

LA INVESTIGACIÓN DE LOS ACTOS TERRORISTAS DE ETA COMO DELITOS DE LESA HUMANIDAD ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Alfredo LIÑÁN LAFUENTE

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Complutense
de Madrid y de la Universidad Pontificia Comillas

Resumen: En julio de 2015, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional admitió a trámite una querrela interpuesta contra la banda terrorista ETA, para investigar si los hechos cometidos con posterioridad al 1 de octubre de 2004 –fecha en la que entró en vigor la reforma del Código Penal que tipificó el delito de lesa humanidad–, podían ser constitutivos de este delito. En el presente artículo se analizan varias resoluciones dictadas por la Audiencia sobre este particular durante la fase de instrucción, y se ponen en relación con la interpretación de los elementos típicos del delito de lesa humanidad. En concreto, se analiza el controvertido asunto de si una organización como ETA podría ser idónea para lanzar un ataque característico del delito de lesa humanidad, así como el concepto de población civil y su limitación como objeto de protección de la norma.

Palabras clave: Crimen contra la humanidad, delito de lesa humanidad, terrorismo, ETA, Audiencia Nacional, elemento político, población civil.

Abstract: In July 2015, the Central Court of Instruction No. 3 of the National Court declared admissible a complaint filed against the terrorist group ETA, to investigate whether the acts committed after October 1, 2004 –the date on which entered into force the Penal Code defining the crime against humanity– could be constitutive of the crime. In this article several decisions issued by the Court on

this matter during the investigation stage are analyzed and placed in relation to the interpretation of the typical elements of the crime against humanity. Specifically, the controversial issue of whether an organization like ETA might be appropriate to launch an attack characteristic of the crime against humanity is analyzed, and the concept of civilian population and its limitation as an object of protection of the crime against humanity.

Keywords: Crimes against humanity, terrorism, ETA, Audiencia Nacional, Policy element, civil population.

1.º Antecedentes

Por auto de 9 de julio de 2015 del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 fue admitida a trámite una querrela interpuesta contra la cúpula de la banda terrorista ETA. La querrela calificaba los hechos denunciados como delito de genocidio ex art. 607 C.P., pero el magistrado, tras analizar los hechos y conformarlos con el crimen de genocidio, concluyó que estos no se podrían encuadrar en dicho tipo penal ya que *los diferentes colectivos de víctimas de ETA no pueden ser considerados un grupo nacional o parte de un grupo nacional, pues en el País Vasco víctimas y victimarios comparten la misma identidad nacional, y tan españoles son unos como otros*¹.

No obstante, al analizar los hechos denunciados, el magistrado concluye que estos podrían ser encuadrados en el supuesto de una persecución sistemática y organizada que pretende la eliminación *de los discrepantes activos que a los ojos de la organización terrorista constituyen un obstáculo o impedimento para la consecución de sus objetivos, lo que justifica su eliminación, bien mediante asesinato, bien mediante acciones de violencia e intimidación que produzcan su abandono del territorio vasco*², y que dichos actos podrían indiciariamente ser calificados como un delito de lesa humanidad. Ello provocó que la querrela fuese sólo parcialmente admitida a trámite, pues como el delito de lesa humanidad fue tipificado en el Código Penal español en 2003, entrando en vigor dicha reforma el 1 de octubre de 2004, sólo podrán ser investigados, por imperativo respeto al principio de legalidad, los hechos cometidos con posteridad a esa fecha.

¹ Auto de 9 de julio de 2015. DD. PP. 89/2013. P.A. 3/2015. Juzgado Central de Instrucción n.º 5, p. 9.

² Auto de 9 de julio... *op. cit.* p. 9.

El auto de admisión parcial fue recurrido en apelación por el querellante por limitar la investigación a los hechos posteriores al 1 de octubre de 2004 y no acoger la calificación de los hechos como delito de genocidio, aun en grado de ejecución imperfecta³. La sección 4.^a de la Audiencia Nacional confirmó la resolución por auto de 24 de septiembre de 2015, desestimando el recurso interpuesto por el querellante.

El 27 de octubre de 2015 se dictó auto de procesamiento por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 contra 5 miembros de la banda terrorista ETA⁴, por los actos cometidos u ordenados con posterioridad al 1 de octubre de 2004, calificando indiciariamente los mismos como delitos de lesa humanidad.

Por otro lado, se interpuso con posterioridad otra querrela contra la banda terrorista ETA por la comisión de delitos de lesa humanidad, en relación con el delito de asesinato de Don Luis Portero García, cometido en Granada el día 9 de octubre de 2000. Esta querrela fue inadmitida *a limine* por auto de 13 de enero de 2016 del Juzgado Central de Instrucción n.º 2, por, entre otras causas, no encontrarse tipificado el delito de lesa humanidad al momento de la comisión de los hechos. El querellante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por el auto de 8 de abril de 2016 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Este auto, que confirma la inadmisión de la querrela, se pronuncia en su Fundamento Jurídico Cuarto titulado *Disimilitudes entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes terroristas*, sobre las diferencias que según la Sala tiene el delito de lesa humanidad con el de terrorismo, por lo que se hará referencia a lo largo del desarrollo del presente artículo a la interpretación de los elementos de ambas conductas delictivas respecto de las que expresamente se pronuncia la Sala.

³ Frente a la solicitud de investigar el delito de genocidio cometido en grado de tentativa inidónea relativa, resuelve la Sala que: *Tal figura de ejecución imperfecta (cuya institución es estudiada profusamente en la STS n.º 294/2012, de 26 -4, nombrada en el recurso interpuesto) tampoco puede concurrir en el caso de autos, pues de ninguna manera resulta viable la investigación del delito de genocidio en el caso de autos, ante la falta de concurrencia del requisito esencial de determinación e individualización del grupo nacional, racial, étnico o religioso receptor de los actos de destrucción, total o parcial, desarrollados por los supuestos autores.* Auto n.º 410/2015, de 24 de septiembre de 2015. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección 4.º p. 11.

⁴ Los procesados son José Antonio Urrutikoetxea (Josu Ternera), Garikoitz Aspiazu (Txeroki), Mikel de Kabikoitz (Ata), Aitzol Iriondo y Aitor Elizaran.

2.º Hechos investigados

Es necesario ubicar el periodo que se investiga en el auto de procesamiento de 25 de octubre de 2015 en su contexto histórico concreto. El 11 de marzo de 2004 tuvo lugar el «atentado de Atocha» y otros atentados en distintas estaciones de tren, que si bien en un primer momento fueron atribuidos a ETA, poco después fueron imputados a una célula islamista. Estos atentados provocaron tal impacto en la sociedad nacional e internacional, que produjo una relativa inactividad de ETA en los meses siguientes a dicha tragedia. Ello, junto con la desarticulación en Francia de su cúpula el 3 de octubre de 2004, inauguró un periodo de reestructuración interna dentro de la banda terrorista.

El 22 de marzo de 2006, ETA anunció que iniciaba una tregua, la cual duró hasta el 30 de diciembre de 2006, fecha en la que cometió el atentado con bomba en la Terminal 4 del aeropuerto de Barajas, que causó la muerte de 2 personas⁵. Seis meses después, ETA anunció su retorno a la actividad terrorista, y tras varios atentados fallidos, asesinó a dos guardias civiles en Capbreton en diciembre de 2007⁶. Tras éste, ETA llevó a cabo los siguientes actos terroristas con resultado de muerte:

– Asesinato de Isaías Carrasco, ex concejal del partido socialista de Mondragón (7 de marzo de 2008)⁷.

– Atentado mediante la explosión de un coche bomba ante el cuartel de Legutiano, que causó la muerte de un guardia civil (14 de mayo de 2008)⁸.

⁵ La sección 3.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó por estos atentados a Martín Sarasola, Igor Portu y Mikel San Sebastián (integrantes del comando Elurra) a la pena de 1040 años. Sentencia n.º 18/2010, de 21 de mayo.

⁶ Mikel Carrera Sarobe (Ata) fue condenado en Francia a cadena perpetua y a Saioa Sánchez Iturregui (Hintza) a 28 años de prisión por el asesinato en Capbreton, el 1 de diciembre de 2007, de los guardias civiles Raúl Centeno y Fernando Trapero.

⁷ La sección 3.ª de la Audiencia Nacional condenó a Breñat Agunigalde por este delito y por tenencia ilícita de armas a la pena de 32 años de prisión. Sentencia 26/15, de 24 de julio de 2015.

⁸ La sección 4.ª de la Audiencia Nacional condenó a Aitor Cotano y Arkaitz Goikoetxea por estos hechos a la pena de 515 años de prisión. Sentencia de 20 de diciembre de 2010.

– Atentado mediante la explosión de un coche bomba ante el Patronato Militar de Santoña, que causó la muerte a un brigada del ejército español (22 de septiembre de 2008)⁹.

– Asesinato de Ignacio Uría, empresario de Azpeitia (3 de diciembre de 2008)¹⁰.

– Asesinato, mediante explosión de una bomba lapa en vehículo, de un inspector de policía nacional de Bilbao (19 de junio de 2009)¹¹.

– Asesinato mediante explosión de bomba lapa en vehículo, de dos guardias civiles en Calviá (el 30 de julio de 2009).

En septiembre de 2010, la banda terrorista ETA anunció un alto el fuego unilateral.

En el periodo investigado, amén de varios intentos de asesinatos y atentados frustrados, los miembros de la banda terrorista ETA asesinaron a 4 civiles y a 7 miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

En el punto Segundo de los Hechos del auto de procesamiento 27 de octubre de 2015 se describe la «violencia de persecución» que ETA ha desarrollado durante su historia frente a numerosos colectivos. El magistrado identifica como grupos perseguidos a los llamados, por el entorno etarra, «grupos represivos» (guardia civil, policía y los colaboradores de los mismos), así como a los «poderes fácticos» (fuerzas armadas), a los empresarios que ostentaban el «poder económico español», a los funcionarios de prisiones, o a los políticos del Partido Popular, PSOE y Partido Nacionalista Vasco. En el citado auto se afirma que: *Son también muchos los agravios que soportan los miembros de los grupos perseguidos en muchos municipios vascos cuando se producen las situaciones de humillación hacia las víctimas y de exaltación de victimarios, cuando no de la propia actividad terrorista... Muchas veces las víctimas adoptan la decisión de abandonar su tierra, para preservar a sus hijos del ambiente del rechazo social, especialmente lacerante, después de haber perdido a sus seres queridos*¹².

