

Los crímenes terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal español: el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022

ETA terrorist crimes as crimes against humanity in Spanish criminal law: Mission report of the Petitions Committee of the European Parliament, 22 April 2022

ALBERTO BAIXAULI FERNÁNDEZ

Abogado y Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Valencia (España)

alberto.baixaulli@uv.es

 <https://orcid.org/0009-0005-1001-8751>

Resumen: El informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022 ha puesto de relieve que en un porcentaje significativo de los asesinatos cometidos por la banda terrorista ETA no existe sentencia judicial para todos los autores físicos de los delitos. Según dicho informe diversas circunstancias han obstaculizado gravemente los esfuerzos en la investigación de tales delitos, por lo que se aboga –entre otras recomendaciones– por la posible configuración de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, incluso con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del Código Penal. Dicha opción saca a la luz cuestiones complejas como la posible aplicación en el Derecho Penal español del principio de legalidad penal conforme al Derecho Internacional, el análisis de los elementos del tipo del delito de lesa humanidad contenido en el art. 607 bis en relación con el delito de crímenes de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de Roma, o las diferencias existentes entre los delitos de terrorismo y los de lesa humanidad y los problemas concursales que pueden generarse.

Recepción: 10/09/2024

Aceptación: 01/11/2024

Cómo citar este trabajo: BAIXAULI FERNÁNDEZ, Alberto, “Los crímenes terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal español: el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 161-216 DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.06>

Abstract: *The mission report of the European Parliament's Committee on Petitions of 22 April 2022 has highlighted that in a significant percentage of the murders committed by the terrorist group ETA there is no judicial sentence for all the physical perpetrators of the crimes. According to this report, various circumstances have seriously hindered efforts to investigate such crimes, which is why it advocates –among other recommendations– the possible configuration of terrorist crimes as crimes against humanity, even before the date of entry into force of Organic Law 15/2003 of 25 November on the reform of the Criminal Code. This option brings to light complex questions such as the possible application in Spanish Criminal Law of the principle of criminal legality in accordance with International Law, the analysis of the elements of the type of crime against humanity contained in Article 607 bis in relation to the crime of crimes against humanity in Article 7 of the Rome Statute, or the existing differences between crimes of terrorism and crimes against humanity and the problems of jurisdiction that can arise.*

Palabras clave: derecho internacional penal, delitos de lesa humanidad, delitos de terrorismo, principio de legalidad, irretroactividad penal.

Keywords: *international criminal law, crimes against humanity, terrorist crimes, principle of legality, penal non-retroactivity.*

Sumario: 1. EL INFORME DE MISIÓN DEL COMITÉ DE PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 22 DE ABRIL DE 2022: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. 2. EL TERRORISMO COMO DELITO CONTRA LA HUMANIDAD. 2.1. Los delitos de terrorismo en el ámbito internacional. 2.2. La evolución de los delitos contra la humanidad: el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 2.3. Los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad. 3. LOS DELITOS COMETIDOS POR ETA CON ANTERIORIDAD AL 1 DE OCTUBRE DEL AÑO 2004: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4. LOS DELITOS DE TERRORISMO COMETIDOS POR ETA COMO DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ART. 607 BIS CP. 4.1. El bien jurídico protegido. 4.2. El tipo objetivo: la conducta punible. 4.2.1. El elemento contextual. 4.2.2. Las acciones. 4.3. El tipo subjetivo. 4.4. Los sujetos activos y pasivo del delito. 5. DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES. 5.1. Diferencias entre los delitos de terrorismo y de lesa humanidad. 5.2. Problemas concursales. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL INFORME DE MISIÓN DEL COMITÉ DE PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 22 DE ABRIL DE 2022: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El 21 de abril de 2022, la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (PETI) aprobó el Informe de Misión derivado de la visita de información efectuada del 3 al 5 de noviembre de 2021 por una comitiva de miembros del Parlamento Europeo a España, en relación con los 379 asesinatos cometidos por la organización terrorista Euskadi Ta Askatasuna (en adelante, ETA) que siguen hoy sin resolver en España.

El objetivo de la misión consistió, por tanto, en obtener información de las autoridades españolas competentes en la lucha contra el terrorismo, de los peticionarios y las víctimas del terrorismo sobre la situación en la que se encontraban los citados 379 casos de asesinato sin esclarecer cometidos por ETA¹.

El Informe de misión, resultado de la petición ante la referida Comisión de Peticiones interpuesta por la Asociación Dignidad y Justicia, fue aprobado el día 21/04/2022 y en el mismo se contienen 15 recomendaciones de actuación en el ámbito nacional a las autoridades españolas, 14 recomendaciones de actuación a las instituciones europeas en el marco de las Directivas, y tres recomendaciones en el ámbito internacional.

Entre las Conclusiones que se desprenden de las actuaciones llevadas a cabo por la misión se destacan, entre otras:

- La constatación de que en un porcentaje significativo (aproximadamente el 44 % de los asesinatos de ETA) no existe sentencia judicial para todos los autores físicos de los delitos, lo que provoca una falta de justicia con respecto a las familias de las víctimas. Sin embargo, se ha afirmado que la mayoría de los asesinatos no resueltos (70 %) se cometieron durante los llamados «años de plomo» de 1978 a 1987, el período en el que ETA fue más activa y llevó a cabo el mayor número de atentados.
- Que ETA desarrolló campañas específicas de ataques dirigidas contra las fuerzas de seguridad del Estado, por un lado, y contra sectores de la sociedad acusados de colaborar con los cuerpos policiales, por otro, de manera aleatoria, para sembrar el terror, el silencio y la autocensura en la mayoría de la población y para dificultar e impedir el trabajo de investigación. Todo ello se tradujo en que un porcentaje significativo de casos de asesinatos no pudieran ser resueltos.
- Asimismo, se ha observado que el extraordinario nivel de violencia y la magnitud desplegados por ETA no es comparable con otros grupos terroristas en

¹ Dicha misión de información se produjo a raíz de la petición número 1525/2021, presentada ante el Parlamento Europeo por la Asociación Dignidad y Justicia, cuyo fin es la protección y defensa de los derechos e intereses de las víctimas del terrorismo. En ella se denunciaba la inactividad o dejadez por parte de las autoridades españolas para investigar casi la mitad (el 44 %) de los asesinatos cometidos por la organización terrorista ETA en sus más de cincuenta años de sangrienta historia.

España. Este nivel de violencia extrema ha obstaculizado gravemente, por sí mismo, los esfuerzos del Estado español en la investigación en general, por lo que la respuesta jurídica a los delitos debe situarse también a nivel de Derecho penal internacional, y no solo en el nacional.

Por ello entre las Recomendaciones del informe se encuentran la de “Pedir la continuación de un procedimiento de investigación actualizado, detallado y exhaustivo para los casos no resueltos, desde la Fiscalía y con la participación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin entrar a valorar con carácter previo la posible prescripción legal de la causa, con el fin de responder a las familias que siguen esperando justicia. Esta consideración debería hacerse al final de la investigación, de cuyo resultado debería informarse a las víctimas que así lo soliciten” (4), y la de “Sugerir a las instituciones competentes que agoten las posibilidades interpretativas del Derecho penal, incluido el posible reconocimiento de los crímenes terroristas de ETA como crímenes contra la humanidad, incluso antes de 2004, por lo que se considera que no están sujetos a prescripción ni amnistía. Recordar que ya se han presentado varias iniciativas de modificación del Código Penal para que el principio de legalidad se interprete de acuerdo con el Derecho internacional” (8).

Estas recomendaciones ponen sobre el tapete dos aspectos que ya han sido, con anterioridad, objeto de discusión en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, como son: la interpretación del principio de legalidad penal conforme al Derecho Internacional, cuestión que ya abordamos en otro trabajo anterior², y la posible configuración de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, incluso con anterioridad al año 2004, fecha en la que entró en vigor la reforma del Código Penal (en adelante, CP), aprobada mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo los delitos de lesa humanidad en el derecho penal español (art. 607 bis CP) y estableciendo su imprescriptibilidad.

2. EL TERRORISMO COMO DELITO CONTRA LA HUMANIDAD

2.1. Los delitos de terrorismo en el ámbito internacional

Además del terrorismo interno, al cual nos referimos cuando los actos de terror se lleven a cabo íntegramente en el territorio de un Estado³ y los objetivos sean nacionales de dicho Estado, es decir, cuando el hecho punible no afecte a

² Ver BAIXAULI FERNÁNDEZ, A. “Los tratados internacionales y la costumbre como fuentes del Derecho Penal español: la controvertida aplicación del principio de legalidad internacional a los delitos de lesa humanidad”, en Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS): cuestiones geopolíticas y consideraciones jurídicas (coord. Mertens De Wilmars, F., y De Paredes Gallardo, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 249-270.

³ OLASOLO ALONSO, H., y PÉREZ CEPEDA, A.I., “Terrorismo internacional y conflicto armado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 30.

nacionales o intereses de otro Estado, ni se haya cometido, en todo o en parte, el delito en otro Estado, existe el terrorismo transnacional que –*stricto sensu*– es aquél que de una u otra manera atraviesa fronteras estatales, básicamente porque quienes lo ejecutan mantienen estructuras organizativas o desarrollan actividades violentas en más de un país, incluyéndose por lo común territorios sobre los que no tienen jurisdicción alguna las autoridades a las que se dirigen en última instancia sus demandas. Los comportamientos punibles afectan a más de un país y nacionales de distintos Estados. Por otro lado, el terrorismo internacional, el cual deriva del transnacional, es aquél que se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución de poderes de una región de la comunidad internacional, cuyos actores, bien individuales o colectivos, han extendido sus actividades por un número amplio de Estados o áreas geopolíticas, en consonancia con sus propósitos criminales⁴.

En cualquier caso, tanto en el terrorismo transnacional *stricto sensu* como en el internacional, los injustos lesionan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional, al igual que podría ocurrir con el terrorismo interno si éste alcanza un umbral concreto, a causa de las víctimas causadas o medios de terror empleados⁵.

Aunque existe el convencimiento internacional sobre la necesidad de avanzar en la lucha contra el terrorismo de forma firme y consensuada, la historia de los esfuerzos internacionales para combatir el terrorismo se caracteriza por el fracaso en adoptar un tratado internacional de ámbito universal y carácter global sobre este tema. Fracaso que, a su vez, se explica principalmente por la dificultad en alcanzar un acuerdo sobre una definición técnica del terrorismo debido a la falta de apoyo de diversos países en relación sobre el contenido del concepto “Terrorismo”⁶. En el caso de la Organización de Naciones Unidas (ONU), aunque no ha sido posible aprobar por parte de su Asamblea General una definición de dicho término, si podemos citar que se entenderán por “actos de terrorismo” los actos cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo⁷.

4 REINARES NESTARES, F., “Conceptualizando el terrorismo internacional”, ARI núm. 79/2005, en Real Instituto Elcano, 2005, pág. 2 (<https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/conceptualizando-el-terrorismo-internacional-ari/>, consulta 31/07/2024).

5 MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “El principio de justicia universal y los crímenes de guerra”, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2015, págs. 239 y 240.

6 ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., “El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad”, *Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 26, nº 54, 2008, pág. 17

7 Resolución del Consejo de Seguridad 1566 (2004) de 8 de octubre de 2004, párrafo 3.

Ante la inexistencia de un consenso internacional sobre el concepto de terrorismo⁸, desde 1970 se ha seguido un enfoque consistente en adoptar tratados internacionales de ámbito universal, especializados en combatir manifestaciones puntuales del fenómeno terrorista⁹; o tratados internacionales de carácter global en combatir el terrorismo, aunque de ámbito regional¹⁰; así como en la adopción de un amplio abanico de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra el terrorismo¹¹,

8 Sobre el concepto penal del terrorismo puede verse: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 3, 2008, págs. 34-58; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., “La nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Agencia Estatal Boletín del Estado*, Madrid, 2020, págs. 27 a 85; o PENA GONZÁLEZ, W., “El concepto de terrorismo”, *Ratio Legis*, Salamanca, 2019.

9 Son los siguientes: el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14-IX-1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya, el 16-XII-1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23-IX-1971; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada mediante la Resolución 3166 (XXVIII), de 14-XII-1973, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; la Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada mediante la Resolución 34/146, de 17-XII-1979, de la Asamblea General; la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3-III-1980; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación internacional, firmado en Montreal el 24-II-1988; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-III-1988); el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 10-III-1988); el Convenio sobre la marcación de los explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1-III-1991); el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado mediante la Resolución 52/64 de 15-XII-1997, de la Asamblea General; el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado mediante la Resolución 54/109 de 9-XII-1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, aprobado mediante la Resolución 59/290, de 13-IV-2005, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

10 Son los siguientes: la Convención de la Organización de Estados Americanos para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (Washington, D. C., 2-II-1971); el Convenio europeo (Consejo de Europa) para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 27-II-1977); la Convención regional de la Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional sobre la supresión del terrorismo (Katmandú, 4-XI-1987); la Convención de la Liga de Estados Árabes sobre la supresión del terrorismo (El Cairo, 22-IV-1998); el Tratado de cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes para combatir el terrorismo (Minsk, 4-VI-1999); la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica para combatir el terrorismo internacional (Ouagadougou, 1-VII-1999); la Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre la prevención y el combate del terrorismo (Argel, 14-VII-1999); y en la Unión Europea, la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13-VI-2002, sobre la lucha contra el terrorismo, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI, y la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo que sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI.

11 A título meramente enunciativo: Resolución 3034 (XXVII), de 18-XII-1972; Resolución 31/102, de 15-XII-1976; Resolución 32/147, de 16-XII-1977; Resolución 34/145, de 17-XII-1979; Resolución 36/109, de 10-XII-1981; Resolución 38/130, de 19-XII-1983; Resolución 39/159, de 17-XII-1984; Resolución 40/61, de 9-XII-1985; Resolución 44/29, de 4-XII-1989; Resolución 42/159, de 7-XII-1987; Resolución 46/51, de 27-I-1992; Resolución 49/60, de 9-XII-1994 y Resolución 60/288, de 8-IX-2008.

complementadas más recientemente con la acción del Consejo de Seguridad^{12 13}.

Además, se ha producido un importante desarrollo de la legislación de los Estados en materia antiterrorista (basta en este sentido examinar los informes presentados por los Estados ante el Comité contra el terrorismo), y se ha generado una serie de declaraciones unilaterales de representantes de Estados y de Organizaciones internacionales relativas a la calificación del terrorismo como crimen internacional y violación de los derechos humanos¹⁴.

2.2. La evolución de los delitos contra la humanidad: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Como es bien sabido, ciertas acciones humanas crean un peligro para la convivencia de una determinada sociedad, y un concreto derecho estatal las califica como delictivas y las castiga bajo una específica sanción. Cada Estado establece autónomamente el conjunto de hechos que integran el presupuesto de sus normas penales atendiendo a los intereses mayores que desea tutelar. Pero existe otro tipo de conductas generadas por los seres humanos que tienen tal capacidad lesiva, que sus consecuencias no sólo

12 Sólo a partir de 1990 comenzaron a florecer las medidas obligatorias adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Tales medidas han ido incluyendo progresivamente medidas de lucha contra el terrorismo, de muy diversa naturaleza, a veces incluyendo el uso de la fuerza armada. Entre otras muchas, pueden citarse las resoluciones del Consejo de Seguridad: 1214 (1998) el 8-XII-1998; 1267 (1999) el 15-X-1999; 1160 (1998) el 31-III-1998; 1367 (2001) el 10-IX-2001; 808 (1993), de 22-II-1993; 827 (1993), de 25-V-1993; 955 (1994), de 8-XI-1994; 748 (1992) el 31-III-1992; 883 (1993) el 11-X-1993; 1189 (1998), de 13-VIII-1998; 1192 (1998), de 27-VIII-1998; 1267 (1999), de 15-X-1999; 1269 (1999), de 19-X-1999; 1333 (2000), de 19-XII-2000; 1363 (2001), de 30-VII-2001; 1368 (2001), de 12-IX-2001; 1373 (2001), de 28-IX-2001; 1377 (2001), de 12-XI-2001; 1390 (2002), de 16-I-2002; 1438 (2002), de 14-X-2002; 1440 (2002), de 24-X-2002; 1450 (2002), de 13-XII-2002; 1452 (2002), de 20-XII-2002; 1455 (2003), de 17-I-2003; 1456 (2003), de 20-I-2003; 1465 (2003), de 13-II-2003; 1502 (2003), de 26-VIII-2003; 1516 (2003), de 20-XI-2003; 1526 (2004), de 30-I-2004; 1530 (2004), de 11-III-2004; 1535 (2004), de 26-III-2004; 1540 (2004), de 28-IV-2004; 1566 (2004), de 8-X-2004; 1611 (2005), de 7-VII-2005; 1617 (2005), de 29-VII-2005; 1618 (2005), de 4-VIII-2005; 1624 (2005), de 14-IX-2005; 1699 (2006), de 8-VIII-2006; 1730 (2006), de 19-XII-2006; 1735 (2006), de 22-XII-2006; 1787 (2007), de 10-XII-2007; y 1805 (2008), de 20-III-2008.

