiera lugar a ella. Será responsable de todos los actos que cometan las personas pertene-cientes a su Ejército."

tos internacionales en que el sujeto de deber coincide con el sujeto de responsabilidad (3).

Para exigir esta responsabilidad internacional directa del individuo, el Derecho de gentes actúa bien a través de jurisdicciones internacionales, bien a través de órganos jurisdiccionales internos. Mediante tribunales interestatales, cuando los crímenes de guerra revisten cierta gravedad (Tribunales de Nüremberg y Tokio), y por medio de órganos internos, cuando ofrecen menor importancia (4). La represión interna ha tenido lugar tradicionalmente por el Estado a que pertenecen los autores de los hechos o por el Estado para el que han resultado perjuicios. A fin de sancionar un acto bélico ilícito poseen, pues, competencia concurrente dos Estados: el Estado del que es súbdito el autor y el Estado afectado por el daño (5). Pero bien entendido que los tribunales estatales competentes para enjuiciar el hecho actúan como verdaderos órganos internacionales, en virtud de la teoría del desdoblamiento funcional (6).

¿Qué Derecho aplicarán en estos casos los tribunales internos?

Conviene recordar a este respecto la distinción de WALZ entre Derecho Internacional, en sentido originario (*Völkerrecht im ursprünglichen Sinn*), que es el positivado por los medios normativos peculiares, y el Derecho internacional en sentido derivado (*Völkerrecht im abgeleiteten Sinn*), que es el Derecho de gentes incorporado al orden interno (7). Pues bien, cuando los tribunales estatales reprimen los actos ilícitos bélicos aplican Derecho Internacional en sentido derivado o, en fórmula de GUGGENHEIM (8), Derecho Internacional individualizado por el Derecho interno. En todos los sistemas jurídicos existen, efectivamente, leyes que imponen penas a las conductas bélicas consideradas como ilícitas por el Derecho Internacional. Si la fijación del tipo

(3) GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 28.

(4) CHARLES ROUSSEAU: *Derecho internacional público* (trad. esp. Giménez Artigues), Madrid, 1957, págs. 558 y 559.

(5) GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 35.

(6) ROUSSEAU: Op. cit., pág. 558.

(7) G. A. WALZ: *Les rapports du Droit international et du Droit interne*. "R. des C.", 1937, tomo 61, pág. 427.

(8) GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 28.

delictivo corresponde así al legislador internacional, la sanción concreta y la extensión de ésta es de competencia del interno.

En este aspecto de la punición de los actos bélicos ilícitos, los recientes Convenios de Ginebra de 1949 han dado un paso más y han consagrado el principio de la jurisdicción universal (9). En efecto, los arts. 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de 12 de agosto de 1949 sobre mejora de la suerte de heridos y enfermos de los Ejércitos, sobre mejora de la suerte de heridos, enfermos y naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, sobre protección a los prisioneros de guerra, y sobre protección a las personas civiles, dicen respectivamente:

“Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar cualquier medida legislativa necesaria para determinar las sanciones penales adecuadas que deban aplicarse a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer una cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que se indican en el artículo siguiente.

“Cada una de las Partes contratantes queda obligada a buscar a las personas acusadas de haber cometido o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo entregarlas a los propios tribunales de ella, cualquiera que fuese su nacionalidad. También podrá, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, remitirlas a otra Parte contratante interesada en el enjuiciamiento, siempre que esta otra Parte contratante haya formulado cargos suficientes contra las dichas personas.

“Cada una de las Partes contratantes tomará las medidas convenientes para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.

“En cualquier circunstancia, los inculpados se beneficiarán de garantías de procedimiento y libre defensa que no resulten inferiores a las prescritas en los arts. 105 y siguientes del presente Convenio.”

Es decir, los tribunales de cualquier Potencia signataria de los Convenios están habilitados para juzgar a toda persona res-

(9) En el mismo sentido, GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 35, nota 2.

pensable de una infracción grave a sus disposiciones, sea cual fuere su nacionalidad y la de la persona agraviada. La competencia sancionadora de los tribunales ya no se reduce, por consiguiente, a los casos en que el autor o la víctima ostenten su nacionalidad. Pueden, sin embargo, declinar su competencia en órganos jurisdiccionales de otra Parte interesada en el proceso. Pero, en todo caso, la Potencia que reprima las infracciones aplicará la legislación especial que tiene obligación de dictar de conformidad con los propios Convenios: esto es, Derecho Internacional traducido en Derecho interno.

