

EL “NUEVO” CRIMEN DE LESA HUMANIDAD: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Prof. Dr. Jon-Mirena Landa Gorostiza

Profesor titular de Derecho penal. Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco
(UPV – EHU)

Trabajo inscrito en el Proyecto de Investigación 1/UPV 00160.224-H-
13982/2001 de la Universidad del País Vasco.

Versión publicada en la Revista Penal, nº 14, 2004

<http://www.cienciaspenales.net>

**"EL <<NUEVO>> CRIMEN DE LESA HUMANIDAD: UNA PRIMERA
APROXIMACIÓN"**

Prof. Dr. Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA
Profesor Titular de Derecho penal, Facultad de Derecho
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

SUMARIO. I. Introducción. II. El crimen de lesa humanidad en el Proyecto de modificación del CP 1995 (artículo 607bis) y el Estatuto de Roma (artículo 7): diferencias fundamentales. III. Delimitación de esferas típicas: delito de lesa humanidad, delito de provocación (art. 510 CP) y terrorismo. IV. El sentido de tutela del crimen contra la humanidad: reflexiones provisionales sobre el bien jurídico protegido. V. Algunas claves interpretativas del delito de lesa humanidad: consideración final.

I. INTRODUCCIÓN

1. La evolución más reciente del derecho penal internacional ha perfilado en nuestro ámbito de cultura jurídica un conjunto de conductas criminales que de forma universal se considera que entrañan un grado máximo de lesividad, gravedad, daño o injusticia, por atender de un modo especialmente intenso (cualitativa y cuantitativamente) contra bienes jurídicos fundamentales de las personas como individuos, como miembros de la comunidad internacional y, en definitiva, como miembros de la humanidad. Nos referimos, siguiendo esencialmente la clasificación recogida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 julio 1998)¹, al crimen de genocidio, a los crímenes de lesa humanidad (o crímenes contra la humanidad), a los crímenes de guerra y, finalmente, al crimen de agresión². Como el propio Estatuto señala en su preámbulo se trata de los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" lo cual justificaría su definición universal y las especiales reglas de jurisdicción y perseguibilidad por parte de la Corte penal internacional.

* El presente trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación 1/UPV 00160.224-H-13982/2001 de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Una versión del mismo ha sido publicada en la *Revista Penal*, nº 14, 2004.

¹ Ratificado por el Estado español (BOE 27 mayo 2002, núm. 126) y en vigor, de conformidad con el artículo 126 del citado Estatuto de Roma, desde el 1 julio 2002.

² El crimen de agresión, como es sabido, se encuentra pendiente de desarrollo y, según el tenor literal del artículo 5.2 del Estatuto de Roma "La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas." Los artículos 121 y 123 regulan precisamente el procedimiento de enmienda y revisión del Estatuto siempre a partir del transcurso de al menos siete años desde la entrada en vigor del mismo.

2. El Código Penal español de 1995 ya recogía antes de la ratificación del Estatuto de Roma entre los " Delitos contra la Comunidad Internacional" ³ tanto el delito de genocidio (artículo 607)⁴ como un amplio elenco de los denominados crímenes de guerra (artículos 608-614)⁵. Si atendemos a la clasificación antes mencionada del Estatuto de Roma, en contraste con la tipificación expresa en el Código Penal 1995 de estas conductas delictivas, la gran ausente sería la figura del crimen contra la humanidad (o de lesa humanidad) cuya prohibición expresa⁶ parece ya del todo indispensable⁷.

³ LO 10/1995 Código Penal, Libro II, Título XXIV, Capítulos II (Delitos de genocidio) y III (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado).

⁴ El delito de genocidio del artículo 607.1 sigue el modelo propuesto por la Convención para la prevención y sanción de dicho crimen de 9 de diciembre de 1948 así como las líneas fundamentales del artículo 6 del Estatuto de Roma. De acuerdo a dicho modelo el genocidio, más allá de las conductas delictivas concretas que están en su base (asesinato, homicidio, agresión sexual...), se caracteriza como elemento propio y diferencial por el "propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso". Ese elemento subjetivo establece por tanto el criterio rector de delimitación del ámbito típico de este delito de máxima gravedad cuya esfera de protección conviene recordar que se ve restringida sólo a los colectivos étnicos en un sentido amplio. Véase, sobre la discusión entre nosotros del bien jurídico protegido en el delito de genocidio, por todos, GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, especialmente p. 159 ss.; DEL MISMO, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, especialmente p. 125 ss.

El artículo 607.2 recoge también la denominada en derecho comparado "mentira de Auschwitz" o más precisamente la negación o justificación del genocidio. Sobre su alcance, oportunidad político-criminal, criterios interpretativos, aplicación jurisprudencial o conformidad constitucional, véase, en profundidad, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, p. 163 ss.; DEL MISMO, "La llamada <<mentira de Auschwitz>> (art. 607.2 CP) y el <<delito de provocación>> (art. 510 CP) a la luz del <<caso Varela>>: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de 16 de noviembre de 1998)", *Actualidad Penal 1999*, 689 ss.; DEL MISMO, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 215 ss.; DEL MISMO, "La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva <<Ley de Lucha contra la Criminalidad>> (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales 1996*, pp. 551 ss. y 575 ss.

⁵ A continuación del delito de genocidio en los artículos 608 a 614 CP 1995 se recogen los "delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" que vienen a reformular los preceptos penales característicos de los denominados crímenes de guerra. La mayoría de las previsiones penales se refieren a ataques de diversa índole contra personas protegidas según el derecho internacional humanitario (Convenio de La Haya II, 29 julio 1989; Convenios de Ginebra I-IV, 12 agosto 1949; Protocolo Adicional I-II, 8 junio 1977) y realizadas con ocasión de un conflicto armado en la línea de las disposiciones del artículo 8 del Estatuto de Roma.

El CP 1995, sin embargo, no tipifica ninguna versión del llamado crimen de agresión a diferencia, por ejemplo, de su expresa tipificación en el Código penal (StGB) alemán (§ 80, 80a / artículo 26.1 Ley Fundamental).

⁶ No cabe descartar una interpretación del delito de provocación del artículo 510 en la línea de tutela de los preceptos relativos al crimen contra la humanidad. El precepto en cuestión al prohibir la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos por una serie amplia de motivaciones (racistas, antisemitas, ideológicas, religiosas, etc) o la difusión de informaciones injuriosas contra aquéllos despliega una tutela adelantada dirigida a impedir el nacimiento y consolidación de un clima gravemente hostil contra colectivos especialmente vulnerables. Sin esperar a que se inicie la guerra de eliminación, el genocidio, la "cacería humana" de un colectivo contra otro; sin esperar, por tanto, a situaciones de abierto enfrentamiento civil, el artículo 510 incide en una fase previa de la escalada agresiva como delito de peligro que complementa así la prohibición del crimen de lesa humanidad. Véase para una interpretación en esta línea LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 215 ss. DEL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, p. 117 ss.

Resulta, por tanto, del máximo interés y merece una acogida favorable a este respecto la anunciada reforma del Código Penal (Proyecto de LO de 5 mayo 2003)⁸ que, aunque todavía no se ha culminado, prevé la inclusión de un nuevo Capítulo relativo a los "delitos de lesa humanidad"⁹ fruto, como refería la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, de la

Al margen de las objeciones de *lege ferenda* en las que no procede ahora abundar, una tal interpretación de los artículos 510 y 607.2 CP 1995 facilitaría además una reordenación sistemática relativamente coherente de incorporarse el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 como nuevo delito de lesa humanidad. Ya que de la misma manera que el delito de genocidio (artículo 607.1) tendría una tutela adelantada mediante la figura de la "negación de *Auschwitz*" (artículo 607.2), discurrirían paralelamente el delito de lesa humanidad (artículo 607bis PLO 5 mayo 2003) y el delito de <<provocación>> (artículo 510), esta última como figura de peligro complementaria y previa en su incidencia a la materialización de crímenes contra la humanidad.

⁷ Véase, por todos, GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal* 2002, p. 1125 ss., especialmente p. 1127, cuando señala que para poder investigar y enjuiciar en España esta clase de delitos de lesa humanidad y a la vez dar contenido al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, así como a efectos de extradición, "(...) es imprescindible tipificar estos delitos en nuestro derecho interno de forma idéntica o, al menos, no incompatible con las descripciones contenidas en el Estatuto de Roma (...)". Baste, por ahora, con recoger y subrayar la necesidad de tipificación del crimen contra la humanidad sin perjuicio, como se resaltará más adelante, de mostrarnos críticos con una tipificación tan amplia como la del artículo 7 del Estatuto de Roma.

⁸ Proyecto de Ley (121/000145) Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 5 mayo 2003, Núm. 145-1.

⁹ Artículo único, apartado Centésimo cuadragésimo octavo, del citado Proyecto de modificación del Código penal (5 mayo 2003) que añade el Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del Código penal, con la rúbrica: "De los delitos de lesa humanidad". Dicho Capítulo incluirá, inmediatamente después del delito de genocidio, el nuevo artículo 607bis con la siguiente redacción:

"1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de 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.

2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2.Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1º Con la pena de prisión de quince a veinte años si causaran la muerte de alguna persona.

Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una violación y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3º Con la pena de prisión de doce a quince años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 y con la de ocho a doce años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4º Con la pena de prisión de ocho a doce años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6º Con la pena de prisión de doce a quince años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

voluntad de adecuar la normativa penal interna a las exigencias de la firma y ratificación por parte del Estado español del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰.

3. El legislador español ha dado ya el primer paso formal para iniciar la fase de transformación en normativa interna de algunas de las exigencias explícitas e implícitas del Estatuto de Roma. La presente contribución pretende, en primer lugar y sólo con relación al crimen de lesa humanidad (artículo 607bis Proyecto de Reforma del CP 5 mayo 2003¹¹)¹²,

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

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

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

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

La pena de la tortura se impondrá sin perjuicio de las que correspondieren, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

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

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

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

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

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

Conviene subrayar que a esta propuesta de tipificación de artículo 607bis no se ha presentado en su primera fase de tramitación legislativa por el Congreso de los Diputados ninguna enmienda (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 26 junio 2003, Núm. 145-10, Índice de enmiendas al articulado).

¹⁰ El apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (27 enero 2003) señala: "Finalmente, otro apartado de especial importancia en la Ley es el relativo a los delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene la regulación de una serie de delitos, que, por su extraordinaria gravedad y trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, son competencia de la Corte: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. El principio de complementariedad, con el que actúa la Corte, parte de la base de la posibilidad de punición interna por parte de los Estados de estos delitos. Para ello es necesario que todas las conductas que se contienen en los distintos preceptos penales del Estatuto estén igualmente incriminadas en el orden interno español. La reforma del Código Penal contenida en el presente Anteproyecto de Ley Orgánica introduce estas nuevas conductas. De esta forma nuestro ordenamiento penal satisface plenamente las exigencias del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional."

¹¹ A partir de este momento y a efectos puramente expositivos y de claridad se hará referencia al artículo 607 bis del referido Proyecto de LO seguido de las siglas PLO 5 mayo 2003.

¹² El Proyecto de Reforma del Código Penal (5 mayo 2003) también introduce algunos cambios dirigidos a mejorar la configuración de los delitos de guerra. Así el artículo 1, apartado centésimo cuadragésimo noveno, introduce una modificación de alcance al disponer que "Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo [Capítulo III: De los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado] formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior "(artículo 614 bis).

El Proyecto prevé asimismo dos modificaciones más esta vez dentro de los preceptos que recogen las disposiciones comunes a todos los delitos contra la comunidad internacional. La primera de ellas

poner de manifiesto algunas diferencias entre la tipificación interna y la redacción que contiene el Estatuto de Roma en su artículo 7.