13 BOU FRANCH V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., “La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)”, Minim Agencia ediciones, Valencia, 2009, págs. 19 y ss

14 JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, nº 6, 2006 págs. 317 y 318. Sobre la creación de una jurisdicción internacional competente en materia de terrorismo puede leerse: SÁNCHEZ FRIAS, A., “La propuesta de un tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos”, Revista de Derecho Político, UNED, nº 103, septiembre-diciembre 2018, págs. 407-438.

ponen en peligro la estructura social de un Estado, sino que afectan a toda la Humanidad¹⁵.

El desarrollo de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad a nivel internacional ha pasado por una evolución que se inicia en 1945, con los tribunales para juzgar los crímenes de los funcionarios de los Estados derrotados en la Segunda Guerra Mundial (Alemania y Japón), avanza en la década de 1990 con la adopción de los Estatutos para los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (en adelante, el TPIY)¹⁶ y para Ruanda (en adelante, el TPIR)¹⁷ que aplicaron ampliamente en sus estatutos la noción de crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, y finalmente culmina con la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma (en adelante, ER), cuya definición del crimen de lesa humanidad es el resultado de un largo proceso de codificación internacional que pretende superar los estrechos márgenes del primer concepto de crimen contra la humanidad debido al Estatuto del Tribunal de Nuremberg, en el que se vinculaba a la existencia de un conflicto armado¹⁸.

El origen de la definición de los crímenes contra la humanidad (en donde se encuadrarían los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y el de agresión) se encuentra en el Estatuto de Londres de 1945 que sirvió de base para los juicios de Nuremberg¹⁹. La definición típica de los delitos contra la humanidad proviene de los Estatutos de los Tribunales Militares de Nuremberg [art. 6. C)] y Tokio [art. 5. C)], que subrayaron la irrelevancia de que el hecho infringiera el Derecho nacional o no. Pero se encuentran antecedentes también en el Preámbulo de los Acuerdos de La Haya sobre leyes y usos de guerra terrestre de 1899 y 1907, donde se mencionaban las “leyes contra la humanidad” para referirse a la masacre turca contra los armenios²⁰.

De la evolución en la legislación internacional se desprende que en sus orígenes estos crímenes estaban muy vinculados a los abusos contra la población civil

¹⁵ BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, en *Derecho penal parte especial* (coord. González Cussac, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 7^a edición, 2022, pág. 871.

¹⁶ El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 fue adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, S/RES/827 (1993).

¹⁷ El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda fue adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, S/RES/955 (1994).

¹⁸ GARCÍA ARÁN, M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional” en Comentarios al Código Penal Parte Especial (dir. Córdoba Roda, J. y García Arán, M.), Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2702.

¹⁹ GIL GIL, A., “Artículo 607 bis” en *Comentarios al Código Penal* (dir. Gómez Tomillo, M.), Tomo VI, Lex nova, Valladolid, 2^a edición, 2011, pág. 1997.

²⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Teoría y práctica del Derecho Penal”, Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 138.

cometidos durante los tiempos de guerra. Sin embargo, posteriormente se independizaron de los contextos de conflicto armado, alcanzando los ataques perpetrados en situaciones radicales de crisis socio-estatales por parte de los propios gobiernos o de aparatos organizados de poder para-estatales con potencial destructivo equivalente a aquél²¹. Por tanto, en la actualidad los delitos de lesa humanidad encuentran su razón de ser en el castigo de los abusos cometidos en países dictatoriales o sumidos en el caos, donde es frecuente la comisión de infracciones muy graves realizadas de modo reiterado y planificado contra amplios sectores de la población civil, bien por parte del propio Gobierno o de uno extranjero, bien por parte de un grupo sobre otro²².

La consolidación de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional no había culminado antes de los estatutos para la ex-Yugoslavia y Ruanda ni tampoco con la adopción del TPIY y del TPIR, pues ambos tribunales tienen importantes diferencias en su elemento contextual, que son sintomáticas de la falta de consenso que existía a mediados de la década de 1990 sobre el contenido del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad y las cuales recién serían superadas con la tipificación universal e inequívoca del ER. De este modo, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en los estatutos para la ex-Yugoslavia y Ruanda no habría logrado cumplir con el criterio jurisprudencial adoptado por el TEDH para el principio de legalidad, que requiere la «accesibilidad» y «previsibilidad» del tipo penal. Este criterio sí estaría cumplido con la adopción del texto del ER que crea la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), a partir del cual hay certeza sobre el tipo penal de los crímenes de lesa humanidad queda en todo caso declarado como norma consuetudinaria²³.

En este sentido, los crímenes contra la humanidad son los más graves ataques contra la población civil en lo que atañe a los derechos y las libertades fundamentales. El ER de 17 de julio de 1998, en virtud del cual se crea la CPI, contiene tanto las reglas de Derecho Penal material propiamente dicho, como las de carácter procesal y jurisdiccional, previendo tres categorías de delitos sobre los que se establece la competencia de la Corte: el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Los crímenes de lesa humanidad (art. 7º), se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es

²¹ LANDA GOROSTIZA. J. M. “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, *Revista penal*, nº 14, 2004, págs. 81 y siguientes.

²² LLOBET ANGLI, M., “Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites a su punición en un Estado democrático”, Tesis doctoral, Silva Sánchez J.M. (dir.) y Felip i Saborit, D. (dir.), Universidad Pompeu Fabra, 2008, pág. 79.

²³ PACHECO DE FREITAS, J. A., “La relación entre el principio de legalidad en derecho penal internacional y la tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva histórica”, *Agenda Internacional*, Año XXVI, nº 37, 2019, págs. 200 a 202.

permisible con arreglo al Derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo. Asimismo, la referencia expresa a las diversas manifestaciones del principio de legalidad penal ha venido acompañada por un esfuerzo importante desde la perspectiva del principio *nullum crimen sine lege* por precisar los comportamientos típicos que dan lugar a responsabilidad penal individual conforme al ER, lo que ha culminado en la elaboración de los Elementos de los Crímenes (en adelante EC) que desarrollan las definiciones de los tipos penales contenidos en el ER²⁴.

Las notas que definen los crímenes de lesa humanidad se refieren a la necesidad de que los actos delictivos se inscriban en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, sin necesidad de que este ataque sea traduzca necesariamente en un recurso a la fuerza armada –comprende igualmente todo maltrato infligido a la población civil–, esté vinculado a la existencia de un conflicto armado ni que el mismo esté originado, en principio, por una intención discriminatoria. Esta referencia se identifica con una cláusula umbral que está destinada a establecer el grado de gravedad que resulta necesario para que los hechos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad puedan entrar dentro de la competencia de la CPI²⁵.

En cuanto al elemento intencional, se requiere que el acusado debe no solamente tener la intención de cometer los crímenes de los que se le acusa, sino también saber que la población civil constituye el objeto del ataque y que sus actos se inscriben en el marco del mismo, o que al menos asume el riesgo de que su actuación participa en ese ataque. Aunque se ha señalado que no es un elemento constitutivo del tipo penal, se precisa implícitamente, aunque sea meramente en el marco de la administración de la prueba, la existencia de una política o plan instigados o dirigidos desde cualquier instancia, estatal o grupal, que disponga de la organización e infraestructuras necesarias para la comisión de las conductas criminales que integran el tipo de los crímenes de lesa humanidad²⁶.

En este sentido, el propio art. 7 del ER establece que por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política, sin que sea necesario, conforme a lo dispuesto por los EC, que los actos constituyan un ataque militar, precisándose que

²⁴ OLASOLO ALONSO, H., “Del estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crime sine lege* en el Derecho Penal Internacional”, Revista General del Derecho Internacional, nº 5, 2006, pág. 11.

²⁵ LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M., “La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad”, Ariel, Barcelona, 2001, pág. 121.

²⁶ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, *Op. cit.*, págs. 347 y 348

se entiende que la política de cometer ese ataque requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra la población civil.

Asimismo, la jurisprudencia del TPIY, a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto, ha venido estableciendo una serie de elementos o puntos definidores del delito de lesa humanidad y su prueba²⁷.

²⁷ Tales elementos se recogen y exponen sistemáticamente en la Sentencia nº 16/2005, de 19 de abril, recurso 139/1997 dictada por la Sección Tercera, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: "1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil. ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22-II-2001; (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 90. 2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero si un número suficiente (representativo de ella) ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 90. 3) La población ha de ser predominantemente civil. ICTY Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, parr. 180; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31-III-2003, parr. 235; Jelisic, (Trial Chamber) 14-XII-1999, parr. 54. 4) La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población. Prosecutor v. Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14-I-2000, para 549. 5) Procede hacer una interpretación amplia del concepto de población civil. Jelisic, (Trial Chamber) 14-XII-1999, parr. 54; Prosecutor v. Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14-I-2000, para 547-549. 6) La protección se refiere a cualquier población civil independiente de que sea a la propia población civil. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29-XI-2002, parr. 33; 7) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político "de facto". 7) El ataque debe ser "generalizado o sistemático". Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22-II-2001, para 431; Generalizado: Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 179; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 206; Martinovic, (Trial Chamber) 31-III-2003, parr. 236; Sistemático: Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 94; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31-III-2003, parr. 236; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 203. 8) El ataque es el que debe ser "generalizado o sistemático", no los actos del acusado. 9) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque "generalizado o sistemático". Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 178; Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14-I-2000, para 550. 10) Es necesario tener en cuenta que existen muchos factores definidores de cuando un ataque es "generalizado o sistemático" y que son inferibles del contexto. 11) Los ataques deben ser masivos o sistemáticos o que se ejerzan en el marco de una política o plan estatal, pero no es imprescindible que se de este último elemento. 12) Intencionalidad. El autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29-XI-2002, parr. 37; 13) Los motivos del sujeto resultan irrelevantes. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 103; Tadic (Appels Chamber) 15-VII-1999, parr 270-272; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 187. 14) Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta. Lo relevante es que el ataque sea contra la población civil y no los actos concretos. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 103. 15) La intencionalidad discriminatoria solo es necesaria para el delito de persecución. Tadic (Appels Chamber) 15-VII-1999, parr 283,292,305; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 186; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 244, 260; Todorovic (Trial Chamber) 31-VII-2001, para 113. 16) Conocimiento: El autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 102, 410; Tadic (Appels Chamber) 15-VII-1999, parr 271; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 185; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 244, 247; o alternativamente admite el riesgo de que sus actos formen parte de él. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29-XI-2002, parr. 37; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 257; Krnojelac (Trial Chamber) 15-III-2002, parr. 59. Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto. 17) No son necesarios conocimiento de los detalles del ataque. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 102; Krnojelac (Trial Chamber) 15-III-2002, parr. 59. 18) No es necesario que el participe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos. Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 185. 19) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc. BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para

El texto del ER sólo tipificó cinco crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no encontrándose el terrorismo entre los cinco crímenes tipificados pues en la Conferencia de Roma varias delegaciones nacionales se mostraron reacias a la inclusión del terrorismo dentro de los crímenes internacionales bajo la competencia de la futura CPI. Las razones que esgrimieron fueron las siguientes: a) no existía una definición generalmente aceptada de terrorismo; b) llevaría mucho tiempo el alcanzar un acuerdo sobre su inclusión como crimen internacional del individuo; c) resultaba imperativo que la Conferencia concluyera su trabajo en la sesión convocada en Roma, cuya duración estaba prevista en cinco semanas; d) algunos actos terroristas son meros “delitos comunes” y, por lo tanto, no son lo suficientemente graves como para merecer su persecución por un tribunal internacional; y e) es más eficaz perseguir los actos de terrorismo a nivel nacional, aunque se reconoció que algunos actos terroristas sí que cumplen los criterios de gravedad exigidos para su inclusión entre los crímenes previstos en el Estatuto de la CPI²⁸.

En realidad el motivo más crítico se encuentra no tanto en la ausencia de una definición jurídica de terrorismo como en la falta de acuerdo o consenso en la excepción personal a la misma, esto es, la exclusión de esta categoría criminal de las actuaciones armadas de los movimientos de liberación nacional en el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos o las actuaciones armadas de los Estados en el ejercicio de las funciones de seguridad y protección derivadas de su soberanía como derecho y obligación, situaciones cuyo estatuto jurídico aparece en gran medida (aunque no totalmente) regulado por el Derecho internacional humanitario, pero que los actores implicados han querido expresa y denodadamente excepcionar del marco normativo de la lucha contra el terrorismo para evitar cualquier contaminación que los deslegitime, a pesar de que social y normativamente está admitida la existencia de terrorismo de Estados y de actos terroristas llevados a cabo bajo el lema de la libre determinación de los pueblos²⁹.

2.3. Los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad

No obstante esta falta de tipificación expresa de los actos terroristas en el ER, se considera que, en el ámbito penal, el Estatuto es un gran paso adelante en la lucha contra el terrorismo y que éste se encuentra ya incluido en las infracciones castigadas en

258-259. 20) Tratándose de delitos subyacentes, en caso de homicidio no es necesario el cadáver para la existencia del delito. Krnojelac (Trial Chamber) 15-III-2002, parr. 326.”

28 BOU FRANCH V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., “La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)”, *Op. cit.*, págs. 84 y 85

29 JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, *Op. cit.*, págs. 304 y 305

aquél en tanto que crimen de guerra (a reserva de ciertas clarificaciones), crimen de lesa humanidad (que abarca, en gran parte, el terrorismo de Estado) y genocidio y que, al crear la CPI, la comunidad internacional ha hecho una contribución importante tanto a la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas como a la prevención de los actos terroristas.

Entre los actos referenciados en el artículo 7 del ER que podrían constituir manifestaciones del terrorismo se menciona el asesinato, el exterminio, la deportación o traslado forzoso de población, la tortura y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional. Además, el apartado k) del artículo 7 se refiere a cualesquiera otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Por ello es de especial interés anotar que las conductas que constituyen en la práctica los crímenes de lesa humanidad usualmente son también consideradas criminales en la gran mayoría de sistemas penales nacionales.

En el párrafo 2, letra a) del artículo 7 del ER se hace una distinción a la hora de establecer las responsabilidades penales correspondientes, establece una distinción entre la comisión de posibles crímenes de terrorismo, según la política de un Estado (lo que podríamos denominar Terrorismo de Estado) y la comisión de Crímenes de Terrorismo por Organizaciones no estatales, es decir, Organizaciones o Grupos Terroristas (por ejemplo, la red terrorista Al-Qaeda y sus amplias ramificaciones terroristas vinculadas a tal red, que realizan una línea de conducta que implica la comisión múltiple de asesinatos masivos contra la población civil como, por ejemplo, en los casos del 11-S en Estados Unidos en 2001, el 11-M en Madrid en 2004, el 7-J en Londres en 2005, o el 11-D en Argelia en 2007, etc.).

El carácter sistemático de la acción típica de ataque, en cuanto repetida, metódica, organizada o llevada a cabo con arreglo a un sistema, plan o procedimiento racionalmente ordenado a contribuir al logro de la finalidad específica o propia (en definitiva, el elemento intencional o dolo específico) de cada una de las actuaciones comprendidas en los apartados a) a k) del artículo 7.1, en relación con el artículo 7.2 a), a cuyo tenor el ataque contra una población civil consiste en “una línea de conducta... de conformidad con la política de un Estado o de una organización”, comporta que, a falta de carácter generalizado o masivo, el acto individual dirigido a una sola víctima puede calificarse de crimen de lesa humanidad si se inscribe en un sistema, se ejecuta según un plan o si presenta un carácter repetitivo, es decir, si constituye un eslabón de una cadena o línea regular de conducta que pueda vincularse a un sistema, a un plan o a una política³⁰.

