LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Isabel De la Vega Pacheco[1]

Fecha de publicación: 15/07/2016

« (…) Recuerdo bien mi infancia. En aquella época estaban todavía en vigor las concepciones del pacífico siglo pasado. Una estaba acostumbrada a confiarse en la voz de la razón. Se consideraba natural y necesario lo que sugería la conciencia. La muerte de un hombre en manos de otro era un caso raro, extraordinario, un fenómeno que se salía de lo normal. Se creía que los homicidios existían solamente en las tragedias, en las novelas de criminales y en la sección de sucesos de los periódicos, no en la vida normal y diaria. Y de pronto se produce este salto desde una regularidad apacible e inocente a la sangre y a los gemidos, a la locura general, a la incivilidad de cada día y de cada hora, al homicidio legalizado y exaltado (…)».

En *Doctor Zhivago*, Boris Pasternak.

Sumario: **I.** Introducción. 1. División de los delitos de índole internacional. 2. Bien jurídico protegido. 3. La cuestión de la jurisdicción internacional. 4. La tipificación de los delitos contra la comunidad internacional como manifestación de la responsabilidad individual en los delitos internacionales. **II.** Delitos de lesa humanidad. **III.** Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Resumen: Los delitos de lesa humanidad y contra las personas y bienes en caso de conflicto armado constituyen una de las

[1] Derecho | idlvp-derecho@hotmail.com

mejores muestras de la adaptación del Código Penal español a las tendencias penales internacionales dominantes. El presente trabajo pretende abordar la estructura de los citados delitos desde el punto de vista de la ley penal española, sin por ello perder de vista las particulares características de que están dotados por provenir del ámbito jurídico internacional, y destacando muy especialmente al respecto la cuestión de la jurisdicción internacional.

I. INTRODUCCIÓN:

1. Los delitos de los cuales vamos a tratar se hallan dentro del último título del Libro II del Código Penal, el Título XXIV, rubricado "Delitos contra la Comunidad Internacional". A la vista de la rúbrica del título, tales delitos vienen a proteger, como bien jurídico o interés preponderante, la integridad de la Comunidad Internacional, ello sin perjuicio de que tanto la legislación como la jurisdicción dedicadas a tal protección sean nacionales.

Lo cierto es que la denominación de este título es una novedad del Código Penal de 1995, título que, viene a recoger algunos de los delitos que tradicionalmente se incluían en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado en los Códigos precedentes[2]: concretamente, será a partir de la *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal* cuando se contemplen delitos tales como el genocidio[3] y su apología[4].

---

[2] GRANADOS PÉREZ, C. en GRANADOS PÉREZ, C Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al Programa de Derecho Penal Parte Especial Para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, Tomo II*, Ed. Tirant lo Blanch (6ª ed., 2015), pp. 528 y ss.

[3] Artículo 137 bis a) del Código Penal de 1973 (en su redacción posterior a la *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*): "Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1.º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros. 2.º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro".

[4] Artículo 137 bis b) del Código Penal de 1973 (introducido por la *Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio*): "La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo. La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito".

Siguiendo en esto a Quintano Ripollés[5] podemos distinguir varios tipos de delitos de índole internacional, a saber, los delitos internos que afectan a la Comunidad Internacional, los delitos contra el Derecho internacional o de trascendencia internacional, y los delitos internacionales *stricto sensu*.

Dentro de los primeros o "delitos internos que afectan a la Comunidad Internacional" podemos encontrar delitos tales como los "delitos contra el Derecho de gentes"; son delitos introducidos por conveniencia interna estatal que menoscaban bienes jurídicos internos que, a su vez, tienen repercusión internacional.

Los segundos serían aquellos introducidos también de forma unilateral por los Estados pero en base a diversas convenciones acontecidas en la esfera internacional: afectarían a bienes jurídicos internacionales, si bien se considera su represión es más eficaz por cuanto venga de la mano de las autoridades internas. Ejemplos claros serían v. gr. los delitos de piratería.

Finalmente, los delitos estrictamente internacionales vendrían impuestos por Organizaciones internacionales, siendo indiferente (aunque conveniente) que los Estados los adopten en el seno de su legislación penal, o no. tales son los delito de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, de cuya regulación nacional nos ocuparemos en este trabajo.

2. Dicho esto, debemos preguntarnos en qué consiste la integridad de la Comunidad Internacional de la que venimos hablando.

La localización del presente título al término del Libro II ("Delitos y sus penas") del Código Penal muestra plenamente la intención del legislador de situar el bien jurídico aquí protegido en el vértice de una pirámide de intereses cuya base está constituida por los bienes jurídicos predominantemente individuales (v. gr. la vida)[6].

Precisamente, la localización de esta clase de delitos dentro de un título propio, así como la rúbrica del mismo, vienen a dotar a estos tipos penales de una singularidad merecida, y es que su localización dentro del ámbito sistemático de los delitos contra la seguridad exterior del Estado era

[5] QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal. Tomo I*, Ed. Instituto "Francisco de Vitoria"/ Consejo Superior de Investigaciones Científicas (1955), pp. 24 y ss., citado en MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (2014), pp. 32 y ss.

[6] TAMARIT SUMALLA, J. M. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters (9ª ed., 2011), pp. 2325 y 2326.

errónea e impedía alcanzar a comprender su específico desvalor. Más aún: el interés jurídico aquí protegido vendría a situarse más allá de los intereses inmediatamente protegibles por el Estado, el cual es el monopolista del *ius puniendi*: así, lo directamente protegible no serían tanto los internacionales españoles en el extranjero como el interés del Estado y sus ciudadanos en que las relaciones internacionales se desarrollen con la máxima normalidad posible, evitando el surgimiento de hostilidades y la puesta en peligro de la seguridad y la paz internacionales.

Empero, lo cierto es que desde un punto de vista tan "institucionalista" sigue siendo difícil aprehender la totalidad del desvalor de estos delitos, sobre todo a la vista de los capítulos II y siguientes: así, y tal y como sostiene la doctrina dominante, el interés internacional aquí protegido no se limitaría a las relaciones internacionales *stricto sensu*, sino que iría más allá y abarcaría los principios jurídico-internacionales de contenido humanitario tales como v. gr. el obligado respeto a los derechos humanos[7]. La suma de todos estos intereses vendría a conformar el interés en la integridad[8] de la Comunidad Internacional[9].

Con todo, y aunque es cierto que todos estos delitos protegen *directa y principalmente* el bien jurídico que es la integridad de la Comunidad Internacional, no lo es menos que a través de estos tipos también pueden entreverse otros bienes jurídicos tales como v. gr. la vida o v. gr. la libertad e intimidad sexuales.

Dicho esto, conviene destacar que los presentes tipos vendrán en aplicación en tanto se cometan hechos tales como v. gr. matar a otro en cumplimiento de unos determinados específicos elementos del tipo (v. gr. el fin de cometer un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella), o dicho de otro modo, comportamientos como el citado solo serán constitutivos de delitos contra la Comunidad Internacional por cuanto cumplan con una serie de requisitos típicos; así las cosas, los tipos presentes en el Título XXIV tienen la virtud de *desplazar* a aquellos otros tipos que no gocen de elementos propios del Derecho penal

[7] TAMARIT SUMALLA, J. M., *íbid*., p. 2326.

[8] Decimos "integridad" de la Comunidad Internacional por cuanto, según creemos, lo aquí protegido vendría a ser, precisamente, el carácter "comunitario" de la realidad internacional, carácter que es presupuesto y, a la vez, consecuencia de la "paz y la seguridad internacionales" recogidas en documentos tales como la Carta de las Naciones Unidas.

[9] Sin olvidar, claro está, que, dentro ya de cada capítulo en concreto, dicho bien jurídico o interés vendrá a ramificarse y "especializarse" en otros intereses más concretos, como v. gr. la existencia de determinados grupos humanos considerados estables en los delitos de genocidio.

internacional[10] en su seno, de manera tal que, si no concurren los elementos citados, vendrán en aplicación aquellos otros tipos a los que podríamos considerar básicos: así, por ejemplo, en tanto se actúe con v. gr. el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, la causación de una o más muertes habrá de sustanciarse por la vía del artículo 607 CP; por el contrario, de no concurrir dicho propósito, los hechos serán subsumibles dentro de tipos básicos tales como v. gr. el artículo 138 CP.

Precisamente es tal efecto de *desplazamiento* la causa por la cual los comportamientos aquí previstos son penados de una forma más severa: pudiéramos decir, al respecto, que tales delitos son delitos *pluriofensivos*, atacando, en primer lugar, bienes jurídicos individuales y fundamentales (v. gr. la vida), así como, ulteriormente y de forma acumulativa, un bien jurídico supraindividual, esto es, la integridad de la Comunidad Internacional (o, más concretamente, alguna de sus manifestaciones).

No obstante, y tal y como tendremos ocasión de comprobar, el efecto del desplazamiento no habrá de darse en todos los casos, sino que determinados tipos no van a conocer de un desplazamiento, sino, más bien, de una *acumulación* de tipos (siendo aplicable tanto el tipo protector del bien jurídico individual como el tipo protector de los intereses de la Comunidad Internacional).

3. Cabría preguntarse cómo, siendo estos delitos contrarios a la Comunidad Internacional, pueden ser perseguidos en base a las legislaciones nacionales.

A la vista de que existe un interés universal en sancionar este tipo de conductas, es obligación de todos los Estados proveer a su castigo, bien por sí mismos, bien mediante su remisión a otros órganos, bien nacionales (extranjeros), bien internacionales (*aut dedere, aut iudicare*): así pues, España tendría plena competencia en lo que se ha venido a denominar el "Derecho penal internacional" la aplicación de la legislación española en materia penal en aquellos espacios del extranjero donde se hubieran producido los hechos merecedores de proceso.

[10] No debemos confundir el "Derecho penal internacional" con el "Derecho internacional penal", entendiendo por este último el Derecho penal aplicado en una jurisdicción internacional, poseedora de tribunales especializados con jurisdicción propia y competencias destinadas al descubrimiento y juicio de crímenes que por su extrema gravedad se considera afectan a toda la comunidad internacional. con todo, hemos de decir que ambas expresiones son, muy a menudo, confundidas.

Como ya sabemos, el principio preponderante a propósito de la jurisdicción penal es el principio de territorialidad *ex* artículo 8.1 CC ("Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español").

Con todo, existen excepciones a este principio, entre las cuales vendría a destacar el principio de justicia universal[11]: el origen de este principio puede encontrarse ya en la doctrina iusnaturalista de los siglos XVI y XVII, doctrina que ya aludía a la importancia de luchar, desde el ámbito nacional, contra aquellos delitos que pudieran poner en peligro la *societas generis humani*. Así, lo que se pretende mediante la aplicación práctica de este principio es evitar que determinadas actuaciones susceptibles de afectar a los intereses internacionales en su conjunto queden impunes ante una ausencia de jurisdicción eficaz y suficiente. Tal es el motivo por el que el Código Penal español recoge los delitos de los que venimos hablando, así como por el cual se permite actuar a la jurisdicción española.

Pero la conveniencia de que las legislaciones nacionales puedan perseguir estos delitos más allá de sus fronteras no es solo teórica, sino también práctica: a raíz de la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1993) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994) quedó lo suficientemente claro que únicamente con dos tribunales era imposible captar la totalidad (ni siquiera la mayoría) de los comportamientos contrarios a los principios rectores de la Comunidad Internacional[12]. Más aún: ni siquiera el recurso a la extradición a sus respectivas naciones servía como solución, pues estos dos territorios, bien se encontraban en guerra al tiempo de la creación del tribunal *ad hoc*[13], bien no contaban (ni cuentan) con medios materiales y personales para proporcionar una Justicia adecuada[14].