Y en el mismo sentido el art. 28 del Convenio de La Haya, de 14 de mayo de 1959, sobre protección de los bienes culturales, estipula:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de Derecho personal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención.”

## II

Por lo que respecta al ordenamiento español, el vigente Código de Justicia Militar dedica su tratado II a las leyes penales, y dentro de él el título VIII a los “Delitos contra la seguridad de la patria”. Dicho título consta de tres capítulos, el primero de los cuales se refiere a la “Traición”, castigando el segundo los delitos de “Espionaje”, y sancionando el tercero los llamados “Delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo”.

Advirtamos antes que nada que la expresión “Derecho de gentes” es tomada por el Código en su sentido usual de Derecho Internacional. Así lo ha entendido no sólo la escasa doctrina que ha ocupado su atención en las leyes militares (10), sino también

---

(10) FERNANDO DE QUEROL Y DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, tomo II, Madrid, 1948, págs. 349 y sigs.

el propio legislador, cuando en el art. 823 del Reglamento de 1882 sobre el servicio del Ejército en campaña, creyéndose obligado a definir lo que sea el Derecho de gentes, dice: "Constituye el Derecho Internacional o el Derecho de gentes la reunión de principios jurídicos a que se sujetan las relaciones, pacíficas u hostiles, de los Estados independientes entre sí."

La circunstancia de que el Código trate de los delitos contra el Derecho de gentes dentro de un título que se refiere genéricamente a los delitos contra la seguridad de la patria, parece significar que lo que el legislador persigue no es propiamente amparar intereses jurídicos del orden interestatal, sino proteger la seguridad del Estado. Pues, efectivamente, estos actos contrarios al Derecho Internacional, al ser realizados por órganos estatales —el militar, "el agregado a los ejércitos"—llevarían consigo la responsabilidad internacional del Estado (11). La punición de estas conductas entre los delitos contra la seguridad de la patria da a entender así, que lo que pretende inmediatamente el legislador es evitar la posible responsabilidad internacional del Estado y, en definitiva, cubrir su propia seguridad, persiguiendo sólo de manera mediata la tutela de los bienes jurídicos del Derecho de gentes. Cuando en realidad ocurre justamente lo contrario: el castigo de estas figuras delictivas protege, en primer lugar, bienes jurídicos del Derecho Internacional, y sólo indirectamente la propia seguridad del Estado.

Hecha esta aclaración, emprendamos ya el examen de las distintas figuras delictivas contenidas en el capítulo, al objeto de averiguar si todas ellas infringen normas del Derecho de gentes, y para señalar también si faltan en él otras conductas vulneradoras igualmente del ordenamiento internacional.

El artículo inicial del capítulo es el 279 y dice: "Incurrirá en la pena de reclusión a muerte el militar o agregado a los Ejércitos que, sin motivo justificado o sin autorización competente, ejecute actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera

---

(11) Cfr. CHARLES ROUSSEAU: Op. cit., pág. 358; ALFRED VERDROSS: Op. cit., pág. 277; PAUL GUGGENHEIM: Op. cit., págs. 4 y sigs.; HILDEBRAND ACCIOLY: *Tratado de Derecho internacional público* (trad. esp. Azcárraga), Madrid, 1958, págs. 301 y sigs.; JULIO DIENA: *Derecho internacional público*, Barcelona, 1948, pág. 437; FRANZ VON LISTZ: *Derecho internacional público* (trad. esp. Miral), Barcelona, 1929, pág. 253; etc.

o viole tregua, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, siempre que de sus resultas sobreviniera una declaración de guerra o se produjesen violencias o represalias. En los demás casos se impondrá la pena de prisión.”

La redacción del artículo no es ciertamente feliz. ¿Cómo va a sobrevenir una declaración de guerra por violación de una tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, convenios todos ellos que presuponen el estado de guerra?. Y, sin embargo, el precepto, al haber querido refundir en una dos figuras delictivas —ejecutar actos de violencia u hostilidad contra una nación extranjera no enemiga, por una parte, y violar treguas, armisticios u otras capitulaciones con el enemigo, por otra— considera aquella posibilidad.