³⁰ PIGNATELLI MECA, F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuadernos de Estrategia nº 133, Madrid, 2006, págs. 200 y 201.

En este sentido para LIROLA DELGADO es la conformidad con un plan o política determinada lo que permite establecer la dimensión propia y distinta del crimen de lesa humanidad, que puede, incluso, llegar a identificarse con un hecho individual o aislado que se enmarque dentro de la existencia de tal plan o política³¹.

Y, en cuanto a la conformidad del ataque con la “política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”, el crimen de lesa humanidad exige la creación de un clima general de pánico y terror en la población civil a través de una sucesión de actos de violencia ejecutados por procedimientos de riesgo general, directamente por el Estado o sus órganos o por una organización, con la aquiescencia, la tolerancia o, al menos, la inactividad cómplice o deliberada del Estado, sin que baste la mera inactividad o falta de acción del Estado o la organización³².

Se ha afirmado que el terrorismo, desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, se enmarcaría dentro de la categoría de los crímenes de Derecho internacional al cumplir con las características propias de estos crímenes en oposición a los delitos ordinarios o transfronterizos. Si bien una identificación del crimen de terrorismo como un crimen autónomo o subsumido por otra de las categorías de crímenes de derecho internacional reconocidas por el Estatuto de Roma, sería una cuestión que necesitaría un tratamiento autónomo. Y en este mismo sentido, se ha sostenido que los Tribunales Penales internacionales *ad hoc* del Consejo de Seguridad, han tratado el terrorismo como un crimen de Derecho internacional que se enmarcaría dentro de un crimen de guerra (por ejemplo, en el caso del TPIR) o que se comete con ocasión de tales conductas (como en el TPIY)³³.

Pero desde la perspectiva internacional, no hay unanimidad sobre si los actos terroristas que, en oposición a los delitos ordinarios o transfronterizos, revisten las características de los crímenes de lesa humanidad tal y como están previstos en el art. 7 del Estatuto de Roma, se pueden enjuiciar por la Corte Penal Internacional y calificar de crímenes de lesa humanidad³⁴.

De hecho, aunque el terrorismo no aparece explícitamente como crimen internacional en el Estatuto de Roma, la redacción típica de los delitos de lesa humanidad conlleva que esta figura se sobreponga con los delitos de terrorismo³⁵. Por “ataque

³¹ LIROLA DELGADO, I.; MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La Corte Penal Internacional”, *Op. cit.*, pág. 122.

³² PIGNATELLI MECA, F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” *Op. cit.*, pág. 204.

³³ MENDOZA CALDERON, S., “Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español”, *Diario La Ley*, nº 6228, 11 de abril de 2005, Ref. D-83, pág. 1784.

³⁴ A este respecto puede verse: JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, *Op. cit.*

³⁵ En este sentido: GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva

sistemático o generalizado” se entiende la comisión múltiple de actos de conformidad con un plan o una política determinada preconcebida, que tiene que realizarse contra la población civil. De este modo, si los actos terroristas se caracterizan por atentar contra los miembros de una sociedad de modo continuado e indiscriminado, siguiendo una estrategia de actuación planificada en orden a alcanzar determinados fines, las acciones terroristas contienen el carácter sistemático y generalizado de un ataque contra la población civil³⁶.

Es más, a nivel doctrinal incluso se ha aludido a que el crimen de lesa humanidad despersonaliza a las concretas víctimas lo que es equiparable al elemento de instrumentalización de las personas característico del terrorismo (y de las otras modalidades de delincuencia organizada violenta). De hecho, GARCÍA SÁNCHEZ³⁷ considera que los actos de terrorismo que contengan los elementos típicos de los crímenes de lesa humanidad pueden ser perseguidos por la Corte Penal Internacional, pese a que en el ER no se recojan expresamente los delitos de terrorismo como fundamentadores de su competencia³⁸. Y en un sentido similar, GÓMEZ-BENÍTEZ, sostiene que sólo algunos crímenes de Terrorismo pueden ser objeto de la jurisdicción de la CPI, en concreto, aquellos crímenes de Terrorismo que cumplan las condiciones de ser incluidos en cuanto pertenecientes al tipo penal internacional de Crímenes contra la Humanidad³⁹.

En cualquier caso, en los conflictos que se han dado hasta finales del siglo XX, era difícilmente imaginable una situación en la que pudieran confundirse los márgenes de los crímenes de lesa humanidad con los del terrorismo. Pero en la actualidad, los conflictos son protagonizados por unas organizaciones dotadas de una fuerza bélica nunca vista: en parte, por supuesto, gracias a las nuevas armas que permiten a la organización terrorista disponer de un poder similar al de las grandes potencias durante la Guerra Fría; pero también gracias a otros avances tecnológicos en otros ámbitos, como los experimentados por los medios de comunicación y las redes sociales tras la globalización de Internet, y que constituyen vehículos muy eficientes para propagar tanto su ideario como sus actuaciones. Por estas razones,

modalidad delictiva en el código penal de 1995”, en *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos* (coord. Cuerda Rieu, A.), Dykinson, Madrid, 2006, página 59 y siguientes; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, *Op. cit.*, pág. 346; y LANDA GOROSTIZA, J.M., “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 80.

36 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *op. cit.*, pág. 65. También LANDA GOROSTIZA, J.M., “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, págs. 80 y 81.

37 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 60 y 61.

38 LLOBET ANGLI, M., “Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites a su punición en un Estado democrático *Op. cit.*, págs. 80 y 81.

39 ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., “El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad”, *Op. cit.*, pág. 23.

resulta posible en la actualidad que ambos fenómenos (crimen de lesa humanidad y terrorismo) puedan converger, lo que ocurrirá usualmente allí donde haya unas instituciones públicas débiles y la presencia de un grupo terrorista con una capacidad operativa elevada⁴⁰.

Sea como fuere, llegados a este punto y siguiendo a AMBOS y a TIMMERMANN, se podría calificar al terrorismo, a lo sumo, como un crimen transnacional basado en un tratado particularmente grave que está a un paso de convertirse en un auténtico crimen internacional. Además, formas extremas de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad y así ser directamente punibles bajo el derecho internacional⁴¹.

En este sentido, para un sector doctrinal, los delitos de terrorismo constituyen un crimen internacional, siempre que formen parte de un ataque generalizado o sistemático sobre civiles, y cuando los ejecutores sean conscientes o tengan conocimiento de que los actos criminales son parte de una pauta general o sistemática de conducta, y se manifiesten como alguno de los tipos expresamente previstos (asesinato, tortura, exterminio, etc.) por la normativa penal internacional prevista en el art. 7.1 ER de la CPI. Esta clase de terrorismo exige que los actos constituyan una ofensa criminal en la mayoría de los sistemas legales nacionales (como asesinato, secuestro, tortura, extorsión, etc.), que las conductas se dirijan a difundir terror a través de la producción de acciones violentas o de amenazas directas de ello contra un Estado, o bien realizadas contra un público o un grupo particular de personas y que estos hechos tengan una motivación política, religiosa u otra de relevancia, rechazándose la búsqueda de la consecución de determinados fines privado. Otros autores se habrían centrado en que el número de víctimas sería común al terrorismo internacional y a los crímenes contra la humanidad y que sería la interacción entre el elemento contextual y el político el que convierte un delito en crimen contra la humanidad⁴².

Por su parte, GARZÓN REAL considera acertada la inclusión de los crímenes de terrorismo como crímenes de lesa humanidad, tipificados en el art. 7 del ER de la CPI, señalando que “en cuanto a la inclusión de organizaciones, no ofrece duda alguna la idoneidad de las paraestatales, paramilitares y las terroristas, siempre que los actos típicos del art. 7 desarrollados se integren en ataque generalizado y sistemático contra un sector de la población civil, formando parte de un plan preconcebido dirigido contra ese sector, determinado por sus características permanentes o transitorias

⁴⁰ PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., “La nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Op. cit.*, pág. 70.

⁴¹ AMBOS, K.; TIMMERMANN, A., “Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario” en *Terrorismo y Derecho Penal* (ed. Ambos, K.; Malarino, E. y Steiner C.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pág. 44.

⁴² MENDOZA CALDERON, S., “Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español”, *Op. cit.*, págs. 1778 y siguientes.

(gremiales, corporativas, culturales, económicas, nacionales, racionales, etc.). Por todo ello, en casos como el del terrorismo Islámico, el de ETA, IRA, FARC, etc., sus acciones en algunos casos pueden catalogarse como crímenes contra la humanidad y ser sometidos en su caso a la Corte Penal Internacional”⁴³.

Finalmente, desde la perspectiva de la práctica nacional hay que resaltar que se ha creado una “cierta asimetría y solapamiento” entre los tipos penales nacionales de terrorismo y de crímenes de lesa humanidad, circunstancia que tiene su origen en el carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad, conminatorias de la adopción de legislación penal sobre terrorismo como crimen internacional, y en el principio de complementariedad del Estatuto de la Corte propulsor de la tipificación nacional de los crímenes de lesa humanidad⁴⁴.

3. LOS DELITOS COMETIDOS POR ETA CON ANTERIORIDAD AL 1 DE OCTUBRE DEL AÑO 2004: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Respecto de los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA antes del 1 de octubre del año 2004, ante la inexistencia de tipificación del delito de lesa humanidad en el CP español y pese a la existencia de normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales que incluyen los delitos de lesa humanidad, su configuración como delitos de lesa humanidad no parece posible, debido al principio de irretroactividad penal, toda vez que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución Española (en adelante, CE) y con los efectos dispuestos en la misma.

De acuerdo con el Derecho español, los tratados internacionales una vez ratificados tienen el carácter auto ejecutivo por lo que pueden ser aplicados directamente por los Tribunales españoles. Este principio de aplicación directa se encuentra limitado, sin embargo, por el principio legalidad. Por esta razón si bien existen disposiciones del ER que son directamente aplicables, y cuya introducción en el Derecho interno no resultaba imprescindible, sí era necesaria la actuación del legislador para adaptar sus legislaciones penales con el fin de introducir determinadas figuras delictivas en el CP e igualmente desarrollar aspectos de la cooperación con la nueva CPI⁴⁵.

⁴³ GARZÓN REAL, B., *Cuento de Navidad: es posible un mundo diferente*, Ediciones de la Tierra, 3^a edición, 2002, pág. 138.

⁴⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, *Op. cit.*, pág. 48.

⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; PÉREZ CEPEDA, A. I., “El Derecho Penal en el ámbito internacional” en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. Berdugo Gómez de la Torre, I.), Tomo I, Iustel, Madrid, 2^a edición, 2015, pág. 188; BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 872.

En este sentido, la interpretación del principio de legalidad realizada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en su sentencia nº 798/2007 de fecha 1 de octubre de 2007 (dictada en el conocido como “caso Scilingo”) es totalmente restrictiva sobre el papel de la costumbre internacional en el Derecho penal interno español, y no ayuda a resolver los problemas de inadecuación del Derecho interno al Derecho internacional⁴⁶. El TS ha considerado, con gran parte de la doctrina penalista española, que el Derecho internacional penal no sería directamente aplicable salvo que existiese una previa trasposición al Derecho interno español, pues las normas internacionales carecerían de eficacia directa. Para el TS la interpretación

46 STS, Sala 2^a, nº 798/2007, Fundamento de Derecho 6º, 3. a 8.: “3. En la sentencia impugnada se sostiene que el artículo 607 bis viene a incorporar una norma previa de Derecho Internacional Penal consuetudinario. Niega el recurrente la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal. Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. (...) Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho Internacional Penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que solo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales. 4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones. En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al “derecho” nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales. De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa. De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”.

de los arts. 93 y siguientes de la CE exigiría la incorporación del Derecho internacional al derecho interno. A su juicio los tribunales internos españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales (que aplican su propio orden jurídico y sus propios estatutos). Además, el Derecho internacional consuetudinario no es apto para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles⁴⁷.

Así, no es posible que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Y si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación, pues la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 2.1 CP)⁴⁸.

47 FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español”, en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal* (coord. Tamarit Sumalla, J.), Atelier, Barcelona, 2010, pág. 83.

48 STS, Sala 2^a, nº 798/2007, Fundamento de Derecho 6^º, 1. y 2.: 1. La cuestión que plantea el recurrente exige determinar si la aplicación del artículo 607 bis a los hechos vulneró el principio de legalidad. Este principio, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento. Incorpora en primer lugar “una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal” (STC 283/2006), lo cual implica el carácter escrito de la norma dado nuestro sistema de fuentes para el Derecho Penal (*lex scripta*). De forma que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley, que además les asocie una pena. Pero no solo esto. En segundo lugar, en términos de la sentencia que se acaba de citar, este principio incorpora otra garantía de carácter material y absoluto, consistente en la “imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, F. 4; 218/2005, de 12 de septiembre, F. 2; 297/2005, de 21 de noviembre, F. 6)”. Consiguientemente, el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex previa, stricta, scripta y certa*. De esta forma, el ejercicio del ius puniendi del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto. De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1. 2. El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, solo sería posible

Esta interpretación del principio de legalidad no es acorde con la evolución del Derecho internacional, donde el principio de legalidad ha sido reconocido en el ámbito internacional en un sentido más amplio que en el Derecho interno, lo que lleva a que parte de la doctrina considere que el Derecho internacional consuetudinario oponible a España forma parte del derecho interno desde su formación, sin más trámites⁴⁹. Asimismo autores como FERNÁNDEZ LIESA afirman que la interpretación del TS tampoco parece acorde con la que realiza el Tribunal Europeo de Derechos humanos (en adelante, TEDH)⁵⁰ del art. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, y ratificado en España por instrumento de 26 de septiembre de 1979⁵¹ (entrando en vigor el 4 de octubre de ese año), que ha contribuido a crear un orden público europeo, unos valores europeos comunes o un superconstitución europea⁵².

su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis”.

49 REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. DIEZ HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ-PRAT DURBAN, L., “Derecho internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 631.

50 A este respecto, no puede dejar de citarse el asunto Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania (demandas 34044/96, 35532/97 y 44801/98) resuelto por sentencia de 22 de marzo de 2001, que también insiste en la idea del valor de la costumbre internacional como fuente del derecho: “La sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2001 (caso *Streletz* y otros c. Alemania), ha reafirmado que el principio de legalidad penal ha sido respetado en la condena a antiguos dirigentes de la Alemania del Este por inducción al asesinato de quienes intentaban atravesar el muro de Berlín, al aplicar los tribunales de la RFA el derecho penal de la RDA vigente en la época de los hechos, pues las órdenes de aniquilar a cualquier precio violaban los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la RDA. Actos que considera imputables a los demandantes a título individual y que constituyan delitos definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad tanto en derecho interno como internacional” (GARCES, J. E., “Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo”, *Op. cit.*, pág. 179).

En este sentido, con posterioridad, el TEDH ha considerado que la expresión “Derecho”, contenida en el art. 7.1 CEDH menciona tanto el Derecho escrito como el no escrito (en referencia tácitamente a la costumbre y a “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”). De esta manera se pone de manifiesto una clara contradicción entre el principio de legalidad europeo y el de los Estados europeos, como Alemania, Italia, España o Portugal que, en principio, excluyen, consecuencia del requisito de *lex scripta*, el Derecho consuetudinario de las fuentes del Derecho penal (BACIGALUPO ZAPATER, E., “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y las penas” en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: decadencia o evolución?* (ed. Montiel, J. P), Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 63 y 64).

51 Publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

52 FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español”, *Op. cit.*, pág. 87. Sobre este particular puede leerse: GALLANT, K. S., “La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional; la irretroactividad de los delitos y las penas” en *Op. cit.*, págs. 315-354.

4. LOS DELITOS DE TERRORISMO COMETIDOS POR ETA COMO DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ART. 607 CP

Con la ratificación del ER de la CPI por parte de España, mediante Instrumento de 19 de octubre de 2000 –tras la autorización exigida por el art. 93 CE y otorgada por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre⁵³– se hizo conveniente, para adecuar el ordenamiento español a las obligaciones internacionales contraídas, la introducción en nuestro derecho interno de los delitos contenidos en el ER, lo cual se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del CP⁵⁴ que añadió el Capítulo II bis y que entró en vigor el 1 de octubre del año 2004. En el seno de ésta, el art. 607 bis tipificó los delitos de lesa humanidad, siendo dicho precepto modificado posteriormente por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁵⁵, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁵⁶. Es por tanto a partir de tal tipificación en el ordenamiento interno de España cuando se podrían considerar los delitos cometidos a partir de dicha fecha por la banda terrorista ETA como crímenes de lesa humanidad si dichos actos cumplen con los requisitos recogidos en el tipo de los delitos de lesa humanidad.