Ya desde ahora conviene avanzar que algunas de las más significativas variaciones en la versión española del crimen contra la humanidad afectan a la "periferia" del tipo o, con otras palabras, a los márgenes del ámbito de prohibición de la norma. Resultará interesante comprobar que la proyectada tipificación del delito de lesa humanidad en el CP 1995 no va tan lejos como la redacción del Estatuto de Roma y, por ello, permite una coordinación sistemática menos atormentada con algunos ámbitos delictivos que le son próximos: a saber, en primer lugar, con la normativa penal antidiscriminatoria¹³ y en particular con el delito de provocación al odio, la discriminación y la violencia del artículo 510 CP.

Pero no sólo interesa la perspectiva de coordinación sistemática con la normativa penal antixenófoba y antidiscriminatoria. En la misma línea de delimitación de esferas típicas también es pertinente hacer una referencia a las posibles interferencias de la prohibición del crimen contra la humanidad en el contexto de las acciones criminales terroristas. Perspectiva esta última que aunque pueda resultar sorprendente a primera vista encuentra en la especificidad del contexto típico del crimen de lesa humanidad ("ataque generalizado o sistemático contra la población civil") una posible vía de acercamiento entre ambas familias delictivas que, en cualquier caso, conviene precisar.

4. Pero una vez presentadas las diferencias esenciales entre el (futuro) artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 y el artículo 7 del Estatuto de Roma, el punto central de discusión que este trabajo pretende suscitar es doble y responde a dos manifestaciones concretas de lo que entiendo podría llegar a ser una interpretación desenfocada por exceso de la esfera de protección del crimen contra la humanidad. Esto es, en primer lugar, el eventual riesgo de que el delito de lesa humanidad facilite una indebida interpretación extensiva que lleve a castigar por esta vía algunas de las conductas tradicionalmente tipificadas como delitos de terrorismo. Por otro lado, también debe aclararse cuál ha de ser la relación entre este crimen contra la

(apartado centésimo quincuagésimo) establece el castigo para comportamientos omisivos en relación con los crímenes de genocidio, contra la humanidad o de guerra, llevados a cabo por autoridades, jefes militares, superiores o funcionarios (artículo 615 bis). Por último (apartado centésimo quincuagésimo primero) se cierra la posibilidad de aplicación de la eximente del artículo 20.7 CP 1995 (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) para quienes cumplan mandatos de cometer o participar en crímenes de genocidio o de lesa humanidad (artículo 616 bis).

Estas modificaciones, sin embargo, no serán tomadas en consideración en este trabajo que se limita a algunos aspectos del delito de lesa humanidad.

¹³ Véase un análisis interpretativo y propuesta de clasificación de esta normativa en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, *passim*; más resumidamente, DEL MISMO, "El modelo político-criminal antirracista *"sui generis"* del Código penal español de 1995: una aproximación crítica", *Revue Internationale de Droit Pénal/International Review of Penal Law (Vol. 73) 2002, La lutte contre le racisme/The fight against racism*, p. 167 ss.

humanidad y el delito de provocación recogido en la inmensa mayoría de los países de nuestra área de cultura jurídica.

Los intentos de delimitación del crimen de lesa humanidad frente a otras figuras delictivas con las que parece confluir en los márgenes subraya el aspecto esencial que se cifra en la necesidad de una concreción interpretativa del crimen contra la humanidad de acuerdo con el principio de legalidad material y el mandato de taxatividad de la ley penal que de aquél se deriva.

Más allá, por tanto, del puro análisis de interpretación (intra)sistemática, o precisamente a resultas del mismo, urge delimitar el sentido de tutela del crimen de lesa humanidad. La configuración interpretativa del bien jurídico-penal protegido será por tanto el criterio esencial subyacente que permita ir trazando los contornos exteriores del ámbito de protección de la norma y la guía esencial de definición del núcleo e imagen típica central del precepto a estudio. En los dos apartados finales, por tanto, se dedicarán algunas reflexiones al respecto que pretenden, con un afán necesariamente crítico ante las tipificaciones tanto del Estatuto de Roma como del venidero artículo 607bis PLO 5 mayo 2003, concretar y "contener" el ámbito de prohibición de la norma del crimen de lesa humanidad. Nuestra propuesta sugerirá una interpretación de esta figura penal que tome especialmente en consideración la dimensión colectiva de la conducta criminal a estudio así como la necesidad de que concurra una situación de crisis socio-estatal de extrema gravedad como presupuesto necesario para integrar el tipo.

II. EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL PROYECTO DE MODIFICACION DEL CP 1995 (ARTÍCULO 607 BIS) Y EL ESTATUTO DE ROMA (ARTÍCULO 7): DIFERENCIAS FUNDAMENTALES

1. El Proyecto de modificación del CP 1995 (5 mayo 2003) al introducir la propuesta de incorporación de un nuevo artículo 607bis pretende acabar con la laguna de punibilidad que representa la falta de tipificación expresa del crimen de lesa humanidad. La futura previsión de crimen contra la humanidad, aunque presenta una redacción en parte modificada respecto del modelo de tipificación del Estatuto de Roma¹⁴, sigue en lo fundamental su estructura, de suerte

¹⁴ Como uno de los aspectos más significativos que en este momento interesa resaltar debe tenerse en cuenta que la redacción del Proyecto de modificación del Código Penal (5 mayo 2003) prescinde de incorporar la definición de "ataque contra una población civil" que según el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma debería entenderse como "(...) una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;". La omisión al respecto, sin prejuzgar todavía sus eventuales efectos expansivos o restrictivos respecto del ámbito típico, deja en cualquier caso reducido el material interpretativo relativo a la descripción del elemento central del contexto en que se deba llevar a cabo la conducta que integraría un delito de lesa humanidad.

Tampoco se ha incorporado a la redacción del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 la definición que el artículo 7.2. g realiza sobre lo que deba entenderse por "persecución" por motivos raciales, nacionales,

que para integrar el tipo deberá cometerse, en primer lugar, alguno de los hechos que se describen en su apartado 2 (homicidio, asesinato, violación, agresión sexual, lesiones, deportación o traslado forzoso, embarazo coactivo, desaparición, detención, tortura, delitos de prostitución o esclavitud); y, en segundo lugar, tales hechos deberán llevarse a cabo en un determinado contexto: a saber, "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella". " Hecho acompañante" y " contexto" integran por tanto la estructura bipolar del delito.

2. La similitud estructural (bipolar) entre ambos textos normativos, sin embargo, no es plena y existen diferencias de redacción que a buen seguro traerán consecuencias interpretativas sobre el alcance del ámbito de tutela del precepto. Fijémonos a continuación, desde una óptica más analítica, en algunas diferencias fundamentales para posteriormente, en el siguiente apartado, poder ir desvelando algunas de sus posibles implicaciones interpretativas.

2.1. Por lo que se refiere al " contexto típico" del crimen de lesa humanidad, el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003, a diferencia de la redacción del Estatuto de Roma, define dos ejemplos expresos (" persecución colectiva" y "*apartheid* institucional") que deberán entenderse, en todo caso, como casos particulares de " ataque contra la población" . En el Estatuto de Roma sólo se alude a la necesidad de que los hechos delictivos correspondientes se cometan "como parte de una ataque generalizado o sistemático contra una población". Esta formulación general del contexto también se recoge en el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 pero se añade a continuación: "En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido (...). 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial (...)". Se trata de dos concreciones del contexto de "ataque" aludido en el que se deben verificar algunos de los hechos " acompañantes" (homicidio, asesinato, violación, agresión sexual, lesiones, etc).

étnicos, etc, a la que se alude en el apartado 1.1 del citado artículo y que según el Estatuto de Roma consiste en "(...) la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad". Dicha omisión contrasta, sin embargo, con la incorporación parcial en el apartado 1.2. de la definición material del crimen de *apartheid* en correspondencia con el artículo 7.2.h. Ambos ("persecución" y *apartheid*), de cualquier manera, son elevados en la versión del delito de lesa humanidad del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 a supuestos, ejemplos, de "contexto" típico que "en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad" siempre que se vean acompañados de otros delitos graves de los mencionados en el apartado 2.

También deben señalarse, como otras diferencias relevantes, la alusión en el texto del Proyecto no sólo al ataque contra la población civil sino, también y de forma equiparada, al ataque contra una *parte* de dicha población; o la aparente omisión entre los hechos que deban cometerse en el contexto típico del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 de la cláusula general contenida en el artículo 7.1.k cuando alude a "Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"; etc.

Sobre estas y otras diferencias y su alcance habremos de volver a continuación en el texto.

Ahora bien, estas dos concreciones del contexto típico en modo alguno integran un listado cerrado de situaciones (*numerus clausus*) sino que deben entenderse como dos ejemplos que *ex legem* equivalen al contexto de “ataque generalizado o sistemático” contra la población civil pero que no excluyen en absoluto que otras sean las situaciones que integren ese ataque contra el colectivo.

La ampliación de la definición del "contexto" típico en el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 abre, sin duda, nuevas posibilidades. Al considerarse a la “persecución” y al *apartheid* como casos indubitables de crimen de lesa humanidad se constituye a éstos en criterios de interpretación privilegiados a la hora de definir el género, esto es, lo que haya de entenderse por “ataque generalizado o sistemático” contra la población. Con otras palabras, parece que el crimen contra la humanidad encuentra el núcleo de su definición precisamente en los supuestos de persecución y *apartheid* lo que, en cualquier caso, es al menos discutible¹⁵. Por otra parte en esos dos supuestos no parece que sea ya necesario comprobar de manera adicional que la tal persecución o el *apartheid* integran además un ataque sistemático o

¹⁵ Como es sabido el crimen contra la humanidad es fruto de la evolución y progresiva independencia de este conjunto de comportamientos delictivos respecto de los crímenes de guerra entre los que originariamente se encontraba integrado y confundido. DIXON, Rodney, "Article 7. Crimes against humanity", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Otto TRIFFTERER (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 121, alude a la Declaración de San Petersburgo de 1868 (limitativa del uso de explosivos y proyectiles incendiarios como "contrarios a las leyes de la humanidad") como la primera que se hace eco del concepto de crimen contra la humanidad y que encontraría posterior reconocimiento ya en el seno de la Primera Conferencia de Paz de La Haya en 1889 cuando se adopta unánimemente la llamada cláusula *Martens* y se incorpora al preámbulo de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra. La sombra de los crímenes de guerra persiguió y lastró la definición formal del crimen contra la humanidad tanto en la Carta del Tribunal de Nuremberg como, incluso, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. En el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, sin embargo, desaparece tal ligazón, pero el concepto de crimen contra la humanidad se inclina hacia su modalidad de persecución discriminatoria de colectivos en la medida en que se exige que los crímenes sean parte de un ataque contra la población "por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas" (art. 3). Por el contrario el Estatuto de Roma se aleja de un concepto centrado sobre la modalidad de persecución y prosigue, por otra parte, el proceso de segregación conceptual del crimen contra la humanidad respecto de los crímenes de guerra. Para un análisis más en profundidad de la evolución del crimen contra la humanidad véase, por todos, entre nosotros, GIL GIL, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, p. 107 ss.; DEL MISMO, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, p. 106 ss. Véase también, más recientemente, MANSKE, Gisela, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*, Berlin, 2003, p. 35 ss.