En rigor, repetimos, son dos las figuras delictivas que se contemplan en el art. 279 (12): a), la conducta del militar o agregado a los Ejércitos que sin motivo justificado o autorización competente ejecuta actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera, siendo la pena más severa en el caso de que de sus resultados sobrevenga una declaración de guerra o se produzcan violencias o represalias, y b), la conducta del que viola tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, siendo mayor la pena si se producen violencias o represalias que en el caso contrario.

Lo que parece evidente es que uno y otro delito implican violación de normas internacionales. El primero de ellos entrañaría responsabilidad internacional para el Estado del que procediesen los actos de hostilidad, pues ha quedado muy lejana la época en que el derecho a ejercitar éstos y en general el *ius ad bellum* se consideraba como atributo de la soberanía estatal. Aquellos actos contradirían, en todo caso, los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas que institucionalizan el *ius ad bellum* (párrafo 4.º del art. 2.º sobre todo) (13). El segundo delito implica también vulneración de normas consuetudinarias del Derecho Internacional común, que adquirieron incluso rango de reglas escritas en los arts. 35, 36 y siguientes del Reglamento sobre leyes y costum-

(12) Vid. en el mismo sentido QUEROL: Op. cit., pág. 360.

(13) España es miembro de la Organización de Naciones Unidas desde el día 15 de diciembre de 1955.

bres de la guerra terrestre anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 (14).

El art. 280 dispone: "Será castigado con la pena de reclusión a muerte, previa degradación en su caso, el militar o agregado a los Ejércitos que sin orden expresa de sus jefes, incendie o destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades, saquee a los habitantes de pueblos o caseríos o cometa actos de violencia en las personas."

Es este el precepto que sanciona la devastación y el saqueo a que aluden la rúbrica del capítulo. Hay que sobreentender en el artículo una serie de precisiones que completan en realidad al tipo delictivo, tales como la de que los buques, aeronaves o edificios han de ser no militares y que su incendio o destrucción ha de hacerse al enemigo en el curso de una guerra. Se debe interpretar así la disposición, porque la destrucción de los medios militares es lícita al venir exigida por la misma naturaleza de la guerra; y porque, de otra parte, la destrucción de naves, aeronaves o edificios propios, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, constituiría otra infracción (traición si en tiempo de guerra); y porque si se tratase de aeronaves o edificios de una potencia con la que no se está en guerra, nos hallaríamos ante el primero de los delitos tipificados en el artículo anterior. Y algo parecido se debe decir del saqueo, que tendrá que ser de habitantes de pueblos y caseríos enemigos, y de la comisión de actos de violencia en las personas, que habrán de ser, además de enemigas, no combatientes.

Así entendido el precepto aparece claro que también considera actos contrarios a las normas del Derecho Internacional consagradas por los usos bélicos que imperaron en la Europa de los siglos XVIII y XIX y que fueron codificados en el Reglamento sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, especialmente en los artículos 23, 25, 26, 27, 28, 46, 47, 48 y siguientes.

El art. 281 preceptúa: "Incurrirá en la pena de prisión el militar o agregado de los Ejércitos que en tiempo de guerra cometa cualquiera de los delitos siguientes: 1.º Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, maltratarlos de

---

(14) Ratificado por España en 18 de marzo de 1913 (*Gaceta de Madrid* de 22 de junio del mismo año).

obra, injuriarles gravemente o privarles de curación o alimento necesario. 2.º Atacar directamente, sin necesidad, hospitales, asilos de beneficencia, buques, aeronaves, o medio de transporte dedicado a idénticos fines, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos. 3.º Destruir en territorio amigo o enemigo templos, bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación, telegráficas o de otra clase, sin exigirlo las operaciones de guerra. 4.º Ofender de obra o de palabra a un parlamentario.”

Su número primero contempla igualmente actos prohibidos por el Derecho de gentes, en especial por el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre prisioneros de guerra (15) en sus artículos 13, 14, 15, 50 y 130 (16).