---

[11] CEREZO MIR, J., *Derecho Penal. Parte General I: Introducción*, Ed. Tecnos (5ª ed., 2002), pp. 206 y ss.

[12] Se empieza a advertir lo mismo a propósito de la Corte Penal Internacional, entre otros problemas; véase, al respecto, SALIM, B., «Reflexiones sobre la Corte Penal Internacional y los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» en *Quadernos de Criminología*, nº 23 (octubre/diciembre, 2013), pp. 4 y 5.

[13] Tal es el caso de los territorios de la ex Yugoslavia, *de iure* en guerra hasta la firma del Acuerdo Marco General Para la Paz en Bosnia y Herzegovina (Acuerdos de Dayton) en 1995; *de facto*, las hostilidades y los crímenes contrarios a los principios de la Comunidad Internacional continuarán produciéndose hasta la entrada en el siglo XXI.

[14] Tal es el caso de Ruanda; *vid*., por todo, DEL CARPIO DELGADO, J., *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales "ad hoc"*, Ed. Tirant lo Blanch (2009), pp. 84 y ss.

No obstante, debemos matizar lo que acabamos de decir, y es que, como bien sabemos, la reciente *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal* ha venido, en consonancia con la vía que el legislador[15] venía siguiendo desde hace tiempo, a restringir, aún más si cabe, el alcance de este principio: así, la nueva redacción del artículo 23.4 a) LOPJ ("Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas") viene a exigir, como requisito sempiterno para proceder a enjuiciar extraterritorialmente por los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, la mediación de algún elemento "nacional" o "español" (v. gr. que el autor, de ser extranjero, se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas).

Lo cierto es que semejante restricción puede ser enormemente perjudicial a la hora de hacer frente a este tipo de conductas, siendo, quizá, conveniente ampliar el alcance del principio de justicia universal en base al "doble carácter internacional" de estos delitos, esto es, en la medida en que los delitos contra la Comunidad Internacional son, por un lado, típicamente internacionales[16], así como, por otro, atentan contra los intereses de dicha Comunidad Internacional.

---

[15] Tal y como indica su Exposición de Motivos, "[...] la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional. [...]".

[16] Lo cierto es que el carácter "internacional" de ciertos delitos no es suficiente como para entender que los mismos debieran conocer, en todo caso, de la amplitud que ofrece el principio de justicia universal: así, v. gr., los delitos de drogas, aun conociendo de un importante factor internacional, son, en muchas de sus modalidades, inidóneos para que les sea aplicado este principio, y es que es indudable la tremenda variación que puede observarse en las legislaciones penales nacionales a propósito de los delitos relacionados con sustancias estupefacientes. Por el

4. Como bien se sabe, la asunción del principio de responsabilidad individual a propósito de los injustos propios del Derecho internacional penal viene siendo una constante desde la celebración de los Juicios de Núremberg y Tokio al término de la Segunda Guerra Mundial.

Lo cierto es que ya al término de la Primera Guerra Mundial se barajó la posibilidad de hacer responder a determinados miembros del ejército alemán por los desastres acontecidos durante el conflicto, posibilidad que fue abandonada tras unas pocas y meramente ejemplificativas sentencias.

El fracaso de los Tratados posteriores al citado conflicto desembocaron en una nueva guerra mundial, guerra que hará conocer al mundo los más terribles crímenes cometidos por el hombre moderno: urge, pues, abandonar el principio de la responsabilidad estatal para poner el foco en los sujetos concretos que llevaron a las situaciones ahora enjuiciadas en sendos tribunales *ad hoc*, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

Así pues, en 1945 nace, oficialmente, este principio de responsabilidad penal individual, nacimiento que se produce en el seno del Derecho internacional penal para pasar luego al Derecho penal internacional, esto es, las legislaciones penales estatales pasan a contemplar en sus códigos y normas los delitos típicamente internacionales para poder seguir apreciando una responsabilidad penal individual por los mismos[17].

La creación, varias décadas después, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, así como de la Corte Penal Internacional, no hace más que ahondar en este principio, el cual pasa a ser completamente asumido tanto por el Derecho penal internacional como por el Derecho internacional penal.

---

contrario, a los delitos contra la Comunidad Internacional les es perfectamente aplicable el principio de jurisdicción universal en base a esa doble *ratio* internacional; cfr., a propósito de ello, AMBOS, K., *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Ed. Marcial Pons (2006), pp. 93 y ss.

[17] Como afirma Díez de Velasco, "el Derecho internacional suele limitarse a establecer en estos casos, por vía de tratado internacional, los tipos penales aparejados a tales transgresiones, resignando en los Estados la tarea de su punición. En efecto, dejando aparte los supuestos excepcionales [...] de la creación de órganos y procedimientos internacionales ante los cuales se puede hacer exigible la responsabilidad directa del individuo en el plano del Derecho internacional (tribunales internacionales de Núremberg y Tokio en 1946 y 1948, tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda en la actualidad), o de ciertas previsiones convencionales posibilitando en abstracto su creación [...]; lo habitual es que sea el Derecho interno, a través de órganos y procedimientos estatales, el que se encargue de dilucidar las consecuencias penales de la comisión por el individuo de esos delitos internacionales [...]"; *vid*. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos (16ª ed., 2007), p. 305.

Lo cierto es que, a día de hoy, la responsabilidad penal individual por esta clase de delitos está pensada únicamente para las personas físicas, dejando, pues, aparte la responsabilidad de los Estados y de otras personas jurídicas.

Semejante solución goza de sentido si tenemos en cuenta que el presente principio no pretendía más que evitar hacer responder a todo un Estado por los hechos cometidos a instancias de algunos de sus ciudadanos.

Sin embargo, parece más dudosa la exención de responsabilidad de otro tipo de personas de tipo asociativo (en especial, cuerpos terroristas y/o paramilitares), pero también jurídicas *stricto sensu* (v. gr. empresas u otros entes instigadores de crímenes contra la Comunidad Internacional): no en vano, durante las discusiones tendentes a elaborar el Estatuto de la Corte Penal Internacional se previó la posibilidad de recoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con todo, a día de hoy la expresión "personas", recogida en el artículo 1 del ECPI ("Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto"), ha de ser entendida en el sentido de "personas físicas": esto es así por cuanto la mayoría de los sistemas penales del mundo no contemplan (o contemplan limitadamente) la responsabilidad penal de las personas jurídicas, rigiéndose aún hoy por el principio *societas delinquere non potest*[18].

En cuanto a las formas de imputación, brevemente hemos de decir que, a grandes rasgos, se prevén dos títulos de atribución: la atribución directa de responsabilidad y la atribución de responsabilidad, a título de omisión, a los superiores al mando (*command responsibility*)[19].

Por atribución directa de la responsabilidad hemos de entender la responsabilización por la comisión, con pleno conocimiento, del delito, sea

[18] TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Ed. Tirant lo Blanch (2008), pp. 212 y 213.

[19] Aun cuando ambos títulos de imputación pudieran ser acumulables en opinión de la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc*, lo cierto es que en la práctica se ha tendido a aplicar uno solo de estos títulos, optándose por aquél que mejor se ajuste a la conducta del sujeto y que permita imponerle la pena más justa; *vid*. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, §§ 471 y 472, *cit*. en TORRES PÉREZ, M., *íbid*., p. 234.

tanto en régimen de autoría como de participación, esto es, autores (directos, mediatos o coautores) y participantes (destacando los cooperadores necesarios, los cómplices y, de un modo muy especial, los instigadores[20]) son considerados directamente responsables de los delitos cometidos contra la Comunidad Internacional.

Así, cualquier sujeto que cometa de forma directa, intente o planifique cualquiera de estos delitos será responsabilizado directamente en virtud de cada tipo penal. La forma de comisión puede ser variada: cabe realizar los hechos de propia mano, pero también se incluirían v. gr. el apoyo y la complicidad, la emisión de órdenes para ejecutar los hechos, etc.

Destaca a este respecto una particular forma de participación, no incluida en el estatuto de ningún tribunal internacional *ad hoc* pero sí admitida por su jurisprudencia: hablamos de la doctrina del "propósito delictivo común" (*joint criminal enterprise*), por la cual son también acreedores de una pena aquéllos que, aun no participando directamente en los hechos, sí se inmiscuye en un contexto más amplio, contexto del cual procede el crimen cometido.

En virtud de la doctrina del propósito delictivo común pueden incluirse todos aquéllos que colaboran en la ejecución de un plan criminal aun desconociendo los actos concretos en que se va a plasmar dicho plan; es más, cabe incluso la imputación por aquellos crímenes que, aun no formando parte de un plan, se consideran consecuencia previsible del mismo[21].

Distinta es, en cambio, la responsabilización que se hace de los superiores al mando, ello por cuanto estos superiores van a ser responsables, no por la realización (directa o mediata) de los hechos, sino a causa de una omisión especifica: concretamente, lo que se imputa a estos sujetos es haber fallado a la hora de vigilar los hechos que se ejecutaban en los contingentes y grupos bajo su mando.

---

[20] Sobre todo en relación con determinados delitos, como v. gr. el genocidio; *vid*. *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en la que se condena a varios editores y directores de la cadena *Radio Télévision Libre des Mille Collines* por, entre otras cosas, instigación al genocidio.

[21] *Vid*. *Duško Tadić Appeal Judgement*, §§ 227 y 228, *cit*. en TORRES PÉREZ, M., *íbid*., pp. 244 y ss.

Así, por gozar de una especial posición de garante[22], y siempre y cuando se demuestre que su actuación podría haber evitado los delitos cometidos (según el expediente de causalidad que se siga), tales superiores serán responsables de un modo específico según nuestra doctrina penal[23].

II. DELITOS DE LESA HUMANIDAD:

Los delitos de lesa humanidad conforman el contenido del Capítulo II bis del Título XXIV ("Delitos contra la Comunidad Internacional") del Código Penal, capítulo que lleva por rúbrica "De los delitos de lesa humanidad".

El presente capítulo, que apenas conoce de un solo artículo, fue introducido en el Código Penal en virtud de la *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*: mediante la misma, el Código Penal español logró adecuarse a lo previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del año 1998, ratificado por el Estado español en el año 2000[24].

Nuestro artículo 607 bis CP supone una variación del artículo 7 ECPI[25], el cual, a su vez, supone una mixtura entre lo previsto en el

[22] Derivada, según podríamos decir, *ex lege*, pues es deber de todos aquellos implicados en un conflicto armado (o no) velar por el cumplimiento de los principios mínimos de respeto de los derechos humanos en el transcurso del mismo.

[23] Con todo, lo cierto es que los tribunales internacionales vienen exigiendo la *mens rea* de los superiores, esto es, se requiere que los superiores "supieran" que los delitos se iban a conocer o que "tuviesen razones para sospecharlo"; nos aproximaríamos, respectivamente, a una especie de dolo (el sujeto sabe a ciencia cierta que se van a cometer ciertos delitos y, en tanto sabe que su omisión tendrá como consecuencia la efectiva comisión de los mismos, no hace nada en tanto quiere dicha comisión) y de dolo eventual (el sujeto tiene razones para pensar que se pueden cometer delitos contra la Comunidad Internacional, y, sin embargo, ignora sus propios pensamientos y no hace nada para evitarlo); *vid*. TORRES PÉREZ, M., *op. cit*., pp. 289 y ss. Conviene no perder de vista que la jurisdicción penal de los tribunales internacionales *ad hoc* está muy influenciada por el *criminal law* anglosajón.