⁹ La sección 1.ª de la Audiencia Nacional condenó a Daniel Pastor, Íñigo Zapirain y a Beatriz Etxeberría por estos hechos a la pena de 485 años de prisión. Sentencia de 14 de octubre de 2013 (n.º 58/2013).

¹⁰ La sección 1.ª de la Audiencia Nacional condenó a Manex Castro por estos hechos a la pena de 44 años de prisión. Sentencia n.º 23/2013.

¹¹ La sección 3.ª de la Audiencia Nacional condenó a Íñigo Zapirain, Beatriz Etxeberría y a Daniel Pastor por estos hechos a la pena de 45 años de prisión. Sentencia n.º 22/2013, de 23 de julio de 2013.

¹² Auto del 27 de octubre de 2015, p. 3.

3.º Calificación jurídica

Los hechos contenidos en el auto de 27 de octubre de 2015 –11 asesinatos, así como la violencia de persecución– son calificados como constitutivos de delitos de lesa humanidad ex artículo 607 bis C.P. En concreto, por la comisión específica de delitos de asesinato (607.bis.1 C.P.), traslado forzoso y deportación (607.bis.4 C.P.)¹³.

El citado auto expone que cuando los hechos investigados se cometieran como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o parte de ella, y en todo caso, cuando los hechos se cometan *en razón de la pertenencia de las víctimas a un grupo colectivo perseguido por razones políticas, étnicas, o religiosas*. En este caso –continúa el auto– éste es el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad¹⁴. De ello, se interpreta que el magistrado establece que el elemento cualitativo que convierte los hechos investigados en delitos de lesa humanidad es la comisión de los delitos comunes en el contexto de un ataque generalizado o sistemático debido a la pertenencia de las víctimas a determinados grupos perseguidos por motivos políticos, étnicos o religiosos.

*En el caso de autos –concluye el Razonamiento Jurídico tercero del auto– la violencia de la banda terrorista ETA debe ser considerada una «violencia de persecución», lo que supone un ataque generalizado o sistemático contra una parte de la población civil que responde a la estrategia diseñada por la banda para neutralizar a quienes aparecen como un obstáculo para la consecución de sus objetivos políticos, y a partir de dicha estrategia se identifican las víctimas que los son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos*¹⁵.

4.º Análisis jurídico

Una vez concretados sucintamente los hechos objeto de instrucción, procede contrastarlo con los elementos típicos del delito de lesa humanidad¹⁶ a los efectos de valorar si podría resultar plausible que

¹³ En el auto de admisión a trámite de la querrela de 9 de julio de 2015, se califican los hechos denunciados como delito de lesa humanidad en concurso real con delitos de asesinato que pudieran haber sido cometidos a partir del 1 de octubre de 2004.

¹⁴ Auto 27 de octubre de 2015. P.A. 3/2015 Sección Tercera. Sala de lo Penal. Audiencia Nacional, p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶ En este artículo, las referencias al tipo penal del artículo 607 bis C.P. se identificarán con el «delito de lesa humanidad». Cuando se haga referencia a la tipificación

los mismos fueran calificados de tal modo. A estos efectos conviene tener presente que el delito de lesa humanidad se configura como un tipo penal complejo que se compone de un elemento general o contextual y de delitos subyacentes o tipos específicos que son cometidos en dicho contexto, y que precisamente por llevarse a cabo con esta conexión se transforman de un delito común a un crimen con trascendencia internacional.

Así, puede identificarse que el resorte que transforma las figuras delictivas contempladas a continuación en el art. 607 bis C.P. en crímenes internacionales reside en la comisión del hecho dentro de un determinado contexto que implica un plus de injusto y peligrosidad por su modo de ejecución.

El art. 607.bis.1.1 C.P. establece en su primer párrafo los elementos esenciales y comunes del crimen contra la humanidad –ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella–. A continuación, se analiza este elemento contextual.

4.º1. *El ataque generalizado o sistemático*

El término «ataque» debe interpretarse desprovisto de cualquier tipo de connotación bélica, de conformidad con la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc (TPIs, en adelante) que ha establecido que por «ataque» se debería entender un «curso de conducta» que implique la comisión de actos violentos¹⁷. El art. 7.1.2.a) Estatuto de Roma (ER, en adelante) define el ataque de modo similar, como una «línea de conducta», aunque exige más elementos como la comisión múltiple de actos y la conformidad con la política del Estado o una organización para cometer los actos típicos. La CPI en su sentencia del caso Bemba, aclara que el requisito de que el acto forme parte de un «curso de conducta» excluye que la comisión de actos aislados, desconectado de un ataque, puedan ser considerados como crímenes contra la humanidad, y describe una

del crimen internacional en distintos instrumentos internacionales, y en especial en el artículo 7 del Estatuto de Roma, se identificará como «crimen contra la humanidad».

¹⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*. TPIY. IT-96-23-T. TC. Judgment. 22 de febrero de 2001. par. 415. *An attack can be described as a course of conduct involving the commission of acts of violence*; *Prosecutor vs. Simić et al.* TPIY. TC. Judgment. 17 de octubre de 2003. par. 39. La utilización de la expresión «a course of conduct» fue establecido en el proceso de Tadić. *Prosecutor v. Tadić*. Decision on the Form of the Indictment, 14-10-1995. IT-94-1-A. par. 11.

necesaria conducta aglutinada por un patrón previamente diseñado, en contraposición de un mero agregado de actos al azar¹⁸.

El ataque representa un contexto en el cual el autor debe verse inmerso para que su acto adquiera el plus de antijuridicidad y peligrosidad que exige el delito de lesa humanidad. El término «ataque» utilizado en el art. 607.1.1.bis C. P., habrá de ser entendido como un curso de conducta en la que se utilizan medios, modos y formas de comisión (generalizado o sistemático) que persiguen, a través de la comisión de distintos actos delictivos, una finalidad concreta frente a un grupo de población civil, disminuyendo dicho ataque las posibilidades de defensa de la víctima debido a la naturaleza del mismo, elevándose así el grado de penalidad de los actos cometidos en dicho curso de conducta debido al aumento del nivel de injusto que representa este *modus operandi*.

El ataque suele planearse como una actuación a gran escala y está diseñado para involucrar a todas las personas que, en ejecución del mismo, comenten los delitos diseñados en éste. De hecho, podremos encontrarnos con un ataque marco que se concrete en varias líneas de actuaciones específicas o sub ataques que sería la concreción del plan diseñado.

Los delitos subyacentes deben estar conectados con el ataque típico¹⁹ para poder ser considerados como crímenes contra la humanidad. Los actos del autor deben ser objetivamente parte del ataque contra la población civil²⁰, pero esto no significa que tengan que ser cometidos en medio o en el fragor del ataque²¹, sino contar con la suficiente conexión para no ser considerados como actos aislados o conductas individuales en las que el sujeto actúa solo. Los actos aislados, según la jurisprudencia de TPIY, son aquellos que por estar tan alejados del ataque, tomando en consideración el contexto y las

¹⁸ *Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. CPI. ICC-01/05-01/08. TC. 21 de marzo de 2016. par. 149.

¹⁹ *Prosecutor v. Deronjić*. TPIY. AC Judgment. IT-02-61-A. 20 de julio de 2005. par. 109.

²⁰ Entre otras, *Kunarac*. AC. Judgment. IT-96-23 par. 99; *Prosecutor vs. Vasiljević*. TPIY. TC Judgment. IT-98-32-T. Judgment. 29 de noviembre de 2002. par. 32; *Blagojević and Jokic*, TPIY. TC. Judgment. IT-02-60-T. 17 de enero de 2005. par. 547.

²¹ *Kunarac*. AC Judgment. par. 100; *Limaj et al.* TPIY. TC. Judgment. IT-03-66-T.30 de noviembre de 2005. par. 189: *The acts [of the accused] need not be committed in the midst of that attack provided that they are sufficiently connected to that attack.*

circunstancias en las que fueron cometidos, no se puede estimar de manera razonable que han formado parte del mismo²².

La jurisprudencia del TPIY ha establecido un criterio para determinar en qué debe consistir el nexo que relacione los actos y el ataque. En la sentencia de Kunarac²³ el Tribunal estima que esta conexión consiste en la comisión de un acto que, por su naturaleza o consecuencias, sea objetivamente parte del ataque, junto con el conocimiento por parte del acusado de que existe un ataque contra la población civil y que su acto es parte de éste²⁴. Con respecto a la *mens rea* del autor, el Tribunal de apelación del caso Kordić & Čerkez estimó que el elemento subjetivo estaba presente cuando el acusado tenía la intención de cometer el delito subyacente, sabía que existía un ataque contra la población civil y contaba con el conocimiento necesario para reconocer que su acto formaba parte del ataque²⁵. Aunque como ha recordado en repetidas ocasiones la jurisprudencia, no se exige al autor del acto criminal un conocimiento exhaustivo del ataque, sino que basta con que se haya planteado el riesgo de que sus actos puedan considerarse como parte de un ataque contra la población civil²⁶. Por lo tanto, el dolo eventual con respecto a esta relación sería suficiente para que la conexión entre acto y ataque se perfeccione.

La comisión de un acto, el conocimiento de la existencia de un ataque y el riesgo de que éste forme parte de aquél son los parámetros que son tenidos en cuenta para determinar si la conexión exis-

²² *Kunarac*. AC Judgment. par. 100. *A crime would be regarded as an «isolated act» when it is so far removed from that attack that, having considered the context and circumstances in which it was committed, it cannot reasonably be said to have been part of the attack.*

²³ *Kunarac* TC. Judgment. par. 418.

²⁴ Entre otras, *Tadić*. AC Judgment. 31 de enero de 2000. IT-94-1-A-R77. par. 248, 251 y 271; *Blagojević & Jokić*. TC Judgment. par. 547.

²⁵ Entre otras, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*. AC. Judgment. IT-95-14/2-A. 17 de diciembre de 2004. par. 99; *Prosecutor v. Blaškić*. AC. Judgment. N. IT-95-14-A. 29 de julio de 2004. par. 124; *Tadić*. AC Judgment. par. 248.