Sin ánimo de exhaustividad sirva el brevísimo recorrido para mostrar que la definición del crimen contra la humanidad se encuentra en una fase de definición, lejos todavía, a pesar de los intentos del Estatuto de Roma, de una conceptualización estable. De acuerdo con esta consideración crítica véase KÖHLER, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), pp. 10 ss., 23 y 26, quien asegura categóricamente que las tipificaciones del Estatuto de Roma resultan indeterminadas, carecen de criterio material y son en definitiva puro positivismo. Especialmente en lo que respecta a los crímenes contra la humanidad señala KÖHLER que dicho concepto todavía no está suficientemente aquilatado contra lo que no vale argumentar en contra aludiendo a que el Estatuto de Roma vendría a ser el reflejo del estado de evolución del derecho penal internacional, resultado del consenso. Afirmación que no se sostiene, según el profesor alemán, desde lo que son los principios generales de derecho penal internacional, ni desde lo que es el derecho penal internacional consuetudinario, ni, tampoco, desde lo que es el consenso presente entre Estados (bajo número de Estados ratificantes del Estatuto de Roma en términos de representación de la humanidad).

generalizado contra la población civil o parte de ella. Podría, en definitiva, interpretarse que una vez constatada la "persecución" o la situación de *apartheid* estamos ya ante un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.

De forma provocativa podría sugerirse que el legislador español, probablemente de forma inconsciente, ha hecho bascular el concepto de crimen contra la humanidad desde la formulación más general que se recoge en el Estatuto de Roma hacia otra más próxima a la modalidad de crimen de lesa humanidad de matriz más decididamente discriminatoria en la medida en que, tanto la persecución, como el *apartheid*, responden precisamente a dinámicas de enfrentamiento determinadas esencialmente por el factor identitario del colectivo que actúa como elemento que polariza y canaliza la violencia criminal contra determinados grupos de personas.

Resumidamente: la variación de la descripción legal del " contexto típico" del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 en el que deben además discurrir los delitos graves correspondientes (" hechos acompañantes") condiciona sin duda la propia definición del crimen contra la humanidad en la medida en que *privilegia* ciertas constelaciones de casos (persecución y *apartheid*) como los más característicos del delito de lesa humanidad. 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 Estatuto de Roma afecta nada menos que al aspecto clave para diferenciar los delitos de lesa humanidad de la criminalidad ordinaria¹⁶. Cualquier variación al respecto influirá decisivamente en la fijación de los márgenes de esta figura delictiva respecto de otros comportamientos criminales próximos. Detengámonos, por tanto, a continuación algo más en detalle en la definición legal que el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 dispensa a la "persecución" y al *apartheid*.

2.1.1. El primer supuesto concretado y definido legalmente como constitutivo en todo caso de delito de lesa humanidad será la comisión de los hechos del apartado segundo (homicidio, asesinato, violación, agresión sexual, lesiones, etcétera) "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". 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").

¹⁶ DIXON, Rodney, "Article 7. Crimes against humanity", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Otto TRIFFTERER (ed.), Baden-Baden, 1999, pp. 125 y 126.

El espectro de colectivos protegidos, a diferencia y como complemento del delito de genocidio¹⁷, es muy amplio por cuanto se alude tanto a los motivos raciales, nacionales, culturales o étnicos, como a los motivos políticos, al género y, a modo de cláusula abierta, a "otros motivos reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional". La "persecución" de grupos acompañada de algún delito grave es pues el primer prototipo de delito de lesa humanidad.

Sorprende, sin embargo, que no se haya optado por incorporar la definición que el Estatuto de Roma en su artículo 7.2.g da sobre la "persecución". Según el texto de la Corte Penal Internacional perseguir es la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o colectividad. Qué tenga que entenderse por persecución permanece, por tanto, huérfano de criterios materiales expresos para la interpretación y abre una primera vía de incertidumbre que, entre otros aspectos, puede repercutir en problemas de coordinación sistemática con el delito de "provocación" del Código Penal 1995 como más adelante señalaremos.

De cualquier forma debe considerarse adecuado que en la redacción del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 se mantenga materialmente la estructura bipolar que también para los casos de crimen de lesa humanidad de persecución propone el Estatuto de Roma. En efecto, según el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003, la persecución, esto es, la privación grave de derechos fundamentales a un miembro o miembros de un grupo de población civil no integra *per se* el delito de lesa humanidad aunque sea parte de un ataque generalizado o sistemático. A la privación de derechos fundamentales del colectivo como contexto, deberá acompañarle, al menos, una de las conductas de mayor gravedad (homicidio, violación, etc) para atravesar el umbral típico. Persecución y hecho acompañante son, por tanto, los dos pilares de esta modalidad del delito de lesa humanidad. Se sigue así la misma estructura típica del artículo 7 del Estatuto de Roma que al referirse a la persecución alude a la necesidad de que tal se lleve a cabo "(...) en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo, o con cualquier crimen de la competencia de la Corte". Según el texto del Estatuto formalmente la persecución debe además demostrarse como parte de un ataque generalizado o sistemático y, por otro lado, debe conectarse con algún delito grave de los que deben acompañar al contexto¹⁸. El

¹⁷ GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad", *Derecho y Proceso penal (2000)*, p. 147 ss., especialmente p. 154 donde tras analizar en un tono crítico las limitaciones del delito de genocidio por la restricción del espectro de grupos a los que se les brinda tutela, se hace referencia a la función práctica de complemento que despliegan las disposiciones relativas a los crímenes contra la humanidad a la hora de cerrar lagunas de punibilidad en ataques masivos contra otros grupos diferentes a los expresamente señalados en el tipo de genocidio.

¹⁸ El Estatuto de Roma señala en puridad un aspecto que se pierde en el texto del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003. Ya que la persecución podrá verse acompañada, o bien de alguno de los delitos graves "acompañantes", o bien de algún crimen de la competencia de la Corte: esto es, genocidio, crimen de guerra o, en su momento, crimen de agresión. El Estatuto refleja así parcialmente la conexión histórica del crimen contra la humanidad con los crímenes de guerra. Esta alusión, sin embargo, se pierde en el

artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 simplifica por supresión la al parecer innecesaria comprobación de que la persecución deba demostrarse como parte de un ataque pero insiste, sin embargo, en la necesaria conexión del contexto de persecución con algunos de los hechos graves "acompañantes". En definitiva, tanto en el CP 1995 como en el Estatuto de Roma, el delito de lesa humanidad de persecución requieren de un contexto y un hecho acompañante.

2.1.2. El segundo supuesto ejemplificado en el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 apartado 1.2. identifica al crimen de *apartheid* del Estatuto de Roma (artículos 7.1.j y 7.2.h) como el segundo caso arquetípico de contexto del delito de lesa humanidad. El escenario colectivo de referencia tiene aquí, a diferencia del supuesto de persecución, una proyección típica mucho más restringida pues se centra en la dinámica de enfrentamiento entre colectivos exclusivamente *raciales*¹⁹.

Por lo que a la transposición interna de esta modalidad de crimen contra la humanidad hace referencia, además del contexto típico de *apartheid* (régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener dicho régimen), a diferencia del Estatuto de Roma, se requiere también la comisión de hechos típicos acompañantes (homicidio, asesinato, violación, etc) para que se integre el delito. Esta es una novedad que entraña, sin duda, consecuencias restrictivas para el ámbito de protección de la norma.

En efecto, el legislador español restringe el delito de lesa humanidad de *apartheid* por cuanto no se conforma con reflejar el estándar del Estatuto de Roma. En dicho Estatuto, en el artículo 7.1.j (y 7.2.h), la conducta de *apartheid* es una más (junto al asesinato, exterminio, esclavitud, etc) de las que pueden llegar a integrar un crimen contra la humanidad si se comete como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. El legislador español lo que era un " hecho acompañante" lo ha elevado a " contexto típico" pero, a diferencia del Estatuto, luego va más allá pues exige que además en tal situación de opresión racial institucionalizada se verifique algún otro delito grave. El segundo ejemplo de delito de lesa humanidad eleva por tanto el estándar típico del Estatuto de Roma y según la estructura bipolar característica de este crimen se transforma en lo que podría tildarse como comisión de delitos graves en el contexto de un *apartheid* institucional.

artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 aunque debe indicarse que entre las modificaciones previstas por el Proyecto de reforma del Código Penal (5 mayo 2003) también se prevé una cualificación de los crímenes de guerra cuando éstos sean llevados a cabo como "(...) parte de un plan o política o se cometan a gran escala (...)" (artículo 614 bis).

¹⁹ Para una delimitación terminológica adecuada de la voz "raza" a efectos de la interpretación jurídico-penal véase LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 39 ss.

2.2.. Quizás sea la diferencia expuesta con relación a la definición del contexto colectivo del delito, más en el caso del *apartheid* que en el de "persecución", una de las modificaciones más llamativas del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 respecto de la definición del delito de lesa humanidad que proporciona el Estatuto de Roma. Ya que, debe insistirse en ello, mientras que en el texto de la Corte Penal Internacional la persecución y el crimen de *apartheid* no son sino dos hechos "concretos" más que deben concurrir en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población, en el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 se convierten, nada menos, que en ejemplos de una lista no cerrada de contextos típicos: la persecución y el *apartheid* son dos clases concretas de escenario, de línea de conducta o, si se permite la expresión dos clases de "clima"; dos ejemplos ex legem de ataque generalizado o sistemático contra la población civil, en que la comisión de delitos graves integra el crimen de lesa humanidad.

Esta transformación del contexto típico afecta, con todo, no sólo a la propia interpretación del "ataque" sino que, además, como la otra cara de la moneda, supone al mismo tiempo un recorte del ámbito de prohibición de la norma en la medida en que se reduce el espectro de delitos o "hechos acompañantes" que pueden materializarse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población.

Este recorte de "hechos acompañantes" del contexto es, sin embargo, más aparente que real en el caso de la persecución ya que como señalábamos antes en ambos textos normativos (artículo 7 Estatuto de Roma y artículo 607bis PLO 5 mayo 2003) se mantiene en definitiva la estructura bipolar de suerte que la persecución sin delito grave acompañante sería atípica. En el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003, sin embargo, el *apartheid*, sin embargo, desaparece claramente de la lista de hechos acompañantes.

En la misma línea de recorte no ya formal sino material del ámbito típico del delito de lesa humanidad debe situarse también la supresión en el texto del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 de la referencia que el artículo 7.1.k del Estatuto de Roma, a modo de cláusula general final, hace a "Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental". Sin duda las exigencias propias del mandato de determinación y taxatividad derivados del principio de legalidad material han llevado, con buen criterio, a suprimir una definición tan difusa del comportamiento delictivo²⁰.

²⁰ De igual forma la Ley alemana de Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) de 26 junio 2002 (*Bundesgesetzblatt I 2002, 2254*; en vigor desde el 30 junio 2002) tampoco recoge como "hecho acompañante" susceptible de integrar un crimen contra la humanidad la comisión de "otros actos inhumanos" precisamente a resultas de su difícil compatibilidad con el principio de determinación de la ley penal. Véase, LÜDER, Sascha Rolf/VORMBAUM, Thomas (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster/Hamburg/London, 2003, p. 34.

3. A falta de ulteriores precisiones baste lo expuesto para aprehender algunas diferencias esenciales entre la tipificación del crimen contra la humanidad en el Estatuto de Roma y el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003. Exploremos a continuación, con una actitud menos expositiva y más valorativa, las consecuencias de las mismas sobre todo en punto a algunos posibles problemas de delimitación concursal.

III. DELIMITACIÓN DE ESFERAS TÍPICAS: DELITO DE LESA HUMANIDAD, DELITO DE PROVOCACIÓN (ART. 510 CP) Y TERRORISMO

1. Si definitivamente se incorpora el delito de lesa humanidad (artículo 607bis PLO 5 mayo 2003) al Código Penal 1995, una primera cuestión a dilucidar es su relación con el delito de provocación previsto en el artículo 510 CP.