La consecuencia más importante de la aplicación de la nueva regulación penal, a efectos de su investigación y eventual enjuiciamiento, consiste en que tales delitos si fueran calificados como delitos de lesa humanidad devendrían imprescriptibles según la reforma incorporada por la Ley Orgánica 15/2003 y conforme se establece en el actual art. 131.3 CP, por lo que podrían seguir siendo investigados *sine die* hasta la terminación del procedimiento penal. Asimismo, tampoco prescribirán las penas impuestas por dichos delitos (art. 133.2 CP).

Sin embargo, todos los atentados perpetrados por la banda terrorista cometidos con anterioridad al 1 de octubre del año 2004 no pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad aunque cumplieran con los requisitos recogidos en el art. 607 bis CP y además no se les podría aplicar tampoco la regla de la imprescriptibilidad porque supondría una aplicación retroactiva contra reo de la ley penal⁵⁷, no solo

53 Publicación en el BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000.

54 Publicada en el BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

55 Publicada en el BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010. Esta reforma introdujo los colectivos con discapacidad dentro de los grupos perseguidos recogidos en el número 1º del apartado 1 del art. 607 bis CP.

56 Publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Dicha norma ha dado una nueva redacción a los números 1º y 6º del apartado 2 y ha añadido su actual apartado 3 del art. 607 bis CP.

57 La regla de imprescriptibilidad que el actual art. 131.3 CP atribuye a los delitos de lesa humanidad no se encontraba vigente en el CP de 1973 y no se contempla en el actual CP hasta que se incorpora por la Ley Orgánica 15/2003. A este respecto, el Auto Penal Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Sección 5, Rec 29/2016 de 22 de Octubre de 2018 establece que: “La doctrina penal y la jurisprudencia española han considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable. Por tanto, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijen la

contraria al art. 2.2 CP, sino al principio de legalidad penal que dimana del art. 25.1 CE, como así tiene establecido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)⁵⁸.

Por ello tales actos delictivos están sujetos por tanto al periodo de prescripción aplicable en función a la pena y el delito cometido, por lo que habida cuenta del largo lapso de tiempo transcurrido desde su comisión y teniendo en cuenta que el plazo de prescripción más largo que recoge el CP es de 20 años que se aplicará cuando la pena máxima señalada al delito sea de prisión de 15 años o más (art. 131 CP) es obvio que en la mayoría de los supuestos pendientes de resolver y cuya investigación se encuentra abandonada o el procedimiento judicial archivado provisionalmente, ya se habrá producido la prescripción de tales delitos.

4.1. El bien jurídico protegido

La cuestión del bien jurídico protegido en el art. 607 bis del Código penal ha suscitado una interesante polémica en la doctrina penal española, en la que podemos observar dos posturas opuestas. Una, que defiende la concepción del bien jurídico en estos delitos desde una perspectiva exclusivamente individual y otra a la que podríamos denominar mayoritaria, que considera que el bien jurídico protegido en estos delitos posee carácter colectivo, configurándose como un bien jurídico supraindividual⁵⁹.

Para la primera, la figura de los crímenes contra la humanidad nace para proteger bienes jurídicos personalísimos fundamentales frente a los ataques masivos o sistemáticos realizados con la participación o tolerancia del poder político⁶⁰. Es decir, el

imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad y aunque esa exigencia haya sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, la misma tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva. Son contundentes los argumentos del TS que declaran que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en la interpretación jurisprudencial, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 CE”.

58 Así la STC, Sala Segunda, de 30 de marzo de 1981 dictada en el Recurso de amparo nº. 220/80, establece lo siguiente: “Por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión, esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla («nullum crimen, nulla poena sine praevia lege»)”.

59 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 45; LANDA GOROSTIZA, J.M., “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 87.

60 GIL GIL, A., “Artículo 607 bis”, *Op. cit.*, pág. 1997

delito de lesa humanidad protege bienes jurídicos individuales de las personas, que, por su modo especial de comisión ha sido necesaria la protección de estos ataques por parte de la Comunidad Internacional⁶¹.

Para la segunda posición, la propia ubicación dogmática del delito, dentro del título XXIV –delitos contra la Comunidad Internacional– representa un claro indicio de la interpretación del legislador acerca de este tema. Así los crímenes de lesa humanidad atentarían contra un bien jurídico perteneciente a la Comunidad internacional, la protección de la población civil, como elemento necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, a través de la protección de los bienes jurídicos individuales más importantes, como la vida, la integridad física, la libertad y otros⁶². Es decir, los delitos de “lesa humanidad” se consideran como delitos plurifensivos por cuanto, de un lado, se lesiona a la Comunidad Internacional a que se refiere la propia rúbrica del Título XXIV y, de otro lado, se dañan los diferentes bienes eminentemente personales de cada una de las víctimas que sufren los ataques masivos y sistemáticos que caracterizan a tales delitos⁶³.

La denominación y contenido de este bien jurídico perteneciente a la Comunidad internacional es diversa según cada autor. Para algunos autores además de la paz internacional se está protegiendo los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de grupos no dominantes y perseguidos⁶⁴ y para otros, la paz, la seguridad y el bienestar mundial concretados en las reglas de coexistencia humana⁶⁵. Así, para BORJA JIMÉNEZ, el objeto de tutela se encuentra precisamente en el respeto a las formas de convivencia de los grupos humanos y de la sociedad civil, a su dignidad como grupo y como parte de la sociedad civil frente a campañas de agresión, discriminación y hostigamiento de otros grupos organizados y con cierta estructura de poder⁶⁶.

61 LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 249.

62 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional” en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 6^a edición, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 980; LANDA GOROSTIZA, J.M., “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 70 y siguientes.

63 MAÑAS DE ORDUÑAS, A., “Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad” en *Derecho penal parte especial* (coord. Zárate Conde, A.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2^a edición, 2018, pág. 1073. En una orientación intermedia y partiendo desde una interpretación estrictamente internacionalista de este delito, para CAPELLÁ I ROIG, sólo bienes jurídicos supraindividuales son afectados por este delito y nombra a los Derechos humanos, la paz y la seguridad internacional como los bienes jurídicos colectivos protegidos por esta figura criminal; señalando, asimismo, un sujeto pasivo colectivo caracterizado en la población civil (CAPELLÁ I ROIG, M., “La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 384).

64 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional” en *Delitos. La parte especial del derecho penal* (coord. Lamarca Pérez, C.), Dykinson, Madrid, 7^a edición, 2022, pág. 1115.

65 NICOLAS JIMÉNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional” en *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (coord. Romeo Casabona, C.; Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A.), Comares, Granada, 2016, pág. 862

66 BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 880.

Esta segunda postura nos parece más acertada, teniendo en cuenta el argumento de GARCÍA SÁNCHEZ de que la consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales no justificaría, el plus de injusto de estos delitos que avalan la pena impuesta para ellos, pues la vulneración masiva de estos bienes jurídicos individuales se castigaría a través de un concurso real, con el que quedaría abarcado todo el injusto cometido⁶⁷.

4.2. Tipo objetivo: la conducta punible

El art. 607 bis plasma la tipificación del delito de lesa humanidad, aprovechando el legislador español prácticamente la regulación que, sobre el mismo, se realiza en el artículo 7 del ER, como una variante complementaria del delito de genocidio⁶⁸, aunque el delito de lesa humanidad puede ser cometido tanto en tiempo de guerra como de paz⁶⁹. De hecho, encuentra una justificación político criminal más consistente en este ámbito, donde la protección de las personas por las leyes de la guerra no se aplica, al no existir un conflicto bélico⁷⁰.

La diferencia entre el delito de lesa humanidad y el genocidio es que el primero consiste en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque, mientras que el segundo apunta a la destrucción total o parcial de un grupo con determinadas características⁷¹.

El tenor de dicho artículo sigue en general en su contenido lo dispuesto en el art. 7º del ER para coordinar la legislación interna española con las competencias de la CPI⁷², aunque no se trata de una copia ciega del mismo, dada la necesidad de integrarlo del modo más razonable en el contexto sistemático del Código penal español⁷³. Por ello, aunque el art. 607 bis está inspirado en el art. 7º del ER se observan algunas diferencias

⁶⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 47.

⁶⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J., “Código penal. Comentarios y Jurisprudencia”, Tomo II, Sepin, Madrid, 4ª edición, 2016, pág. 3518; DE URBANO CASTRILLO, E., “Art. 907 bis III. Comentario” en Comentarios al código penal Arts. 446 a la Disposición derogatoria (dir. Conde-Pumpido Touron, C.; coord. López De Quiroga, J.), Tomo 5, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 3824.

⁶⁹ NICOLAS JIMÉNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional” *Op. cit.*, pág. 863; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 981.

⁷⁰ LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 244.

⁷¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional” *Op. cit.*, pág. 1114.

⁷² Entre las razones recogidas en la Exposición de motivos de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP, en relación a los nuevos delitos creados, destacan las contenidas en la letra k): “Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”.

⁷³ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (dir. Quintero Olivares, G.; coord. Morales Prats, F.), Aranzadi, Madrid, 10ª edición, 2016, pág. 2281; CAPELLÁ i ROIG, M., “La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 371.

entre ambos⁷⁴ y para algunos autores la definición española de este delito dista bastante de la internacional⁷⁵, convirtiéndose en una reformulación del tipo, al trasponer al Derecho interno la norma procedente del Estatuto modificando la estructura del contexto, lo que afecta a la interpretación de los elementos del tipo, dando lugar a interpretaciones alejadas del núcleo esencial del crimen contra la humanidad⁷⁶.

Esta diferencia en la definición puede obedecer, según GARCÍA SÁNCHEZ, a que el Estatuto es un Tratado Internacional que establece un estándar de mínimos que los Estados deben de asumir y respetar, pero no impide que los países adopten un concepto más amplio de crimen de lesa humanidad, de cara a una mayor protección de los derechos humanos. Aunque ello –una concepción más amplia de los delitos de lesa humanidad– puede traer como consecuencia la dificultad de su delimitación con otras figuras afines ya existentes en los Códigos Penales nacionales⁷⁷.

No obstante, para un sector doctrinal importante la regulación del art. 607 bis recoge la estructura y definiciones establecidas en el art. 7º del ER⁷⁸, así como las del texto que acompaña el Estatuto, denominado EC (art. 9 ER de la CPI)⁷⁹, donde se recogen las particularidades de cada uno de los delitos regulados⁸⁰ y en cualquier caso ambos documentos pueden ser utilizados para la interpretación del CP español⁸¹.

74 MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), La Ley, Madrid, 2016, pág. 1690; DE URBANO CASTRILLO, E., “Art. 907 bis III. Comentario”, *Op. cit.*, pág. 3824; MAÑAS DE ORDUÑAS, A., “Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad”, *Op. cit.*, pág. 1074; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1113; GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 438; GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995” *Op. cit.*, pág. 42; LANDA GOROSTIZA, J.M., “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 74.

75 GIL GIL, A., “Artículo 607 bis” *Op. cit.*, pág. 1997.

76 LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 225.

77 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, págs. 36 y 37.

78 De hecho “...aprovechando el legislador español prácticamente la regulación que, sobre el mismo, se realiza en el artículo 7 del Estatuto de Roma, lo que de manera abierta anuncia la propia exposición de motivos al expresar que la definición de los delitos contra la comunidad internacional permite coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional” (PERIS RIERA, J., “Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional” en *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. Morillas Cuevas, L.), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 893).

79 Según establece el art. 9 ECPI, los “Elementos de los crímenes” ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma.

80 DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional” en *Comentarios al código penal* (dir. Arroyo Zapatero L.; Berdugo Gómez De La Torre, I.; Ferré Olivé, J.C.; García Rivas, N.; Serrano Piedecasas J.R. y Terradillos Basoco, J.M.; coord. Nieto Martín, A.; Pérez Cepeda, A.I.), Iustel, Madrid, 2007, pág. 1122; BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 880.

81 GARCÍA ARÁN, M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, págs. 2701-2702; SÁNCHEZ MELGAR, J., “Código penal. Comentarios y Jurisprudencia”, *Op. cit.*, pág. 3518; DE URBANO CASTRILLO, E., “Art. 907 bis III. Comentario”, *Op. cit.*, pág. 3825.

La definición del delito de lesa humanidad viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Los hechos en que pueden consistir dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil se describen en el apartado segundo del artículo que castiga con diversas penas diversos supuestos (la causación de muerte, lesiones, etc..) que en sí mismos son ya constitutivos de delitos comunes (homicidio, asesinato, etc..) recogidos también en el CP (remitiéndose a la regulación específica de cada uno de los delitos), por lo que en caso de no poderse aplicar los delitos contra la humanidad, bien porque no se den los requisitos del mismo bien porque los hechos ocurrieran antes de la entrada en vigor del ER y de su incorporación al Derecho nacional, serían aplicables dichos tipos delictivos comunes⁸². Por ello la comisión del delito de lesa humanidad consiste en definitiva en la comisión de concretos delitos comunes en el específico contexto que el art. 607 bis describe⁸³.

4.2.1. El elemento contextual

El número 1 del art. 607 bis describe la situación o contexto en el que debe cometerse la conducta para constituir un crimen contra la humanidad: el acto debe constituir una participación en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Este elemento teleológico es común a todas las modalidades⁸⁴, integrando lo que –como ya hemos dicho– la doctrina (al comentar la referencia similar⁸⁵ contenida en el art. 7. 1 ER de la CPI) ha denominado “cláusula umbral”, destinada a establecer la gravedad necesaria para que los hechos cometidos puedan ser considerados como crímenes contra la humanidad⁸⁶ y que reside en

82 MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 24^a edición, 2022, pág. 757.

83 LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional” en Código penal. Comentarios y jurisprudencia (dir. Del Moral García, A., coord. Escobar Jiménez, R.), Tomo II Arts. 234 a 616 quáter, Comares, Granada, 4^a edición, 2018, pág. 3147.

84 GIL GIL, A., “Artículo 607 bis”, *Op. cit.*, pág. 1997; PERIS RIERA, J., “Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional” *Op. cit.*, pág. 893; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1123; GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, 2006. pág. 48.

85 En realidad, existen varias diferencias entre ambas cláusulas que son expuestas en MENDOZA CALDERÓN, S., “Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español”, *Op. cit.*, págs. 1777-1786.

86 LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 3147. Debe remarcarse que el art. 607 bis CP, a diferencia del art. 7. 1. ECPI, habla de ataque contra la población civil “o contra una parte de ella”, no realizando por tanto una transposición literal de la cláusula al ampliar el ámbito de aplicación de la norma, pues ya no es necesario que la población en su conjunto sea sujeto pasivo del ataque, bastando con un número considerable de personas o grupos de personas que formen parte de la población civil.

la comisión del hecho dentro de un determinado contexto que implica un plus de injusto y peligrosidad por su modo de ejecución⁸⁷.

A ello no obsta que el texto legal establezca, seguidamente, que “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 internacional⁸⁸. 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 régimen⁸⁹”.

Pues, como dicen CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, dicha formulación no introduce nuevos requisitos a la definición del delito, sino que se trata de una previsión aclaratoria o de interpretación auténtica con la que se indican dos supuestos en los que cabe la comisión del delito, siempre que se den los requisitos de la definición anterior, es decir, la participación en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella⁹⁰.

Sin embargo otros autores consideran que la situación de participación en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil es simplemente uno de los posibles contextos cuya concurrencia en el hecho delictivo permite su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional, al igual que la concurrencia de cualquiera de las circunstancias (o contextos alternativos) recogidas en los números 1º y 2º de dicho primer párrafo, es decir en aquellos casos de persecución por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad⁹¹ u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; o en el contexto de un régimen de apartheid (régimen institucionalizado

87 LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 226.

88 Esta situación se corresponde con lo que el art. 7.2. del Estatuto de Roma define como persecución.

89 Esta circunstancia constituye el crimen de apartheid de los arts. 7.1. j y 7. 2. h del Estatuto de Roma.

90 GARCÍA ARÁN, M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 2705. En un sentido similar GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 55.