²⁶ *Kunarac* TC. Judgment. par. 434; *Kunarac* AC Judgment. par. 102. *In addition to the intent to commit the underlying offence, the perpetrator needs to know that there is an attack on the civilian population and that his acts comprise part of the attack, or at least to take the risk that his act is part of the attack.* A estos párrafos añade el tribunal de Krnojelac lo siguiente,... *This, however, does not entail knowledge of the details of the attack. It is sufficient that, through his acts or the function which he willingly accepted, he knowingly took the risk of participating in the implementation of that attack.* *Prosecutor vs. Krnojelac* TC Judgment. IT-97-25-T. 15 de marzo de 2002. par. 59; *Prosecutor vs. Blaškić*. TC Judgment. IT-95-14-T. 3 de marzo de 2000. par. 257. *Blaškić* AC. Judgment. IT-95-10-A. 29 de julio de 2004. par. 124.

tió, sin exigir otro tipo de criterio cuantitativo o cualitativo. Ello implica que de este tipo de conexión se desprende la posibilidad de que un solo acto, conectado con el ataque, pudiera constituir un crimen contra la humanidad²⁷ siempre que cumplierse los demás requisitos exigidos en la parte general del crimen. La diferencia de un único acto y un acto aislado es que en el primero está presente el nexo con el ataque, mientras que el segundo se lleva a cabo de una manera totalmente independiente.

Una vez establecida la relación del «ataque» con la ejecución del «curso de conducta» y los actos que lo componen, se ha de avanzar un paso más al establecer la relación de éste con una de las siguientes características: generalizado o sistemático. En la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc ha quedado establecido que la generalidad se puede referir tanto a la gran escala como al número significativo de víctimas²⁸, mientras que la sistematicidad hace referencia a la naturaleza organizada de los actos violentos y la imposibilidad de que estos sucedan de un modo fortuito²⁹. Estas características, pueden aparecer de forma alternativa, aunque en muchas ocasiones se manifiesten de forma conjunta³⁰.

No se ha de confundir, como parece hacer la Sección Tercera de la A. N en su auto de abril de 2016, el ataque generalizado con la necesaria *tolerancia de los aparatos de poder con la existencia de una organización capaz de aprovechar el descontrol por parte de aquellos en un territorio concreto*³¹. El término generalizado, según jurisprudencia internacional y doctrina³², describe la modalidad de ataque típico en su dimensión cuantitativa, sin que tenga nada que ver con el conocido como «elemento político» del crimen contra la humanidad y

²⁷ *Bemba*. TC. Judgment. Par150. En el mismo sentido, *Tadić*. TC Judgment. par. 649; *Prosecutor vs. Kupreškić. et. al.* TC Judgment. IT-95-16- 14 de enero de 2000. par. 550; *Kunarac* TC Judgment. par. 417; *Kunarac* AC Judgment. par. 96.

²⁸ Entre otras, *Kunarac*. TC. Judgment. par. 428; *Tadić* TC. Judgment. par. 648; *Blaškić*. TC Judgment. par. 206. *Prosecutor v. Kajelijeli*. TPIR. TC. Judgment. Caso. N.º ICTR 98-44A- T. 1 de diciembre de 2003. par. 871.

²⁹ Entre otras, *Kunarac* TC Judgment. par. 429; *Blaškić* TC Judgment. par. 203; *Tadić*. TC Judgment. par. 648; *Blaškić* AC Judgment. par. 101.

³⁰ GIL GIL, en Gil Gil, A./Maculan, E. (dir), et al. *Derecho penal internacional*. Dykinson: Madrid, 2016, p. 373.

³¹ Auto 155/2016, de 8 de abril de 2016. Sección Tercera. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, p. 11.

³² WERLE, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2.ª ed. 2011. Trad. por Gutiérrez Rodríguez (Coord.). p. 477; GIL, A., en Gil A./ Maculan, E. *Derecho... op. cit.* p. 372.

que erróneamente incluye en el concepto de ataque generalizado la citada resolución.

Tomando como parámetro el supuesto de hecho analizado, lo primero que ha de plantearse es si la decisión de la cúpula de ETA de iniciar una campaña de asesinatos específica contra determinadas personas –políticos, empresarios, funcionarios de prisiones, policías, guardia civiles, militares– es la concreción de un plan más ambicioso que perseguía la eliminación física de cualquier persona que se opusiese a sus objetivos³³. Para ello se habrá de analizar los hechos delictivos cometidos contra estas personas, y si se puede identificar en ellos un «curso de conducta» o «línea de conducta» que determinase el ataque, por parte de sus miembros, a determinadas personas que formaban parte de la población³⁴. Sirva como ejemplo los políticos que ETA ha asesinado. Desde 1968, ETA asesinó a 38 políticos, aunque desde 1995 a 2003 concentró en ellos el mayor número de asesinatos –21–. En el periodo que ocupa la investigación de las DD. PP.89/2015, asesinó a don Isaías Carrasco, ex concejal del PSOE en Mondragón.

Si se confrontan estos hechos con lo que se interpreta por ataque generalizado o sistemático, se habrá de concluir que las diferentes campañas –líneas de conducta– ordenadas por ETA durante su historia constituirían un ataque sistemático, por su naturaleza organizada y la imposibilidad de que los mismos se cometiesen de un modo fortuito.

Contraria a esta opinión se sitúa la Sección Tercera de la AN en su auto de 8 de abril de 2016, ya que al interpretar el carácter sistemático del ataque, afirma que:

En los crímenes contra la humanidad, el aspecto sistemático permite que los actos individuales se analicen desde una perspectiva más lesi-

³³ Auto de 27 de octubre de 2015. *Lo que caracteriza a la organización es que el núcleo de la dirección adopta las decisiones de especial relevancia, y los miembros subordinados, que son fungibles, es decir, susceptibles de ser sustituidos por otros en las mismas condiciones, las ejecutan sin poder formular objeción alguna a las órdenes que reciben de la dirección.*

³⁴ *Vid.* Auto de 27 de octubre de 2015. Juzgado Central de Instrucción n.º 3, p. 12. *Con la eliminación física de las personas que se oponían a sus objetivos, o la intimidación o coacción ejercida contra las mismas en razón de su pertenencia a un grupo o colectivo perseguido, lo que buscaba ETA era crear un clima de temor e inseguridad que anulara política y socialmente a los sectores de la sociedad a los que estas personas pertenecían. Fuera de las víctimas indiscriminadas, es claro que la inmensa mayoría de las personas asesinadas por ETA pertenecían a los colectivos amenazados y precisamente por esa razón de pertenencia fueron asesinados.*

va, que les confiere unidad material que supone un desafío real para la naturaleza de las instituciones, mientras que en los delitos de terrorismo (incluso internacional), el objetivo político se relaciona con el elemento volitivo mediato, que es la coacción a un Estado y basta este para que se dé un acto terrorista, sin mayores pretensiones.

Obviamente, la diferencia entre el terrorismo y el crimen contra la humanidad reside, en gran parte, en el elemento subjetivo del tipo, pues el terrorista ha de perseguir un fin concreto³⁵ con sus actos, y el crimen contra la humanidad no exige ningún elemento teleológico específico, pero ello no impide que se pueda llevar a cabo un ataque sistemático con una concreta finalidad, terrorista o no. No obstante, resulta complejo interpretar a qué se refieren los magistrados cuando asimilan la sistematicidad con una «unidad material que supone un desafío real para las instituciones», sin acudir de nuevo, en dicha resolución a la confusión de la sistematicidad con el elemento político de crimen contra la humanidad.

4.º2. *El elemento político*

El artículo 607 bis C.P. no exige, a diferencia del art. 7 ER, que el ataque se haya llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. Por lo tanto, el elemento político incluido en la interpretación del crimen contra la humanidad no ha sido incorporado a la definición típica del delito de lesa humanidad en el C.P. español.

No obstante, la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 (Caso Scilingo) sí lo identifica como un elemento definidor del delito de lesa humanidad, al interpretar que en los elementos generales del tipo, la exigencia de ataque contra la población civil viene a significar una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerza el poder político «de facto». No obstante, la citada sentencia identifica estos elementos definitorios, de la jurisprudencia de los TPIs *ad-hoc* y no del análisis de los elementos del tipo penal del artículo 607 bis C.P.

Siguiendo esta misma interpretación, en el citado auto de 8 de abril de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN incorpora como elemento del tipo del delito de lesa humani-

³⁵ Vid. art. 573 C.P.

dad la exigencia de que el ataque provenga de un Estado o de un «protoestado»³⁶, calificándolo como una organización que ejerce el poder *de iure* o *de facto* en un concreto territorio. En su afán de diferenciar el crimen contra la humanidad del terrorismo, en el citado auto se defiende, por parte de la AN, que:

Una organización, por el mero hecho de serlo, no tiene la capacidad de generar el elemento contextual, como sí lo posee un Estado. Sólo cuando éste pierde su capacidad de actuación, se dan las circunstancias para que se transmita ese elemento político estatal a la organización en cuestión. El terrorismo no deja de ser un método dependiente de la voluntad de su autor y de la reacción de terror que provoca en las víctimas. Mientras, los crímenes de lesa humanidad nacen de la combinación de una movilización similar a la que genera un «estado de guerra», cuyos recursos y planificación impiden que sea cometido por un solo sujeto, fruto de que el ataque generalizado o sistemático sea parte del tipo.

La Audiencia Nacional acoge la interpretación de la doctrina mayoritaria³⁷ que, con sólidos fundamentos, basados tanto en el análisis de los motivos del nacimiento del crimen contra la humanidad como en su evolución jurisprudencial, defiende que no es suficiente con que el ataque lo lleve a cabo una organización, sino que esta ha de tener un concreto poder que caracteriza el elemento político del crimen contra la humanidad.

La Corte Penal Internacional (CPI, en adelante) se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el elemento político. En la decisión para la apertura de una investigación en Kenia, y tras un análisis de la posible intención de los redactores del Estatuto, concluyó que una

³⁶ Auto 155/2016, de 8 de abril de 2016. Sección Tercera. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, p. 12.