[24] *Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998*, dado en Madrid a 19 de octubre de 2000 y publicado en el Boletín Oficial del Estado a fecha de 27 de mayo del año 2002. Se basa dicho instrumento en la *Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

[25] Artículo 7 ECPI: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos

Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional (1945)[26], la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg y Tokio, el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y la jurisprudencia de éstos dos últimos tribunales *ad hoc*[27].

---

políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

[26] Así como la Carta para el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente o "Carta de Tokio" de 1946, la cual, no obstante, no deja de estar basada en la "Carta de Londres".

[27] GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Ed. Dykinson (2016), pp. 369 y 370.

Como señala Gil Gil, la actual redacción del artículo 607 bis CP, inspirada por el Grupo de Estudios de Política Criminal[28], dista bastante[29] de la del artículo 7 ECPI (complementado por el documento anexo al Estatuto de Roma titulado *Elementos de los Crímenes*).

El único artículo que conforma el capítulo, el artículo 607 bis CP, dice así:

> «1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.
>
> En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:
>
> 1º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
>
> 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.
>
> 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:
>
> 1º Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.
>
> 2º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.
>
> 3º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.
>
> 4º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.
>
> 5º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la

[28] *Vid*., en general, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional* (2001).

[29] GIL GIL, A. en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova (2ª ed., 2011), p. 1996.

población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6º Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

7º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado.

10º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

3. En todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el

> ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

Tal y como se puede observar, el artículo 607 bis CP, en su apartado segundo, entraña una ingente cantidad de comportamientos, comportamientos muy distintos entre sí. Esto responde a la misma naturaleza de los delitos de lesa humanidad, esto es, los delitos de lesa humanidad nacen, precisamente, para proteger bienes jurídicos individuales frente a conductas realizadas en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

A propósito del bien jurídico protegido, podemos decir que el mismo sería tanto el bien jurídico individual reconocido por cada apartado como el bien jurídico supraindividual que es el interés en el mantenimiento de la paz a nivel internacional[30] (que pudiéramos formular de manera genérica mediante la expresión "intereses de la Comunidad Internacional")[31].

Sendos bienes jurídicos serían lesionados mediante una misma conducta, lesión que daría lugar, así mismo, a dos resultados: el resultado propio del atentado contra el bien jurídico individual (v. gr. la muerte), y el resultado consistente en el efectivo atentado contra la Comunidad Internacional y sus intereses. En rigor, al atentado contra el bien jurídico individual constituiría el *medio* para atentar, ulteriormente, contra los intereses de la Comunidad Internacional, o lo que es lo mismo, se atenta contra la Comunidad Internacional en tanto se cometen las conductas descritas contra sujetos individualmente considerados[32].

Esta explicación nos permite sostener que si las conductas aquí presentes resultan tan agravadas (así, la v. gr. causación de una muerte, acaso en régimen de simple homicidio, viene siendo castigada con la pena de prisión permanente revisable) es por cuanto se da un mayor desvalor de contenido del injusto, desvalor que encuentra su *ratio* en el mayor desvalor del resultado, y más concretamente en el acontecimiento de un "doble resultado", una doble lesión a bienes jurídicos diferenciados y

[30] Habla más bien de "noción de humanidad", GIL GIL, A., *Derecho... cit.*, p. 371.

[31] Así lo cree la doctrina dominante; en contra, GIL GIL, A., *Derecho... cit.*, p. 371; LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, Ed. Dykinson (2016), p. 187, autores ambos para los que el delito de lesa humanidad no sería pluriofensivo.

[32] Entiende Muñoz Conde que este delito no vendría a constituir más que una "cláusula agravatoria"; *vid*. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed Tirant lo Blanch (18ª ed., 2010), p. 780.

diferenciables entre sí (máxime por cuanto gozan de un carácter individual y supraindividual, respectivamente).

Por otro lado, debemos destacar que la doctrina dominante entiende que en los casos en que acontezcan varias conductas individuales en el contexto típico (v. gr. varias muertes en el marco de un plan generalizado de ataque), las mismas constituirán *separados* delitos de lesa humanidad, esto es, vendrán en aplicación las reglas propias del concurso real (homogéneo) de delitos[33].

A propósito del sujeto pasivo, el mismo será tanto el individuo como portador del bien jurídico individual (v. gr. la libertad sexual) como, de forma mediata, la Comunidad Internacional entendida de modo colectivo[34]. Por otro lado, del tipo parece colegirse que el sujeto activo ha de pertenecer a "la población civil" o a "una parte de ella".

En cuanto al sujeto activo, el mismo puede ser cualquier persona, ello siempre y cuando actúe en el contexto específicamente recogido en el tipo y del que a continuación hablaremos: no se exige, pues, ninguna condición que configure este delito como un "delito especial", de manera que cualquier persona puede ser potencial autor de un delito de lesa humanidad.

La acción típica consiste en cometer cualquiera de los comportamientos recogidos en los distintos apartados "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella", considerándose, en todo caso, como delitos de lesa humanidad la "comisión de tales hechos por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional"; o "en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen".

---

[33] No opina lo mismo la jurisprudencia: así, en la *SAN 16/2005, de 19 de abril de 2005*, se condenó al autor por *un* delito de lesa humanidad y *una pluralidad* de muertes alevosas, en lugar de condenar por *una pluralidad* de delitos de lesa humanidad. *Vid*. la crítica efectuada, al respecto, por GIL GIL, A., «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo» en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7 (2005), pp. 4 y ss.

[34] En contra, GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 1997, para quien el sujeto pasivo es, solamente, el individuo como portador del bien jurídico eminentemente lesionado. Lo cierto es que, en la medida en que la Comunidad Internacional solo resultaría dañada por cuanto se actuase en contra del sujeto individualmente considerado, puede sostenerse que es dicho individuo el sujeto pasivo, mas solo *directa et principaliter*.

Excedería del objetivo del presente trabajo analizar todas y cada una de las conductas aquí recogidas, de manera tal que nos centraremos, preferentemente, en el especial contexto exigido por el tipo. Con todo, merece la pena llamar la atención acerca de aquellos comportamientos de todos los recogidos más destacados.

Recoger expresamente la cláusula "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella" es un buen ejemplo de como el legislador español se ha hecho eco del Derecho internacional consuetudinario, el cual nunca ha reconocido como delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos de forma aislada. Así, realizar semejantes comportamientos sin concurrir el específico contexto citado constituiría, a lo sumo, una conducta sancionable por medio de los tipos genéricos recogidos en el Código Penal (v. gr. el artículo 138 CP) y agravada (en los casos en que así sea) por medio de alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 22 CP[35].

De aquí colige Gil Gil[36] una particular conclusión, y es que, en su opinión, las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad se hallarían agravadas por cuanto la realización de las mismas vendría ampliamente facilitada en virtud del contexto; dicho de otro modo, realizar una conducta como v. gr. matar a otro a modo de "parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella" sería una conducta más fácil de realizar y, por ende, más peligrosa, por cuanto el sujeto activo se beneficiaría de dos aspectos, a saber, los mayores medios a su disposición y la mayor posibilidad de éxito, así como de impunidad, por su conducta. En definitiva, el citado contexto no haría más que aumentar el contenido de injusto por un mayor desvalor de la acción, desvalor que justificaría la imposición de unas penas tan elevadas[37].

Para que todo esto sea así, el comportamiento particular debe *formar parte* de un ataque, bien generalizado, bien sistemático, lo cual no evita que

---

[35] Destaca al respecto la circunstancia recogida en el artículo 22.4º CP ("Son circunstancias agravantes: [...] 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad").

[36] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 1998.

[37] En nuestra opinión, esto no tendría por qué ser siempre así (es posible que v. gr. por actuar en el seno de un contingente paramilitar dedicado a estas acciones el sujeto se halle más "expuesto" a la acción de la Justicia en tanto dicho contingente está siendo observado muy detalladamente por un tribunal internacional), lo cual no evitaría que siguiese siendo posible la agravación por razón de un mayor desvalor del resultado según lo dicho *supra* p. 10.

sea suficiente por sí mismo; dicho de otro modo, basta con que el sujeto activo realice uno solo de estos comportamientos para erigirse en reo de delitos de lesa humanidad, pues el resto de delitos conformantes del "ataque generalizado o sistemático" pueden realizarlos otros sujetos. En conclusión, no cabe entender como delito de lesa humanidad la mera v. gr. causación de la muerte de otro, pero sí, y aunque concurra el solitario (esto es, aunque el sujeto activo solamente ejecute *una* muerte), cuando se enmarque en un plan generalizado o sistemático de acciones de este tipo.

Para dar una definición más auténtica, podemos acudir al documento *Elementos de los Crímenes*, en el cual se establece que "por «ataque contra una población civil» en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar[38]. Se entiende que la «política de cometer ese ataque» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente[39] un ataque de esa índole contra una población civil".

En cuanto la cláusula relativa a la "comisión de tales hechos por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género[40], discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional[41]"; o "en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen", debemos entenderla de modo complementario, y no alternativo, es decir, el delito de lesa humanidad deberá siempre cometerse "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la

[38] De hecho, no es preciso que tales actos se cometan en tiempo de guerra; así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 1998.

[39] Salvo en casos extremos, una omisión por parte del Estado o su Gobierno no podrá entenderse como una "estimulación activa"; así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 1998.

[40] La inclusión del "género" como circunstancia susceptible de discriminación en este ámbito parece fue problemática, incluso en el seno del Grupo de Estudios de Política Criminal; *vid*. TAMARIT SUMALLA, J. M., *op. cit.*, p. 2340.

[41] En la medida en que todas estas circunstancias evocan, en mayor o menor medida, fines discriminatorios, podríamos sostener que el presente tipo constituye una agravante, aparte de por todos los motivos ya citados, por cuanto se lesiona, también, el efectivo derecho a la igualdad, encontrándonos así ante un mayor contenido de injusto en base a la concurrencia de un (ya triple) resultado ulterior. Como se puede observar, es posible hallar más de una *ratio* de agravación.

población civil o contra una parte de ella" y, a mayores, en base a cualquiera de las dos motivaciones citadas[42].

Como se puede comprobar, el primero de los dos números del apartado primero contiene una serie de circunstancias que a lo largo del tiempo ha ido aumentando: concretamente, la específica referencia a la "discapacidad" fue añadida, a instancia del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Llama la atención la expresa mención que se hace de aquellos "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional", cláusula ampliamente indeterminada generadora de una incertidumbre penal cuanto menos cuestionable[43]. Con todo, gracias a dicha cláusula se permite la subsunción de aquellas conductas atentatorias contra colectivos caracterizados por v. gr. su orientación sexual o v. gr. la lengua que emplean.

A propósito de los comportamientos individualmente considerados, hemos de decir que los mismos han sufrido importantes modificaciones a causa de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, modificaciones que han afectado (mejor dicho, agravado), sobre todo, a las penas aplicables. También destaca la adición del apartado tercero, por el cual "en todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente".

Dentro de las conductas individualmente recogidas en el apartado segundo podemos encontrar delitos cuya interpretación ha de seguir las pautas propias de la interpretación de otros tipos penales, como es el caso de la conducta recogida en el v. gr. número primero ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: 1.º Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona"), entre otras.

---

[42] Así parece entenderlo MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 781.

[43] Así, TAMARIT SUMALLA, J. M., *op. cit.*, p. 2340.

En cambio, otras conductas no aparecen específicamente recogidas como aparecen aquí presentes en otros artículos del código, sino que contienen una serie de especialidades a las que es preciso atender.