91 Según FEIJOO SÁNCHEZ, la referencia expresa a la discapacidad, introducida por la LO 5/2010, no ha venido a ampliar el ámbito de protección del art. 607 bis “sino que viene a especificar un motivo universalmente reconocido como inaceptable con arreglo al derecho internacional. La persecución por motivos de discapacidad representaba ya una conducta típica desde la introducción del delito de lesa humanidad mediante la reforma del año 2003. Ello es así porque la modalidad de persecución no hace una definición cerrada de los motivos relevantes para el tipo, sino que deja la cuestión abierta mediante la referencia a «motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional»” (FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La reforma de los delitos de genocidio y lesa humanidad en relación a la protección de personas discapacitadas”, La Ley Penal, nº 80, marzo de 2011, Wolters Kluwer, pág. 12).

de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen). Es decir, sin que sea necesario que en todo caso los hechos delictivos deban llevarse a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁹².

La ya citada STS nº 798/2007, 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 régimen⁹³".

Para LIÑÁN LAFUENTE esta concepción disyuntiva de los distintos contextos sólo podría ser defendida desde una postura que considere que el ataque generalizado o sistemático ya está implícito en los apartados del art. 607.bis. 1. 1 y 2. C.P, pero según el autor, dicha afirmación sólo sería aplicable de un modo automático en el caso del crimen de apartheid y de más dudosa extrapolación al crimen de persecución. Para fundamentar esta afirmación es necesario acudir a instrumentos interpretativos internacionales que aclaran cómo deben ser entendido ambos conceptos⁹⁴.

A este respecto GIL 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 *ex legem* que equivalen al contexto de ataque generalizado o sistemático, pero que no excluyen otras posibles situaciones que integren este ataque⁹⁵.

92 COLINA OQUENDO, P., "Capítulo II bis De los delitos de lesa humanidad" en *Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y leyes penales especiales y complementarias* (dir. Rodríguez Ramos, L.; coord. Rodríguez-Ramos Ladaria, G.), La ley, Madrid, 2015, pág. 2389; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)", *Op. cit.*, pág. 1690; MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad", *Op. cit.*, pág. 1075; LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 230.

93 STS nº 798/2007, Fundamento de Derecho 6º, 8.

94 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 233 y 235.

95 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis", *Op. cit.*, pág. 1999. En el mismo sentido LANDA GOROSTIZA, J. M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 75; y GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 55.

En cualquier caso y como bien resume LANDA GOROSTIZA, la variación en la definición del contexto típico que opera el legislador español a la hora de transformar en normativa interna el crimen contra la humanidad del ER afecta nada menos que al aspecto clave para diferenciar los delitos de lesa humanidad de la criminalidad ordinaria. Por ello cualquier variación al respecto influirá decisivamente en la fijación de los márgenes de esta figura delictiva respecto de otros comportamientos criminales próximos⁹⁶.

Ataque generalizado y sistemático

La acción delictiva es en realidad la de perseguir y que esta persecución consiste en atacar con medios físicos⁹⁷. Pero al contrario que el ER en su art. 7.2 a), el CP no define lo que debe entenderse por ataque generalizado o sistemático contra la población por lo que, aunque puede utilizarse la definición contenida en la norma internacional como guía orientativa, su contenido no puede ser vinculante por cuanto se trata de una definición que limita el contenido de dicho concepto al ligar el “ataque contra una población” a la existencia de conformidad del mismo con una política de un Estado o de una organización para cometer ese ataque o para promover esa política. Aunque el silencio puede interpretarse como remisión tácita a dicha definición⁹⁸, la existencia de varias diferencias entre el contenido del art. 7 del ER y el del art. 607 bis del CP, nos induce a pensar qué si el legislador hubiera querido limitar ese concepto en el sentido indicado en el ER, lo habría delimitado así en el propio tenor del artículo y que al no hacerlo, puede estar pretendiendo otorgar una mayor protección, ampliando las conductas típicas de los delitos de lesa humanidad⁹⁹.

En cualquier caso, la utilización de la fórmula disyuntiva (“o”) en las dos características descritas en el ataque contra una población civil (generalizado o sistemático), hace que ambas características no necesiten darse acumulativamente, bastando con una sola de ellas¹⁰⁰.

Mediante la referencia al ataque “generalizado” se alude en un sentido cuantitativo a ataques que se manifiesten a gran escala ya sea por la realización de una multitud de actos o por el elevado número de víctimas, mientras que por medio del término

96 LANDA GOROSTIZA, J. M., “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, págs. 75 y 76.

97 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio”, La Ley, Madrid, 2010, pág. 1097.

98 Así lo defiende LANDA GOROSTIZA, J. M., “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 87.

99 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 49.

100 GARCÍA ARÁN, M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 2703; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio”, *Op. cit.*, pág. 1096.

“sistemático” se atiende a un aspecto cualitativo del ataque, vinculado a la naturaleza planificada y organizada del mismo¹⁰¹. Por el contrario, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA lo “generalizado” implica indiscernimiento en cuanto a la elección de las víctimas, sin previa determinación, y lo “sistemático” da una idea de persistencia y continuidad¹⁰².

Dichos requisitos se requieren de manera alternativa y, además, se refieren al contexto o línea de conducta del que tiene que formar parte dichos actos, con lo que la realización de un solo acto típico, incluso de una sola víctima, constituye un crimen de lesa humanidad, si forma parte de un plan o línea de conducta de ataque generalizado o sistemático¹⁰³.

Respecto de la circunstancia recogida en el nº 1 del apartado 1 del art. 607 bis CP, por persecución, dada la inexistencia de definición alguna de dicho término en el artículo y aplicando como guía la interpretación contenida en el art. 7.2. g) del ER, puede entenderse como la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho Internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad. Se trata por tanto de un supuesto de comisión de delitos graves pero cuya motivación responde a la pertenencia del sujeto pasivo a un determinado colectivo (elemento subjetivo) que es, además, objeto de persecución por esos mismos motivos (elemento objetivo)¹⁰⁴.

Por el contrario, el escenario colectivo recogido en el nº 2 del apartado 1 del art. 607 bis tiene una proyección típica mucho más restringida pues se centra en la dinámica de enfrentamiento entre colectivos exclusivamente raciales¹⁰⁵.

En relación a las acciones de la banda terrorista ETA, el Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (Diligencias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013)¹⁰⁶ y el Auto de 27 de octubre de 2015¹⁰⁷, dictado a continuación

101 DÍAZ MORGADO, C., “Título XXIV De los delitos contra la comunidad internacional” en *Comentarios al código penal Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. Corcón Bidasolo, M. y Mir Puig, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1784; CÓRDOBA RODA, J. (dir.), GARCÍA ARÁN, M. (dir), “Comentarios al Código Penal Parte Especial”, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2703; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1123; NICOLAS JIMÉNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, págs. 862 y 863; GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la comunidad internacional” *Op. cit.*, pág. 439.

102 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio”, *Op. cit.*, pág. 1096.

103 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *El Derecho Penal Internacional* (dir. Bacigalupo Zapater, E.), Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2001, pág. 32.

104 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 982.

105 LANDA GOROSTIZA, J. M., “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 77.

106 Dictado por el Magistrado D. Juan Pablo González González.

107 Dictado también por el Magistrado D. Juan Pablo González González.

en el mismo procedimiento anterior de procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA, en ambas resoluciones el Magistrado concluye que sí es posible sostener indiciariamente la existencia de un delito de lesa humanidad prevista en código penal español que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros, cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil o parte de ella, siendo éste el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad. Y ello debido a que en el caso de los crímenes de ETA concurren *prima facie* dichos elementos o circunstancias, pues la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una “violencia de persecución¹⁰⁸” y los hechos delictivos se cometan como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos. Siendo a partir de la ejecución de dicha estrategia cuando se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos.

Sin embargo, la misma Audiencia Nacional también se ha pronunciado en sentido contrario, así en el mismo procedimiento anterior, el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3 en el procedimiento de Procedimiento abreviado 89/2013 (que estima el recurso de reforma formulado por el procesado y acuerda dejar sin efecto respecto de él el auto de procesamiento dictado por el Magistrado anterior al que sustituye en dicho Juzgado)¹⁰⁹ afirma que el terrorismo no constituye un crimen de lesa humanidad, reproduciendo lo manifestado en ese sentido por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto nº 155/2016, de 8 de abril de 2016¹¹⁰.

¹⁰⁸ Auto de 27 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (Diligencias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013).

¹⁰⁹ Dictado por la Magistrado Dña. Carmen Lamela Díaz.

¹¹⁰ Dicho Auto tiene por objeto el recurso de apelación contra el Auto de 13 de enero del 2016 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia nacional (en el Procedimiento Ordinario nº 2/2000 que acordó no admitir a trámite la querella por delitos de lesa humanidad en relación con el asesinato de Luis Portero García cometido el día 9 de octubre de 2000. La referida resolución pese a referirse un delito cometido con anterioridad a la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, hace también referencia al tenor del art. 607 bis y a las disimilitudes entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes terroristas.

AAN, Sección 3^a, núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016: “Aun cuando consideremos que el terrorismo es una forma de ataque letal, que puede afectar a un número elevado de víctimas, y que puede tener un carácter transnacional, ello por sí solo no sirve para hacerle partícipe de las características técnicas que configuran los crímenes de lesa humanidad. El número elevado de víctimas no convierte un atentado terrorista en un crimen contra la humanidad, sino que el dato clave a estos efectos, es la vinculación entre el sujeto activo del delito a una organización idónea para generar el ataque en cuestión (elemento político), dentro a su vez de una acción generalizada o sistemática (elemento contextual). El elemento determinante en los crímenes de lesa humanidad es el desafío real a las instituciones, que se acredita por su capacidad generadora de más crímenes similares que provoca reacciones en

Valga por delante que la argumentación vertida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de fecha 8 de abril de 2016 se refiere, casi en su integridad, al concepto de “ataque generalizado o sistemático contra la población civil por motivos discriminatorios” contenido en el art. 7 ECPI y “Documento de los “Crímenes” y desarrollado por la jurisprudencia internacional haciéndolo extensivo al contenido en el art. 607 bis del CP, lo que supone que de hecho no diferenció entre ambos preceptos y por tanto no tuvo en cuenta las diferencias existentes entre dichos textos. Extremo que en cierta medida era lógico, por cuanto el art. 607 bis CP no estaba vigente cuando se cometieron los hechos objeto del procedimiento judicial y por ello debía referirse únicamente a la posible aplicación a los hechos objeto del procedimiento del art. 7 ECPI. Sin embargo, dicha convalidación entre ambos textos que realiza la referida resolución es asumida sin más, es decir, sin analizar las peculiaridades propias del art. 607 bis CP frente al precepto del ER, por el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 en el procedimiento de Procedimiento abreviado 89/2013 que se seguía por hechos ocurridos estando vigente ya el referido art. 607 bis CP, consolidando por tanto una línea jurisprudencial en la Audiencia Nacional que podría calificarse de desactualizada¹¹¹.

En cuanto al ataque generalizado o sistemático la citada resolución considera que “(...) en los crímenes de lesa humanidad, el aspecto sistemático permite que los actos individuales se analicen desde una perspectiva más lesiva, 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 ésta para que se dé un acto terrorista, sin mayores pretensiones. Para que una organización terrorista pueda crear un elemento contextual en el que se inserten los actos que configuran los crímenes contra la humanidad, sería preciso un cambio en la naturaleza de aquellas, para llevar a cabo ataques sistemáticos en el sentido estricto de los crímenes contra la humanidad”.

Por ello para el Auto analizado, “(...) el terrorismo es un acto, no un “ataque” generalizado” sin unidad a posteriori, y por tanto, sin la capacidad de emanar ese elemento

cadena, ya que no sólo el peligro perpetrado se incrementa, sino que también esa participación en el ataque crea una atmósfera (incita) a los crímenes de otros; y no esa superioridad relativa propia que existe entre la organización terrorista y la víctima..... El terrorismo es un acto, no un “ataque” generalizado” sin unidad a posteriori, y por tanto, sin la capacidad de emanar ese elemento contextual, ya que se agota en sí mismo por su carácter azaroso. El marco cualitativo superior de los crímenes de lesa humanidad, implica sostenibilidad en el tiempo y un peligro adicional que no depende de los medios utilizados; mientras que un acto terrorista carece de la posibilidad de extender su contexto, es decir, de multiplicar las consecuencias de la ignominia.” En definitiva, un acto de terrorismo no será nunca “per se” un crimen contra la humanidad, salvo en los casos que la interacción entre el elemento contextual y político genere uña vis atractiva similar a la que provoca en las conductas del artículo 7.1 ECPI, como así sucede en el caso “Scilingo”, ausente sin embargo en el supuesto que nos ocupa”.

¹¹¹ Pero que también ha sido seguida por el Auto de la Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Sección 6, Rec 25/2016 de 31 de Octubre de 2016.

contextual, ya que se agota en sí mismo por su carácter azaroso. El marco cualitativo superior de los crímenes de lesa humanidad, implica sostenibilidad en el tiempo y un peligro adicional que no depende de los medios utilizados; mientras que un acto terrorista carece de la posibilidad de extender su contexto, es decir, de multiplicar las consecuencias de la ignominia.”

Tales afirmaciones no parecen aceptables, pues como dice FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, los actos aparentemente «individualizados» de terrorismo están entrelazados entre sí porque responden a la planificación y estrategia ideada y ordenada por la cúpula de la organización terrorista (lo que les otorga la dimensión de crimen de lesa humanidad)¹¹².

Asimismo, siguiendo la argumentación de éste autor, la actividad terrorista de ETA ha sido desarrollada y continuada durante casi cinco décadas y caracterizada por una pluralidad de conductas delictivas (no sólo por asesinatos) y así consta en informes y trabajos de todo tipo (policiales, científicos, de organizaciones pacifistas, etc.), en sentencias judiciales nacionales e internacionales y en Informes internacionales como el del Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa¹¹³ que acreditan que lo que caracteriza a la actividad de la organización terrorista ETA es precisamente tanto su carácter continuado en el tiempo (durante casi cinco décadas), la ramificación o diversificación de dicha actividad terrorista en distintos frentes y destinatarios (no habiéndose agotado su actividad «en un acto»), así como el haber obedecido siempre a una planificación gestada en las respectivas cúpulas de la organización terrorista; planificación en cuya ejecución han participado los miembros civiles y «militares» de la misma¹¹⁴.

Elemento político

El artículo 607 bis C.P. no exige, a diferencia del art.7 ER de la CPI, 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 del crimen contra la humanidad no se requiere para que pueda cometerse un delito de lesa humanidad.

Sin embargo, la Sentencia nº 16/2005 de 19 de abril de 2005 (Rec. 139/1997) dictada por la Sección 3^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo

¹¹² FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., “Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista ETA”, Revista de Derechos Fundamentales, nº 30, Segundo Semestre, 2017, pág. 69.

¹¹³ Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001, disponible en la página web del Consejo de Europa: <https://rm.coe.int/16806da57f>, págs. 105-118.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., “Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista ETA”, *Op. cit.*, págs. 66 y 67.

(y revocada por la STS nº 798/2007), sí lo identifica como un elemento definidor del delito de lesa humanidad, al interpretar los elementos generales del tipo que, la exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político “de facto”. No obstante, la mera lectura de dicha resolución que estos puntos definidores del delito los selecciona de la jurisprudencia del Tribunal de la Ex-Yugoslavia, a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto y no de la interpretación del tipo penal del artículo 607 bis CP¹¹⁵.

Es cierto que la exigencia de que el ataque sea generalizado o sistemático, parece conducir a la exclusión de la posibilidad del castigo de conductas individuales¹¹⁶. Ahora bien, como bien dice LIÑÁN LAFUENTE, si dicha persona, actuando en solitario, realizase diversos actos contra un grupo determinado, repitiendo un patrón de conducta de modo sistemático, dado que la interpretación gramatical el tipo penal no exige que el ataque lo cometa un Estado o una organización, sí que podría ser considerado como un ataque típico en el delito de lesa humanidad¹¹⁷.

Además, parte de la doctrina defiende que no es suficiente con que el ataque lo lleve a cabo una cualquier grupo u organización, terrorista o criminal, sobre los que pueda asumir el Estado su represión en el orden interno, sino que esta ha de tener un concreto poder que caracteriza el elemento político del crimen contra la humanidad. Se trataría de delitos que no pueden cometerse fácilmente esos delitos en países democráticos, donde prevalece el sistema parlamentario de la voluntad popular¹¹⁸.