³⁷ GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999, p. 122. GIL GIL, A. en Gómez Tomillo/Javato Martín, A. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi. 2015, pp. 768-768; GIL GIL, A. *Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord*. ZStW. 2000. N.º 113, pp. 381-397, esp. p. 392; GIL GIL, A. «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes», en Ambos, K. (coord.) *La nueva justicia penal supranacional*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, pp. 74 y 75; PÉREZ CABALLERO, J. *El Elemento político en los crímenes contra la humanidad*. Dikynson. Madrid. 2015, p. 89; PÉREZ CABALLERO, J. *La revalorización del elemento político en el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal*. INDRET. Julio 2014. Pp. 22 a 25. BASSIOUNI, Ch. *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press. 2011, p. 17; AMBOS, K./WIRTH, S. *The Current Law of Crimes against Humanity*. Criminal Law Forum. N.º 13. 2002, p. 2; AMBOS, J. *Internationales Strafrecht*. Munich: Beck. 3.ª ed. 2011, p. 255. LUBAN, D. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Editorial Temis. Trad. por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez. 2011, p. 84.

organización que no tuviera relación estatal podría elaborar y llevar a cabo un ataque contra la población civil. Desde el punto de vista de la Corte, la determinación de si un grupo podría ser cualificado como una «organización» debería hacerse caso por caso, pero en la decisión citada se establecían unos parámetros que podrían ser tenidos en cuenta al efecto, advirtiendo que las mismas no constituía una rígida definición legal sino criterios orientativos para tomar una decisión. Así, refiere las siguientes situaciones:

I. Si el grupo se encuentra bajo la autoridad de un mando o ha establecido un tipo de autoridad jerárquica.

II. Si el grupo posee los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

III. Si el grupo ejerce su control sobre una parte del territorio o el Estado.

IV. Si el grupo tiene como propósito principal llevar a cabo actividades criminales contra la población civil.

V. Si el grupo expresa, implícita o explícitamente, la intención de atacar a la población civil.

VI. Si el grupo forma parte de un grupo mayor, el cual cumpla alguno o todos de los criterios ya enunciados³⁸.

La CPI se ha pronunciado también sobre el término «organización» en la sentencia de Katanga, recordando, en primer lugar que la utilización de la conjunción «o» entre Estado y organización denota que ambos conceptos deben ser distintos. Desde el punto de vista del Tribunal, la conexión del término organización con la existencia de un ataque, exige que la organización tenga los suficientes recursos para llevar a cabo una línea de conducta tendente a la múltiple comisión de actos criminales contenidos en el artículo 7.2 ER, por lo que sería suficiente que la organización tuviera una estructura o mecanismos que fuesen adecuados para asegurar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque dirigido contra la población civil, pero ello no significa que deba exigirse que necesariamente el grupo esté dotado de una estructura que pueda describirse como un cuasi Estado. La Corte concluye destacando que una interpretación restrictiva del concepto de organización que requiera unas caracte-

³⁸ *Situation in the Republic of Kenya*. «Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the situation in the Republic of Kenya». ICC-01/09-19. 31 de marzo de 2010. Par.93.

rísticas cuasi estatales no contribuiría a lograr el objetivo del Estatuto de la persecución de los crímenes más graves³⁹.

En la reciente sentencia del caso BEMBA, la CPI ha vuelto a ratificar la interpretación de la idoneidad de una organización para lanzar el ataque típico del crimen contra la humanidad, reiterando que sería suficiente que:

[...] la organización tuviese un conjunto de estructuras o mecanismo, cualesquiera que fuesen, lo suficientemente efectivos para asegurar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque dirigido contra la población civil. En consecuencia, como se ha mencionado antes, la organización en cuestión debe tener suficientes medios para promover o fomentar el ataque, sin otros requisitos necesarios. De hecho, de ninguna manera puede ser descartada, particularmente en vista de la moderna guerra asimétrica, que un ataque contra la población civil también pueda ser llevado a cabo por una entidad privada consistente en un grupo de personas que persiguen el objetivo común de atacar a la población civil; en otras palabras, de un grupo no necesariamente dotado de una estructura tan bien desarrollada que pudiera describirse como un cuasi estado⁴⁰.

Desde mi punto de vista, el ER (que no el CP) lo único que exige es una política –pauta de actuación– proveniente de una estructura organizada, que tenga el potencial adecuado para desencadenar un ataque contra la población civil, lo suficientemente grave para calificarse como crimen contra la humanidad. Pero ha de recordarse que el artículo 607 bis C.P. no hace referencia, si quiera, a una política.

La AN, en el auto de 8 de abril de 2016, da por sentado que las organizaciones terroristas *sólo pueden realizar actuaciones políticas, en cuanto a un plan concreto, trazado para lograr un determinado objetivo, pero no como un elemento demandado por el artículo 7.2 a) ECPI*, ya que carecen de los medios materiales para ello, no estando cohesionadas para implementar una política a gran escala como la que exige la naturaleza de los crímenes contra la humanidad. *En estos, una vez ejecutado el ataque sistemático o generalizado, las consecuencias materiales para las instituciones son independientes de la reacción del que lo sufre⁴¹.*

³⁹ *Prosecutor vs. Germaine Katanga*. ICC-01/04-01/07. TC Judgment. 7 de marzo de 2014. Pars. 1117-1120.

⁴⁰ *Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. TC Judgment. 21 de marzo de 2016. par. 158 (traducción propia).

⁴¹ Auto 155/2016, de 8 de abril de 2016. Sección Tercera. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, p. 13.

No deja de extrañar que la AN restrinja de ese modo el concepto de terrorismo, más en este momento cuando organizaciones terroristas como Al-Qaeda o Isis se componen de un entramado organizativo, económico y militar ante el que resulta, cuanto menos arriesgado, negarles la posibilidad de llevar a cabo un ataque a gran escala, más si cabe en estos momentos de desarrollo de los conflictos asimétricos.

Es preciso, por tanto, encontrar un elemento adicional que caracterice a los crímenes contra la humanidad sin restringir de tal modo el concepto que sólo pueda ser aplicado en una situación de quiebra del poder estatal. Al hacer un breve ejercicio de rememoración de las situaciones analizadas respecto de conductas que pudieran ser calificadas como crímenes contra la humanidad, se puede identificar un elemento común a los organizadores de los ataques que, en cierta manera, caracteriza su modo de actuación en este ámbito criminológico. Este sería la esperanza de quien organiza un ataque (no de quien lo ejecuta, pues en muchas ocasiones se suelen inmolar), que basándose en datos fácticos que pudieran calificarse como posibilidad real, de salir impune del mismo debido a la estructura de la organización. Es decir, la posibilidad de impunidad del organizador del ataque, basado en elementos estructurales de poder, podría caracterizar al sujeto que lanza el ataque del crimen contra la humanidad.

Esta posibilidad se podría manifestar desde muchos perspectivas: desde luego, desde la organización que adquiere un poder *de iure* o *de facto* en un territorio, pero también sobre aquella que actúa con la connivencia Estatal, o la que posee tal entramado organizativo que es prácticamente imposible que se le castigue por los hechos, o a la que actúa desde Estados lejanos con quienes cuentan para permanecer impunes, o que por su gran poder político, social, económico o estructural consideran muy improbable que se les castigue por los hechos criminales. Asimismo, aquellas que actuaren en situaciones de crisis como en estados de excepción o desmoronamiento institucional y aprovechen las circunstancias para salir impune tras cometer los crímenes. Comparto con la doctrina arriba enunciada que el grado de poder destructivo de la organización debe ser el elemento que cualifique la figura, sin embargo, definiendo una interpretación más extensa del mismo si exigirle que controle *de facto* o *de iure* un territorio, ni que exista necesaria tolerancia estatal o descomposición del Estado, pero sí que cuente con tal entramado estructural que proteja a los organizadores del ataque, representando esta posibilidad de impunidad un reflejo del poder (en sentido amplio) que tiene la organización, que unido a los demás elementos del tipo, fun-

damenta el mayor desvalor acción y su consideración como crimen contra la humanidad⁴².

Por lo tanto, el acento ha de ponerse en el examen del ataque del crimen contra la humanidad para determinar si conforma el elemento típico exigido, y en función del mismo y del resultado, analizar si en la organización que ha lanzado el ataque concurren los medios, la estructura y las características necesarias para ser tenida por una organización, lo suficientemente peligrosa, para que los actos conformadores del ataque deban ser considerados como crímenes contra la humanidad⁴³.

Con base en estos criterios, se ha de valorar si la banda terrorista ETA podría ser considerada como una organización típica para llevar a cabo un ataque referido en el crimen contra la humanidad. El auto de procesamiento de 27 de octubre de 2015, describe a ETA como una organización jerarquizada y compartimentada, basada en el principio organizativo marxista de funcionamiento interno que se fundamenta en dos conceptos: una dirección única y una democracia interna. No obstante, advierte el magistrado que este principio se limitaba a la pura teoría, pues la dirección única de ETA se ha ejecutado a través del comité ejecutivo, que imponía sus decisiones al resto de la organización⁴⁴. A efectos de incluir en los razonamientos Jurídicos del auto la teoría de los aparatos de poder organizados de Roxin, resume el funcionamiento de la banda terrorista del modo siguiente:

En definitiva, lo que caracteriza a la organización es que el núcleo de la dirección adopta las decisiones de especial relevancia, y los miembros subordinados, que son fungibles, es decir, susceptibles de ser sustituidos por otros en las mismas condiciones, las ejecutan sin poder formular objeción alguna a las órdenes que reciben de la dirección o de los responsables de los aparatos político y militar.

Contrastando estas características con los elementos que consideran suficiente la CPI para considerar idónea a una organización de

⁴² Estudio en profundidad, *vid.* LIÑÁN LAFUENTE, A. *El crimen contra la humanidad*. Dykinson: Madrid. 2016, pp. 240 a 244, 193-296, 154-165.

⁴³ Frente a esta interpretación, advierte Gil Gil, con sólidos fundamentos, que la expansión de la noción de crímenes contra la humanidad a cualquier tipo de criminalidad o transnacional, que pueden ser perseguidas por el derecho nacional, provoca la desnaturalización de la figura del crimen contra la humanidad. GIL GIL, A. en Gómez Tomillo/Javato Martín, A. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi. 2015, p. 769.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 4.

conformidad con el artículo 7 ER *–una entidad privada consistente en un grupo de personas que persiguen el objetivo común de atacar a la población civil ... no necesariamente dotado de una estructura tan bien desarrollada que pudiera describirse como un cuasi estado–* se habrá de colegir que la organización terrorista ETA podría ser idónea para lanzar un ataque típico del delito de lesa humanidad⁴⁵.