En primer lugar queremos detenernos en una conducta que, como tal, no está recogida en nuestro Código Penal a causa de la influencia ejercida por el Grupo de Estudios de Política Criminal: nos referimos a los crímenes de *apartheid* y "persecución", definidos, respectivamente, en los artículos 7.2 h) ECPI ("Por "el crimen de *apartheid*" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;") y 7.2 g) ECPI ("Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad").

Nuestro Código Penal no reconoce estas conductas como "delitos" *per se*, sino como "especificaciones del contexto en el que deben ser realizadas todas las modalidades para constituir crímenes contra la humanidad"[44], es decir, se trata de conductas no válidas como delitos, pero sí aptas para "crear" un contexto de "ataque" contra la población civil.

A propósito del delito de violación, recogido en el número segundo del presente apartado ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 2.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual"), hemos de decir que parte de la doctrina aboga por ampliar su concepto por cuanto en el Derecho internacional el mismo es más amplio; no obstante, creemos que se pudiera violentar, así, el principio de interpretación estricta en el Derecho penal. Por ende, consideramos correcta semejante vía por cuanto la misma sea propuesta *de lege ferenda*, y no a meros efectos interpretativos.

El número tercero ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 3.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del

[44] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 1998.

artículo 147") parece derivar del delito de genocidio, lo cual ha sido duramente criticado por ciertos autores[45]. Por otro lado, y en aras de no excedernos inapropiadamente a la hora de interpretar, debemos entender que "someter a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud" debe repercutir, de algún modo, en el sujeto pasivo a modo de perjuicio real (v. gr. lesiones psíquicas), y no solamente a modo de "riesgo".

El número cuarto ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 4.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción") del apartado segundo contiene como conducta la "deportación" o "traslado por la fuerza", sin motivo autorizado por el Derecho internacional (motivos que harían de esta conducta un comportamiento atípico, encontrándonos, pues, ante un elemento de la valoración global del hecho[46]), conducta que dentro de nuestro Derecho constituiría una variación de las coacciones y de las amenazas.

El número quinto ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 5.º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.") puede remitirse, en su interpretación, al artículo 161 CP[47] ("1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal") si la fecundación es asistida (sin olvidar que la conducta ha de consistir en "forzar"); o entrar en concurso con un delito de violación (simple o por la vía de los delitos de lesa humanidad) si no fuere asistida. En todo caso podemos hallar un nexo de conexión con el delito de

[45] Indica al respecto Gil Gil que "el delito contra la humanidad tiene su propio contenido, no es una extensión del genocidio y no tiene por qué tener idéntica redacción que éste"; así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2000.

[46] *Vid*. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, trad. por LUZÓN PEÑA, D. M., para Ed. Civitas (1ª ed., 1997), pp. 298 y ss.

[47] Así, también, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.*, p. 47.

genocidio[48], y es que también aquí se trata "de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes", pues la modificación de la composición étnica de una población tiene como consecuencia indefectible la destrucción (total o parcial) de la composición étnica anterior.

El número sexto ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 6.º Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley") recoge una específica conducta, la desaparición forzada, introducida en virtud de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ya que antes se contemplaba meramente el detener a alguna persona y se negarse a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida[49]. Lo cierto es que el legislador no ha pretendido más que adecuar este numeral con el inciso b) del artículo 167.2 CP ("Con las mismas penas serán castigados: [...] b) El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades"), inciso añadido, también, en el año 2015[50].

La reciente reforma ha acercado un poco más el precepto español al artículo 7.2 i) ECPI ("Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la

[48] Y muy especialmente en la versión expresada en el artículo 607.1.4º CP ("Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: [...] 4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro").

[49] Remisible al artículo 166.1 CP ("El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro.").

[50] TAMARIT SUMALLA, J. M. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi (2015), p. 790.

suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado"), ello por cuanto se establece expresamente sean sujeto activos "agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado".

Con todo, sigue existiendo una notable diferencia al respecto del tipo internacional, y es que no se requiere un específico elemento subjetivo del injusto, a saber, la "intención de dejarlas (a las personas detenidas) fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

El número séptimo ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días") contiene una detención ilegal simple o no cualificada, pudiendo remitirnos a los tipos básicos del Código Penal. Según la fundamentación ofrecida por el Grupo de Estudios de Política Criminal, con la introducción de este tipo se pretendería evitar la legalidad de las detenciones ilegales practicadas arbitrariamente "en aplicación de una legalidad espuria"[51].

El número octavo ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima") incluye el delito de torturas y una interpretación auténtica del mismo, de manera tal que "se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos".

Dentro de este número debemos señalar que las consecuencias perjudiciales que se deriven de "castigos" o actuaciones "lícitas" no podrán ser considerados como "tortura" por cuanto para considerar como lícitas tales conductas es preciso, a modo de *conditio sine qua non*, que de las mismas no puedan derivarse resultados equiparables a los derivables de la tortura. Dicho de otro modo, en ningún Estado de Derecho puede admitirse

[51] GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.*, p. 48.

un resultado de tortura como consecuencia de la aplicación de sanciones validadas a nivel legal[52].

El número noveno ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 9.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado") recoge la conducta consistente en forzar a los sujetos pasivos al ejercicio de la prostitución, conducta que conoce, *in fine*, de una agravación por cuanto se cometa contra menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Por supuesto, las penas serán siempre más graves que las propias del tipo común[53].

El número décimo ("Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 10.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque") contiene el delito de esclavitud, delito que no encuentra correspondencia entre los tipos comunes del Código Penal español[54]. A la vista de tal

---

[52] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2001.

[53] Véase, así, el artículo 188.1 CP: "El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses".

[54] Sí lo hace, entre otros, el v. gr. Código Penal italiano en su artículo 600 ("*Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia,*

deficiencia, el propio artículo introduce una definición autentica de lo que haya de entenderse por esclavitud, de manera tal que "por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque".

Entiende Tamarit Sumalla[55] que también la cláusula concursal debe entenderse como una consecuencia de la ausencia de este delito en nuestra parte especial. Así mismo, puede entenderse que la cláusula concursal obedece al hecho de que la esclavitud, en cuanto "cosifica" a la persona, atenta contra su dignidad, dignidad que, a menudo, no será lesionada *en solitario*, sino que también resultará dañada alguna de sus especificaciones (es decir, otros bienes jurídicos individuales).

Cabe referirse, por último, al tipo subjetivo, de manera tal que el delito aquí presente es eminentemente doloso: no está (ni cabe pensar pudiera estarlo) incriminada la comisión culposa del mismo, de manera tal que el autor deberá actuar con conocimiento y voluntad de sus actos.

Debemos matizar esta afirmación por cuanto no basta con que el sujeto conozca y quiera la realización del comportamiento individualmente considerado (v. gr. el matar a otro), sino que en su ánimo debe estar, también, el conocer y querer que dicha acción forme parte de un plan generalizado de atentados contra el mismo u otros bienes jurídicos individuales: aunque no se requiera conozca al detalle el plan de "ataque generalizado o sistemático", sí se exige, al menos, que sepa y quiera que su ataque sea una aportación a dicho plan general. La cláusula recogida en el apartado primero del artículo 607 bis CP debe ser, pues, asumida por el dolo[56].

En cuanto a las clases de dolo, cabe tanto el dolo directo como el mediato y, también, el eventual, sea en relación con el comportamiento individual, sea en relación con el contexto[57].

---

inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi").

[55] TAMARIT SUMALLA, J. M., *op. cit*., p. 2340.

[56] Así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2001.

[57] Así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2001; en contra, AMBOS, K./WIRTH, S., «El Derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad» en AMBOS, K., *Temas de Derecho penal*

III. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO.

Tal y como indica Tamarit Sumalla, el contenido de este capítulo "constituye el núcleo central del Derecho Humanitario bélico[58] en el ordenamiento jurídico español"[59].

La presente regulación data del año 1985, año en el cual el Código Penal Militar se adapta, mediante su "refundación" (por la *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar*[60]), a lo suscrito por España ya en el año 1952, esto es, a la ratificación de los Convenios de Ginebra de 1949[61].

Tal y como señalaba varias décadas atrás Medina Ortega[62], la positivización del Derecho humanitario bélico (una *contradictio in*

---

internacional y europeo, Ed. Marcial Pons (2006), pp. 204 y ss., quienes entienden que la posibilidad del *dolus eventualis* solo se predica del elemento que es el contexto específico.

[58] El Derecho humanitario bélico constituye, junto con el Derecho "de la guerra", una de las dos ramas en las que se divide el *ius in bello* según el Derecho internacional. El Derecho humanitario bélico empieza a ser positivizado en 1864, año en el cual el Comité Internacional de la Cruz Roja promueve la celebración del Primer Convenio de Ginebra, dedicado al "alivio de la suerte de la condición de los heridos de los Ejércitos en campaña" tras las terribles experiencias vividas en el continente europeo con motivo de las guerras de unificación en Italia y el conflicto en Crimea. *Vid*. LIÑÁN LAFUENTE, A., en GIL GIL, A., (Dir.), *Derecho... cit.*, pp. 389 y ss.

[59] TAMARIT SUMALLA, J. M., *op. cit*., p. 2341.

[60] Derogada hoy por la *Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar*.

[61] Los "Convenios de Ginebra" son, en rigor, cuatro convenios o convenciones (todos ellos con texto de 1949), a saber, el *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, el *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, el *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, y el *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*; todos ellos fueron ratificados por España en 1952. Posteriormente se elaboraron unos tres Protocolos Adicionales (datando de 1977 los dos primeros, y de 2005 el tercero), a saber, el *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, y el *Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional*; fueron ratificados por el Estado español en 1989 (los dos primeros) y en 2010 (el tercero). Con todo, hemos de decir que no todos los delitos contemplados en el Código Penal español en este capítulo suponen una contravención a los Convenios de Ginebra. Así mismo, no debemos olvidarnos de la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* de 1954.

[62] MEDINA ORTEGA, M., «La recepción en el Derecho español de las sanciones por infracción del Derecho de la guerra» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 1 (1961), pp. 69 y ss.

terminis, según Abellán Honrubia) podía suponer un avance *en cuanto instrumento* para la consecución de la "humanización de la guerra", pero no un avance *por sí mismo*. Partiendo de ello, el internacionalista señalaba que la ausencia de Organizaciones internacionales que hiciesen preceptivo (y, por ello, sancionasen en consecuencia) el cumplimiento de los preceptos propios de las convenciones ginebrinas hacía más que conveniente la actuación del poder coactivo interno de los propios Estados: su opinión, así como la de muchos otros, fue oída, y el legislador actuó en consecuencia, si bien pasado un cierto tiempo[63].

Ya en la década de 1980 cuando se considera que es el Código Penal Militar[64] el instrumento más adecuado para hacer valer el Derecho humanitario en el ámbito interno de los Estados parte en los convenios ginebrinos[65], de manera que se pospone su inclusión en el Código Penal común o civil hasta la elaboración del nuevo código por *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Posteriormente, y con motivo de la ratificación del Estatuto de Roma, el Código Penal hubo de adaptarse al mismo también en este ámbito, siendo, por ello, modificados varios de sus artículos.

Merece la pena hacerse eco de las relaciones que estos preceptos mantienen con los propios del Código Penal Militar, código que, aún en su nueva redacción por *Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar*, parece seguir preocupándose por el Derecho internacional humanitario en tiempos de guerra[66].