Así, GIL GIL, defiende que ese elemento se encuentra en el nivel de poder que alcance la organización que lanza el ataque, pues sólo cuando ésta ostente un poder tal que neutralice al del Estado o controle de facto, una parte de su territorio, se habrá de considerar que la comisión de los delitos comunes –cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil– han pasado a convertirse en crímenes contra la humanidad¹¹⁹.

Por el contrario para autores como LIÑÁN LAFUENTE, el anterior argumento sería válido para fundamentar la competencia del Derecho penal internacional sobre esta clase de crímenes, pero no aplicable en el ámbito del derecho nacional, pues en éste la propia forma de llevar a cabo el ataque exige que se cometa, al menos, por un grupo organizado, el cual ha de tener un poder de actuación tal –por su estructura, medios, conexiones internacionales, etc.– que les posibilite cometer un ataque generalizado

115 Ver SAN nº 16/2005, Fundamento de Derecho Primero: “A) Calificación Penal de los hechos”, 4. y “B. La aplicabilidad al caso del vigente tipo penal de lesa humanidad”, “5. Sobre la Aplicabilidad General los Crímenes Contra la Humanidad”, 3.

116 GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 438.

117 LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, págs. 240 y 241.

118 CARDONA TORRES, J., “Derecho penal parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 641.

119 GIL GIL, A. “Derecho Penal Internacional”, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 143.

o sistemático y además, la propia estructura criminal, sitúe a los organizadores del ataque en una posición que dificulte el castigo a los mismos. Por lo que bastaría para incluir como posibles sujetos activos del delito de lesa humanidad, a organizaciones criminales o terroristas que ataquen de un modo sistemático o generalizado a un grupo de población civil¹²⁰.

Sobre este elemento el Auto de la Audiencia Nacional nº 155/2016, de 8 de abril de 2016 establece, siguiendo el concepto internacional del delito de genocidio, que “...otro rasgo típico de este tipo de crímenes internacionales es la implicación de un aparato estatal en su comisión, de ahí la necesidad de establecer un marco de responsabilidad penal desvinculado del ordenamiento estatal, aunque lo cierto es cada vez es más frecuente que ese tipo de acciones sean desplegadas por actores armados no estatales, grupos u aparatos organizados para-estatales, cuya capacidad de afectar a la comunidad internacional en su conjunto es equiparable a la de un Estado”.

Por ello –sigue diciendo la resolución– “...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; el terrorismo puede contemplar perfectamente un acto aislado que consista en un asesinato como es el caso, un atentado u otra conducta típica. Las organizaciones terroristas, por lo general, tienen una menor capacidad de confrontación con el Estado, y se valen de su organización tanto para llevar a cabo sus ataques como para potenciar la clandestinidad y cohesión interna, como base de su propia subsistencia. Las organizaciones terroristas sólo pueden realizar actuaciones políticas, en cuanto un plan concreto trazado para lograr determinado objetivo, pero no como elemento demandado por el art. 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 de lesa humanidad”.

Sin embargo, haciendo abstracción del caso concreto juzgado y siguiendo la trayectoria de la banda terrorista, parece difícil no interpretar que el asesinato en cuestión no es un «acto aislado» de terrorismo sino un asesinato que responde a la misma estrategia y planificación seguida por ETA que motivó y originó tanto los cometidos con anterioridad como los que le siguieron después.

Contra la población civil

El ataque debe realizarse sobre la población civil que se configura como el sujeto pasivo del delito. Para unos autores, en el término población civil se integra no sólo una definición estricta como aquellas personas que no pertenezca a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o Fuerzas armadas, sino que incluye en un contexto de “conflicto armado” a quienes, habiendo participado en éste, se encuentran fuera

¹²⁰ LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 243.

de combate¹²¹. En sentido contrario para otros autores deben incluirse como posibles sujetos pasivos de este delito a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad¹²², dejando fuera únicamente a los miembros de los cuerpos militares¹²³.

En el caso de la banda terrorista ETA este elemento se encuentra desarrollado en el Auto de 27 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, cuando se establece que “los colectivos concretos de la sociedad contra cuyos representantes o miembros ETA ha dirigido su actividad terrorista, han permanecido prácticamente sin alteración desde el advenimiento de la democracia en España, sufriendo únicamente ligeras variaciones, que son consecuencia de las adaptaciones estratégicas que hacia la banda terrorista para, de acuerdo a sus análisis de la situación política y social en cada momento, mejorar la eficiencia de su actividad terrorista. Así, durante el período que se extiende desde 1978 hasta 1992, ante la creencia de que lo fundamental era presionar al Estado español, el objetivo era golpearlo en su columna vertebral, por lo que la mayor parte de las acciones terroristas de ETA se dirigen contra los «cuerpos represivos» (Guardia Civil y Policía, así como a los «colaboradores» de los mismos) y los «poderes fácticos» (las Fuerzas Armadas). No obstante, la actividad terrorista también se dirigió contra el poder económico español, contra los bienes de capital francés, contra los funcionarios de prisiones, en apoyo a reivindicaciones de tipo ecológico (Lemóniz, autovía del Leizarán...) y cometiendo secuestros con la finalidad de procurarse fondos ⁷⁴. Como ya hemos señalado, lo que caracterizaba a las personas que eran objeto de la actividad delictiva realizada por ETA y el resto de organizaciones del MLNV era su posicionamiento ideológico o su adscripción a actividades o sectores institucionales, políticos, ideológicos, profesionales o sociales que a juicio de la banda terrorista impedían o dificultaban el desarrollo de su proyecto político, económico y social”

4.2.2. Las acciones

Las acciones que, junto con el contexto de ataque generalizado y sistemático contra un sector de la población civil, configuran el delito de lesa humanidad están descritas en el art. 607 bis, 2 y abarcan las siguientes conductas: homicidio; violación o agresión sexual; lesiones; sometimiento a condiciones peligrosas para la vida o que perturben gravemente la salud (entendidos en el sentido utilizado en los respectivos tipos penales comunes del Código penal); la deportación de personas o traslado forzoso de personas –mediante la expulsión u otros actos de coacción– sin motivos autorizados por el derecho internacional, a otro Estado o lugar; el forzamiento

¹²¹ DÍAZ MORGADO, C., “Título XXIV De los delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1784; GARCÍA ARÁN, M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 2704.

¹²² LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 245.

¹²³ DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1124.

del embarazo con el fin de modificar la composición étnica de una población¹²⁴; la desaparición forzosa de personas¹²⁵ y las detenciones ilegales por infracción de las normas internacionales sobre la detención; las torturas, grave o menos grave, sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control¹²⁶; la prostitución forzada y explotación sexual¹²⁷, así como el traslado forzoso de personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima; y la esclavitud, entendiendo por ésta la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

4.3. El tipo subjetivo

Los delitos de lesa humanidad solo admiten la forma dolosa. La imprudencia es incompatible con el conocimiento que debe tener el sujeto de estar participando en un ataque general o sistemático¹²⁸. Teniendo en cuenta que el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo de injusto, el autor deberá ser consciente de que su hecho delictivo forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella¹²⁹.

El ar. 607, bis, 2 incluye, en concreto una serie de conductas que exigen dolo directo¹³⁰ en el que se incluye el conocimiento de que las actuaciones del sujeto forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o grupos de ésta¹³¹. Así por parte de la doctrina española se ha señalado que la compleja estructura típica del delito implica que además del dolo propio del acto individualizado, ha de aparecer un elemento subjetivo del injusto constituido por la ulterior finalidad de atacar con

¹²⁴ Conforme a lo dispuesto en el art. 7.1. d) y g). 4, respectivamente, de los “Elementos de los Crímenes” anexo del Estatuto de Roma.

¹²⁵ Art. 607 bis. 2. 6º CP: “Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley”.

¹²⁶ A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos (art. 607 bis. 2. 8º CP).

¹²⁷ Conductas comprendidas en los arts. 187.1 y 188.1 CP.

¹²⁸ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1119; GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 56.

¹²⁹ LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 255; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 983.

¹³⁰ DE URBANO CASTRILLO, E., “Art. 907 bis III. Comentario”, *Op. cit.*, pág. 3825.

¹³¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1115; DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1124.

tal acto a la población civil o a una parte de ella. Se trata de actos que exigen la finalidad o elemento subjetivo de atentar no contra una persona en particular, sino contra un grupo homogéneo, en todo o en parte, de una población civil¹³².

De este modo, al mero conocimiento del contexto se le habría de añadir la intención de atacar a una parte de la población civil para considerar perfeccionado el tipo¹³³. Es decir, el sujeto debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto¹³⁴.

Por tanto, la vertiente subjetiva de todos estos delitos tiene un elemento subjetivo del injusto o preordenación, debe representarse el autor que su acto concreto forma parte del ataque, que excluye el dolo eventual¹³⁵. En sentido contrario se manifiesta LIÑÁN LAFUENTE, para quien en el caso de que el autor del hecho no estuviera seguro de que su acto formara parte del ataque, pero habiéndose planteado dicha posibilidad actuare, nada impediría, que si el hecho finalmente formaba parte del ataque pudiera ser considerado como el delito recogido en el art. 607 bis CP¹³⁶.

A este respecto, la Sala de lo Penal, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional, en su Auto núm. 155/2016, de 18 de abril, excluye que el asesinato del caso de autos se trate de un crimen de lesa humanidad porque no aprecia que se dé en él el elemento de premeditación (esto es, «con conocimiento de dicho ataque»): *“El elemento de premeditación, se refiere al conocimiento por parte del autor de que sus actos se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y no a la intención preexistente de causar la muerte de una persona determinada por ciertos motivos o en ciertas condiciones”* 76. Sobre este particular los «Elementos de los Crímenes», que constituyen los parámetros interpretativos de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra contemplados, respectivamente, en los arts. 7 y 8 del ECPI, precisan que para la comisión de éstos no es necesario que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o de la política del Estado o de la organización”.

Sin embargo, parece contradictorio afirmar que una persona que es miembro de una banda terrorista y por orden de ésta lleve a cabo un delito de asesinato, no tenga conocimiento de que sus actos se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Por cuanto que precisamente una persona que se integra en una organización de este tipo suele ser consciente de los objetivos que persigue la misma y entre los que se encontraba –en el caso de ETA– la eliminación

132 SÁNCHEZ MELGAR, J., “Código penal. Comentarios y Jurisprudencia”, *Op. cit.*, pág. 3518.

133 GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 441.; LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 256.

134 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1115.

135 MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)”, *Op. cit.*, pág. 1694.

136 LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 256.

física de todo aquel considerado por aquella como «enemigo» y entre los que se encontraban parte de la población civil¹³⁷.

De conformidad con lo expuesto, resulta que son elementos de los delitos de lesa humanidad, los siguientes: a) como elemento objetivo, la realización (por acción u omisión) de una de las conductas enumeradas en el precepto; b) como elemento subjetivo, la intención de realizar tales actos (dolo); y finalmente c) como elemento teleológico especial, el conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica en cualquiera de las circunstancias anteriormente destacadas y previstas en el tipo.

De lo anterior resulta que este delito es eminentemente doloso en los que el doble elemento intencional debe alcanzar tanto al autor directo del plan (generalmente constituido por líderes políticos y militares) como a los que ejecutan el mismo, que responderán como coautores, y que por tanto puede cometerse por acción como por omisión¹³⁸.

4.4. Los sujetos activo y pasivo del delito

Dado que el Código Penal español no exige que dicho ataque sea conforme con una política de un Estado o de una organización, se puede defender que dichos ataques pudieran provenir de personas individuales que conociendo la existencia de dicho contexto de ataques generalizados o sistemáticos por parte de determinados grupos realicen dichos actos contra la población civil¹³⁹. Pueden ser autores directos los particulares y los representantes de la autoridad del Estado donde se comete el delito, así como los que toleren su perpetración¹⁴⁰.

Aunque, como ya hemos dicho anteriormente, teóricamente cabe la comisión del delito por un solo individuo, en la práctica la realización del mismo es poco menos que imposible sin una pluralidad de personas y una cierta planificación lo que apunta

137 Sobre los grupos y colectivos parte de la sociedad civil que eran objeto de ataque por parte de ETA puede leerse el Auto de procesamiento de fecha 27/10/2015 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 anteriormente trascrito parcialmente.

138 MAÑAS DE ORDUÑAS, A., “Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad”, *Op. cit.*, pág. 1076.

139 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 50; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, *Op. cit.*, págs. 20 a 24; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 3147. En este sentido, “la conexión del autor con el ataque es, en gran medida, una relación de tipo subjetivo, pues el autor debe ser consciente de que su comportamiento se enmarca dentro de un contexto criminal, aunque el acto criminal –desde el punto de vista objetivo– deba poder ser considerado como parte del ataque” (LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, págs. 251 y 252).

140 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1115.

hacia varias categorías de autores¹⁴¹. Y en este sentido los partícipes siguen las reglas generales de la autoría y la participación¹⁴².

Asimismo, no existen criterios claros sobre qué organizaciones o grupos pueden cometer los delitos de lesa humanidad, como tampoco si aquellos deben estar movidos por algún tipo de convicción política¹⁴³. Si bien el sujeto activo vendrá conformado por aquellas personas que integren el aparato de poder y participen en alguna medida de su estructura y la responsabilidad será mayor conforme ocupe el reo una posición más elevada en la cadena de mando del ámbito jerárquico de esa estructura de poder¹⁴⁴, dado que el tipo no establece ningún tipo de limitación o especificidad de los sujetos actuantes, también podrá ser aplicado a cualquiera que realice los hechos descritos¹⁴⁵.

En cuanto a los sujetos pasivos, estos delitos únicamente pueden tener como víctimas a miembros de la población civil, especialmente los que pertenezcan a grupos que sean perseguidos «por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptable con arreglo al derecho internacional» (art. 607 bis 1.ºº CP)¹⁴⁶.

Sin embargo, es la persona individual, el sujeto pasivo de la acción en todas las actuaciones delictivas contempladas en el art. 607 bis 2. CP puesto que en todas las acciones contempladas en dicho apartado –violaciones, deportaciones, esclavitud, ...–, los bienes jurídicos contemplados son de tipo personalísimo –vida, integridad física, libertad de movimiento...– 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 mismo¹⁴⁷.

No obstante lo cual, para autores como BORJA JIMÉNEZ, aunque el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que lesione la respectiva conducta subyacente, también la población civil, o un sector de la misma, considerada en atención al rasgo distintivo que ha tenido en cuenta el ofensor para llevar a cabo la acción criminal, puede ser percibida indirectamente como sujeto pasivo del delito internacional¹⁴⁸. Y para otros

¹⁴¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), *Op. cit.*, pág. 1694.

¹⁴² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1116.

¹⁴³ MAÑAS DE ORDUÑAS, A., “Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad”, *Op. cit.*, pág. 1074.

¹⁴⁴ BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 881.

¹⁴⁵ DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1124.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1115.

¹⁴⁷ LIÑAN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, pág. 253.

¹⁴⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, págs. 880 y 881.

autores el sujeto pasivo es tanto la persona differentemente afectada por la acción constitutiva de delito de lesa humanidad, como la propia Comunidad Internacional, titulares, en ambos casos, de los bienes jurídicos afectados¹⁴⁹.

Finalmente, pese a que el tipo penal expresamente exige un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (MENDOZA CALDERON), lo que puede sugerir la necesidad de un sujeto pasivo colectivo, la doctrina coincide en la no exigencia de una generalidad de víctimas como elemento necesario del tipo, sino que se refieren al contexto o línea de conducta del que pueden formar parte, con lo que un solo acto típico con una sola víctima puede dar lugar al tipo penal de delito de lesa humanidad, si forma parte de dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil (GIL GIL; FEIJOO)¹⁵⁰.

5. DIFERENCIACIÓN ENTRE DELITOS DE TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES

5.1. Los sujetos activo y pasivo del delito

Los delitos de terrorismo tienen como principal rasgo definitorio, la concurrencia – como elemento subjetivo del injusto – de la finalidad del autor de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Esta segunda alternativa del elemento subjetivo del tipo revela la pretensión de causar terror en la población a través de la comisión de delitos que siembran la intranquilidad, el desasosiego, la inquietud o el terror en los ciudadanos; en definitiva, lo que diferencia cualitativamente a estos delitos es la motivación de producir terror a la sociedad a través de esta forma de criminalidad común organizada¹⁵¹.