4.º3. *Contra una población civil*

El ataque ha de dirigirse, según el artículo 607 bis C.P. y la tipificación tradicional del delito (art. 7 ER), contra una población civil o contra una parte de ella. Para encontrar una justificación de la exclusión de una parte de la población *–no civil–* como objeto protegido del ataque se ha de acudir al momento en que el crimen contra la humanidad es tipificado por primera vez. Así, al acudir al artículo 6.c del Estatuto de Londres de 1945, norma por la que se rigió el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, se puede identificar que el crimen contra la humanidad nace para sancionar las conductas donde un Estado *–(el alemán)–* atacó a sus propios civiles nacionales en conexión con un conflicto bélico, pues se ha de recordar que el crimen contra la humanidad debía cometerse en conexión o ejecución con un crimen de guerra o un crimen contra la paz⁴⁶. Esta conducta *–el ataque de un Estado contra sus propios nacionales–* quedaba, en parte, extramuros de los que era considerado en esos momentos un crimen de guerra, y por ello el objeto de protección se concretó de un modo tan específico.

Esta conexión del crimen contra la humanidad con un crimen de guerra ha sido una característica que ha perseguido al tipo penal durante gran parte de su historia, lastrando su aplicación de un modo autónomo, pues si bien es cierto que la regulación de la Ley de Con-

⁴⁵ En contra de esta postura, GIL GIL, A., en Gómez Tomillo/Javato Martín, A. (Dir.), *Comentarios... op. cit.* 769; PÉREZ CABALLERO, J. *La revalorización... op. cit.* pp. 23-24; LANDA GOROSTIZA, J. M. «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas». En *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2010. N.º 12-10, pp. 29-30.

⁴⁶ El artículo 6c del Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945 tipificó al crimen contra la humanidad del modo siguiente: *Asesinatos, exterminaciones, esclavitud, deportaciones, y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, en ejecución o conexión con un crimen de la jurisdicción de tribunal, fueran perpetrados estos hechos, o no, en violación de la legislación nacional del país.*

trol Aliado n.º 10⁴⁷ elimina la necesaria conexión con un crimen de guerra o contra la paz, esta circunstancia vuelve a exigirse en el Tribunal Militar Internacional de Lejano Este en el artículo 5.c., aunque en su última versión de 26 de abril de 1946 se elimina la referencia a la población civil como objeto de protección⁴⁸.

Durante todo el proceso de codificación del crimen contra la humanidad, a través de las distintas propuestas de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la exigencia de la conexión con el crimen de guerra tiende a desaparecer, a medida que van pasando años desde el final de la guerra⁴⁹. No obstante, la conexión con el crimen de guerra pervive en el Estatuto del TPIY de 1993. Con independencia de que dicha conexión haya sido interpretado, por la doctrina y la jurisprudencia, como una limitación jurisdiccional más que como un elemento del tipo del crimen contra la humanidad⁵⁰, esta exigencia de la conexión con un conflicto armado del crimen contra la humanidad tuvo una importancia capital a la hora de delimitar el objeto del ataque del crimen contra la humanidad en la población civil, ya que en un conflicto armado, los militares tienen el deber y el derecho de protegerse y atacar al enemigo.

Y ello se puede apreciar al analizar la jurisprudencia de los TPIY ad-hoc, pues al plantearse la correcta interpretación del término «población civil» se remiten a instrumentos internacionales –Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales– para delimitar su ámbito de aplicación. Ello es debido a que tradicionalmente el crimen contra la humanidad se ha cometido en el marco de un conflic-

⁴⁷ Ley de 20 de diciembre de 1945 promulgada por el Consejo de Control Aliado para juzgar determinados crímenes cometidos en Alemania en la época del Nacional-socialismo. Sobre la interpretación de esta ley y su aplicación al crimen contra la humanidad, *vid.* VON WEBER, H. *Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung*. MDR. 1949, p. 266; LIÑÁN LAFUENTE, A. *El Crimen... op. cit.* pp. 74-75 y 81-90.

⁴⁸ H. MINEAR. R. *Victor's Justice. The Tokyo War Crimes Trials*. Princeton University Press. Princeton-New Jersey. 1971, pp. 183-184; CASSESE, A./RÖLING. B. V. A. *The Tokyo Trial and Beyond*. Polity Press. Cambridge. 1993, p. 13. El Juez Röling, que formó parte del TMI de Tokio, era de la opinión de que lo que se perseguía con esta ampliación del sujeto pasivo era permitir al fiscal Keenan acusar, bajo la figura del crimen contra la humanidad, por las ofensas cometidas contra el personal militar enemigo.

⁴⁹ *Id.* dicha evolución, LIÑÁN LAFUENTE, A. *El Crimen... op. cit.* pp. 109-118.

⁵⁰ *Tadić*. AC. 2 de octubre de 1995. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. par. 140; En el mismo sentido, *Prosecutor v. Nikolic*. TPIY. TC. N.º IT-94-2. *Review of indictment Pursuant to Rule 61 of Rules of procedure and evidence*. 20 de octubre de 1995. par. 26.; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*. TPIR. TC Judgment. ICTR-95-1. 21 de mayo de 1999. par. 127; *Tadić* TC Judgment. par. 626.

to bélico, pero eso no debe hacer pensar que este tipo de crímenes no pueda cometerse también en tiempo de paz.

De hecho, la posibilidad de cometer el crimen contra la humanidad en tiempo de paz hace necesario buscar una definición de población no exclusivamente vinculada a los conceptos de Derecho Internacional Humanitario⁵¹, ya que el ámbito de la protección de la norma debe abarcar la protección de cualquier persona frente a una violación sistemática o generalizada grave de sus derechos humanos. Las primeras sentencias del TPIY interpretaron el término población civil de conformidad con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra⁵², extendiendo la protección de la norma a los miembros del ejército o de los grupos armados que se hayan rendido o hayan depuesto las armas⁵³, centrando la interpretación del término civil no en su estatus –un militar no deja de serlo por haberse rendido– sino en su específica conducta en el momento de ser objeto del ataque.

La Corte de Apelación en el caso Blaškić se separó de esta interpretación⁵⁴, acudiendo a criterios estrictos de Derecho Internacional Humanitario, delimitando la población civil de conformidad con el artículo 4-a de la Tercera Convención de Ginebra de 1949 y del art. 50 del Protocolo Adicional I de 1977⁵⁵. En este ámbito, la citada sentencia considera que lo esencial para determinar el carácter civil de una persona atacada no es el hecho de que en el momento del ataque esté o no armada o fuera de combate, sino su pertenencia a las fuerzas armadas⁵⁶. Esta es la línea interpretativa es la que ha mantenido la CPI, reafirmando en repetidas resoluciones que la interpretación del término civil deriva del artículo 50 del Protocolo

⁵¹ WERLE, G. *Tratado... op. cit.* p. 472.

⁵² Las personas protegidas en el conflicto armado serán aquellas que:

1) *No participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que por estar fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

2) *Los heridos o enfermos serán recogidos y asistidos.*

⁵³ *Blaškić*. TC Judgment. par. 214; *Jelisić*. TC. Judgment. Par. 54; *Kordić & Čerkez*. TC. Judgment. par. 180.

⁵⁴ *Blaškić*. AC. Judgment. Par. 114.

⁵⁵ El artículo 50 del Protocolo Adicional I determina a la población civil por exclusión, afirmando que será persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a las que se refiere el artículo 4, A, 1),2),3) y 6) del III Convenio y el artículo 43 del mismo Protocolo.

⁵⁶ *Galic*. TPIY. AC Judgment. IT-98-29-T. 5 de diciembre de 2003. Par. 144.

Adicional I del Convenio de Ginebra⁵⁷ y recordando que la población civil debe ser el objeto prioritario del ataque, y no suponer las víctimas incidentales y accesorias del ataque⁵⁸.

No obstante, existe otra jurisprudencia, posterior al caso Blaškić, donde la Corte de Apelación del TPIY acoge de nuevo el espíritu del artículo 3 de las Convenciones de Ginebra interpretación y del artículo 4 del Protocolo Adicional II para incluir en el ámbito de protección del crimen contra la humanidad a todas las personas que no hayan tomado parte directa en el conflicto o quien haya cesado de tomar parte en las hostilidades⁵⁹, por lo que el foco vuelve a ponerse en el rol de la persona, más que en su membresía a un ejército o grupo organizado de combate. En este ámbito de interpretación, Werle defiende que *deben considerarse población civil aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino al rol efectivo en el momento de la comisión delictiva*⁶⁰.

Por lo tanto, resulta esencial diferenciar el necesario carácter civil de la población objeto del ataque, de la condición de civil de la víctima. En el conflicto de la ex Yugoslavia se planteó esta situación al enjuiciar el ataque al hospital de Vukovar, en donde se encontraban soldados croatas que repelieron el ataque. La Corte de Apelación de Mrkšić, establece de un modo claro la diferencia entre el objeto del ataque –la población civil– y las víctimas de los actos concretos –que pueden ser militares o fuerzas de combate (hors de combat, en términos del TPIY)–. La Corte estimó el recurso interpuesto por la fiscalía contra la sentencia de primera instancia del caso Mrkšić, la cual resolvía que no se habían cometido crímenes contra la humanidad porque entre los fallecidos del ataque al hospital de Vukovar se encontraban soldados croatas que eran prisioneros de guerra, afirmando que un ataque generalizado o sistemático contra la población civil no podría ser considerado un crimen contra humanidad si parte de las víctimas no eran civiles⁶¹. La Corte de Apelación es-

⁵⁷ *Bemba*. TC. Judgment. Par. 152. Respecto a la aplicación del artículo 50 del Protocolo Adicional I, la Corte establece que: *Article 50 of Additional Protocol I provides a definition of «civilian population», which the Chamber considers to be customary in nature and therefore relevant to the consideration of crimes against humanity. The Chamber endorses that definition; Katanga*. TC. Judgment. Par. 1102.

⁵⁸ *Katanga*. TC Judgment. Pars. 1105 y 1105; *Bemba*. TC Judgment. Par. 152.

⁵⁹ *Martic*. TPIY. AC Judgment. IT-95-11-A. 8 de octubre de 2008. Par. 306.

⁶⁰ WERLE, G. *Tratado...* ob. cit. p. 472.

⁶¹ *Prosecutor vs. Mrkšić*. TPIY. Judgment. IT-95-13/1. 27 de septiembre de 2007. par. 463.

timó el recurso, declarando que no se puede interpretar el carácter civil de la víctima como un elemento material del crimen contra la humanidad⁶². Por lo tanto, si bien el ataque ha de dirigirse contra la población civil, las víctimas de dicho ataque podrían no tener la consideración de civiles⁶³.