Podría partirse de que el delito de provocación del artículo 510 no es sino un tipo adelantado que pretende intervenir antes de que el propio delito de lesa humanidad se materialice. Sería un acto materialmente preparatorio del crimen contra la humanidad, eso sí elevado a delito autónomo, en la medida en que la "provocación al odio, discriminación o violencia" o la "difusión de informaciones injuriosas" contra determinados colectivos supone el envenenamiento del clima o, con otras palabras, la creación del contexto típico en el que el paso a un ataque generalizado o sistemático contra grupos de población está próximo. Tal y como me he ocupado ampliamente en otro lugar, el bien jurídico protegido se cifra en las *condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables*²¹.

No cabe una interpretación del delito de provocación como mero adelantamiento de la tutela de bienes jurídicos individuales. A mi juicio, debe abandonarse la lógica antidiscriminatoria en clave de tutela individual como precomprensión del delito recogido en el artículo 510 CP y reorientar el sentido de protección hacia conductas de mucha mayor gravedad que permitan una interpretación más restrictiva del tipo y una coordinación sistemática con los otros preceptos denominados " antidiscriminatorios" . Se impone retomar la lógica de protección de minorías especialmente vulnerables – en clave colectiva- para así dar al artículo 510 el sentido de protección de grupos sensibles frente a conductas que, por su gravedad, pongan en tela de juicio la propia existencia del colectivo: el bien jurídico protegido se situaría entonces en una dimensión supraindividual ya que el núcleo del injusto comprendería conductas de repercusión colectiva, conductas que amenazan a todo el grupo. No se trata de reforzar sin más el principio de igualdad y no discriminación, ni tampoco de una tutela indiscriminada de la dignidad humana frente a todo tipo de ataques, sino de prevenir conductas " provocadoras" que afectan a todo un colectivo

²¹ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 341 ss.

hasta el extremo de que éste no puede ya racionalmente confiar en que su existencia esté asegurada. Se pretende así neutralizar un tipo de envenenamiento del clima social y de convivencia de tal gravedad que sitúa al colectivo en la “ antesala del holocausto” ²².

Partiendo de dicha concepción del delito de provocación, la diferencia fundamental entre ésta y el crimen de lesa humanidad será de grado de progresión en la línea de ataque al colectivo. En el crimen de lesa humanidad el ataque, generalizado o sistemático, contra la población civil ya se ha iniciado. Se ha cruzado el umbral "provocador" y se ha pasado del clima al acto: en términos dramáticos, la cacería humana ha comenzado.

La estructura típica del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 refleja esa progresión del ataque contra la población civil en primer término en la medida en que el delito de lesa humanidad requiere la materialización de determinados "hechos acompañantes" del contexto, esto es, de delitos de notable gravedad (homicidio, violación, detenciones...) que además deben ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra grupos de población. Dichos hechos son en cierto modo una prueba de que el contexto de amenaza para el grupo es de tal gravedad que del puro “ clima” se ha pasado ya al acto. Acto materializado en forma de delito grave contra un miembro concreto del colectivo en cuestión pero que, en cuanto parte de un ataque generalizado o sistemático, es un "mensaje fáctico" especialmente contundente para todo el colectivo de referencia de lo que está por venir o, según los grados de enfrentamiento, es un reflejo parcial del ataque generalizado efectivamente desplegado.

Resulta, en consecuencia, de enorme trascendencia la determinación e interpretación del listado de "hechos acompañantes" del contexto (homicidio, asesinato, violación, agresión sexual, etc). Hechos que entiendo deben ser de enorme gravedad pues sólo así será factible jurídicamente la investigación de su conexión funcional con el contexto de ataque generalizado o sistemático y la posterior imputación a un sujeto concreto del “ hecho en contexto” . Por ello para que se integre el delito de lesa humanidad no basta, por ejemplo, con cualquier tipo de transgresión de derechos o de acto discriminatorio aunque se dirija contra todo un colectivo como ejecución de un plan más o menos general o sistemático, sino que el legislador tanto del Estatuto de Roma como el legislador interno español, ha recurrido a un listado de hechos <<graves>>.

2. Desde este punto de vista, por lo que respecta al supuesto de *persecución*, la opción tanto del legislador del Estatuto de Roma como del español debe aplaudirse por cuanto el contexto de *privación grave de derechos fundamentales* debe, además, verse acompañado de algún hecho grave como parte del ataque generalizado o sistemático. Resulta, sin embargo, ciertamente peligrosa la modificación que, por ejemplo, ha operado la ley alemana de un

²² LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, p. 130 ss., especialmente p.134.

Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) de 26 junio 2002 que, amparándose en el derecho consuetudinario internacional²³, se conforma con el *contexto* de persecución para dar por integrado el delito de lesa humanidad al margen de que haya conexión con algún hecho delictivo grave que sea parte del ataque generalizado o sistemático para el grupo de población en cuestión.

En la ley alemana el delito de lesa humanidad de persecución no presenta una estructura doble o bipolar sino un único pilar. Esto puede llevar a una excesiva concreción según sea interpretada la persecución, esto es, según se interprete la "privación grave de derechos fundamentales" que el Estatuto de Roma identifica con la "persecución".

Pongamos un ejemplo de los problemas que se pueden generar si se interpreta dicha persecución en un sentido excesivamente extensivo. Supongamos un clima de acoso xenófobo contra inmigrantes en que grupos ultras realizan manifestaciones amenazantes o injuriosas contra el colectivo. ¿El clima de amenaza con idoneidad para alterar la paz pública o, con otras palabras, para conmover las condiciones de seguridad existencial de un colectivo, integra ya un delito de lesa humanidad o debe seguir siendo, como hasta ahora en Alemania o en España como máximo, un --por cierto muy discutible-- delito de provocación (artículo 510 CP; parágrafo 130 StGB alemán)? ¿Amenazar o injuriar a colectivos constituyen privaciones de derechos fundamentales que puedan integrar la base de una "persecución" a los efectos del delito de lesa humanidad? Ni las amenazas ni las injurias, desde luego no en su versión colectiva pero tampoco en su versión estrictamente individual, en modo alguno entran expresamente en los listados de los "hechos" que deben materializarse para, si se da el contexto típico, integrar un crimen contra la humanidad. Sin embargo no sería forzar el tenor literal de las palabras considerar esas amenazas o injurias colectivas como una "privación grave de derechos fundamentales" cuando generan un clima idóneo para amedrentar a un determinado colectivo de la población.

Existe el riesgo de que por vía interpretativa se acabe por castigar durísima y desproporcionadamente nada menos que como crimen de lesa humanidad expresiones incendiarias, cercanas a la dinámica comisiva de las amenazas, moralmente inaceptables y deleznales, pero de un contenido lesivo muy difuso para bienes jurídico-penales identificables.

²³ Véase la motivación contenida en el Proyecto de Ley del Gobierno Federal para la introducción de un Código penal internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*), § 7.1.10 (puede consultarse en LÜDER, Sascha Rolf/VORMBAUM, Thomas (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster/Hamburg/London, 2003, pp. 38 y 39) según el cual "A diferencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el crimen de persecución no presupone "conexión" alguna con otro crimen en el sentido del Código Penal Internacional. La exigencia de tal conexión no se corresponde con la situación del Derecho consuetudinario internacional vigente tal y como ha sido afirmado expresamente en repetidas ocasiones por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kupreskic et al. IT-95-16-7, 14.1.2000, para. 580, Kordic y Cerkez, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, para. 193 ss.)."

Probablemente consciente de estos peligros el Proyecto de Ley del Gobierno Federal alemán para la introducción del Código penal Internacional ya señalaba que por derechos humanos fundamentales deberán entenderse el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria²⁴. Pero dicha orientación no cierra la posibilidad de una interpretación más amplia habida cuenta del tenor literal.

Sirva el *excursus* sobre la normativa alemana de adaptación del Estatuto de Roma para tomar conciencia del espacio fluido que se abre especialmente en la modalidad de delito de lesa humanidad de persecución respecto del denominado delito de provocación al odio, la discriminación o la violencia contra grupos. Y sirva, ya al margen de la normativa alemana, para tomar conciencia de que cuando el legislador español se ha decidido a elevar la persecución a contexto típico del delito de lesa humanidad está poniendo las bases para configurar un delito de lesa humanidad muy atento a la dinámica persecutoria y de eliminación de grupos discriminados, en la línea de tutela del delito de provocación del artículo 510.

En cualquier caso, de *lege lata*, debería realizarse una interpretación muy restrictiva de la "persecución" exigiendo un contexto de enorme gravedad para integrar el delito de lesa humanidad sin que baste un clima de provocación de los recogidos hasta ahora en el artículo 510 CP. El crimen contra la humanidad se sitúa, desde el plano de la dinámica comisiva de enfrentamiento entre grupos, en un espacio intermedio entre el genocidio y el citado delito de provocación y, por tanto, deberá ser el primero y no el último el polo de referencia a la hora de dar por concurrente el clima de persecución.

De lo contrario está abierta la vía para una eventual ampliación del ámbito típico del crimen de lesa humanidad en la línea de los delitos de peligro lo que podría desdibujar una relación del delito de provocación como tipo adelantado y de menor gravedad (delito de peligro hipotético) respecto del crimen contra la humanidad²⁵. El riesgo a evitar, dicho de forma más gráfica, es el de que el crimen contra la humanidad acabe por "colonizar" al menos parcialmente el ámbito típico del delito de provocación y se acabe por banalizar y relativar el estándar de gravedad necesaria para integrar el crimen contra la humanidad.

²⁴ LÜDER, Sascha Rolf/VORMBAUM, Thomas (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster/Hamburg/London, 2003, p. 38.

²⁵ De la misma forma, por cierto, que la denominada "mentira de Auschwitz" complementa la prohibición del genocidio como prohibición adelantada de creación de un clima preparatorio del mismo mediante propaganda de agitación. Otra cuestión, en la que ahora no cabe entrar, es la de la oportunidad y legitimidad de una tal prohibición de *lege ferenda* por su proximidad a un auténtico delito de opinión en la línea del derecho penal de la actitud (*Gesinnungsstrafrecht*). Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, "La llamada <<mentira de Auschwitz>> (art. 607.2 CP) y el <<delito de provocación>> (art. 510 CP) a la luz del <<caso Varela>>: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de 16 de noviembre de 1998)", *Actualidad Penal 1999, passim*; DEL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, p. 163 ss.

3. En la misma línea de dificultades interpretativas debe situarse también el eventual problema de delimitación de esferas típicas ente el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo. Probablemente no hay un ejemplo más claro de banalización de la gravedad del crimen contra la humanidad que una respuesta positiva sin matices a la pregunta de hasta qué punto cabe un solapamiento fundamental entre el crimen de lesa humanidad y la delincuencia terrorista.

La cuestión ya ha sido puesta de manifiesto por algún autor de la doctrina²⁶ y enlaza directamente con la definición del "ataque contra una población civil" que el Estatuto de Roma identifica con "(...) una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política" (art. 7.2.a).

Tanto en el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 como, por ejemplo, en la Ley alemana de un Código de Derecho Penal Internacional (*Volkerstrafgesetzbuch*), se omite recoger la definición expresa que el Estatuto de la Corte da respecto del citado ataque. El silencio, no obstante, puede interpretarse como remisión tácita a dicha definición²⁷ que al referirse a la política de un Estado u organización no cierra la puerta, en principio, a que el crimen contra la humanidad pueda cometerse no sólo desde los instrumentos estatales de poder²⁸.

El punto más fluido de enlace entre el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo puede situarse por tanto 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. 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.

²⁶ Véase GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal* (42) 2002, 1131.

²⁷ Así expresamente la fundamentación del Proyecto gubernamental de la Ley alemana de un Código Penal Internacional LÜDER, Sascha Rolf/VORMBAUM, Thomas (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster/Hamburg/London, 2003, p. 35.