El número segundo castiga, asimismo, actos contrarios al Derecho Internacional, según resulta del art. 19 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre protección a heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (17), del art. 22 del Convenio de Ginebra de la misma fecha, relativo a la protección de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (18), y de los arts. 18, 21 y 22 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra (19).

También el número tercero del art. 281 sanciona conductas contrarias al Derecho Internacional, contenidas especialmente en el artículo 27 del Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, en el art. 53 del IV Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra y artículos 1.º, 3.º y 5.º y concordantes del Convenio de La Haya de 14 de

---

(15) Ratificado por España en 4 de agosto de 1952 y publicado en el *B. O. del E.* de 5 de septiembre siguiente.

(16) Reglas vigentes sobre protección a los prisioneros de guerra existen también en el Reglamento del IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 (arts. 4.º a 20).

(17) Ratificado por el Gobierno español en 4 de agosto de 1952 y publicado en el *B. O.* de 23 del mismo mes.

(18) Ratificado también en 4 de agosto de 1952 y publicado en el *B. O.* de 26 de agosto.

(19) Ratificado el mismo día que los otros convenios y publicado en el *B. O.* de 2 de septiembre de 1952.

mayo de 1954 sobre protección a bienes culturales en caso de conflicto armado (20).

Y el número cuarto se refiere a un hecho que, sobre estar reprobado por el Derecho de Gentes consuetudinario, aparece también prohibido en el art. 32 del repetido Reglamento de La Haya de 1907.

El art. 282 dispone: "El que despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos, sufrirá la pena de prisión. La pena podrá elevarse hasta la muerte, previa degradación en su caso, si al despojar al herido se le causaran otras lesiones o se agravase notablemente su estado."

Los actos castigados en este artículo se hallan prohibidos por los arts. 12 y 15 del Convenio de Ginebra de 1949 sobre heridos y enfermos del Ejército en campaña y por el art. 18 del Convenio de la misma fecha, relativo a la protección de los prisioneros de guerra.

El artículo 283 dice: "El militar que en la guerra despoje y se apropie del dinero o alhajas que sus compañeros de armas muertos en el campo llevaren sobre sí, será castigado con la pena de reclusión."

Se advierte claramente que la conducta sancionada en este artículo no atenta contra reglas del Derecho de Gentes. No es éste, pues, el lugar adecuado para el precepto que, como se ha señalado (21), pudiera figurar muy bien en el título XI del tratado II del Código, que en su capítulo único castiga los "Delitos contra el honor militar".

El art. 284 proclama: "El militar o agregado a los Ejércitos que en tiempo de guerra se apropie indebida e innecesariamente de edificios u objetos muebles a título de requisas, será castigado con la pena de reclusión."

Hay que sobreentender que lo que castiga el precepto es la apropiación indebida o innecesaria, y a título de requisas, de edificios u objetos muebles en territorio enemigo ocupado, o, en todo caso, pertenecientes a personas enemigas. Sólo en estos casos hay responsabilidad internacional, pues se infringe en ellos reglas consignadas en los arts. 52 y siguientes del Reglamento de La

(20) Ratificado por España en 7 de julio de 1960. (*B. O. del E.* de 22 de noviembre, núm. 282.)

(21) QUEROL: *Op. cit.*, pág. 365.

Haya de 1907 y en el art. 57 del Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra.

Y, finalmente, el art. 285 declara: "El militar o agregado a los Ejércitos que habiendo requisado por necesidades militares edificios u objetos muebles, no formalizase debidamente, tan pronto como sea posible, la requisa efectuada, será castigado con la pena de prisión."

También hay que sobreentender en esta figura delictiva que la requisa no formalizada debe referirse a bienes propiedad de personas enemigas, requisa que suele tener lugar en el curso de una ocupación territorial. Así entendido el artículo, puede decirse que castiga un hecho contrario al art. 52 del Reglamento de La Haya de 1907.