Respecto al número de individuos, no existe un criterio cuantitativo de víctimas para considerar perfeccionado un crimen contra la humanidad, aunque sí se infiere la voluntad del legislador de excluir actos aislados que no cuenten con la característica de sistematicidad o generalidad⁶⁴. No obstante, se ha de tener en cuenta que nos encontramos ante un delito contextual, que se compone de delitos subyacentes que adquieren la categoría de crimen internacional si están conectados con un contexto concreto –ataque generalizado o sistemático–. Ello permite que una persona que mate a otra, en el curso de un ataque en el que conscientemente éste forma parte, habría cometido un crimen contra la humanidad, aunque el autor haya matado a una sola persona.

Una vez analizado el concepto de población civil hay que dar un paso más, y plantearse si la interpretación expuesta sería aplicable también en tiempos de paz, donde de hecho la figura criminal encuentra una justificación político criminal más consistente, pues la protección de las personas por las leyes de la guerra no es de aplicación, al no existir un conflicto bélico.

Cassese recuerda que desde que desapareció la necesaria conexión del crimen contra la humanidad con un contexto bélico, las diferencias entre las víctimas han disminuido hasta, prácticamente desaparecer⁶⁵, pues recordemos que la figura del crimen contra la humanidad surge, en el Estatuto de Londres, condicionada a la conexión del delito con un crimen de guerra o un crimen contra la paz.

⁶² En el mismo sentido, *Martic*. AC Judgment. par. 307. Recuerda el Tribunal que There is nothing in the text s article 5 of the Statute, or previous authorities of the Appeals Chamber the requires that individual victims of crimes against humanity be civilians.

⁶³ *Mrkšić*. AC Judgment. 5 de mayo de 2009. par. 30-33; *Martić* Appeal Chamber, para. 307.

⁶⁴ La sentencia de la CPI de Katanga exige un número significativo de civiles objeto del ataque (par. 1105) «*that the civilians were targeted during the attack in sufficient number or in such a manner that the attack was effectively directed against the civilian population*».

⁶⁵ CASSESE, A. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2003, p. 90.

El objetivo que el tipo penal persigue es proteger a los grupos de población de determinados ataques, generalizados o sistemáticos, que por su gravedad sean vulneradores de los derechos humanos. El objetivo de protección, por lo tanto, debe ser cualquier persona. Extrapolando dicha conclusión a las situaciones donde no exista una situación bélica, cualquier persona deberá ser considerada como sujeto de protección, pues al no existir un conflicto armado, no deberían aplicarse las normas excluyentes de las definiciones del Derecho Internacional Humanitario que se han expuesto.

La pertenencia a un colectivo que vigila la seguridad de los ciudadanos o protege al Estado, junto con el hecho de portar un arma no son argumentos suficientes para excluir a dicho grupo de la protección del Derecho penal en este punto concreto. Si, por ejemplo, una organización llevara a cabo un plan para acabar con todos los integrantes de la policía local de un municipio y lo consiguiera, interpretar que dicho ataque no podría ser considerado como un delito de lesa humanidad por la posibilidad de las víctimas de defenderse, penalizaría un derecho y un deber: el de la legítima defensa.

En este ámbito, y en referencia a la cuestión de si el hecho de portar armas se podría considerar como un detonante para considerar a una persona no civil, la Comisión de Expertos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas concluyó que el crimen contra la humanidad se debería aplicar a los no combatientes, pero que este razonamiento no podría conducir a la conclusión de que quien porte un arma en un momento determinado se encuentra excluida, incluyendo en la consideración de personal protegido a un policía o guarda local⁶⁶.

En segundo lugar, si el personal militar debe quedar fuera del ámbito de protección de la norma, conviene plantearse el fundamento de dicha exclusión. Si la misma es la posibilidad que tiene el colectivo castrense de agruparse y defenderse se ha de tener en cuenta que, en tiempos de paz y en un Estado de Derecho, esta hipótesis es remota, aunque probable. Ello nos llevaría a concluir que sólo deberían quedar exentos de esta protección aquellos militares que estén «en el ejercicio de sus funciones», pero no de cualquier funciones –ya que estas pueden ser administrativas, estratégicas, jurídicas, médicas, etc.– sino de aquellas que le permita atacar al enemigo. Es decir, este ejercicio de sus funciones ha de interpretarse con la efec-

⁶⁶ *Preliminary Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*. UN Doc S/2527. 1.º de febrero de 1993. Par. 78.

tiva activación del militar en el marco de un conflicto armado donde serán aplicables las leyes y costumbres de la guerra.

Permítaseme incluir un ejemplo del planteamiento antecedente: si el ataque se lanza contra militares cuando los mismos se encuentran durmiendo en sus casas, sin estar activados y en tiempos de paz, no encuentro razón para que no sean considerado como un grupo digno de obtener protección penal. Distinto sería si el ataque se lanza contra un cuartel del ejército, en donde se encuentren activados y en una situación de conflicto armado, donde el ataque al enemigo se encuentra permitido de acuerdo a las leyes y los usos de la guerra.

El término civil ha de interpretarse de un modo restrictivo, especialmente cuando los crímenes sean cometidos en tiempos de paz, donde ningún sujeto debería quedar excluido del ámbito de protección de la norma. En mi opinión, el adjetivo civil no debería significar que la mayor posibilidad de defensa que pueda tener un policía o un miembro del ejército debiera ser penalizada con la exclusión del área de cobertura de dicha figura penal.

Ambos, en esta línea de interpretación, defiende que en tiempos de paz todas las personas deben ser objetos de protección de tipo penal del crimen contra la humanidad, incluyendo a militares o miembros de fuerzas de seguridad del Estado, ya que la exclusión de los mismos no puede surgir de las normas del Derecho Internacional Humanitario que no es aplicable en tiempos de paz⁶⁷.

Todo ello me lleva a concretar quién puede ser el sujeto pasivo del delito de lesa humanidad. El artículo 607 bis.1 C.P. exige que los hechos previstos en el apartado 2.º –homicidio, violaciones, esclavitud, torturas– se cometan como parte de un ataque *contra la población civil o una parte de ella*. De esta lectura se podría concluir que solo una parte determinada de la población –la civil– es la portadora del bien jurídico penal. Sin embargo, no debe olvidarse que el «ataque» se ha de interpretar como contexto o «curso de conducta» donde se llevan a cabo actos delictivos concretos, en donde «la población civil» representa el fin hacia el que debe orientarse el contexto (ataque), pero no representa restricción del sujeto pasivo, pues sin la ejecución de la segunda fase del *iter criminis*, (ejecución de un delito subyacente) no se podría considerar vulnerado ningún bien jurídico.

Junto a estos, ha de tenerse también en cuenta la redacción de las conductas delictivas que recoge el art. 607 bis.2 C.P. En ellas se

⁶⁷ AMBOS, K. *Internationales Strafrecht*. Munich: C. H. Beck. 2008. 2.ª ed., pp. 216-217.

señalan a la persona o personas como sujetos pasivos de la acción –por ejemplo, «causar la muerte de alguna persona»–. Partiendo de que la persona individual es el sujeto pasivo de la acción en todas las actuaciones delictivas contempladas en el art. 607 bis.2 C.P. habrá que plantearse si la misma es la portadora del bien jurídico. En el caso, por ejemplo, de que se cometa el delito de lesa humanidad con la causación de muerte de una persona, coinciden tanto el portador de los intereses que resultan lesionados –derecho a la vida– como el sujeto que ha recibido la acción. Esta coincidencia sucede con todas las acciones contempladas en el apartado 2.º –violaciones, deportaciones, esclavitud,...–, ya que los bienes jurídicos contemplados son de tipo personalísimo –vida, integridad física, libertad de movimiento...⁶⁸– lo que implica que su portador será la persona atacada, y no la población civil en su conjunto, pues sólo partiendo desde la defensa de un bien jurídico protegido de carácter supraindividual se podrá señalar a ésta como la portadora del mismo⁶⁹.

Desde este punto de vista –persona como sujeto pasivo del delito de lesa humanidad– se ha de precisar si esta debe tener alguna característica especial para poder ser considerada de tal modo. Considero que la víctima –sujeto pasivo– no tiene por qué tener ninguna característica especial, y ello tiene como consecuencia que los militares o las fuerzas de orden público puedan ser también sujetos pasivos del delito⁷⁰.

En el supuesto objeto de análisis (el Procedimiento Sumario 3/2015) se incluyen varios atentados de ETA durante el periodo investigado, y en varios de ellos las víctimas fueron militares, (atentado en Santoña contra el patronato militar que causó la muerte de un brigada del ejército), guardias civiles (atentado con coche bomba ante el cuartel de la Guardia Civil de Legutiano, bomba lapa a un vehículo en Calviá, o asesinato en Capbreton), y un inspector de la policía Nacional (bomba lapa e un vehículo en Arrigorriaga).

⁶⁸ SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson: Madrid. 2000, p. 77.

⁶⁹ WERLE, como consecuencia de su teoría del bien jurídico protegido colectivo-individual en el crimen contra la humanidad, intenta concordar dicha estructura con la determinación del sujeto pasivo al afirmar que el *Gesamttat* –hecho global– se dirige contra a población civil y el hecho individual contra los civiles. WERLE, G. *Tratado...* ob. cit. p. 358.

⁷⁰ En el mismo sentido, AMBOS, K. *Internationales...* op. cit. p. 217. En contra, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, al contrario, defiende que estos delitos únicamente pueden tener como víctimas a miembros de la población civil. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en Lamarca Pérez, C. (Coord.) *Delitos...* ob. cit. p. 883.

¿Deberían excluirse dichos asesinatos del proceso por no formar parte las víctimas de la población civil? La respuesta habrá de buscarse en la interpretación del término civil expuesto en las líneas precedentes.

En mi opinión, los asesinatos perpetrados con miembros del ejército y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no deberían ser excluidos por dos razones.

La primera, porque si se considera que el ataque –recordemos línea de conducta– de ETA se dirigía contra la población civil como objeto primario de ataque, el hecho de que en el marco del mismo se incluyan víctimas no civiles no invalida su consideración de delito de lesa humanidad, pues el foco ha de ponerse en el objeto del ataque, ya que parte de las víctimas sí pueden ser no civiles, como ha establecido la jurisprudencia de los TPIs ad hoc así como la CPI. Por lo tanto, resulta esencial investigar el origen del ataque organizado por la banda terrorista ETA, sus características y el objeto del mismo.