²⁸ Véase, por todos, GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal* (42) 2002, 1127 ss., quien afirma incluso que la extensión a organizaciones no estatales (con mayor o menor amplitud en cuanto al concepto y requisitos) puede considerarse como irrenunciable en materia de crímenes contra la humanidad. Véase, también, DIXON, Rodney, "Article 7. Crimes against humanity", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Otto TRIFFTERER (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 159.

La cuestión afecta al núcleo esencial de lo que deba entenderse por crimen contra la humanidad. Más allá de los hechos individuales concretos ("acompañantes") la clave interpretativa se centra en torno al contexto típico, a la dimensión colectiva de la conducta criminal a estudio que, en definitiva, será la que justifique que conductas tradicionalmente castigadas en los ordenamientos jurídico-penales internos de nuestro ámbito de cultura, merecen, sin embargo, un tratamiento diferenciado y merecedor de mayor castigo por su afección a la Comunidad Internacional ("humanidad").

Ello enlaza directamente con la postura que se adopte con relación al bien jurídico protegido en el delito de lesa humanidad. El cabal entendimiento del "ataque generalizado o sistemático" como elemento característico y específico del crimen contra la humanidad depende esencialmente del sentido de tutela del tipo que informará el criterio de interpretación teleológico indispensable para perfilar la imagen típica subyacente al mismo. La configuración del objeto de tutela permitirá entonces como corolario establecer la frontera de delimitación de las esferas típicas del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 y los delitos de terrorismo. Pero antes de abordar la cuestión del bien jurídico en el siguiente apartado cabe ya adelantar de forma muy breve nuestra postura al respecto.

La delincuencia terrorista tal y como la conocemos en las sociedades occidentales se aleja en su esencia de la imagen típica subyacente al crimen contra la humanidad. Y se aleja porque el delito de lesa humanidad es fundamentalmente un complemento del de genocidio que en su prohibición busca la protección de colectivos frente a ataques a tal escala que no cabe ya calificar la situación de normal respecto del contexto socio-estatal en que se producen. El Estado y la propia sociedad en que se cometen o resultan inminentes delitos como el genocidio o crímenes contra la humanidad se encuentra ya inmersa en una situación radical de crisis, de anormalidad: estamos ante un estado de "excepción". Los hechos "acompañantes" aislados (asesinato, homicidio, lesiones, violación, etc) adquieren relevancia típica como crimen contra la humanidad cuando son "mensajeros actuales y verosímiles" de un escenario de generalización de los mismos contra determinados colectivos que quiebra de raíz el *statu quo* socio-estatal que debería ser garante del conjunto de expectativas normativas que genera el *ius puniendi*.

No basta que quien mata, viole, secuestre, etcétera, desee además atacar a todo un colectivo o pretenda incluso alcanzar la eliminación del mismo, sino que, además, debe concurrir un ataque actual o una escalada de eliminación en un grado muy próximo al del genocidio. Sólo entonces si se dieran las circunstancias de que un grupo terrorista, racista, xenófobo pudiera acumular el poder suficiente para hacer intersubjetivamente 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 humanidad. Sería esa

entonces una situación de emergencia, de excepción, que en cualquier caso requiere algo más que confundir los deseos de los terroristas con la realidad de su potencial destructivo. Por expresarlo de forma sintética, del designio de los terroristas, por ejemplo, a poner en el punto de mira a un determinado colectivo, a su posibilidad real de poder llegar a provocar un ataque típicamente "sistemático o generalizado" media todavía un abismo que, como a continuación intentaré fundamentar, traza la diferencia cualitativa esencial entre la criminalidad "ordinaria" y la criminalidad "internacional".

IV. EL SENTIDO DE TUTELA DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD: REFLEXIONES PROVISIONALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Los problemas de delimitación típica en la "periferia" del crimen contra la humanidad son un síntoma especialmente llamativo de la falta de una definición suficientemente precisa de dicha prohibición penal que ha dado como fruto una tipificación tanto en el Estatuto de Roma como en la versión del 607bis PLO 5 mayo 2003 excesivamente amplia en sus términos gramaticales.

Cabe, no obstante, reconducir la interpretación de *lege lata* a partir de una propuesta de bien jurídico-penal²⁹ que contribuya, en primer lugar, a dibujar con cierta nitidez la imagen central del tipo de lesa humanidad para, en segundo lugar, sentar una serie de criterios materiales que faciliten también el deslinde en la periferia del ámbito de prohibición de la norma como algo radicalmente distinto del contenido de las disposiciones relativas, por ejemplo, a la delincuencia terrorista o conductas de *discriminación* criminalizadas.

2. La propuesta de bien jurídico debe partir del sustrato criminológico sobre el que se asienta el crimen contra la humanidad como ataque generalizado o sistemático contra una población civil (*contexto típico*) ya manifestado en alguna(s) conducta(s) delictiva(s) grave(s) más individualizable(s) que refleje(n) ese contexto general de enfrentamiento colectivo (*hechos acompañantes*). Conviene acercarse por tanto a las claves de la propia dinámica social (y estatal) de enfrentamiento o agresión entre grupos para obtener un conocimiento mínimo del espectro de realidad sobre el que la prohibición penal pretende desplegar sus expectativas normativas de obediencia a sus prescripciones e intimidación sobre eventuales criminales contra la humanidad, esto es: sus expectativas de prevención general positiva y negativa³⁰.

²⁹ MIR PUIG, Santiago, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 159 ss.; SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 267 ss.

³⁰ Sobre la orientación principal que respecto de los fines del derecho penal se siguen en este trabajo véase ASUA BATARRITA, Adela, "Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico-constitucional", *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 221 ss.; DEL MISMO, "La punibilidad en la teoría del delito: orientaciones recientes desde una dogmática teleológica-funcional", *Cuestiones fundamentales del derecho penal*, Monografías universitarias de San Roque, Juan María

Dicho sustrato criminológico subyacente al crimen contra la humanidad, siguiendo en principio la propuesta de JÄGER, apunta a lo que en la literatura criminológica se viene denominando <<macrocriminalidad>>³¹. A la hora de abordar la interpretación del crimen de lesa humanidad uno de los aspectos más interesantes de la propuesta del profesor alemán mencionado consiste precisamente en su afán de perfilar el concepto de macrocriminalidad en torno a una suerte de criterio cualitativo propio que permita diferenciar e identificar este tipo de delitos característicos de un derecho penal internacional³².

En efecto, según JÄGER, la expresión macrocriminalidad puede estar refiriéndose o bien a la extensión y dimensión cuantitativa de los daños que produce el crimen, o bien al alto nivel operativo en que se sitúa el colectivo de autores³³. Esta segunda es la acepción por la que se opta y que subraya una primera nota diferencial de las conductas criminales sobre las que pretende incidir la prohibición penal de los crímenes contra la humanidad. Podría así delinearse un cierto paralelismo con los conceptos de la macro y la microeconomía para así definir la macrocriminalidad por la repercusión macrosocial, estructural, que tiene el delito en cuestión en la medida en que la implicación de autores situados en los resortes de poder y la implicación de dichos resortes o aparatos organizados de poder convierte al fenómeno delictivo en uno de otra calidad y dimensión.

Como indica el citado profesor alemán cabe hablar de macrocriminalidad cuando los hechos colectivos representan una parte de los conflictos y procesos de la sociedad en su conjunto, de tal forma que el Estado y la Sociedad se ven envueltos de forma inmediata a través de su significado en los acontecimientos criminales. Ya que es la dependencia de la actuación del individuo respecto de los acontecimientos del nivel *macro* la que determina que los hechos sean de una cualidad tal que marca la diferencia real para con otros hechos

Terradillos Basoco/Paz Mercedes de la Cuesta Aguado (coordinadores), Cadiz, 1998, p. 49 ss. Para un análisis crítico en profundidad sobre las distintas orientaciones en la configuración de los fines del derecho penal véase, por todos, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1998*, *passim*.

³¹ Término que, como el propio JÄGER, Herbert, "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Gerd Hankel/Gerhard Stuby (ed.), Hamburgo, 1995, p. 326, pone de manifiesto, resulta controvertido y viene siendo utilizado con diversas acepciones. Por ello, como a continuación haremos en el texto, conviene precisar y dotar de contenido dicho lugar común que a lo largo de este trabajo será utilizado conforme a las propuestas del profesor citado. Véase, además del trabajo citado, JÄGER, Herbert, "Versuch über Makrocriminalität", *Strafverteidiger 4/1988*, pp. 172 ss.

³² Véase, además de la nota anterior, en la misma línea, recientemente, AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002, p. 50 ss.; MÖLLER, Christina, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof-kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, Münster/Hamburg/London, 2003, p. 240 ss.

³³ JÄGER, Herbert, "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Gerd Hankel/Gerhard Stuby (ed.), Hamburgo, 1995, p. 327.

delictivos y obliga a la vez a elaborar nuevos modelos de estudio criminológico, nuevos conceptos criminales y nuevas especialidades en la determinación de las reacciones y fines de la pena frente a los delitos. La situación es del todo distinta en delitos en los que sus efectos de repercusión sobre toda la sociedad los convierten en un reto de especial magnitud para la política criminal como, por ejemplo, los delitos económicos, medioambientales, el terrorismo antiestatal o la criminalidad organizada en sus diferentes variantes. Los peligros que se generan a través de una tal "criminalidad de formato gigante" (<<*Kriminalitätsdimensionen im Großformat*>>) se pueden dar también en sociedades relativamente ordenadas e intactas desde el punto de vista jurídico. No presuponen que las relaciones política y de poder de un determinado Estado y sociedad han posibilitado y determinado los delitos como sucede en circunstancias de guerra, guerra civil o dictadura³⁴.

El concepto de macrocriminalidad que JÄGER predica respecto no sólo del crimen contra la humanidad sino, también del genocidio o de los delitos de guerra, esto es, respecto de macro-acontecimientos relativos al derecho de guerra y de los pueblos, parte de la premisa de que dichas conductas criminales sólo son posibles en determinadas circunstancias y situaciones políticas, esto es, que tienen como presupuesto --y este aspecto resulta del todo esencial-- una situación excepcional socio-estatal de índole criminógena. Se trata de comportamientos plenamente conformes con el sistema y la orientación de actividad imprimida en un determinado aparato organizado, un aparato de poder u otras actuaciones colectivas. Su especificidad consiste en que nunca cabe que personas, grupos u organizaciones aisladas llegarían a ser capaces de cometer por sí mismas dichos crímenes. Los macro-delitos se diferencian por tanto de forma fundamental de los otros delitos o conductas desviadas³⁵.

El prisma de definición de lo específico del crimen contra la humanidad no es (o no solamente) el de la extensión o monstruosidad de los hechos. Muchas otras conductas criminales comparten la cualidad de la repercusión colectiva o supraindividual especialmente extensa del daño que entrañan. JÄGER, por tanto, a la hora de ir perfilando qué es lo que determina que el crimen contra la humanidad (u otros de los más graves en derecho penal internacional) afecte y conmueva a la Comunidad internacional en su conjunto, se fija en las características de los victimarios y su implicación en una dinámica delictiva *estructural*, esto es, que arrastra al poder estatal o a un aparato organizado de características y potencial destructivo equiparable. A una situación tal corresponde, como la otra cara de la misma moneda, una corrupción generalizada del Estado o de la vida civil de un conjunto social: el crimen contra la humanidad no es, en esencia, una conducta aislada de la dinámica social sino

³⁴ JÄGER, Herbert, "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Gerd Hankel/Gerhard Stuby (ed.), Hamburgo, 1995, p. 327.

³⁵ JÄGER, Herbert, "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Gerd Hankel/Gerhard Stuby (ed.), Hamburgo, 1995, p. 327.

un reflejo del nivel de degradación de la convivencia entre grupos sociales que ha derivado ya en la puesta en marcha de movimientos agresivos colectivos con la cooperación necesaria de una estructura política o estatal que permite hablar de un estado de excepción, de aguda crisis social, de colapso generalizado en la normal convivencia.