### III

Estas son las figuras que el Código castreño castiga como contrarias al Derecho de Gentes. Pasando, sin embargo, una somera revista a los más recientes convenios del Derecho bélico se observa en seguida la insuficiencia punitiva del Código español. No tiene en cuenta ésta para nada, efectivamente, aquellas disposiciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las víctimas de la guerra que proscriben, por ejemplo, el juicio irregular y parcial de prisioneros de guerra (artículo 130 del Convenio sobre protección a los prisioneros de guerra), o las detenciones ilegítimas de personas civiles, las deportaciones y traslados ilegales, la coacción para servir en fuerzas armadas enemigas, la toma de rehenes, el juicio irregular y parcial, etcétera (art. 147 del Convenio sobre protección a las personas civiles, que resume las infracciones graves a sus disposiciones). Tampoco se ajustan exactamente los preceptos del Código a lo dispuesto por el Convenio de La Haya de 1954 sobre protección a bienes culturales.

Y respecto a estas conductas, las lagunas de nuestra legislación se hacen tanto más ostensibles cuanto que, al ratificar el Gobierno español los cuatro Convenios de 1949 y el de La Haya de 1954 contrajo el compromiso de dictar una legislación especial, sancionadora de las infracciones graves, y que habría de ser

la aplicada por los tribunales estatales, cuando éstos, en uso de la competencia que en ellos delega el orden internacional, debieren reprimirlas.

La regulación que nuestro Código hace de los delitos contra el Derecho de gentes bélico tiene, pues, ciertos defectos, que se pueden resumir en los siguientes:

1.º Inclusión dentro del título que trata en general de los "Delitos contra la seguridad de la patria". Ya hemos indicado que el sancionamiento de los delitos contra el Derecho de gentes, dentro de este título, da a entender que lo que preocupa al legislador es principalmente proteger la seguridad del Estado, evitando su posible responsabilidad, cuando lo que persigue en realidad es proteger bienes jurídicos del Derecho Internacional y sólo indirectamente la propia seguridad del Estado. Por ello, los delitos contra el Derecho de gentes debieran ser castigados en un título aparte.

2.º Punición de ciertos actos que, por más que son antijurídicos, no atentan contra el ordenamiento internacional. Tal sucede, por ejemplo, en el art. 283, cuyo lugar adecuado es el título XI que se refiere a los "Delitos contra el honor militar."

3.º Tipos delictivos incompletos. Hay algunos preceptos cuya letra cubre supuestos que, evidentemente, no caen dentro de su espíritu. Llegado el momento de aplicarlos habría que introducir distingos no muy acordes con el criterio legalista que preside la realización del Derecho penal.

Está claro, por ejemplo, que no es delictiva en todos los casos la conducta del oficial que sin orden expresa de sus jefes, destruya una aeronave enemiga militar que, posiblemente, va a ser empleada contra él. Mas la letra del art. 280, al castigar, sin más especificaciones, el incendio de aeronaves por un militar sin orden expresa de sus jefes, abarca también aquel comportamiento.

4.º Ausencia de conductas bélicas ilícitas, consideradas así expresamente por el Derecho Internacional Positivo. Se trata de los actos prohibidos en los nuevos convenios de Derecho bélico, como ya hemos dicho, posteriores a la publicación del Código, pero que exigen modificaciones legislativas en los Estados signatarios.

Si llegare el momento de reformar el Código castrense, habría que pensar en estos cuatro puntos. Mas si tres de ellos suponen a fin

de cuentas imperfecciones, más o menos leves, de técnica jurídica, hay uno que debiera ser considerado seriamente por el legislador: el de la ausencia de ciertas figuras que el Derecho Internacional tiene por ilícitas.

Piénsese que cuando el Estado español ratificó los Convenios de Ginebra de 1949, contrajo una deuda con el Derecho internacional: la de sancionar mediante una legislación especial las infracciones graves a dichos Convenios. Mientras los órganos jurisdiccionales españoles no cuenten con ella, mal podrán pagar la confianza que en ellos ha depositado el Derecho de gentes. Y ante una de aquellas infracciones graves que debieren enjuiciar, a falta de reglas adecuadas, no tendrían otro recurso que declinar su conocimiento y entregar al responsable a los tribunales de otra potencia interesada que contasen, ellos sí, con la legislación especial.

Cierto que se trata de la publicación de leyes bélicas, de normas que implican el estado de guerra; pero tales reglas, lejos de atraer o llamar a las hostilidades, suponen una actividad serena, y, sobre todo, responsable ante la real posibilidad de un conflicto que, eso sí, no tiene que ser forzosamente ni total ni global.