La segunda, se fundamenta en la interpretación precedente expuesta, la cual defiende, en consideración del ámbito de protección del tipo penal del crimen contra la humanidad, que en tiempos de paz no deberían existir limitaciones al mismo, pues no se identifican razones de política criminal alguna –más allá de la original redacción del artículo 6c del Estatuto de Londres y sus condicionantes históricos y políticos– que justifique la exclusión de una parte de la población de la protección penal frente a los crímenes más graves que puede cometer el ser humano.

Por lo tanto, de *lege ferenda* propongo eliminar el término «población civil» del artículo 607 bis C. P, pues puede resultar un obstáculo para perseguir conductas que podrían ser calificadas como delitos de lesa humanidad en tiempos de paz, y que por la mera pertenencia de las víctimas a las fuerzas armadas quedasen extramuros de la aplicación del tipo penal. Y por otro lado, en tiempo de guerra, dicha concreción del objeto del ataque no aporta nada al tipo penal, pues en dicho contexto se activa la aplicación del Derecho Internacional Humanitario que coloca al civil como el centro de protección en el conflicto.

4.º4. *Los motivos discriminatorios*

El crimen contra la humanidad no requiere, para su comisión, ningún elemento teleológico específico, por lo que el ataque no tiene por qué ser motivado por razones discriminatorias, salvo en el tipo

específico de crimen contra la humanidad de persecución⁷¹, regulado en el art. 7 h ER del modo siguiente:

Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos 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;

Ello implica que los actos de asesinato que se cometieran en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigidos por un Estado o una organización podrían ser considerados como crímenes contra la humanidad de asesinato, sin que sea necesario exigir un elemento subjetivo específico en el ánimo del autor.

No obstante, el legislador español optó por reformular el delito de lesa humanidad de un modo confuso que puede llevar a interpretar, erróneamente, que el motivo discriminatorio es un elemento del tipo del artículo 607.bis C.P. Todo ello se origina por una deficiente técnica legislativa que utiliza la fatídica expresión «en todo caso» incrustada en la definición de los elementos generales del tipo, y que provoca la consecuente confusión a la hora de interpretar el delito de lesa humanidad.

Confusión que se materializa en el citado auto de 8 de abril de 2016, al afirmar la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN que,

La muerte de un individuo (asesinato) en el contexto de un delito de lesa humanidad hace referencia a que la víctima forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por motivos discriminatorios, que constituya conductas tipificadas entre otros en el artículo 3 a) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Es posible que el error de interpretación surja porque la AN ha acudido –consciente o inconscientemente– a una tipificación del crimen contra la humanidad que, en su descripción típica, sí exige unos motivos discriminatorios. Dicha inclusión fue motivada, en parte, porque el TPIR se creó para juzgar un conflicto interétnico y el

⁷¹ Un estudio sobre el mismo se puede encontrar en, LIÑÁN LAFUENTE, A. «La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad-hoc*». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED. Vol. 1 (de la 3.^a Época). 2009; LIÑÁN LAFUENTE, A. «La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 10. 2008.

Consejo de Seguridad optó por incluir los motivos discriminatorios en el artículo 3 de su Estatuto. Con posterioridad, la jurisprudencia del propio tribunal se encargó de interpretar dicha inclusión como un elemento jurisdiccional de propio tribunal, pero no como un elemento del tipo⁷².

La Sentencia de la AN de 19 de abril de 2005 (Caso Scilingo) interpreta correctamente este aspecto problemático, y con completas citas jurisprudenciales de los TPIs *ad hoc*, recuerda que en el crimen contra la humanidad *los motivos del sujeto resultan irrelevantes* y que *la intención discriminatoria sólo es necesaria para el delito de persecución*⁷³.

El artículo 607. bis C.P. establece que,

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,

1.º 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.

2.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.

El modo de reinterpretar el crimen de persecución en el Código Penal español merece una atención especial para intentar desentrañar el significado de la norma. En una primera lectura se podría in-

⁷² La Sala de Apelaciones del caso *Akayesu* confirmó que, salvo en el caso de persecución, la intención discriminatoria no era requerida en la Ley Internacional Humanitaria como elemento del tipo del crimen contra la humanidad. Sin embargo, el Consejo de Seguridad, a la luz de los sucesos acaecidos en Ruanda, había decidido limitar la jurisdicción del tribunal sobre los crímenes contra la humanidad únicamente a los casos que se hubieran cometido por razones discriminatorias. Por lo tanto, este elemento extraño en la parte general de la figura criminal, se debería interpretar como una mera limitación de la jurisdicción del tribunal, pero no como un elemento del tipo penal. Véase *Akayesu*. TPIR. AC. Judgement. ICTR-96-4-A. 1 de junio de 2001, par. 465; En el mismo sentido, *Prosecutor v. Kajelijeli*. TPIR. TC. Judgment. ICTR-98-44A-T. 1 de diciembre de 2003. par. 877.

⁷³ SAN de 19 de abril de 2005. Sección Tercera. Sala de lo Penal [LA LEY 1309/2005], p. 42.

terpretar que se han intentado encajar los motivos discriminatorios como un contexto que podría producirse, y que convertiría la acción típica en un delito de lesa humanidad, siendo la motivación discriminatoria el resorte que transforma al acto ilícito de los contemplados en el artículo 607 bis.2 C.P. en un delito de lesa humanidad.

La duda que asalta al leer «en todo caso» en el artículo 607.1. C.P. es si lo que se pretende es que al contexto general –ataque generalizado o sistemático contra la población civil– se le deba sumar la persecución por motivos discriminatorios, incluyendo este elemento como una circunstancia consustancial del ataque, o no.

Si se analizan los términos utilizados, se puede comprobar que el párrafo primero se refiere a los delitos subyacentes como «hechos» –*Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente*– y que el párrafo introductorio de los dos siguientes contextos, se refiere igualmente a «hechos» no a un ataque –*En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:...*– La asimilación de «los hechos» con los «delitos subyacentes» podría llevar a la conclusión de que la intención del legislador es castigar la comisión de esos «hechos» como delitos de lesa humanidad, aunque no se llevasen a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático, si se cometen en el marco de alguno de los otros dos contextos alternativos –persecuciones discriminatorias o en un régimen de dominación racial–.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de enero de 2007 (caso Scilingo), acoge esta interpretación de contextos alternativos de los delitos de lesa humanidad, afirmando que:

Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional o bien, se cometan 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.

Esta interpretación del artículo 607.1 bis C.P., que deriva de un análisis de la dicción literal del precepto, plantea determinadas cuestiones controvertidas, ya que el –ataque generalizado o sistemático

contra la población civil– se convertiría, de esta forma, en uno de los contextos que convierten a los delitos comunes en crímenes contra la humanidad, lo que conllevaría importantes problemas prácticos a la hora de aplicar el tipo penal.

Otro contexto sería la persecución de un grupo por motivos discriminatorios, sin que el ataque generalizado o sistemático fuese exigible, transformando un elemento subjetivo del tipo –motivos discriminatorios– en el resorte que transforma la naturaleza delictiva, por ejemplo, de unas lesiones a un delito de lesa humanidad. Esta interpretación no sería acorde con la naturaleza histórica y la comprensión actual del crimen contra la humanidad, y supondría la banalización del delito de lesa humanidad, que no sería, ni más ni menos, que la comisión de un delito junto con la agravante de discriminación del artículo 22.4 C.P.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que, prácticamente, cualquier tipo de razón discriminatoria podría ser considerada apta para entender consumado este segundo contexto, ya que como cláusula de cierre se incluyen «u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional». Esto plantea la incógnita de si determinados delitos subyacentes llevados a cabo contra las fuerzas de orden público –la Guardia Civil, por ejemplo– podrían considerarse como delitos de lesa humanidad, basando el motivo discriminatorio en el tipo de trabajo de las personas atacadas. Si ello fuese así, el ataque ya no estaría limitado a dirigirse directamente contra la población civil, sino que incluiría a cualquier grupo atacado por motivos discriminatorios, transmutándose una vez más la figura de crimen contra la humanidad en función de la interpretación que se haga del mismo.

El tercer contexto se concretaría en cometer los delitos subyacentes en un contexto que exige el establecimiento de un régimen (gubernamental, se entiende) institucionalizado de opresión y dominación de un grupo racial sobre otro, con la intención de perpetuar ese tipo de regímenes (*apartheid*).

Sentadas las bases de la interpretación, existen dos posibles interpretaciones de los contextos, de un modo acumulativo o alternativo.

Parte de la doctrina considera que ha de concurrir el primer contexto –ataque generalizado o sistemático contra la población civil– junto con el segundo –motivos discriminatorios– o junto con el tercero –régimen de *apartheid*– para que se perfeccione el delito de lesa humanidad. Así, no sería suficiente un asesinato cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático si este no persigue

un motivo discriminatorio o no se ha cometido en un régimen de dominación racial⁷⁴.

No comparto esta interpretación, ya que ello supondría incluir como elemento del tipo una motivación discriminatoria del ataque, lo que llevaría a la conclusión de que un ataque contra la población civil que no cumpliera este requisito, no podría ser considerado un delito de lesa humanidad, apartándose de la jurisprudencia consolidada de los TPIs ad-hoc y de la CPI que insiste en que la motivación del autor del crimen contra la humanidad no afecta a la calificación del mismo (salvo en los tipos específicos de crimen de persecución). Interpretar el vocablo «en todo caso» (concepto equívoco que debería ser desterrado del Código Penal) como un sinónimo de «siempre que sea cometido» en vez de por un «también serán considerados» representa una valoración errónea del tipo penal alejada de concepto dominante de crimen contra la humanidad en el Derecho penal internacional.

Otra posibilidad de interpretación del párrafo primero del art. 607 bis.1 C.P. es hacerlo desde un punto de vista disyuntivo donde existirían tres posibles contextos en los que las conductas específicas adquirirían la condición de lesa humanidad:

- Primer contexto: ataque generalizado o sistemático contra la población civil.
- Segundo contexto: comisión de los delitos subyacentes contra la víctima por razón de su pertenencia a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional.
- Tercer contexto: 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.