La concurrencia de una tal situación excepcional de <<crisis>> enlaza con las reflexiones que JAKOBS ya hace algún tiempo³⁶ puso fundamentalmente sobre la mesa a la hora de explorar los requisitos materiales sobre los que poder edificar la imputación de responsabilidad en un Estado de Libertades, esto es, las condiciones de imputación de responsabilidad que conjuren de raíz el riesgo de que el Estado, a través del legislador, trate al ciudadano destinatario de las normas como un *enemigo* y, a la vez, como un ser inmaduro necesitado de tutela. El gran acierto del profesor de *Bonn* que enlaza con la cuestión que nos ocupa consiste en haber subrayado de forma magistral que en situación de *crisis de legitimación (Legitimationskrisenzeiten)*³⁷ el derecho penal puede verse obligado a adoptar una respuesta diferente. La prohibición del crimen contra la humanidad (al igual que la del genocidio o la relativa a determinados crímenes de guerra) pretenden responder precisamente a esa situación radicalmente diferente de suerte que debe aprehenderse tanto dicha prohibición penal como su interpretación al margen de los parámetros del derecho penal en tiempos de normalidad. La excepcional gravedad de los crímenes contra la Comunidad internacional tiene sus raíces en una situación social y estatal excepcional que no puede olvidarse como parámetro central en la definición e interpretación de estas disposiciones penales.

3. Teniendo en cuenta las características esbozadas de la dinámica sociológica a la que responde el crimen contra la humanidad y el contexto socio-estatal excepcional que implica, una adecuada configuración del objeto de tutela en el crimen de lesa humanidad debería llevar a superar definitivamente una perspectiva estrictamente individual. GIL GIL, por el contrario, asegura entre nosotros que el crimen contra la humanidad protege los bienes jurídicos individuales de los sujetos afectados (vida, integridad física, libertad, etc), de tal manera que la exigencia de un ataque generalizado o sistemático no permite hablar de titulares colectivos o de un bien jurídico que corresponda a todo un grupo. Según esta autora la idea de que se estaría protegiendo a grupos a través de tal figura delictiva procede de una incorrecta proyección de los “ motivos” de la modalidad de persecución a todas las conductas del crimen contra la humanidad que por abstracción acabaría por convertirse en objeto de tutela. Una tal argumentación, asevera categóricamente GIL GIL, es incorrecta. Y lo es porque no se sostiene ni el proceso de abstracción ni el resultado. Ya que, de ser así, los bienes jurídicos

³⁶ JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985, pp. 751-785. Existe traducción al castellano de Enrique Peñaranda Ramos: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 293-324.

³⁷ JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985, p. 783.

serían “ objetos” del delito que servirían en su protección a la del bien jurídico colectivo. Los bienes jurídicos individuales no serían entonces objeto directo de protección en el derecho penal internacional³⁸.

Pero yendo incluso más allá GIL GIL defiende que la existencia de un grupo como bien jurídico no puede basarse únicamente en los aspectos culturales u otras manifestaciones del colectivo para la Comunidad internacional. La protección debería estar en relación con el interés de las personas como tales. La tutela del grupo frente a su destrucción sólo tendría sentido, según dicha autora, si los bienes jurídicos individuales son a su vez protegidos. Carecería de sentido no proteger los presupuestos de la existencia del grupo y otorgarles sólo una función mediata de tutela del colectivo si no fueran bienes jurídicos merecedores de protección por el derecho internacional. Concluye, por tanto, GIL GIL, que los titulares de los bienes jurídicos son los individuos y que una concepción exclusivamente supraindividual del bien jurídico sería inútil pues dejaría fuera del tipo supuestos en los que la víctima no tiene características comunes de identificación del colectivo como tal. Además sería entonces el crimen contra la humanidad una mera ampliación del delito de genocidio que vaciaría de contenido a este último³⁹.

Un planteamiento tan individualista en la configuración del objeto de tutela desenfoca y desvía, a mi juicio, de forma fundamental la línea de defensa que representa la prohibición de los crímenes contra la humanidad. A partir de un prisma eminentemente individualista el filtro interpretativo de la prohibición penal puede llegar a *falsificar* la realidad hasta convertir en objeto de prohibición una manifestación muy poco significativa y representativa del fenómeno esencialmente *colectivo* con el que debe identificarse la macrocriminalidad subyacente al crimen contra la humanidad⁴⁰. Por otra parte, la mera contabilidad de vulneraciones de bienes

³⁸ GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, pp. 124 y 125; DEL MISMO, “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2000, pp. 382 y 383.

³⁹ GIL GIL, Alicia; “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2000, pp. 384 y 385; DEL MISMO, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, pp. 123 ss.

⁴⁰ Siguiendo a JÄGER, Herbert, "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Gerd Hankel/Gerhard Stuby (ed.), Hamburgo, 1995, p. 329, la macrocriminalidad es un fenómeno colectivo y se percibe colectivamente como constelación global de índole política o conflicto internacional, no como comportamiento individual. La individualización de un comportamiento es sólo el resultado de un proceso analítico como el que se lleva a cabo en el proceso penal. También la imputación de responsabilidad tiende a ser colectiva: es responsables un pueblo, un Estado, un movimiento, un sistema político. Se trata de actuaciones en red en donde la actuación individual tiende a ocultarse como parte de la actuación de la organización, del sistema. Nuestras capacidades de atribución se encuentran antes estos fenómenos programadas en clave colectiva.

A la luz del planteamiento del profesor alemán podríamos, por tanto, afirmar que la comisión de crímenes contra la humanidad responde a una dinámica social colectiva tanto en su desarrollo como en su percepción y que eso debe tenerse en cuenta a la hora de establecer e interpretar una prohibición penal que

jurídicos individuales (criterio *cuantitativo*) no ofrece una perspectiva fructífera para poder diferenciar las tradicionales prohibiciones penales destinadas a proteger los aludidos bienes jurídicos individuales y los preceptos que persiguen según el Título XXIV del Código penal tutelar a la Comunidad internacional. O, con otras palabras, el *criterio cuantitativo* no facilita diferenciar el derecho penal *interno* de las disposiciones impulsadas desde y para la protección de la Comunidad internacional como tal⁴¹. Por eso al margen del acierto de determinadas líneas argumentativas y de la oportunidad de algunas de las cautelas que se subrayan en la postura de GIL GIL⁴², conviene, contra su propuesta, reflejar en la determinación del objeto de tutela lo específico del contexto típico necesario para que las transgresiones de bienes jurídicos individuales (*hechos acompañantes*) se coloreen e integren el crimen de lesa humanidad como algo cualitativamente diferente de una mera acumulación de delitos castigados tradicionalmente por los derechos penales internos en nuestra área de cultura jurídica.

4. A la búsqueda de ese criterio cualitativo diferenciador se sitúan las contribuciones de KÖHLER⁴³ y VEST⁴⁴ que tienen como denominador común precisamente ligar la definición de

aspire a intervenir con eficacia en tal realidad. Ello implicará, sin duda, dificultades en el plano de la imputación individual de responsabilidad por el "contexto" (véase, desde la perspectiva del crimen de genocidio, en profundidad, VEST, Hans, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 2002, *passim*). Pero tales dificultades no deben llevar a renunciar a la percepción jurídica de la realidad del crimen contra la humanidad excesivamente alejada de sus claves sociológicas.

⁴¹ Fundamentalmente de acuerdo VEST, Hans, "Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2001, p. 463 ss.

⁴² No podemos detenernos a un análisis crítico detallado por las limitaciones de este trabajo pero baste con dejar constancia de la importancia y peso de la objeción de considerar mero objeto material del delito la lesión de bienes jurídicos individuales que resultarían, por tanto, *funcionalizados* en aras de la tutela del grupo. El pensamiento de matriz kantiana que transluce dicha argumentación (la persona como fin en sí mismo) no puede, sin embargo, derivar en sede penal en la negación radical de la posibilidad de tutelar bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que, de cualquier manera, siempre deberán legitimarse a partir de su idoneidad para la protección de la persona como centro indiscutible del sistema. La fijación del objeto de tutela en clave colectiva no implica, por tanto, necesariamente la degradación del sujeto individual o su funcionalización para fines ajenos, sino el reconocimiento de la persona como ser social y la necesidad de su tutela también desde ese plano. La advertencia de GIL GIL obliga, por tanto, a precisar la conexión personal del bien jurídico colectivo antes que a rechazar radicalmente una propuesta de bien jurídico supraindividual. Véase, al respecto y sobre los postulados metodológicos fundamentales de los que se parte, LANDA GOROSTIZA, JON, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 240 ss. y 349 ss.

⁴³ KÖHLER, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2003 (manuscrito en imprenta), p. 1 ss., en el intento por perfilar el concepto de *derecho penal internacional* en sentido estricto (esto es, como un derecho independiente del estatal) parte de una concepción kantiana de la sociedad internacional como comunidad de repúblicas independientes en la que presupone una relación jurídica de cada ser humano con el Estado pero también con la Comunidad internacional. El derecho penal internacional y su correlativa jurisdicción internacional se sitúan en términos de legitimación frente a su necesaria ponderación con el derecho de los pueblos a regular sus asuntos internos (soberanía y derecho de autodeterminación). El profesor alemán, a partir de estos presupuestos, realiza una brillante construcción crítica que alerta de los riesgos de una ilegítima expansión del derecho penal internacional pero, a la vez, contribuye a delimitar criterios para perfilar lo específico de los crímenes de derecho penal internacional: a saber, la "afección universal" que justifica su tipificación y jurisdicción internacional.

⁴⁴ VEST, Hans, "Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2001, p. 464, argumenta, contra la propuesta de la profesora GIL GIL, que lo específico del crimen contra la humanidad es la afección de los intereses colectivos de la

lo específico en este tipo de crímenes de derecho penal internacional con las razones que pueden avalar y legitimar una jurisdicción internacional al margen, incluso en contra, de alguna (o algunas) jurisdicciones estatales. La envergadura y especificidad de este tipo de crímenes justificaría su definición universal y una jurisdicción internacional. Ahora bien ello requiere una definición precisa de los mismos que, como *KÖHLER* subraya, está lejos de haberse alcanzado en las tipificaciones del Estatuto de Roma y, en particular, respecto del crimen contra la humanidad⁴⁵.

Con una finalidad crítica y, a la vez, persiguiendo facilitar una interpretación restrictiva de los crímenes de derecho penal internacional propone *KÖHLER* una serie de criterios que, en su terminología, deberían servir para determinar cuándo una actuación delictiva presenta una "afección universal" que legitime su consideración como "crimen universal"⁴⁶. Dicha *afección universal* condensa la idea de encontrar un criterio cualitativo que permita diferenciar el derecho penal internacional en sentido estricto (genocidio, crímenes de guerra, crimen contra la humanidad) de la criminalidad *ordinaria* (interna) y viene a complementar, desde otra óptica, las notas diferenciales y características de estos crímenes, también del de lesa humanidad, en cuanto macrocrímenes a las que venimos haciendo referencia.

Señala *KÖHLER*, en primer lugar, que la propia historia del crimen contra la humanidad demuestra que desde que se independiza de los crímenes de guerra no se sabe cuál es su elemento diferenciador (cualidad político-estatal del delito, organización del mismo, criminalidad estatalmente apoyada...). Pero una vez reconocidas las dificultades de tal empeño descarta en cualquier caso la perspectiva puramente individual para justificar la universalidad del crimen indicando, desde un principio, que lo "universal" es algo que va más allá de la cualidad interpersonal, estatal o interestatal del crimen en cuestión. La universalidad tiene que ver con la suspensión de la norma fundamental que gobierna las relaciones internacionales y en particular con la posibilidad de paz jurídica entre pueblos, Estados, asociaciones. La afección universal tiene que ver, en definitiva, con la capacidad jurídica de los pueblos (no de los individuos), con su subjetividad internacional, de tal manera que la negación radical de la subjetividad internacional de un pueblo, Estado o colectivo afecta a todos, al conjunto de la humanidad⁴⁷.