---

[63] Añadía a ello el autor otras razones, como v. gr. la lejanía que el ciudadano siente al respecto del Derecho internacional, lejanía que no se daría, en cambio, al respecto del Derecho penal interno; así, MEDINA ORTEGA, M., *íbid*., p. 70.

[64] Abandona el Código Penal Militar de 1985 la regulación anterior, donde el Código de Justicia Militar apenas recogía una serie de "delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo", sin duda insuficientes; más aún, dicho código contemplaba estos delitos dentro de los "delitos contra la Defensa Nacional", esto es, apenas se hacía hincapié en su carácter internacional humanitario; *vid*. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La reforma penal militar» en *Boletín de Información del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, nº 186 (octubre de 1985), pp. 20 y ss.

[65] RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.), *Derecho Penal Militar*, Ed. Tirant lo Blanch (2014), pp. 259 y 260.

[66] Para muestra, cfr. la Exposición de Motivos: "[...] resulta necesario dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como a las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional [...]".

Con todo, dicha preocupación se demuestra, más que a través de la punición de este tipo de comportamientos, mediante su eliminación: así, defiende la Exposición de Motivos "la elaboración de un Código Penal Militar completo, cuya aprobación facilitará su aplicación práctica, a la vista de los numerosos preceptos que deberían ser modificados y la notable reducción de su contenido, [...] reducción que comporta la presentación de un texto punitivo castrense cuyo articulado no alcanza en número la mitad del articulado del aprobado en 1985, como lógica consecuencia del principio de complementariedad de la ley penal militar respecto del Código Penal común, y acorde con los modelos actuales de códigos o leyes penales militares de los países de nuestro ámbito sociocultural y más asidua relación en el campo de la Defensa Nacional".

Así las cosas, se entiende subsanado el problema a que hacía referencia la doctrina anterior[67], a saber, el problema de la "superposición" de normas penales de contenido similar (salvando el hecho de que el Código Penal Militar solo sería de aplicación a aquéllos que ostentasen, precisamente, tal condición de militar *ex* artículo 2 CPM[68]).

Los tipos contenidos en el Capítulo III ("De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado") del Título XXIV ("Delitos contra la Comunidad Internacional"), esto es, los artículos 608 CP a 614 bis CP contienen una amplia variedad de conductas, tan amplia que se hace complicado hallar algún elemento común. Ahora bien, aun siendo difícil, no es imposible colegir características comunes, las cuales pasamos a desarrollar sucintamente.

---

[67] Así, entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios... cit.*, p. 2351.

[68] Artículo 2 CPM: "Son militares, a efectos de este Código, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica: 1.º Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar. 2.º Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas. 3.º Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar. 4.º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil. 5.º Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo. 6.º En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil. 7.º Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora".

En primer lugar debemos referirnos a un específico elemento del tipo, a saber, al concepto de "conflicto armado"[69], constante en los artículos siguientes y *conditio sine qua non* para poder apreciar esta clase de delitos.

La exigencia de este específico contexto se explica en tanto entendamos que las normas reguladoras de un conflicto armado se presentan como un ordenamiento jurídico específico, donde dadas las circunstancias excepcionales resultan derogadas prohibiciones entendidas como esenciales en un contexto de paz[70]; dicho de otro modo, no cabe prohibir, en un contexto de guerra, acciones tales como v. gr. matar a otro, pero sí es posible, y así trata de hacerlo el Derecho internacional humanitario, obligar a respetar unos "mínimos" en el trato entre potencias beligerantes: a esto es a lo que se dedican este tipo de normas, normas que, sin la expresa referencia al contexto bélico, pierden su completo sentido.

Lo primero que hemos de decir es que no debe entenderse la exigencia de un "conflicto armado" a modo de condición temporal, sino en un sentido más funcional, a saber, se requiere que la acción se pueda enmarcar *dentro de* un ambiente o marco bélico: así, la v. gr. destrucción de una aeronave no militar en tiempo de guerra podrá ser entendida como un delito contra los bienes protegidos en caso de conflicto armado en tanto, como acción, pueda ser referida al contexto de guerra presente; así, no cabrá entender dicha conducta como uno de estos delitos por cuanto la destrucción obedezca a otras razones (v. gr. la aeronave era peligrosa para la salud por la contaminación que emitía).

Ciertamente, se admiten todo tipo de conflictos armados, esto es, tanto nacionales[71] como internacionales, formales o no declarados, profesionales o no profesionales (por medio de "guerrillas"), unilaterales (a modo de invasión o golpe de Estado, o de conflicto de "autodeterminación"[72]) o

---

[69] Muy exhaustivo en relación con este tema es AMBOS, K., «Los crímenes más graves (*core crimes*) en el Derecho penal internacional» en AMBOS, K., *op. cit.*, pp. 324 y ss.

[70] LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 389.

[71] Siguiendo a Tamarit Sumalla, es indiferente que los presentes delitos se enmarquen dentro de un título típicamente internacional para que puedan abarcar los conflictos nacionales, ello por cuanto, según entiende el autor, nos encontramos en este caso "más ante delitos contra la humanidad, como principio establecido por la Comunidad Internacional, que ante delitos que afecten en sentido estricto a las relaciones internacionales"; *vid*. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios... cit.*, p. 2349.

[72] Reconocido expresamente en el artículo 1.4 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra ("Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la

bilaterales, así como multilaterales, etc. Tal y como indica Muñoz Conde, una concepción tan amplia del concepto de "conflicto" obedece al hecho de que "el espíritu que mueve a la creación de estos preceptos es la salvaguarda de personas y bienes «protegidos»"[73].

Respecto del bien jurídico protegido, el mismo es, *directa y principalmente*, la norma internacional humanitaria o la intención, por parte del Derecho internacional[74], de proteger al máximo nivel los principios humanitarios básicos en tiempo de conflicto.

A diferencia de los delitos de lesa humanidad, donde el bien jurídico protegido de forma principal eran los intereses personalísimos, aquí solo podemos hablar, en estos términos (a modo de interés principal), del interés supraindividual que es la integridad de la Comunidad Internacional.

Dicho esto, y a modo de consecuencia, podemos sostener que los delitos aquí contemplados son, eminentemente, delitos de *peligro*, y no de resultado, ello por cuanto las acciones aquí presentes no tienen que plasmarse, necesariamente, en la causación de un verdadero menoscabo de otros bienes jurídicos (v. gr. la integridad física).

De ello se deriva, a su vez, el que los eventuales menoscabos causados a esos otros bienes jurídicos deban sustanciarse por medio de los tipos comunes aplicables en cada caso, concurriendo, por consiguiente, un concurso (ideal en la mayoría de los casos) de delitos.

Por ser delitos *de peligro*, los presentes tipos presentan dos desventajas, a saber, el exceso en el adelantamiento de las barreras de protección y la enorme casuística y falta de concreción[75] en que incurre su redacción[76].

En cuanto a quién puede erigirse en "sujeto activo" existen discrepancias en la doctrina: mientras Gil Gil entiende que solo pueden ser

---

Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas").

[73] MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 782.

[74] Así, MUÑOZ CONDE, F., *íbid.*, p. 782.

[75] Así, TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios... cit.*, p. 2349, quien alude especialmente a la "exhaustividad de los tipos" y a "las remisiones expresas o tácitas a la normativa internacional", lo cual "confiere a las normas penales una naturaleza incompleta".

[76] En opinión de Muñoz Conde, la actual redacción no supone más que una "traducción al español" de los convenios ginebrinos; cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 782.

sujetos activos los "combatientes"[77], Tamarit Sumalla aboga por ampliar el tipo y abarcar a toda clase de personas[78], opinión que considera corroborada por cuanto el Código Penal emplea la indeterminada fórmula "el que" para referirse al autor.

Lo cierto es que esta última opinión parece la más acorde con la reforma efectuada mediante la *Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar*. Veamos por qué: antes del año 2015 se entendía que los delitos aquí presentes eran delitos comunes "salvo que el sujeto activo fuese militar", en cuyo caso vendría en aplicación el Código Penal Militar, y no el Código Penal común; en cambio, hoy en día, y en tanto la nueva ley orgánica del Código Penal Militar ha suprimido los conocidos como "delitos contra las Leyes y usos de la guerra" para remitirlos al Código Penal común, todos estos delitos se sustanciarán por esta última vía, siendo indiferente que el sujeto activo sea, o no, militar.

Pasemos, ahora, a ver, brevemente, cada tipo por separado.

El capítulo se inicia con el **artículo 608 CP**, artículo aclaratorio o definitorio del concepto de "persona protegida" y que dice así:

> «A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:
>
> 1.º Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
>
> 2.º Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
>
> 3.º La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
>
> 4.º Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.
>
> 5.º Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.
>
> 6.º El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.

[77] Si bien aplica un concepto amplio, abarcando no solo a los combatientes efectivos, sino también a los "agentes", "jueces" u otro tipo de sujetos que actúen bajo el mando del Estado beligerante; *vid*. GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2004.

[78] TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios... cit.*, p. 2349.

> 7.º Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte».

Resulta lógico que el Capítulo III se inicie con una referencia expresa a quiénes pueden erigirse en sujetos pasivos de estos delitos. Empero, debemos tener en cuenta que estos sujetos serán sujetos pasivos en *algunos* delitos, que no en todos ellos.

Por otro lado, nos hallamos ante un genuino ejemplo de remisión penal, pues el artículo no hace más que aludir a determinados instrumentos internacionales, instrumentos que deberán ayudar a integrar lo que hayamos de entender por "persona protegida"[79].

En primer lugar se alude a los "heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977". Deberemos entender que tales personas podrán ser consideradas "protegidas" por cuanto se abstengan de efectuar cualquier conducta hostil.

En segundo lugar se cita a los "prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977", a los cuales se exige, de nuevo, que se abstengan de realizar cualquier hostilidad.

En tercer lugar encontramos a "la población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977", excluyéndose a los nacionales sometidos a las acciones de su propio Gobierno, siempre y cuando no gocen de la condición de refugiados o apátridas, en cuyo caso serán siempre merecedores de una especial protección. Por otro lado, serán siempre excluidos los espías, saboteadores y sujetos análogos, ello sin perjuicio de que, eventualmente, puedan encontrar cabida en la cláusula residual del número séptimo de este artículo.

En cuarto lugar hallamos a las "personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977": respecto de las primeras hemos de decir que las mismas deben haber expresado su intención de rendirse o, como mínimo, de no intentar cualquier acción hostil. En cuanto a las segundas, las mismas serán los componentes del cuerpo diplomático o consular

[79] En lo que sigue, véase GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, pp. 2005-2007.

nombrado por un Estado neutral que tiene como misión velar por el cumplimiento del Derecho de gentes.

En quinto lugar se alude a los "parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899", debiendo entender por parlamentarios aquellos individuos autorizados para mantener conversaciones con las potencias enfrentadas.

En sexto lugar se presta atención al "personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994". Hemos de decir que con anterioridad a la *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*, este personal podía ser considerado "protegido" en virtud de la cláusula residual del artículo posterior; hoy en día, sin embargo, se prevé expresamente su protección.

En séptimo lugar, y a modo de cláusula residual, se cita a "cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte".

La incriminación de comportamientos específicos comienza ya con el **artículo 609 CP**, artículo que recoge el delito de tortura, malos tratos y acciones contra la salud, vida, etc. de las personas protegidas y que dice así:

> «El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos».

El presente artículo trata de recoger un elenco variado (acaso caótico) de conductas previstas en numerosas disposiciones internacionales, disposiciones emanadas, sobre todo, de los convenios ginebrinos y sus protocolos anexos.