Parte de la doctrina defendía esta interpretación con anterioridad a la STS de 10 de enero de 2007, afirmando que los actos descritos en el apartado segundo del mismo artículo (homicidio, lesiones, etc.) se considerarán como delitos de lesa humanidad si se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático

⁷⁴ CONDE PUMPIDO, C. (Dir.) *Código Penal comentado*. Barcelona: Bosch. 2.^a ed. 2004, p. 1655; QUESADA ALCALÁ, C. «Corte Penal Internacional y Derecho Interno: El impacto del Estatuto de Roma en la legislación española». *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 86. 2005, pp. 363-417. esp. p. 382; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, en Lamarca Pérez, C. (coord.). *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Colex. 2.^a ed. 2013, p. 883.

contra la población civil o contra una parte de ella, o si se llevan a cabo por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos (...) o si se realizan en el contexto de un régimen institucionalizado.... De este modo entienden que los actos delictivos podrían perfeccionar el tipo de lesa humanidad cuando se llevaran a cabo en alguno de los contextos contemplados en el art. 607 bis.1 C.P.⁷⁵

Esta interpretación es también la acogida por el Auto de 9 de julio de 2015 del Juzgado Central de Instrucción n.º 3, que admite a trámite la querrela, y que al diferenciar los contextos de un modo alternativo utilizando, como hace el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 10 de enero de 2007 el adverbio «o bien»⁷⁶.

En mi opinión, esta concepción disyuntiva de los distintos contextos se ha de completar con la exigencia que tanto en el primer contexto –motivos discriminatorios– como en el segundo –régimen de *apartheid*– se encuentre implícito el ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Esta parece ser la intención del legislador pues responde a la explicación que se ofrece de esta reinterpretación del tipo general por el Grupo de Estudios de Política Criminal, aclarando que su propuesta se debe a que se trata de dos supuestos complejos, caracterizados por la realización de cualquiera de los comportamientos típicos (muerte, violación, torturas,...) dentro de un contexto específico que viene a concretar la idea genérica de «ataque contra una población civil»⁷⁷. Siguiendo esta línea interpretativa, LANDA GOROSTIZA considera que los casos de *apartheid* y persecuciones se tratan de dos concreciones del contexto «ataque» aludido, en el que se deben verificar los hechos «acompañantes». Así entendido, estas situaciones específicas no deberían considerarse como *numerus clausus*, sino como dos ejemplos que *ex legem* equivalen al contexto de «ataque generalizado o sistemático» contra una población civil⁷⁸.

⁷⁵ VIVES ANTÓN, T./ CARBONELL MATEU, J. C., en VIVES ANTÓN, *et al. Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch: Valencia. 2004, p. 1072.

⁷⁶ DD. PP. 89/2013. Auto de 9 de julio de 2015. Juzgado Central de Instrucción n.º 3, p. 8.

⁷⁷ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta de justicia penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, p. 38.

⁷⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M. *El nuevo crimen de lesa humanidad: una primera aproximación*. Revista Penal. 2004, p. 75. En sentido similar, GARCÍA SÁNCHEZ, B. «Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva del código penal de 1995», en Cuerda Riezu, A. (coord.) *La respuesta del derecho penal ante los nuevos*

En esa misma línea, GIL considera que los dos contextos –persecuciones y *apartheid*– han de ser interpretados como dos concreciones del contexto típico que no integran un listado cerrado de situaciones, sino que han de entenderse como dos ejemplos que equivalen al contexto de ataque generalizado o sistemático, pero que no excluyen otras posibles situaciones que integren este ataque⁷⁹.

Considero que esta es la única interpretación del artículo 607.1 C.P. que se adecúa a la configuración típica del crimen contra la humanidad. En este sentido se debería comprobar siempre la existencia del contexto –ataque generalizado o sistemático– ante la posibilidad de considerar las conductas como delitos de lesa humanidad⁸⁰. Una vez comprobado este contexto, si además se hubieran llevado a cabo por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo perseguido por determinados motivos o en un régimen institucionalizado de dominación racial –en este caso la prueba del contexto determinaría la aparición de la conducta típica– podrían denominarse dichas conductas como persecuciones o *apartheid*. No obstante, esta manera de entender el art. 607.1 bis. C.P. –y que resulta la única coherente con la interpretación del tipo penal por el ER, los TPIs ad-hoc y la CPI– lleva a una conclusión que resta una justificación práctica a este tipo de redacción.

Al hacer esta lectura de la letra del art. 607 bis.1 C.P. se puede colegir que «en todo caso» cuando un acto contemplado en el art. 607 bis.2 C.P. se cometa por motivos discriminatorios en razón de la pertenencia de la víctima a un grupo y como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil se considerará perfeccionado el delito de lesa humanidad, pero asimismo, y en todo caso también, cuando el mismo hecho se hubiere cometido faltando la motivación discriminatoria también se considerará perfeccionado el delito. Es decir, que la perfección del tipo penal no dependerá del contexto específico sino del general, exigido para todas las conductas.

retos. Madrid: Dykinson. 2006, p. 55; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *et al.* *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson. 2.ª ed. 2015, p. 909.

⁷⁹ GIL, A. en Gómez Tomillo/Javato Martín, A. (Dir). *Comentarios... op. cit.* pp. 770-771. Advierte esta autora, poniendo el acertado ejemplo del crimen contra la humanidad de persecución, que, *Esta discrepancia con la legislación y la jurisprudencia internacional hará que conductas que para el Derecho internacional son constitutivas de crímenes contra la humanidad no puedan sin embargo ser calificadas como tales conforme a la legislación interna.*

⁸⁰ En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J.P. en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte especial*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi. 5.ª ed. 2008, p. 1214.

En este punto conviene plantearse la siguiente cuestión, ¿qué aporta a la calificación de una conducta considerarla como delito de lesa humanidad bajo los puntos 1.º y 2.º del art. 607 bis.1 C.P. Es decir, si los contextos específicos no recogen un mayor reproche penal porque los hechos sean cometidos por razones discriminatorias, ni una específica medida de reeducación o compensación dónde se encuentre su fundamento político criminal, pues, a efectos penales, será exactamente igual que a un sujeto se le condene por un delito de lesa humanidad según el contexto general o el específico, ¿qué fundamento político criminal puede atribuírsele? Personalmente, no encuentro ninguno que avale la transmutación del tipo penal, como se ha llevado a cabo en el Código Penal.

El legislador español, al utilizar la técnica de enumerar dos contextos concretos donde se ha de entender que, si se dan esas circunstancias, en todo caso se considerarán los actos cometidos en estos contextos como delitos de lesa humanidad, ha inclinado la balanza, como advierte LANDA GOROSTIZA, hacia dos situaciones específicas desplazando el núcleo de este tipo penal hacia la manifestación de dos casos concretos. Privilegiar estos dos contextos como situaciones indubitables de ataque, además de ser erróneo, se aparta de la concepción que se ha establecido a nivel internacional del tipo penal⁸¹.

Y este desplazamiento del centro de gravedad del objeto de protección y del bien jurídico del delito de lesa humanidad, que ya fue advertido por la citada doctrina que podría suceder, se traduce en la aplicación práctica del delito de lesa humanidad en el citado auto de procesamiento de 27 de octubre de 2015, pues concluye en Instructor que:

En definitiva, el tipo penal contempla dos supuestos en los que la comisión de los hechos de muerte, violación, lesiones, deportación como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, serían considerados en todo caso delito de lesa humanidad: la comisión en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre otro, o bien que el hecho se cometa por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por razones políticas, religiosas, étnicas, siendo relevante que sea precisamente esa pertenencia lo que motiva, guía e inspira la actuación de los autores.

En el caso de autos, la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una «violencia de persecución», lo que supone un ataque generalizado o sistemático contra una parte de la población civil que responde a la estrategia diseñada por la banda para neutralizar a

⁸¹ LANDA GOROSTIZA, J.M. *El Nuevo... op. cit.* p. 75.

quienes aparecen como un obstáculo para la consecución de sus objetivos políticos, y a partir de la ejecución de dicha estrategia se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos.

5.º Conclusiones

La investigación que se ha iniciado en la Audiencia Nacional contra la cúpula de la banda terrorista ETA se ha de limitar, por imperativo del principio de legalidad a los hechos cometidos con posterioridad al 1 de octubre de 2004, fecha en la que entró en vigor el Código Penal en donde se tipificó, por primera vez, la figura de delito de lesa humanidad. Este conflicto ya se planteó en el caso *Scilingo*, y si bien la Audiencia nacional optó por la aplicación directa de las normas de *ius cogens* en el ámbito de Derecho penal internacional, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de octubre de 2007 limitó la aplicación del artículo 607 bis C.P. a las conductas cometidas tras la tipificación del delito de lesa humanidad en el Código Penal español.

La Audiencia Nacional deberá determinar varias cuestiones esenciales en el sumario iniciado, a la luz de la interpretación de los elementos típicos del crimen contra la humanidad que se han expuesto en el cuerpo de este artículo.

La primera es si la cúpula de la banda terrorista ETA lanzó un ataque generalizado o sistemático durante el periodo investigado (aunque este no deja de ser una prolongación de la actividad delictiva continuada de ETA).

La segunda habrá de resolver si ETA contaba (y cuenta) con los elementos estructurales, los medios, la organización y la capacidad para poder ser considerada una organización típica, a los efectos de ser idónea para iniciar un ataque generalizado o sistemático de acuerdo con la configuración dogmática del tipo penal.

La tercera, sería si las víctimas de ETA que pertenecían al ejército o a la policía deben ser incluidas en la investigación y consideradas como objeto de protección del delito de lesa humanidad.

Estas cuestiones han sido expuestas durante el desarrollo del artículo, y al planteamiento y a la toma de posición respecto de las mismas, me remito.

Todo ello sin olvidar el problema procesal que puede plantearse, y de hecho estoy seguro se planteará si la instrucción continua, respecto de la cosa juzgada, pues todos los investigados han sido juzga-

dos y condenados por pertenencia a banda armada y por la comisión de algún acto terrorista. La esencia de la cuestión entonces gravitará sobre si se puede castigar a estas personas por la comisión de actos terroristas, así como por la dirección de una banda armada (pertenencia a organización criminal) y al mismo tiempo por la comisión de delitos de lesa humanidad (en autoría directa o mediata) sin vulnerar el principio *non bis in idem*. Ello se plantea como un problema de calificación jurídica, y de determinación de si nos encontramos ante un concurso de normas (y en ese caso cuál se impondría) o ante un concurso de delitos. Pero ello excede del objeto del presente análisis, y por su extensión y complejidad deberá ser objeto de un estudio aparte más pormenorizado.