Comunidad internacional. La función primaria del derecho penal internacional es la tutela de dicha Comunidad internacional frente a formas de delincuencia totalitaria que ponen en peligro la paz mundial. Cuando el delito no es tan masivo la función del derecho penal internacional es subsidiaria: debe actuar entonces la justicia interna. Pero si es masivo debe actuar el derecho penal internacional cuando la justicia interna no puede o no quiere perseguir el delito. El contexto del ataque del crimen contra la humanidad ofrece, por tanto, el criterio específico de definición del crimen contra la humanidad cuyo objeto de tutela presenta entonces una naturaleza individual-colectiva.

⁴⁵ *KÖHLER*, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), p. 10.

⁴⁶ *KÖHLER*, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), p. 15 ss.

⁴⁷ *KÖHLER*, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), pp. 23 y 24.

Expuesto el criterio de afección colectiva (*universal*) en términos generales lo concreta KÖHLER respecto del crimen contra la humanidad en torno a tres elementos esenciales; sujeto activo, sujeto pasivo y conducta. En primer lugar (sujeto pasivo) el crimen de lesa humanidad debe suponer la exclusión fundamental de un grupo identitario de matriz "constituyente" (esto es, susceptible de entrar en relación con los demás sujetos colectivos en el concierto internacional) determinado por características generales abstractas (especialmente grupos nacionales, raciales, religiosos...). En segundo lugar, la conducta debe consistir en una exclusión fundamental del grupo: esto es, una anulación radical de su posibilidad de actuación en la relación jurídico-constitucional y con ello en una relación jurídico-internacional. Por último, en tercer lugar, al sujeto activo corresponde una decisión "constituyente" negativa⁴⁸ o determinación de *neutralizar existencialmente* la subjetividad del colectivo en cuestión.

El rico planteamiento del profesor alemán implica al menos una triple especificidad que va más allá, aunque lo complementa, de la identificación del crimen contra la humanidad con un delito político *sui generis* caracterizado por la ubicación de sus autores en un alto nivel macrosocial y político⁴⁹. La implicación del aparato de poder (estatal normalmente aunque sin excluir otros) a través de los autores describe el fenómeno desde el autor y su potencial lesivo estructural en una situación de crisis. KÖHLER desde premisas de la filosofía idealista kantiana⁵⁰ completa el cuadro subrayando la imagen típica esta vez desde el sujeto pasivo colectivo, destinatario del ataque que, en esencia, debe implicar la anulación de la capacidad del grupo para existir como sujeto que pueda relacionarse en el plano jurídico-internacional. El criterio de la afección universal que podría parafrasearse como criterio de negación existencial del colectivo permite, tanto de *lege lata* (interpretación teleológico-restrictiva) como de *lege*

⁴⁸ KÖHLER, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), p. 28.

⁴⁹ Según JÄGER los macro-delitos son delitos políticos aunque tal denominación debe matizarse pues se usa en un sentido no habitual. La criminalidad política se identifica por lo general con hechos delictivos individuales motivados políticamente que se dirigen contra el Estado, la Constitución o sus representantes. En el caso de la macro-criminalidad la **dirección del ataque es en cierta medida la contraria, esto es: se trata de delitos cometidos por sistemas de poder o grandes colectivos contra individuos o minorías** (resaltado nuestro). No se trata necesariamente de crímenes motivados políticamente pero siempre y en cualquier caso de hechos condicionados políticamente ya que su comisión se encuentra ligada a determinados marcos políticos y relaciones de poder. Esta dirección del ataque criminal y la correspondiente tutela jurídico-penal frente al mismo son las que corresponden al ámbito normativo de la protección individual propia del derecho internacional que vienen referida a conductas de sujetos del derecho internacional contra personas y contra grupos de personas que se encuentran ligadas por una serie de características comunes. JÄGER, Herbert, "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Gerd Hankel/Gerhard Stuby (ed.), Hamburgo, 1995, p. 331. Para una delimitación conceptual precisa y actualizada del *delito político* véase, entre nosotros, recientemente, ASUA BATARRITA, Adela, "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Juan I. Echano Basaldúa (coord.), Bilbao, 2002, p. 42 ss.

⁵⁰ Véase, en profundidad, KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg/New York, 1997, p. 1 ss.

ferenda, expulsar del ámbito de protección de la norma del derecho penal internacional algunas conductas no tan graves cerrando la puerta a las tendencias expansivas y al riesgo de banalización también del crimen de lesa humanidad.

V. ALGUNAS CLAVES INTERPRETATIVAS DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD: CONSIDERACIÓN FINAL

1. La propuesta de bien jurídico colectivo⁵¹ en torno a la existencia de grupos implica una serie de consecuencias interpretativas y líneas básicas de comprensión del delito de lesa humanidad algunas de las cuales se han ido sugiriendo a lo largo de este trabajo y que, a continuación, van a ser referidas, a modo de resumen, de forma algo más expresa y sistemática⁵².

2. La determinación del ámbito de protección de la norma que prohíbe el crimen de lesa humanidad exige una primera aproximación en clave colectiva lo que debe traducirse en la comprobación del ataque generalizado o sistemático como elemento típico central. La presencia de dicho ataque será la piedra angular para poder llegar a concluir que efectivamente se produce un enfrentamiento agresivo contra un colectivo (contra una población civil) fruto o reflejo de un situación de grave crisis social con implicación macrocriminal. Los actores del enfrentamiento (sujeto activo y pasivo), al margen de los concretos hechos delictivos (acompañantes) que se esté ya en condiciones de verificar, responden a una dinámica social de enfrentamiento entre grupos, de suerte que el comportamiento típico se dirige a, y es susceptible de, eliminar la capacidad de actuación (subjetividad colectiva) del grupo en cuestión comprometiendo ya radicalmente su existencia como colectivo.

⁵¹ En realidad la propuesta de bien jurídico-penal protegido en el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 es **mixta** por cuanto es innegable que también se protegen otros bienes jurídico-penales, predominantemente de corte individual, a través de la prohibición de las conductas delictivas que integran los "hechos acompañantes". Defendemos, sin embargo, que lo específico y característico del crimen contra la humanidad es su perspectiva de tutela en clave colectiva, de protección de la existencia de grupos expuestos a ataques (*generalizados o sistemáticos*) que ponen en peligro su existencia y han comenzado ya su destrucción, comprometiendo radicalmente su identidad y vida colectivas. La vulneración del objeto colectivo de tutela, sin que se produzcan simultáneamente la lesión o puesta en peligro típicas que requieren los hechos acompañantes, no debería entonces integrar el delito de lesa humanidad sino, a lo más, un delito de provocación del artículo 510 CP. Si lo que se vulneran son, por el contrario, los bienes jurídico-penales tutelados en los preceptos equivalentes a los recogidos en los "hechos acompañantes" pero sin que, a la vez, se constate la dirección colectiva del ataque (afección del bien jurídico colectivo) se integrarían sólo en su caso los correspondientes tipos tradicionales. Queda por el momento abierta, por limitaciones del estudio, la resolución detallada de la eventual problemática concursal según la forma concreta de comisión del delito de lesa humanidad mediante uno o varios delitos ("hechos acompañantes").

⁵² Si bien se renuncia a la exhaustividad del análisis interpretativo del tipo en este trabajo que, como su título indica, pretende más bien ser una *primera aproximación* que contribuya en la medida de lo posible a orientar el cauce principal por el que debe discurrir la configuración de su sentido de tutela y, como corolario, contribuya también a señalar los perfiles fundamentales de su imagen típica.

2.1. Dicho criterio general debería llevar a considerar que la definición que el Estatuto de Roma da sobre el ataque generalizado o sistemático (art. 7.2.a), aunque se ha omitido en la versión del delito de lesa humanidad del artículo 607bis PLO 5 mayo 2003, podría entenderse tácitamente aplicable siempre en la línea de interpretación que acabamos de sugerir.

El ataque como línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos hace, por tanto referencia, a que los hechos acompañantes no dejan de ser sino partes de un plan que pone en marcha --con un desenvolvimiento en estadios sucesivos-- el ataque contra la población civil. La tal definición, por cierto, junto a la comisión múltiple de actos que debería implicar, exige que la línea de conducta que el ataque representa se identifique con una *política* de Estado o de una organización para la comisión del ataque o para la promoción de la misma. El ataque como *política* confirma, a nuestro juicio, la interpretación sugerida en punto a la necesidad de que la agresión sea estructural e implique aparatos de poder que, según la experiencia histórica, serán en la mayoría de los casos de índole estatal⁵³ pero que no cabe descartar que puedan ser para-estatales o ajenos al mismo siempre que, como correctivo interpretativo, tengan un potencial destructivo equivalente que deberá medirse por su capacidad de generar una situación de crisis social y colapso civil que sitúe la actuación en el plano de la macrocriminalidad. Resulta por tanto acertada la alusión a la política a la hora de definir el ataque y el no haber cerrado el mismo exclusivamente al ámbito de actuación desde los resortes del Estado⁵⁴ siempre que, en la interpretación, las políticas de organizaciones deban pasar un filtro de gravedad equivalente para evitar la confusión y banalización con la delincuencia organizada y, particularmente, la de índole terrorista.

2.2. De igual manera, la orientación interpretativa que se propugna debería llevar a entender que los supuestos de contexto típico (*persecución* y *apartheid*) que el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 dispone que "en todo caso" se considerarán delito de lesa humanidad no quiere decir que no debe previamente comprobarse la existencia de un ataque típico en los términos señalados⁵⁵. Aunque la opción del legislador pudiera invitar a ello, no parece que esas dos modalidades de ataque hagan supérflua la constatación de que hay un ataque grave, generalizado y sistemático, contra una población civil. Su definición *ad hoc* y formalmente

⁵³ En la misma línea KÖHLER, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2003 (manuscrito en imprenta), p. 29 quien acertadamente señala que los autores de este tipo de crímenes han actuado, históricamente, desde el Estado pero que ello no implica, necesariamente, la imposibilidad de actuar a través de otros canales. Eso sí, añade, en tal caso no bastaría con excesos ni con una mera referencia "política" relativa a la planificación o amplio espectro de los delitos.

⁵⁴ Coincide en la valoración positiva, por todos, GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal* 2002, p. 1127 ss.

⁵⁵ De igual manera que también debería entenderse aplicable la definición que de *persecución* suministra el artículo 7 del Estatuto de Roma, aunque la omita (como la definición de *ataque*) el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003, siempre, en tal caso, que la *privación grave de derechos fundamentales* con la que tal persecución se identifica sea interpretada de forma muy restrictiva en la línea que se viene propugnando a lo largo de este trabajo.

separada del requisito general como especies del mismo podría hacerse comprensible desde un punto de vista criminológico: esto es, desde la constatación de que los crímenes contra la humanidad, entendidos como complemento o prolongación de la dinámica genocida, han sido históricamente el fruto trágico de persecuciones de la que el *apartheid* no es más que otra concreción aún más particular.

El legislador refleja en el diseño de la prohibición penal la experiencia histórica a cuya luz parece pueden diseñarse algunos ejemplos relativamente abstractos como modalidad de delito de lesa humanidad que aceptan una definición más particular. Ello no obsta a que la prohibición penal presente, en su conjunto, una definición mucho más omnicompreensiva que revela un concepto de crímenes contra la humanidad, discutible en su valoración como veremos, pero indubitablemente amplio en sus términos gramaticales y, en modo alguno, cerrado a los casos de persecución o *apartheid*.