Así el delito de lesa humanidad encuentra su diferencia respecto del delito de terrorismo, en los casos en que el atentado terrorista se produzca en el contexto previsto en el art. 607 bis, en la ausencia de finalidad política, porque estos ataques no requieren, como elemento específico subjetivo del injusto –en el ámbito de la legislación de la Unión Europea– el fin de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir

¹⁴⁹ MAÑAS DE ORDUÑAS, A., “Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad”, *Op. cit.*, pág. 1074.

¹⁵⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 983; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), *Op. cit.*, pág. 1690; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 3147.

¹⁵¹ PIGNATELLY y MECA, F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Op. cit.*, pág. 238.

las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional¹⁵²; o como se recoge en el CP, el propósito de subvertir el orden constitucional o alternar gravemente la paz pública (art. 573 CP)¹⁵³.

Por otra parte, no puede olvidarse que lo esencial para diferenciar el delito de lesa humanidad de otras conductas criminales, radicará en el ataque, dependiendo la calificación jurídica del modo y la forma en que se llevan a cabo los hechos criminales, y si estos pueden ser considerados como una línea de conducta generalizada o sistemática dirigida contra la población civil¹⁵⁴.

Por ello, el punto más fluido de enlace entre el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo puede situarse en la referencia a que los hechos acompañantes (por ejemplo, asesinatos, lesiones, secuestros, etc.) deben inscribirse en una línea de conducta en que tales hechos se van a cometer de una forma múltiple y, además, obedeciendo a una “política” para cometer el ataque contra la población o de promoción de ese ataque. En ese sentido parece correcto afirmar como hace LANDA GOROSTIZA, que el asesinato terrorista repetido que busca la modificación de posiciones del grupo ideológico declarado enemigo podría quizás ser uno de esos supuestos en que se está pensando como modalidad de crimen de lesa humanidad por cuanto formaría parte al parecer de una “política” de agresión contra el colectivo o en cualquier caso de promoción de aquélla. Sólo entonces si se dieran las circunstancias de que un grupo terrorista, racista, xenófobo pudiera acumular el poder suficiente para hacer ínter subjetivamente verosímil la quiebra radical y general de la situación de convivencia propia de un Estado de libertades; con otras palabras, sólo en el caso de que la “política” de eliminación del grupo terrorista sea viable e inminente cabría entonces activar la prohibición del delito de lesa humanidad¹⁵⁵.

En definitiva, en el ámbito interno español, en el CP muchos de los actos terroristas pueden constituir a su vez delitos de lesa humanidad (todos no, pues el ámbito punitivo del delito terrorista es mayor que el del delito de lesa humanidad). Así en relación, por ejemplo, en los actos terroristas ocurridos en nuestro país, como el 11-M o los perpetrados por la banda terrorista ETA, en principio, se pueden calificar tanto como crímenes de lesa humanidad (ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o contra una parte de ella, cometiéndose a través de los delitos comunes enumerados por el art. 607 bis CP) y también como delitos de terrorismo (pues en dichos supuestos los autores actúan con la intención de subvertir un orden

¹⁵² Art. 3. 2 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo

¹⁵³ LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 3148.

¹⁵⁴ LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, págs. 243 y 244.

¹⁵⁵ LANDA GOROSTIZA, J. M., “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Op. cit.*, pág. 81.

constitucional o alterar gravemente la paz pública, a través de ataques generalizados contra una parte de la población civil).

El problema de la delimitación entre ambos tipos, como bien pone de relieve GARCÍA SÁNCHEZ, se agudiza desde el momento en que los actos terroristas suelen en la práctica revestir el carácter sistemático o generalizado de un ataque contra la población civil. Además, dicha dificultad se agrava por el concepto amplio de ataque generalizado o sistemático de los delitos de lesa humanidad, extendiéndose a los realizados no sólo por los aparatos del poder estatal sino también a los realizados por parte de una organización no estatal¹⁵⁶.

5.2. Problemas concursales

Todos los tipos del delito de lesa humanidad que tienen un referente en otras partes del CP constituyen tipos agravados respecto de estos y son de aplicación preferente por razón de su especialidad¹⁵⁷, lo que convierte a cada modalidad de crimen contra la humanidad en ley especial frente al correspondiente delito común¹⁵⁸.

En este sentido los delitos de lesa humanidad consumen a los delitos comunes porque protegen los mismos bienes jurídicos individuales. Pero cuando hay pluralidad de víctimas, quienes defienden el carácter individual del bien jurídico protegido sostienen que cada ataque individual constituye un delito de lesa humanidad; y quienes defienden otra opción, resuelven esta situación de igual forma que para el delito de genocidio: concurso entre el delito de lesa humanidad y el resto de delitos comunes¹⁵⁹.

Es decir que el delito de lesa humanidad lesioná distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas sería necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado. En definitiva, para abarcar toda esa significación antijurídica sería preciso acudir al castigo conforme a dos leyes en juego, discutiéndose –asimismo– si estaríamos ante un concurso de delitos real o ideal, según las características de cada hecho.

Así entre los autores que defienden el carácter individual del bien jurídico protegido destaca GIL GIL, para la que cada modalidad de crimen contra la

¹⁵⁶ GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, págs. 64 y 65.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 1119.

¹⁵⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 981.

¹⁵⁹ NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 862; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional”, *Op. cit.*, pág. 3147.

humanidad es precepto especial frente al correspondiente delito común, por lo que la comisión de, por ejemplo, veinte muertes en el contexto que las convierte en crímenes contra la humanidad darán lugar a veinte crímenes contra la humanidad¹⁶⁰.

Con respecto a la perspectiva de un bien jurídico protegido supraindividual, en la ya mencionada con anterioridad, Sentencia nº 16/2005 de 19 de abril de 2005 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se establece un concurso real entre varios delitos de lesa humanidad, al entender que cada conducta delictiva constituía un delito de este tipo. Pero para GARCÍA SÁNCHEZ, la solución en el caso de concurrencia de múltiples actos cometidos por una misma persona no es la del concurso real entre varios crímenes de lesa humanidad, sino la del concurso ideal, o bien, se podría optar por la aplicación de un delito de lesa humanidad, teniendo para ello en cuenta la conducta más grave cometida, en concurso real con las figuras comunes que constituyan el resto de los actos; iguales soluciones que las mantenidas para el delito de genocidio o terrorismo según algunas posturas doctrinales. Ello se justificaría con el fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*: si el bien jurídico protegido es la población civil, ésta ya quedaría protegido con la aplicación de un delito de lesa humanidad; por el contrario, si aplicamos un concurso real entre varios delitos de lesa humanidad estaríamos castigando varias veces por el mismo hecho¹⁶¹.

Por su parte, en el ya mencionado Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2015 que admite a trámite la querella interpuesta contra la banda terrorista ETA, lo hace por delito de lesa humanidad en concurso real con delitos de asesinato. Sin embargo dicha calificación ha sido criticada porque no puede existir un concurso real entre un delito de lesa humanidad con causación de muerte y un asesinato –siempre que el hecho de matar sea el mismo que se ha cometido conectado con un ataque contra la población civil– pues obviamente no podría castigarse en concurso real ambas conductas sin vulnerar el *ne bis in idem*, pues la causación de la muerte constituye tanto un asesinato como, si es cometida en conexión con un contexto determinado, un delito de lesa humanidad¹⁶².

En este sentido, en el caso de hechos delictivos que podrían ser calificados como delito de terrorismo o como delito de lesa humanidad, para LIÑÁN LAFUENTE, en muchas ocasiones nos encontraremos ante un concurso de leyes, es decir cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumida en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el principio *ne bis in idem*, por ejemplo del mismo modo que un acto puede ser al mismo tiempo un crimen de guerra y un delito de lesa humanidad. Siendo lo mejor, en estas situaciones, acudir al principio de especialidad para

160 GIL GIL, A., “Artículo 607 bis”, *Op. cit.*, págs. 2001 y 2002.

161 GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, pág. 59.

162 LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, págs. 261 y 262.

resolver el concurso aparente, pues si se opta por el criterio de mayor gravedad (art. 8.4 CP) se corre el riesgo de que por la habitual mayor penalidad del delito de lesa humanidad frente a otros delitos comunes se produzca una vis atractiva y una fagotización del delito de lesa humanidad frente a los crímenes que habitualmente son cometidos por organizaciones y que afectan a bienes jurídicos fundamentales¹⁶³.

6. CONCLUSIONES

La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (PETI) aprobó recientemente el Informe de Misión de fecha 21 de abril de 2022 sobre la situación en la que se encontraban los 379 casos de asesinato sin esclarecer cometidos por la banda terrorista ETA y en el cual se constaba que en un porcentaje significativo (aproximadamente el 44 % de los asesinatos de ETA) no existe sentencia judicial para todos los autores físicos de los delitos, lo que provoca una falta de justicia con respecto a las familias de las víctimas.

Por ello entre las Recomendaciones del informe se encuentran, entre otras, la de “Sugerir a las instituciones competentes que agoten las posibilidades interpretativas del Derecho penal, incluido el posible reconocimiento de los crímenes terroristas de ETA como crímenes contra la humanidad, incluso antes de 2004, por lo que se considera que no están sujetos a prescripción ni amnistía (8), recordando, que ya se han presentado varias iniciativas de modificación del CP español para que el principio de legalidad se interprete de acuerdo con el Derecho internacional”.

Dicha solicitud parece estar en línea con una postura favorable a la específica interpretación del principio de legalidad con la existencia de normas no escritas y la idea del valor de la costumbre internacional como fuente del derecho, respecto a lo dispuesto en el art. 7 del CEDH y de acuerdo a la jurisprudencia emanada del TEDH, lo que supondría la necesidad de un cambio en la interpretación efectuada por el TS sobre dicha cuestión o, en la intención de impulsar una modificación del CP por la cual el principio de legalidad pueda ser aplicado teniendo en cuenta lo establecido en múltiples Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Español, opción ésta que ya ha sido objeto de diversas iniciativas legislativas que hasta el momento no han prosperado.

Tanto en el terrorismo transnacional *stricto sensu* como en el internacional, los injustos ocasionados lesionan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional, al igual que podría ocurrir con el terrorismo interno si éste alcanza un umbral concreto, a causa de las víctimas causadas o medios de terror empleados. Por ello se ha producido un importante desarrollo de la legislación de los Estados

¹⁶³ LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, *Op. cit.*, págs. 243 y 244. En el mismo sentido: GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, *Op. cit.*, págs. 65 a 67.

en materia antiterrorista y se ha generado una serie de declaraciones unilaterales de representantes de Estados y de Organizaciones internacionales relativas a la calificación del terrorismo como crimen internacional y violación de los derechos humanos.

Los crímenes de lesa humanidad (art. 7º) se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al Derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo. Asimismo, la determinación de los elementos o puntos definidores del delito de lesa humanidad y su prueba se ha efectuado por la jurisprudencia del TPIY a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto.

Aunque el texto del ER sólo tipificó cinco crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no encontrándose el terrorismo entre los cinco crímenes tipificados, se considera que en el ámbito penal, el Estatuto es un gran paso adelante en la lucha contra el terrorismo y que éste se encuentra ya incluido en las infracciones castigadas en aquél y que, al crear la CPI, la comunidad internacional ha hecho una contribución importante tanto a la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas como a la prevención de los actos terroristas.

Entre los actos referenciados en el artículo 7 del ER que podrían constituir manifestaciones del terrorismo se menciona el asesinato, el exterminio, la deportación o traslado forzoso de población, la tortura y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional. Además, el apartado k) del art. 7 se refiere a cualesquiera otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

No obstante lo anterior, se discute en la doctrina la identificación del crimen de terrorismo como un crimen autónomo o subsumido por otra de las categorías de crímenes de derecho internacional reconocidas por el ER, así como si revisten las características de los crímenes de lesa humanidad tal y como están previstos en el art. 7 del ER y se pueden enjuiciar por la CPI. De hecho, la redacción típica de los delitos de lesa humanidad conlleva que esta figura se sobreponga o converja con los delitos de terrorismo, pues por “ataque sistemático o generalizado” se entiende la comisión múltiple de actos de conformidad con un plan o una política determinada preconcebida, que tiene que realizarse contra la población civil. De este modo, si los actos terroristas se caracterizan por atentar contra los miembros de una sociedad de modo continuado e indiscriminado, siguiendo una estrategia de actuación planificada en orden a alcanzar determinados fines, las acciones terroristas contienen el carácter sistemático y generalizado de un ataque contra la población civil.

Respecto de los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA antes del 1 de octubre del año 2004, ante la inexistencia de tipificación del delito de lesa humanidad en el CP y pese a la existencia de normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales que incluyen los delitos de lesa humanidad, su configuración como delitos de lesa humanidad no parece posible. Toda vez que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la CE, siendo necesaria la actuación del legislador introduciendo determinadas figuras delictivas en el CP e igualmente desarrollar aspectos de la cooperación con la nueva CPI.

Asimismo, conforme la doctrina del TS, no es posible que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Y si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación, pues la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 2.1 CP). Por ello tampoco se les podría aplicar la regla de la imprescriptibilidad porque supondría una aplicación retroactiva contra reo de la ley penal, no solo contraria al art. 2.2 CP, sino al principio de legalidad penal que dimana del art. 25.1 CE y por tanto tales actos delictivos están sujetos al periodo de prescripción aplicable en función a la pena y el delito cometido.

En relación a estas cuestiones, por la doctrina internacionalista se discute que esta interpretación del principio de legalidad no es acorde con la evolución del Derecho internacional, donde el principio de legalidad ha sido reconocido en el ámbito internacional en un sentido más amplio que en el Derecho interno, ni tampoco parece acorde con la que realiza el TEDH del art. 7 del CEDH.

Todo ello se traduce en que la posible aplicación de la figura de los delitos de lesa humanidad a los actos cometidos por la banda terrorista ETA, especialmente a los llevados a cabo con anterioridad a octubre del año 2004, plantea de qué modo la adopción de compromisos internacionales por España, en materia de protección de los derechos humanos y de persecución de crímenes particularmente atentatorios de esos derechos, puede afectar a la investigación y enjuiciamiento de hechos calificables como delitos de lesa humanidad acaecidos antes de la introducción de dicho tipo penal en el CP español. Y, yendo más lejos aún, proyecta también la duda de alcance constitucional de si ante la inexistencia de convenios vinculantes en el sentido clásico, existe derecho internacional consuetudinario que pueda tenerse por obligatorio y que proyecte sus mandatos a esos mismos hechos aplicando el principio de legalidad penal internacional, obviando por tanto una aplicación estricta del principio de legalidad penal conforme se contiene en nuestra legislación. Dichas

cuestiones –ciertamente complejas– deben ser abordadas en la jurisdicción constitucional, al ser la sede natural para abordarlas y sobre las que no existe jurisprudencia de fondo dictada por el TC¹⁶⁴, siendo quizás dicho órgano el llamado a resolverlas de modo definitivo desde el punto de vista constitucional, al ser el único que según la Constitución tiene atribuida la última palabra en su interpretación¹⁶⁵.

La cuestión del bien jurídico protegido en el art. 607 bis CP ha suscitado una interesante polémica en la doctrina penal española, en la que podemos observar dos posturas opuestas. Una, que defiende la concepción del bien jurídico en estos delitos desde una perspectiva exclusivamente individual y otra a la que podríamos denominar mayoritaria, que considera que el bien jurídico protegido en estos delitos posee carácter colectivo, configurándose como un bien jurídico supraindividual. Esta segunda postura nos parece más acertada, pues la consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales no justificaría, el plus de injusto de estos delitos que avalan la pena impuesta para ellos, pues la vulneración masiva de estos bienes jurídicos individuales se castigaría a través de un concurso real, con el que quedaría abarcado todo el injusto cometido.