Decimos, no sin razón, que el precepto es "caótico" por cuanto abarca tanto delitos *de resultado* (pudiendo considerarles, también, "de mera actividad") como delitos *de puesta en peligro*.

Se presentan como conductas *de puesta en peligro* el poner en peligro "la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida", así como el someter "a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad" (en resumen, a actuaciones medicas inconformes con la *lex artis*)[80].

En estos casos, el acaecimiento de un efectivo resultado (v. gr. una lesión) llevará a que se aprecie el artículo 609 CP en concurso ideal con el tipo común (doloso o imprudente[81]) que sea de aplicación, aunque también cabe que el concurso se dé con uno de los delitos recogidos como "delitos de lesa humanidad"; así lo establece el propio artículo 609 CP *in fine*. Con todo, la doctrina indica que en los casos (mayoritarios) en que el resultado no sea más que la lógica consecuencia de la progresión de las conductas del artículo 609 CP será suficiente con solo apreciar los tipos comunes[82] o propios de los delitos de lesa humanidad (máxime en este segundo supuesto).

Parte de la doctrina entiende que la conducta consistente en "hacer objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos" sí requeriría de un efectivo resultado por cuanto la doctrina internacionalista[83] entiende la "tortura" como "la causación de grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales", y los "tratos inhumanos" como

---

[80] Pudiéramos incluir en la categoría de "delitos de peligro" la realización de "experimentos biológicos", pues basta con que los mismos den lugar a un "resultado de peligro". Por otro lado, tanto esta conducta como la comisión de actuaciones médicas contrarias a la *lex artis* deberán interpretarse a la luz de las disposiciones internacionales relativas al asunto.

[81] Sería una excepción, en opinión de Gil Gil, un resultado de lesión imprudente, pues las mismas no constituyen crímenes de guerra en el Derecho internacional; *vid.* GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2008.

[82] No creemos, a título personal, que sea conveniente apreciar *solamente* un tipo común, pues quedaría descontado el desvalor propio que supone el ataque hacia los intereses de la Comunidad Internacional; en cambio, defendemos pueda consumirse el desvalor del artículo 609 CP en los delitos de lesa humanidad por cuanto éstos ya tienen en cuenta el desvalor que supone atacar dichos intereses internacionales.

[83] Creemos, no obstante, que dentro del Derecho penal español no es posible la adaptación de la doctrina internacionalista relativa a la división entre tortura, trato inhumano y trato degradante; puede verse, al respecto, ALONSO ÁLAMO, M., «Derecho penal y dignidad humana: de la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad» en *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos. Estudios.*, Ed. Universidad de Valladolid (2014), pp. 182 y ss., o MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Ed. Tirant lo Blanch (1999), p. 41.

una causación análoga pero menos grave[84]. Por otro lado, en los casos en que concurriese un resultado como v. gr. la muerte de una persona, vendría en plena aplicación un concurso de delitos entre un tipo común o un delito de lesa humanidad y el artículo 609 CP en relación con la tortura.

No serían, en cambio, delitos *de peligro*, sino *de mera actividad*, las conductas consistentes en el maltrato de obra.

Por último es preciso indicar que todas estas conductas deberán ser dolosas, admitiéndose, también, el dolo eventual. Por otro lado, dicho dolo se deberá extender, de forma análoga a lo previsto en el artículo 607 bis CP, al contexto de "conflicto armado"; en caso contrario, será aplicable únicamente el tipo común.

El **artículo 610 CP** recoge el delito consistente en emplear medios de combate prohibidos por el Derecho internacional, diciendo lo siguiente:

> «El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquéllos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos».

Nos encontramos ante un tipo en el que la acción típica va a consistir en la desobediencia hacia determinadas normas internacionales ajenas a las convenciones ginebrinas[85] pero relativas, igualmente, al Derecho humanitario bélico, y más concretamente referidas a la prohibición de determinados medios de combate en vista de su excesiva onerosidad. Ciertamente, los instrumentos internacionales referidos al tema son cuantiosos, y la determinación del tipo escasa (no se refiere de forma expresa a ningún instrumento internacional, de manera que podemos considerar el presente tipo como una *ley penal en blanco*), con lo cual nos conformaremos con citar algunos de ellos, como v. gr. la *Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra*, la *Convención de París de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo*

[84] Así lo cree GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2008. Por otro lado, diferencia la autora esta tortura de la tortura constitutiva de delitos de lesa humanidad por cuanto aquélla debe realizarse con el fin de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción, todo ello en base a motivos discriminatorios.

[85] A excepción de sus protocolos adicionales, los cuales sí encuentran cabida dentro de este precepto.

de armas químicas y sobre su destrucción, *Convención de las Naciones Unidas de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles*, etc.

En resumidas cuentas, lo que aquí se prohíbe es el empleo de medios bélicos, armamento, etc. que, por su excesiva desproporcionalidad y su falta de ajuste al principio de precaución (en relación con los civiles)[86], se consideran no tienen cabida en un conflicto bélico que quiera definirse (dentro de lo que cabe) como "civilizado".

El desvalor de la acción va a ser el único a tener en cuenta, pues nos hallamos ante un delito *sin resultado*[87]; más aún, podríamos defender que nos hallamos ante un delito sin, ni siquiera, un resultado *de peligro concreto*. De ello se derivan dos importantes consecuencias:

En primer lugar, el artículo 610 CP deberá aplicarse en régimen de concurso con los tipos comunes o de lesa humanidad (del artículo 607 bis CP) en tanto acontezca un resultado, sea éste causado de forma dolosa o imprudente (en este último supuesto no cabrá apreciar un delito de lesa humanidad).

Entiende Gil Gil que no cabría aplicar aquí el principio de absorción por parte del tipo común o delito de lesa humanidad (aunque pudiera dudarse en este último supuesto), ello por cuanto el particular desvalor de la acción (por el peligro generado) no podría ser abarcado.

En segundo lugar, y a la vista de que es un delito de peligro, es preciso que del empleo de estos medios prohibidos generen una objetiva situación de peligro *ex ante*, algo a lo que apunta ya el tipo por cuanto alude a aquéllos "destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquéllos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población".

El **artículo 611 CP** recoge el delito de comisión de actos de terror a la población civil, deportaciones y traslados forzosos. El delito conoce de conductas muy variadas y atentatorias contra una multiplicidad de bienes

[86] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2009.

[87] Dentro de la teoría general del delito, autores como v. gr. Kindhäuser no lo entienden así, pues consideran concurre un resultado *sui generis*, consistente en la imposibilidad de disponer, de forma segura, de los bienes jurídicos amenazados; cfr., por todo ello, CEREZO MIR, J., « Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo» en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 10 (2002), pp. 63 y ss.

jurídicos, si bien existe un mínimo común a todas ellas, a saber, la posibilidad de apreciar un concurso entre este delito y el tipo común (o de lesa humanidad) que venga en aplicación.

> «Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:
>
> 1.º Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.
>
> 2.º Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.
>
> 3.º Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.
>
> 4.º Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.
>
> 5.º Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.
>
> 6.º Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.
>
> 7.º Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.
>
> 8.º Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.
>
> 9.º Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual».

La primera conducta recogida consiste en realizar u ordenar realizar ataques indiscriminados o excesivos o hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

Nos encontramos ante una nueva tipificación del empleo de técnicas de combate prohibidas, constituyéndose, así, otro delito *de peligro*, el cual deberá ser aplicado en concurso con los tipos del homicidio o las lesiones en los casos en que éstas acaezcan[88].

Por otro lado, el presente numeral incluye un específico elemento subjetivo de tipo finalístico, a saber, se requiere la acción se ejecute "con el fin de atemorizar" a la población civil.

El segundo numeral contiene un delito de desobediencia hacia el Derecho humanitario bélico consuetudinario: se castiga, así, el destruir o dañar, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.

Para averiguar cuando estamos violando, o no, las "normas del Derecho internacional aplicables"[89] al caso tendremos que atender a un *corpus* normativo dentro del cual destaca el *Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar* de 1994.

El tercer numeral somete a pena el comportamiento consistente en obligar a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o privarles de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

Llama la atención que un mismo precepto enmarque dos conductas tan distintas, sobre todo a la luz del bien jurídico individualmente[90] protegido por cada una de ellas y el resultado conseguido[91]: así, la primera conducta (obligar a otro a enrolarse en las Fuerzas Armadas de la parte adversa) vendría a lesionar, básicamente, la libertad de acción; mientras, la segunda

[88] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2010.

[89] Una referencia tan vaga incide negativamente en la seguridad jurídica que debería derivarse de toda disposición penal.

[90] Que no "individual" en el sentido de personalísimo, pues, como veremos, de la segunda conducta podemos colegir el "derecho a un juicio justo" como bien jurídico protegido, derecho que, sin duda, posee una dimensión más colectiva.

[91] Es una clara muestra del exceso de casuismo en que incurre la regulación de este capítulo; *vid*. *supra* p. 20.

conducta (privar al otro de su derecho a ser juzgado de forma regular) lesionaría el "derecho a un juicio justo"[92].

En cuanto al resultado, en el primer caso sería el efectivo servicio en las Fuerzas Armadas enemigas, mientras que en el segundo sería la lesión al derecho a un juicio justo.

Respecto de la segunda modalidad, debemos decir que nos encontramos ante un delito complejo, que requiere de una especial atención desde diversos puntos de vista.

En primer lugar, y respecto del bien jurídico y la categorización que, a partir del mismo, se puede hacer del tipo, debemos decir que parte de la doctrina entiende al bien jurídico consistente en el "derecho a un juicio justo" como un bien jurídico *antepuesto* a los verdaderos bienes jurídicos a considerar, a saber, la v. gr. vida (en el caso de que una de las penas imponibles fuese la de muerte), la v. gr. integridad moral y dignidad (ello por cuanto existiese y pudieran imponerse penas como una prisión perpetua), etc.: dichos bienes jurídicos solo llegarán a estar en verdadero peligro por cuanto se ejecuten las sentencias impuestas, y no desde que se celebra el juicio ilegítimo[93].

En segundo lugar, dicha conducta conoce de un indeterminado elemento normativo, a saber, la "irregularidad" y "parcialidad" del juicio; servirá de ayuda acudir a los convenios ginebrinos en tanto traten este tema (así como a otros instrumentos internacionales).

Finalmente, tenemos que tener en cuenta que para categorizar el menoscabo del derecho a un juicio justo como un "crimen de guerra", dicho menoscabo deberá haber ocasionado un importante riesgo para bienes jurídicos fundamentales como v. gr. la vida o v. gr. la integridad moral; dicho de otro modo, no toda vulneración del citado derecho podrá ser subsumido dentro del presente artículo.

El cuarto apartado recoge las conductas consistentes en deportar, trasladar de modo forzoso, tomar como rehén o detenga o confinar

[92] Así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2011.

[93] Ya en el ámbito internacional, parece que el Estatuto de Roma requiere, en un principio, solo de la celebración del juicio para consumarse el crimen, si bien posteriormente hace expresa referencia a "las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensable"; *vid*. LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 403.

ilegalmente a cualquier persona protegida[94] o utilizarla para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.

En todos los casos previstos se produce tanto una violación de los Convenios de Ginebra como un atentado de resultado contra la libertad ambulatoria[95], si bien el comportamiento consistente en utilizar a los sujetos pasivos como "escudos humanos" implica, a mayores, un delito *de peligro* hacia bienes jurídicos tales como v. gr. la vida o la salud[96].