En la misma línea conviene también hacer una referencia aclaratoria a la cuestión de los grupos destinatarios del crimen contra la humanidad. Ya que, aunque el delito de lesa humanidad se refiere a cualquier "población civil" (o parte de la misma), las modalidades de persecución o *apartheid* introducen matices al respecto que pueden encontrar explicación una vez más desde la contemplación del fenómeno en su vertiente histórico-criminológica.

En efecto, el *apartheid* se ciñe exclusivamente a la dinámica de enfrentamiento racial por cuanto exige en su definición legal un "régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales". La modalidad de persecución abre más el espectro pero indicando, en primer lugar, que dicha persecución puede llevarse a cabo "por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, o de género", para, a continuación, generalizar del todo la definición mediante una cláusula general de cierre, omnicompreensiva en términos gramaticales, al admitir la persecución por cualesquiera "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional". Las referencias expresas a la raza o a colectivos étnicos en un sentido amplio (raza, nación, cultura), incluso al espectro ideológico o de las creencias como factor identitario (religión, política) está marcando, a nuestro juicio, un diagnóstico de la realidad de la persecución que en su modalidad extrema de crimen contra la humanidad se ha centrado mayoritariamente en torno a dichas cuestiones⁵⁶. Ahora bien, la evolución histórica no está

⁵⁶ Con más dificultades podría justificarse desde esta versión interpretativa la mención expresa al *género* que, además según el Estatuto de Roma, debe entenderse como referido "(...) a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término <<género>> no tendrá más acepción que la que antecede." (artículo 7.3). No parece que la dinámica persecutoria en su más dramática expresión de ataque generalizado o sistemático tenga una experiencia histórica equivalente. La referencia al género se acerca más bien al fenómeno discriminatorio y no a la versión extrema aniquilatoria y cuasi-genocida del crimen contra la humanidad. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, pp. 234, 39 ss., 57 ss.

cerrada y ello puede aconsejar abrir la descripción típica a la posibilidad, tristemente susceptible de materialización, de que el crimen contra la humanidad se vaya expandiendo a espectros de realidad ajenos al núcleo de lo étnico en un sentido amplio.

El valor interpretativo tanto de la determinación *ex legem* del contexto típico de "persecución" y *apartheid*, así como de la mención expresa de determinados motivos (raciales, nacionales, culturales, ideológicos, políticos...), sin cerrar la tutela a otros grupos, está subrayando los campos de enfrentamientos entre grupos y los colectivos que más probablemente serán susceptibles del ataque generalizado o sistemático en términos de vulnerabilidad histórica⁵⁷.

3. Si el elemento del contexto típico de *ataque generalizado o sistemático* condensa la clave interpretativa primera e imprescindible para que se integre el delito de lesa humanidad, los delitos graves que deben cometerse en contexto (*hechos acompañantes*) deben ser entonces interpretados como síntomas efectivos de que el citado ataque no es una amenaza futura sino una agresión actual y en marcha. El difícil pronóstico sobre si el clima de hostilidad contra un colectivo ha pasado la barrera de lo tolerable y las dificultades de imputación del mismo a un sujeto sin menoscabar esencialmente derechos fundamentales (libertad de expresión, ideológica, de asociación...) se facilitan en la medida en que la conducta delictiva grave (homicidio, lesiones, agresión sexual, etc) contribuye a disipar problemas fundamentales de indeterminación de la ley penal y de individualización de la responsabilidad.

⁵⁷ Coincide fundamentalmente con esta orientación interpretativa *KÖHLER* cuando asegura que el crimen contra la humanidad es más fácil que se lleve a cabo en Estados plurinacionales con identidades colectivas identificables (grupos religiosos, lingüísticos, nacionales...), a la vez que subraya la importancia de que la víctima de esta clase de delitos presente cierta conciencia identitaria interna que sirva de base para ser percibido externamente (socialmente) como un colectivo. Ello le lleva al profesor alemán incluso a criticar que el artículo 7 del Estatuto de Roma haya ido demasiado lejos en la descripción típica y definición del colectivo. *KÖHLER*, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), pp. 26, 28 y 31. Véase también una reflexión paralela pero relativa a la interpretación y crítica del delito de provocación del artículo 510 CP, *LANDA GOROSTIZA*, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 1999, p. 342 ss.; *DEL MISMO*, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, p. 130 ss.

Somos conscientes de que esta línea interpretativa exige aclarar la diferencia entre el crimen contra la humanidad y el delito de genocidio pues, en su núcleo típico de grupos tutelados, los sitúa en la misma línea de defensa. La cuestión supera las pretensiones de este trabajo pero baste con indicar que, desde nuestras premisas, el crimen contra la humanidad es un complemento del más grave de genocidio y su diferencia material estriba en el grado de progresión e intensidad del ataque, por una parte, y la reducción de la prohibición genocida a determinados colectivos étnicos por otra.

Resaltan, en cualquier caso, la protección general a todo tipo de grupos sin matices críticos y sin necesidad de que el colectivo presente una homogeneidad en torno a un determinado factor identitario, por todos, *GIL GIL*, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, p. 123 ss. (especialmente p. 126); *DEL MISMO*, "Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2000*, pp. 384 y 385; *VEST*, Hans, "Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2001*, p. 464.

Ahora bien la virtualidad del doble pilar o estructura bipolar del delito (*contexto y hecho*) se debilita en mayor medida cuanto más indeterminados fueran en su descripción los citados hechos acompañantes. Por ello merece una valoración positiva el artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 que del largo listado de hechos graves que deben cometerse como parte de un ataque suprime, respecto del Estatuto de Roma, algunos ciertamente incompatibles con el mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad material. Como venimos insistiendo la reformulación de la persecución, pero sobre todo la del *apartheid*, hace desaparecer formalmente a ambos del listado de delitos graves ganándose en taxatividad sobre todo en la medida en que el *apartheid* requiere de otro delito grave además del contexto de opresión y represión racial que implica. Todavía merece una valoración más positiva haber suprimido la referencia a "otros actos inhumanos" que como cláusula de cierre constituía en el Estatuto de Roma el último de los hechos acompañantes que podían integrar el delito si además eran parte de un ataque generalizado o sistemático.

La valoración positiva por la reducción del listado de hechos graves es, sin embargo, relativa. Como crítica común al artículo 607bis PLO 5 mayo 2003 y a la versión del crimen contra la humanidad del Estatuto de Roma debe subrayarse que se ha ido demasiado lejos en la equiparación de modalidades del delito de lesa humanidad: piénsese, únicamente a modo de ejemplo⁵⁸, entre la diferente gravedad del ataque de exterminio o eliminación y el que se materializa en torturas como primera concreción del contexto típico. Una tal diferencia no debería tener reflejo en la previsión de penas de distinta gravedad sino en la expulsión del crimen contra la humanidad de algunas conductas que, aunque representan sin duda flagrantes conculcaciones y violaciones de los derechos humanos, no presentan idoneidad para fungir como síntoma de un ataque que, debemos insistir, debe a la vez aparejar una situación de crisis social excepcional, una situación, en definitiva, de anormalidad en los términos ya expuestos anteriormente.

4. La imagen típica para la que en este trabajo se han pretendido insinuar algunas orientaciones fundamentales permite así establecer una cierta coherencia sistemática entre las distintas disposiciones penales del delito de provocación (artículo 510), el delito de lesa humanidad (artículo 607bis PLO 5 mayo 2003) y el delito de genocidio (artículo 607).

Cabe identificar una línea de intervención preventiva que se despliega, según los tipos penales citados, sobre diversas fases y momentos en la progresión de la dinámica agresiva de eliminación de todo un colectivo. El artículo 510, como tipo más adelantado, se dirige a evitar

⁵⁸ Véase para un análisis no exhaustivo pero sí con abundante casuística sobre lo que debería reservarse para la definición de crimen contra la humanidad (en cuanto afecta a la subjetividad o capacidad para ser sujeto del colectivo) y lo que no deja de ser grave criminalidad ordinaria (*interna*), KÖHLER, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik 2003* (manuscrito en imprenta), p. 31 y 26 ss.

que se avive el clima mismo de hostilidad prohibiendo *provocaciones incendiarias* (provocación a la violencia, odio o discriminación) cuya fuerza normativa de acuerdo al contexto de crisis es equivalente a una amenaza idónea para conmover las condiciones de seguridad existencial del colectivo en cuestión. El delito de provocación, entonces, vendría a ser una suerte de prohibición de la *antesala del genocidio* pero también del crimen contra la humanidad en la medida en que todavía no se ha iniciado, aunque sea inminente, el ataque más acabado que representan estos últimos.

Desde otro punto de vista, aunque no en sentido técnico estricto, el delito de provocación en la medida en que se dirige a tutelar en abstracto a todo tipo de grupos, sería un acto preparatorio material elevado a tipo de autor, una suerte de *apología sui generis del crimen contra la humanidad*, en paralelo, por tanto, a lo que vendría a ser el párrafo 2 del artículo 607 como *apología del genocidio* (la denominada "mentira de *Auschwitz*" o, más propiamente, *negación del genocidio*)⁵⁹ respecto del a su vez delito de genocidio del párrafo 1 de dicho artículo. La especificidad de los grupos tutelados en las prohibiciones de genocidio que se restringen a los de índole étnico (raza, nación, religión, etnia) y su tutela más (art. 607.2) o menos (art. 607.1) adelantada encuentra, por tanto, su paralelo con una definición típica ya general en las figuras más (art. 510) o menos (art. 607bis PLO 5 mayo 2003) adelantadas del crimen de lesa humanidad y del delito de provocación.

5. Resta únicamente una reflexión final. La concentración de este trabajo en algunos puntos discutibles del crimen contra la humanidad no deberían contribuir, sin embargo, a dar una falsa imagen sobre la oportunidad de algunas de las líneas de evolución más recientes en derecho penal internacional. No se trata de poner radicalmente en tela de juicio ni la existencia de un tal derecho ni tampoco de la jurisdicción internacional de los correspondientes tribunales. Se trata únicamente de llamar la atención sobre los mismos riesgos de *expansión* del derecho penal que en este sector se avistan y de su *efecto multiplicador* de la expansión de las legislaciones internas que parece puede ir desplegando⁶⁰. Una crítica a los rasgos excesivamente indeterminados del crimen contra la humanidad aspira únicamente a una mejor y más restringida definición e interpretación de los mismos que permita una adecuada

⁵⁹ Esto confirmaría la identidad de línea de tutela ente el artículo 607.2 y el delito de provocación del artículo 510 en la medida en que ambos representan una misma vocación preventiva que se diferencia por ser la denominada "negación del genocidio" fundamentalmente una suerte de delito *ad hoc* asentado sobre la evoluciones ideológicas posteriores al holocausto protagonizado por la Alemania nazi, mientras que el artículo 510 es materialmente un acto preparatorio más general y no definido en torno a un hecho histórico tan concreto. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, "La llamada <<mentira de *Auschwitz*>> (art. 607.2 CP) y el <<delito de provocación>> (art. 510 CP) a la luz del <<caso Varela>>: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de 16 de noviembre de 1998)", *Actualidad Penal 1999*, 689 ss., artículo en que, en coherencia con lo expuesto, se aboga por una relación de concurso de leyes --y no de delitos como estimó el juez--entre los artículos 510 y 607.2.

⁶⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim* y especialmente p. 63 ss.

coordinación entre los planos interno e internacional del sistema penal y, al mismo tiempo, ya en el plano intrasistemático, evite la banalización y confusión de conductas criminales de muy diferente gravedad pero que pretenden ser todas objeto del mismo --y desproporcionado-- castigo ante la imposibilidad de detener en este momento histórico el arrollador impulso político-criminal (e interpretivo en sede judicial) de *mano dura*.