En cuanto a la posible calificación de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad del art. 607 bis del CP se discute si el tenor del dicho artículo es similar al del art. 7 ER, debiéndose acoger que la tipificación de los delitos de lesa humanidad acogida en el CP es más amplia que la del ER. Así la definición del delito de lesa humanidad del art. 607 bis CP viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Los hechos en que pueden consistir dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil se describen en el apartado segundo del artículo que castiga con diversas penas diversos supuestos (la causación de muerte, lesiones, etc..) que en sí mismos son ya constitutivos de delitos comunes (homicidio, asesinato, etc..) recogidos también en el CP (remitiéndose a la regulación específica de cada uno de los delitos), por lo que en caso de no poderse aplicar los delitos contra la humanidad, bien porque no se den los requisitos del mismo bien porque los hechos ocurrieran antes de la entrada en vigor del ER y de su incorporación al Derecho nacional, serían aplicables dichos tipos delictivos comunes.

Con respecto a la situación o contexto en el que debe cometerse la conducta para constituir un crimen contra la humanidad, el acto debe constituir una participación en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Se discute en la doctrina si la situación de participación en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil es imprescindible o, por el contrario, se trata simplemente uno de los posibles contextos cuya concurrencia en el hecho

¹⁶⁴ Auto del TC 80/2021, de 15 de septiembre de 2021, emitido en el Recurso de amparo 5781/2018.

¹⁶⁵ Voto particular emitido por los magistrados Dña. María Luisa Balaguer Callejón y D. Juan Antonio Xiol Ríos en el ATC 80/2021, de 15 de septiembre de 2021.

delictivo permite su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional, al igual que la concurrencia de cualquiera de las circunstancias (o contextos alternativos) recogidas en los números 1º (aquellos casos de persecución por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional) y 2º (en el contexto de un régimen de apartheid). Siendo esta segunda posición la acogida por la STS nº 798/2007.

En cuanto a lo que debe entenderse por ataque generalizado o sistemático contra la población, el CP no define por lo que no existe unanimidad sobre si debe utilizarse de modo vinculante la definición contenida en el art. 7 ER, dada la existencia de varias diferencias entre el contenido de éste y el del art. 607 bis del CP, pero en cualquier caso, la utilización de la fórmula disyuntiva (“o”) en las dos características descritas en el ataque contra una población civil (generalizado o sistemático), hace que ambas características no necesiten darse acumulativamente, bastando con una sola de ellas.

En relación a las acciones de la banda terrorista ETA, tanto el Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción nº 3, como el Auto de 27 de octubre de 2015, concluyen que sí es posible sostener indiciariamente la existencia de un delito de lesa humanidad prevista en código penal español que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros, cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil o parte de ella, siendo éste el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad. Y ello debido a que en el caso de los crímenes de ETA concurren *prima facie* dichos elementos o circunstancias, pues la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una “violencia de persecución” y los hechos delictivos se cometan como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos. Siendo a partir de la ejecución de dicha estrategia cuando se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos.

Sin embargo, la misma Audiencia Nacional también se ha pronunciado en sentido contrario, en el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3, reproduciendo lo manifestado en ese sentido por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto nº 155/2016, de 8 de abril de 2016. No obstante, debe ponerse de manifiesto que la argumentación vertida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se refiere, casi en su integridad, al concepto de “ataque generalizado o sistemático contra la población civil por motivos discriminatorios” contenido en el art. 7 ER y en los EC y desarrollado por la jurisprudencia internacional por cuanto

el art. 607 bis CP no estaba vigente cuando se cometieron los hechos objeto del procedimiento judicial y por ello debía referirse únicamente a la posible aplicación a los hechos objeto del procedimiento del art. 7 ER de la CPI. Sin embargo, en el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3 se efectúa una convalidación entre ambos textos sin analizar las peculiaridades propias del art. 607 bis CP frente al precepto del ER, consolidando por tanto una línea jurisprudencial en la Audiencia Nacional que podría calificarse de desactualizada o incluso directamente errónea.

Con respecto al elemento político del crimen contra la humanidad, el art. 607 bis CP no exige, a diferencia del art. 7 ER de la CPI, 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 que, pese a la existencia de alguna sentencia en sentido contrario –y la opinión de algunos autores de que la organización que lanza el ataque, debe ostentar un poder tal que neutralice al del Estado o controle de facto, una parte de su territorio–, cabe su comisión incluso por personas individuales actuando en solitario, si realizasen diversos actos contra un grupo determinado, repitiendo un patrón de conducta de modo sistemático. No obstante lo anterior, en la práctica la realización del mismo es poco menos que imposible sin una pluralidad de personas y una cierta planificación lo que apunta hacia varias categorías de autores. Y en este sentido los partícipes siguen las reglas generales de la autoría y la participación, pudiendo ser autores directos los particulares y los representantes de la autoridad del Estado donde se comete el delito, así como los que toleren su perpetración.

Referente al elemento subjetivo, los delitos de lesa humanidad solo admiten la forma dolosa. Por cuanto que teniendo en cuenta que el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo de injusto, el autor deberá ser consciente de que las conductas delictivas del art. 607 bis 2. que lleva a cabo forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Sin embargo, es objeto de discusión si cabe el dolo eventual en aquellos supuestos en que el autor del hecho no estuviera seguro de que su acto formara parte del ataque, pero habiéndose planteado dicha posibilidad actuare.

En cuanto a los sujetos pasivos, estos delitos únicamente pueden tener como víctimas a miembros de la población civil, especialmente los que pertenezcan a grupos que sean perseguidos «por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptable con arreglo al derecho internacional» (art. 607 bis 1. 1º CP), dejando fuera únicamente a los miembros de los cuerpos militares.

Sin embargo, es la persona individual, el sujeto pasivo de la acción en todas las actuaciones delictivas contempladas en el art. 607 bis 2. CP puesto que en todas las acciones contempladas en dicho apartado –violaciones, deportaciones, esclavitud, ...–, los bienes jurídicos contemplados son de tipo personalísimo –vida, integridad

física, libertad de movimiento... – 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 mismo.

En los supuestos de comisión de varios actos típicos por un mismo sujeto, cada uno de ellos constitutivos de un delito de lesa humanidad, discute la doctrina si cabría apreciar el concurso real o bien ideal, o incluso optar por la aplicación de un delito de lesa humanidad en concurso real con los delitos comunes cometidos.

El punto más fluido de enlace entre el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo puede situarse en la referencia a que los hechos acompañantes (por ejemplo, asesinatos, lesiones, secuestros, etc.) deben inscribirse en una línea de conducta en que tales hechos se van a cometer de una forma múltiple y, además, obedeciendo a una “política” para cometer el ataque contra la población o de promoción de ese ataque. En ese sentido el asesinato terrorista repetido que busca la modificación de posiciones del grupo ideológico declarado enemigo podría quizás ser uno de esos supuestos en que se está pensando como modalidad de crimen de lesa humanidad por cuanto formaría parte al parecer de una “política” de agresión contra el colectivo o en cualquier caso de promoción de aquélla. Sólo entonces si se dieran las circunstancias de que un grupo terrorista, racista, xenófobo pudiera acumular el poder suficiente para hacer ínter subjetivamente verosímil la quiebra radical y general de la situación de convivencia propia de un Estado de libertades podríamos calificar tales actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad.

Por ello debemos preguntarnos ¿qué es lo que debe decidir calificar una determinada conducta de acto terrorista o de lesa humanidad según nuestro Código Penal en aquellos supuestos en los que aquélla pueda subsumirse en ambos tipos de delitos? desde el punto de vista jurídico sería la forma de comisión de tales actos. En efecto, lo esencial para diferenciar el delito de lesa humanidad de otras conductas criminales, no radicará en el tipo de organización, sino en el ataque, dependiendo la calificación jurídica del modo y la forma en que se llevan a cabo los hechos criminales, y si estos pueden ser considerados como una línea de conducta generalizada o sistemática dirigida contra la población civil. Por ello debemos concluir que lo que da especificidad a los actos terroristas o delitos terroristas es una determinada finalidad –política– en el autor (elemento específico subjetivo del injusto); en consecuencia, la relación entre el delito de terrorismo y de lesa humanidad es de concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad.

En el caso de los actos terroristas llevados a cabo por la banda terrorista ETA, en principio, se podrían calificar tanto como crímenes de lesa humanidad (ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o contra una parte de ella, cometiéndose a través de los delitos comunes enumerados por el art. 607 bis CP) y también como delitos de terrorismo (pues en dichos supuestos los autores actúan con la intención de subvertir un orden constitucional o alterar gravemente la paz

pública, a través de ataques generalizados contra una parte de la población civil). En consecuencia, si tales actos fueran calificados como delitos de lesa humanidad serían imprescriptibles conforme se establece en el actual art. 131.3 CP, por lo que podrían seguir siendo investigados *sine die* hasta la terminación del procedimiento penal; y tampoco prescribirían las penas impuestas por dichos delitos (art. 133.2 CP).

Esta podría ser, en nuestra opinión, una interpretación acorde con los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia que permitiría no sólo abordar muchos de los crímenes de la organización terrorista ETA todavía impunes a los que hace referencia el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022, sino, también, hacer efectiva la responsabilidad penal de los responsables máximos de la organización terrorista a lo largo de su dilatada actividad criminal; responsables que escogieron, planificaron y ordenaron tales crímenes.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.; TIMMERMANN, A., “Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario” en *Terrorismo y Derecho Penal* (ed. Ambos, K.; Malarino, E. y Steiner C.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, págs. 23-48.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Teoría y práctica del Derecho Penal”, Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal” en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* (ed. Montiel, J. P.), Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 55-80.
- BAIXAULI FERNÁNDEZ, A. “Los tratados internacionales y la costumbre como fuentes del Derecho Penal español: la controvertida aplicación del principio de legalidad internacional a los delitos de lesa humanidad”, en *Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS): cuestiones geopolíticas y consideraciones jurídicas* (coord. Mertens De Wilmars, F., y De Paredes Gallardo, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 249-270.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; PÉREZ CEPEDA, A. I., “El Derecho Penal en el ámbito internacional” en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. Berdugo Gómez de la Torre, I.), Tomo I, Iustel, Madrid, 2^a edición, 2015, págs. 163-191.
- BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra la comunidad internacional”, en *Derecho penal parte especial* (coord. González Cussac, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 7^a edición, 2022, págs. 871-887.
- BOU FRANCH V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., “La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de

- la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)", Minim Agencia ediciones, Valencia, 2009.
- CAPELLÁ i ROIG, M., "La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CARDONA TORRES, J., "Derecho penal parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", Bosch, Barcelona, 2010.
- COLINA OQUENDO, P., "Capítulo II bis De los delitos de lesa humanidad" en *Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y leyes penales especiales y complementarias* (dir. Rodríguez Ramos, L.; coord. Rodríguez-Ramos Ladaria, G.), La ley, Madrid, 2015, págs. 2385-2395.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al código penal* (dir. Arroyo Zapatero L.; Berdugo Gómez De La Torre, I.; Ferré Olivé, J.C.; García Rivas, N.; Serrano Piedecasas J.R. y Terradillos Basoco, J.M.; coord. Nieto Martín, A.; Pérez Cepeda, A.I.), Iustel, Madrid, 2007, págs. 1113-1138.
- DE URBANO CASTRILLO, E., "Art. 907 bis III. Comentario" en *Comentarios al código penal Arts. 446 a la Disposición derogatoria* (dir. Conde-Pumpido Touron, C.; coord. López De Quiroga, J.), Tomo 5, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 3822-3827.
- DÍAZ MORGADO, C., "Título XXIV De los delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al código penal Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1761-1794.
- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., "El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad", *Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 26, nº 54, 2008, págs. 15-38.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La reforma de los delitos de genocidio y lesa humanidad en relación a la protección de personas discapacitadas", *La Ley Penal*, nº 80, marzo de 2011, Wolters Kluwer, págs. 21-43.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista ETA", *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 30, Segundo Semestre, 2017, págs. 49-93.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español", en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal* (coord. Tamarit Sumalla, J.), Atelier, Barcelona, 2010, págs. 73-90.
- GARCES, J. E., "Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo" en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*

- (coord. Tamarit Sumalla, J.), Atelier, Barcelona, 2010, págs. 175-191.
- GALLANT, K. S., “La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional; la irretroactividad de los delitos y las penas” en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* (ed. Montiel, J.P.), Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 315-354.
- GARCÍA ARÁN, M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional” en *Comentarios al Código Penal Parte Especial* (dir. Córdoba Roda, J. y García Arán, M.), Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 2683-2722.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995”, en *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos* (coord. Cuerda Riezu, A.), Dykinson, Madrid, 2006, págs. 33-76.
- GARZÓN REAL, B., “*Cuento de Navidad: es posible un mundo diferente*”, Ediciones de la Tierra, 3^a edición, 2002.
- GIL GIL, A. “Derecho Penal Internacional”, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIL GIL, A., “Artículo 607 bis” en *Comentarios al Código Penal* (dir. Gómez Tomillo, M.), Tomo VI, Lex nova, Valladolid, 2^a edición, 2011, págs. 765-778.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *El Derecho Penal Internacional* (dir. Bacigalupo Zapater, E.), Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2001, págs. 9-36.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la comunidad internacional” en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (coord. Terradillos Basoco, J.M.), Tomo III Derecho Penal Parte Especial Volumen II, Iustel, Madrid, 2^a edición, 2016, págs. 431-450.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico, nº 3, 2008, págs. 34-58.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, nº 6, 2006, págs. 303-348.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, Revista penal, nº 14, 2004, págs. 70-90.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Delitos contra la comunidad internacional” en Código penal. *Comentarios y jurisprudencia* (dir. Del Moral García, A., coord. Escobar Jiménez, R.), Tomo II Arts. 234 a 616 quáter, Comares, Granada, 4^a edición, 2018, págs. 3133-3162.
- LIÑÁN LAFUENTE, A., “El crimen contra la humanidad”, Dykinson, Madrid, 2016.

- LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M., "La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad", Ariel, Barcelona, 2001.
- LLOBET ANGLI, M., "Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites a su punición en un Estado democrático", Tesis doctoral, Silva Sánchez J.M. (dir.) y Felip i Saborit, D. (dir.), Universidad Pompeu Fabra, 2008.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)", La Ley, Madrid, 2016.
- MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad" en *Derecho penal parte especial* (coord. Zárate Conde, A.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2ª edición, 2018, págs. 1053-1090.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El principio de justicia universal y los crímenes de guerra", Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2015.
- MENDOZA CALDERÓN, S., "Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español", Diario La Ley, nº 6228, 11 de abril de 2005, Ref. D-83, págs. 1777-1786.
- MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª edición, 2022.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (coord. Romeo Casabona, C.; Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A.), Comares, Granada, 2016, págs. 853-871.
- OLASOLO ALONSO, H., "Del estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crime sine lege* en el Derecho Penal Internacional", Revista General del Derecho Internacional, nº 5, 2006, págs. 1-17.
- OLASOLO ALONSO, H., y PÉREZ CEPEDA, A. I., "Terrorismo internacional y conflicto armado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PACHECO DE FREITAS, J. A., "La relación entre el principio de legalidad en derecho penal internacional y la tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva histórica", Agenda Internacional, Año XXVI, nº 37, 2019, págs. 189-209.
- PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., "La nueva configuración de los delitos de terrorismo", Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2020.
- PENA GONZÁLEZ, W., "El concepto de terrorismo", Ratio Legis, Salamanca, 2019.

- PERIS RIERA, J., “Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional” en *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, (dir. Morillas Cuevas, L.), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 875-903.
- PIGNATELLI MECA, F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuadernos de Estrategia nº 133, Madrid, 2006, págs. 207-240.
- REINARES NESTARES, F., “Conceptualizando el terrorismo internacional”, ARI núm. 79/2005, en Real Instituto ElCano, 2005, pág. 2 (<https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/conceptualizando-el-terrorismo-internacional-ari/>, consulta 31/07/2024).
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. DIEZ HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ-PRAT DURBAN, L., “Derecho internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la comunidad internacional” en *Delitos. La parte especial del derecho penal* (coord. Lamarca Pérez, C.), Dykinson, Madrid, 7^a edición, 2022, págs. 1091-1156.
- SÁNCHEZ FRÍAS, A., “La propuesta de un tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos”, Revista de Derecho Político, UNED, nº 103, septiembre-diciembre 2018, págs. 407-438.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “Código penal. Comentarios y Jurisprudencia”, Tomo II, Sepin, Madrid, 4^a edición, 2016.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (dir. Quintero Olivares, G.; coord. Morales Prats, F.), Aranzadi, Madrid, 10^a edición, 2016, págs. 2273-2302.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Delitos contra la comunidad internacional” en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 6^a edición, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 971-999.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio”, La Ley, Madrid, 2010.