El numeral quinto incrimina la conducta consistente en trasladar y asentar, directa o indirectamente, en territorio ocupado, a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

El bien jurídico aquí protegido es tanto la libertad de residencia como la propiedad de los terrenos ilegítimamente expropiados. El cuanto al sujeto activo, el mismo será, siempre, el encargado de tal trasvase de población, y no los nuevos habitantes: de este modo, en el ámbito internacional se viene diciendo que no es necesario que el autor del crimen de guerra de apropiación transfiera a su patrimonio el terreno invadido, ni que tenga la intención de hacerlo[97].

El apartado sexto incrimina la conducta consistente en realizar, ordenar realizar o mantener, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

Los tratos aquí recogidos, que con discriminatorios y, por ende, contrarios a la igualdad y a la integridad moral, ya son prohibidos por muchas normas de carácter internacional.

El apartado séptimo recoge la conducta consistente en impedir o demorar, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

---

[94] Aunque tales deportaciones o traslados tenderán a efectuarse "en masa" (eso es, se deportará a un determinado componente de la población), ello no evita que la deportación de cada persona, individualmente considerada, constituya ya, por sí misma, un crimen de guerra, tal y como prevé el Derecho internacional; véase LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 400.

[95] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2011.

[96] No creemos, como hace Gil Gil, que dicha conducta suponga una coacción para los combatientes de la parte adversa.

[97] LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 402.

Se trata, sin duda, de un genuino delito contrario a la libertad ambulatoria previsto también en instrumentos internacionales. Se deberá prestar especial atención a su "choque" con el numeral cuarto de este mismo artículo ("deportar, trasladar de modo forzoso, tomar como rehén o detenga o confinar ilegalmente a cualquier persona protegida o utilizarla para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa"), máxime por cuanto los prisioneros de guerra y, básicamente, la mayoría de los civiles gozan de la categoría de "personas protegidas"[98].

El apartado octavo, introducido en virtud de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, introduce la conducta consistente en declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.

Esta misteriosa conducta encuentra su correlato internacional en el artículo 8.2 b) XIV ECPI ("A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": [...] b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...] XIV) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga")[99], y consiste en, como indica su texto, declarar dejar sin efecto, ante un Juez o Tribunal, los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa: a este respecto entiende la doctrina que semejante declaración deberá producirse en virtud de una ley o análoga disposición legislativa[100].

Por otro lado, dicha declaración podrá declarar tales derechos abolidos, suspendidos o inadmisibles: nos hallamos, pues, ante un tipo mixto alternativamente formado.

Al igual que decíamos en el numeral tercero, la privación de efectos a que se somete a estos derechos debe tener una entidad suficiente como para calificar estos hechos de crímenes de guerra; con todo, la gravedad de estos delitos no puede llegar hasta el punto de lograr los efectos propios del sometimiento a un juicio sin garantías (a saber, el menoscabo del derecho a un juicio justo y el peligro que se deriva para otros bienes jurídicos

[98] *Vid*. *supra* pp. 21 y ss.

[99] Fue introducida a instancia del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja.

[100] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2013.

fundamentales), pues en ese caso, según creemos, sería de directa aplicación el número tres.

Finalmente, el número noveno, presente también en el código desde el año 2010, incrimina el atentado contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual.

Critica, a propósito de este apartado, Gil Gil[101] al legislador por cuanto entiende que el mismo obra con una verdadera falta de criterio: ciertamente, no entiende como el v. gr. homicidio cometido contra una persona protegida debe ser tenido en cuenta por la vía del tipo común (en concurso con estos delitos) y, sin embargo, los v. gr. atentados contra la libertad sexual son específicamente incriminados como tales crímenes de guerra, o lo que es lo mismo, no comprende por qué unas conductas son solamente crímenes de guerra en tanto participen en un concurso de delitos junto con alguno de los artículos del Capítulo III y, sin embargo, otras son crímenes de guerra *per se*, máxime por cuanto no se percibe tendencia alguna a valorar como crímenes bélicos aquellos delitos que atenten contra bienes jurídicos personalísimos y fundamentales[102].

Por otro lado, en tanto se quiera poder apreciar alguna de las "otras formas de agresión sexual" será preciso, para no violentar la regulación penal propia, entender que las mismas han de conocer, bien de la violencia, bien de la intimidación, ello aun cuando la doctrina internacional pone el foco, más bien, en la ausencia de consentimiento.

Asimismo, no debemos confundir este delito con los delitos sexuales de lesa humanidad: la conducta aquí tratada ha de concurrir, como ya sabemos, contra alguna de las personas consideradas "protegidas" y en el contexto de un conflicto armado, o mejor dicho, "con motivo" o "en relación" con dicho conflicto armado: así, podrán ser entendidas como crímenes de guerra aquellas conductas atentatorias contra la indemnidad y libertad sexuales que se cometan a modo de castigo, venganza, resarcimiento (se considera a las víctimas como un "botín de guerra", lo cual se halla en estrecha relación con la "esclavitud sexual" y la

[101] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2013.

[102] Se defiende el legislador argumentando que tal es el espíritu de las disposiciones internacionales.

"cosificación" que se hace de la víctima)[103], y, sobre todo, intimidación de la población.

Por último, queremos señalar que el embarazo forzado a fines de modificación étnica deberá ser considerado un delito de lesa humanidad, y no un crimen de guerra: la doctrina entiende que solo cuando esté ausente dicho específico elemento subjetivo del injusto se podrá apreciar tal crimen bélico[104].

El **artículo 612 CP** contiene un elenco de conductas también constitutivas de prohibiciones en el marco de un conflicto armado y que pretenden infundir terror en las zonas protegidas.

Se trata de conductas muy variadas pero que tienen en común, no solo la pena, sino también la posibilidad de concurrir en concurso con los tipos comunes (o delitos de lesa humanidad) que vengan en consideración, tal y como expresa el propio precepto *ab intio* ("[...] sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos [...]").

> «Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:
>
> 1.º Viole a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.
>
> 2.º Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional.
>
> 3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte y, en particular, reclute o aliste a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

[103] LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 414.

[104] Así, LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 415.

4.º Use indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Cristal Rojo.

5.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

7.º Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada.

8.º Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

9.º Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa.

10.º Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto».

La primera conducta recogida consiste en violar a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

Se trata de actos constitutivos de un delito *de peligro* concurrentes en concurso con los delitos comunes (o de lesa humanidad) de homicidio y lesiones.

A mayores, y a la vista de que no se requiere de un resultado de destrucción, podemos seguir a Gil Gil y definir el presente delito como un

delito de mera actividad[105] (la actividad consistente en "violar", ampliamente indeterminada).

Por otro lado, se requiere que tales edificios y localizaciones no estén siendo usadas para fines militares (v. gr. se emplea un hospital como centro de operaciones), pues en dicho caso cabrán ataques legítimos contra los mismos[106].

El segundo numeral incrimina el comportamiento consistente en ejercer violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional.

Siguiendo la línea de indeterminación, el tipo hace referencia a un comportamiento, "ejercer violencia", cuya realización hará de consume el delito sin necesidad de que acaezca un resultado: nos hallamos, de nuevo, ante un delito de mera actividad.

A la vista de que no se requiere de un efectivo resultado, la violencia habrá de ser lo suficientemente grave como para poder conformar un delito de guerra.

Por otro lado, la acción aquí presente vendría a atentar contra dos tipos de sujetos, a saber, los verdaderos integrantes del personal sanitario, religioso y análogo, de forma directa; y el resto de la población, de forma indirecta (a modo de delito *de peligro*).

El tercer numeral incrimina el comportamiento consistente en injuriar gravemente, privar o no procurar el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o hacerla objeto de tratos humillantes o degradantes, omitir informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponer castigos colectivos por actos individuales o violar las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte y, en particular, reclutar o alistar a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

El caos propio de los tipos de este capítulo encuentra en este precepto su máxima expresión, y es que en apenas ocho líneas de texto podemos

[105] GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2014.

[106] LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 409.

encontrar una multiplicidad de conductas difícil de entender de forma conjunta.

Con todo, podemos colegir un elemento común, y es que en todos los casos se produce un maltrato hacia las personas protegidas cuando éstas se hallan en zona adversa[107], maltrato que lesiona bienes jurídicos individuales tales como v. gr. el honor o v. gr. la salud.

Por otro lado, no debe sorprendernos la expresa referencia a "mujeres y niños", pues tal es el espíritu de los instrumentos internacionales[108]. Así pues, la eventual inconstitucionalidad del precepto vendría dada, no tanto por una aparente desigualdad, sino por la indeterminación de un tipo en blanco como el presente (en la medida en que solo habla de "violar las prescripciones")[109].

Finalmente, en el año 2010 se introdujo el reclutamiento o alistamiento a menores de dieciocho años, o su utilización para participar directamente en las hostilidades. Lo cierto es que ya antes, por vía convencional (atendiendo, sobre todo, a la *Convención sobre los Derechos del Niño,* de la que España es parte), era posible perseguir estas conductas, si bien resulta preferible una expresa incriminación ante las ya abundantes normas penales en blanco existentes[110].

El cuarto numeral incrimina el comportamiento consistente en usar indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que

[107] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2014.

[108] Véase los artículos 76 PA I ("1. Las mujeres serán objeto de un respecto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. 2. Serán atendidos con prioridad absoluta los casos de mujeres encintas y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado. 3. En toda la medida de lo posible, las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encintas o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos") y siguientes del Protocolo Adicional I.

[109] Así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2015.

[110] A mayores, el umbral previsto por el Protocolo Adicional I es menor, concretamente de unos quince años *ex* artículo 77.2 PA I ("Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad").

España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Cristal Rojo[111].

El bien jurídico protegido sería la credibilidad de estos distintivos, credibilidad cuyo menoscabo pondría en peligro, ulteriormente, a otros bienes jurídicos (v. gr. la integridad física)[112].

En cuanto a lo que haya de entenderse por "indebido"[113], elemento indeterminado y normativo del tipo, deberemos estar a lo que indique la doctrina y jurisprudencia internacionales, si bien será indebido todo uso que lleve a la confusión a aquéllos que legítimamente creían encontrarse ante delegaciones de tales Organizaciones internacionales.

El quinto numeral incrimina el comportamiento consistente en usar indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

La presente conducta se asemeja mucho a la anterior por cuanto se incrimina un uso, no ya solo "indebido", sino también "pérfido"[114], uso que logra poner en peligro bienes jurídicos fundamentales. Con todo, este tipo vuelve a ser de mera actividad, de manera que no se exigirá, para la consumación, que del uso indebido se deriven resultados tales como v. gr. el fracaso de una operación militar.

A modo de elemento de la valoración global del hecho encontramos la necesidad de que el uso fraudulento de esos símbolos no esté previsto como posible en los Tratados internacionales en los que España fuere parte (v. gr. se permite seguir incluyendo al espía que se vistió con uniforme enemigo como "persona protegida" si en el momento de su detención volvía a estar

[111] Análogo a la cruz y media luna rojas pero carente de significado político.

[112] En el ámbito internacional se viene estableciendo, como "umbral de gravedad", que la conducta indebida haya ocasionado muertes o lesiones graves; así lo recoge LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 412.

[113] Antaño se hablaba también de "perfidia", concepto que, lejos de ser indeterminado, estaba lo suficientemente delimitado por la doctrina internacional; con todo, hoy en día podemos reconducirlo al término "indebido".

[114] Se vendría a definir la "perfidia" como aquel engaño típico en el que el autor se gana la confianza de terceros haciéndoles creer que se hallan en una situación de protección para posteriormente proceder a su ataque. Así lo recoge LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 411.

incluido dentro de las Fuerzas Armadas de un Estado): en el caso de que así fuera, la acción sería atípica por estar permitida por el Derecho bélico.

El sexto numeral incrimina el comportamiento consistente en utilizar indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atentar contra la inviolabilidad o retener indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

De nuevo nos encontramos ante un delito de mera actividad, actividad consistente en el empleo fraudulento de distintivos garantes de protección individual y menoscabadora, directamente, de la credibilidad de los mismos, e, indirectamente, de otros bienes jurídicos.

Pero el tipo contiene más conductas, concretamente el atentar contra la inviolabilidad o retener indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta. Se trata de un claro delito contra la libertad ambulatoria (en el caso de la retención) y/o contra la inviolabilidad propia del cargo, entendidas éstas, según la doctrina[115], como "instrumentos al servicio del cargo" (o lo que es lo mismo, solo se protegen tales bienes jurídicos en la medida en que sean imprescindibles para ejercer la funciones de parlamentario o análogos).

El séptimo numeral incrimina el comportamiento consistente en despojar de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada.

Resulta llamativo que una conducta como la presente, que atentaría contra la propiedad y contra el respeto debido a los difuntos[116], sea incriminada en tanto se produzca en un contexto de guerra, pues el "contexto de muerte" en que se ve inmersa la población en estos casos reduce la sensibilidad y tiende a disminuir el menoscabo de tales conductas.

Por otro lado, deberemos prestar especial atención a la concurrencia del estado de necesidad del artículo 20.5º CP ("Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal

[115] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2016.

[116] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2016.

causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse"), pues no cabrá la punición del sujeto que, para v. gr. no morir de frío arrebata las botas de su compañero o enemigo muertos.

El octavo numeral incrimina el comportamiento consistente en hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

El delito aquí presente es concebido por muchos como un delito de mera actividad, si bien nosotros pensamos que el "pasar hambre" es, por sí mismo, un resultado, resultado que acaso pudiéramos considerar como una variante de las lesiones.

Se exige que el hacer pasar hambre sea un comportamiento "intencional", esto es, que la situación de desabastecimiento no se deba a las características propias del conflicto armado; empero, no se requiere que el sujeto activo obre con un fin ulterior (v. gr. hacer pasar hambre para lograr la muerte de la población, o para v. gr. lograr su rendición,[117] así como para v. gr. proveer a su propio ejército).

El noveno numeral incrimina el comportamiento consistente en violar la suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa.

El presente comportamiento, introducido en virtud de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, incrimina un comportamiento propiamente militar incriminado, no ya en el Código Penal Militar[118], pero sí en el artículo 593 CP ("Se impondrá la pena de prisión de ocho a quince años a quien violare tregua o armisticio acordado entre la Nación española

[117] Considera este comportamiento como un método de guerra LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 413.

[118] Con la nueva *Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar* se ha suprimido esta conducta del Código Penal Militar.

y otra enemiga, o entre sus fuerzas beligerantes"), artículo preferente en virtud del principio de especialidad[119].

El décimo numeral incrimina el comportamiento consistente en dirigir intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o amenazarles con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

La protección especial que se dispensa al personal de las Naciones Unidas responde a dos motivos esenciales: en primer lugar, a su no inclusión, en el ámbito internacional, dentro de la población civil, lo cual es especialmente visible a propósito de los "cascos azules"[120]. En segundo lugar, a su especial condición de personal de ayuda a la población civil, es decir, el personal de las Naciones Unidas no es protegido en tanto "personas", sino en tanto "instrumentos" de ayuda humanitaria, de manera tal que un ataque hacia los mismos menoscabaría los bienes jurídicos individuales de las personas integrantes (v. gr. su vida)[121], pero también pondría en peligro bienes jurídicos del resto de la población.

El **artículo 613 CP** incrimina una serie de conductas constitutivas de represalias y otros actos de hostilidad, diciendo su artículo así:

> «1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:
>
> a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;
>
> b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a) en apoyo de una acción militar;
>
> c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a);

[119] Dado que la pena aquí presente es mayor, se entiende que el legislador desvalora más la traición de este tipo por cuanto una de las principales afectadas sea la Nación española.

[120] LIÑÁN LAFUENTE, A., *Derecho... cit.*, p. 410.

[121] Subsumible, dado que son "personas protegidas", por la vía del artículo 609 CP.

d) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

e) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

f) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requise, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el ordinal 10.º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el apartado anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad».

Concretamente, es el apartado primero el que recoge el elenco de conductas hostiles casuísticamente incriminadas[122] y lesivas de múltiples

[122] Se incrimina a quien "las realice" u "ordene realizar", referencia esta última superflua en opinión de Gil Gil, pues entiende que el Código Penal español ya contempla la inducción; así, GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2017.

bienes jurídicos, tanto de forma directa (es el caso de v. gr. el patrimonio cultural) como en régimen *de peligro* (v. gr. la vida o la salud).

Asimismo, es la tónica general en todos estos tipos prever un elemento de la valoración global del hecho reconducible a la necesidad de que el acto de hostilidad sea "superfluo", esto es, no necesario a fines puramente militares y/o de supervivencia.

El numeral a) incrimina el comportamiento consistente en atacar o hacer objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar[123] o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados.

Lo que haya de entenderse por "bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos" se deberá determinar en atención a los instrumentos internacionales, y muy especialmente a la *Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* de 1954.

El ataque hacia los mismos ha de ser "superfluo", esto es, quedan exceptuados los ataques puramente militares (que no políticos, como v. gr. la destrucción de un importante monumento para desmoralizar a la población) y proporcionales (el éxito militar ha de ser mayor que el daño causado)[124].

A mayores de la superfluidad del ataque se observa otro elemento normativo, a saber, la necesaria y "debida" señalización de estos bienes.

Desde 2010 no se exige un resultado de "destrucción", de manera que el presente delito es, solo, un delito de mera actividad y peligro.

El numeral b) incrimina el comportamiento consistente en usar indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a) en apoyo de una acción militar.

Por "indebidamente" deberemos entender, de nuevo, "superfluamente", si bien parece se excluye el uso de estos medios aun cuando los mismos pudieran ser de tremenda utilidad para el éxito del

[123] Definido según el artículo 52.2 PA I ("Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida").

[124] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2018.

propio ejército (v. gr. emplear un fuerte medieval para la propia protección).

Asimismo, en caso de dudas, el uso se presumirá *iuris et de iure* como indebido, pues así lo establece la doctrina internacional[125].

El numeral c) incrimina el comportamiento consistente en apropiarse a gran escala, robar, saquear o realizar actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a).

Lo cierto es que todas estas conductas han de diferenciarse de un "uso" militar de tales bienes, ello aun cuando dicho uso pueda comportar acciones tales como, efectivamente, el "robo".

El numeral d) incrimina el comportamiento consistente en atacar o hacer objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.

Se trata de un genuino delito de daños (en tanto se requiere de la "destrucción") injustificados en virtud de las necesidades militares, ello según la línea argumental que venimos desarrollando.

El numeral e) incrimina el comportamiento consistente en atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas.

Deberemos estar atentos al posible choque entre este precepto y el artículo 612.8º CP ("Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 8º. Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales").

El numeral f) incrimina el comportamiento consistente en atacar o hacer objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan

[125] Artículo 52.3 PA I: "En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin".

fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

Nos encontramos ante un genuino delito *de peligro* para bienes jurídicos esenciales tales como v. gr. la vida o v. gr. la salud[126].

El numeral g) incrimina el comportamiento consistente en destruir, dañar o apoderarse, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligar a otro a entregarlas o realizar cualesquiera otros actos de pillaje.

Nos encontramos ante una serie de comportamientos lesivos de la propiedad como bien jurídico, si bien en la modalidad consistente en "obligar a otro" a la entrega podemos pensar en un tipo pluriofensivo, ello en la medida en que se atentaría, también, contra la libertad.

El numeral h) incrimina el comportamiento consistente en requisar, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruir buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o capturarlos, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar.

Tales comportamientos, variados en cuanto al objeto material, derivan de las leyes y costumbres de la guerra, de manera que habrá que estar a tales específicas normas (v. gr. la *Convención de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre* o la *Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*).

El numeral i) incrimina el comportamiento consistente en atacar o realizar actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en artículo 612.10º CP ("cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos

[126] Peligro que algunos autores consideran "abstracto", mientras que otros lo entienden como "concreto", véase, al respecto, GIL GIL, A., *Comentarios... cit.*, p. 2019. Lo cierto es que en la medida en que el precepto alude a "fuerzas peligrosas" podemos decantarnos por la tesis de que el delito es "de peligro concreto".

armados") o amenazar con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

Finalmente, el apartado segundo contiene una agravación (en rigor, dos agravaciones) a las anteriores conductas:

En primer lugar, cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

Podemos entender que la presente agravación obedece a un mayor desvalor de la acción, ello por cuanto la misma resulta ser más peligrosa (la misma no se detiene por mucho que los bienes y lugares citados hayan sido especialmente reforzados), aunque acaso pudiera contemplarse una mayor culpabilidad (el autor no se detiene ante la especial protección, mostrándose como especialmente abyecto).

En los demás supuestos previstos en el apartado anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad. Claramente, la presente agravante responde a un mayor contenido de injusto motivado por un mayor desvalor del resultado (en tanto el resultado final es más grave).

El **artículo 614 CP** incrimina, de forma residual, aquellas otras infracciones de los Tratados internacionales en los que el Estado español fuese parte signataria, diciendo el precepto así:

> «El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

La doctrina[127] ha criticado con creces este precepto por cuanto resulta ser ampliamente lesivo de la seguridad jurídica, y es que se presenta como una ley penal en blanco que, por no recoger, no recoge, ni siquiera de

[127] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2019.

forma genérica, las conductas susceptibles de ser sometidas a pena: apenas alude a la realización de "cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales", debiendo conformarnos con la posterior referencia a "la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".

Por otro lado, y en la medida que se alude solo a "Tratados internacionales"[128], debemos entender (si no queremos ahondar en la inseguridad jurídica) excluida la costumbre internacional.

El **artículo 614 bis CP**, por su parte, contiene una cláusula agravatoria general (aplicable a todos los artículos del presente capítulo), cláusula que encuentra su origen en la actividad de los tribunales internacionales *ad hoc* pero que responden plenamente a la teoría jurídica del delito.

> «Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior».

Se entiende que el presente precepto agrava en base a un mayor desvalor de la acción: la acción resultaría, pues, tanto más peligrosa por cuanto viniese amparada, facilitada o eclipsada por un plan o política a gran escala, ello por cuanto el autor se verá más motivado a actuar en base a una mayor probabilidad de impunidad, así como su ejecución será más sencilla.

A propósito de este artículo critica duramente Gil Gil[129] la técnica de remisiones a los tipos comunes (como v. gr. el tipo del homicidio) empleada por el legislador en este capítulo, pues la presente agravante sería solo se aplicación en tanto aconteciese un crimen de guerra: entiende la autora, pues, como "incoherente" y "lamentable" el que un v. gr. homicidio provocado en el seno de un "plan o política" de este tipo no pueda ser

[128] Como ejemplo de estos Tratados podemos aludir a v. gr. la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción*, o v. gr. a la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, entre (muchas) otras.

[129] GIL GIL, A., *Comentarios... cit*., p. 2020.

agravado por cuanto no acontezca junto con uno de los medios tipificados en el capítulo[130].

[130] Dicho esto, lo cierto es que, según pensamos, la presente agravante no deja de ser de utilidad, máxime por cuanto la misma agrava (por las razones indicadas) "el empleo del medio prohibido", y no "la causación de resultados".