

«NUEVOS» CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: EL NUEVO DELITO DE LESA HUMANIDAD (ARTÍCULO 607BIS CP 1995) DESDE UNA PERSPECTIVA INTRASISTEMÁTICA*

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA

*Profesor Titular de Derecho penal
Universidad del País Vasco*

Resumen: El Código penal español de 1995 regula tanto el delito de genocidio como un amplio elenco de los denominados crímenes de guerra. El punto central de discusión que se pretende suscitar es doble: el eventual riesgo de que el delito de lesa humanidad facilite una indebida interpretación extensiva que lleve a castigar algunas de las conductas tradicionalmente tipificadas como delitos de terrorismo, y, por otro lado, también puede aclararse cuál ha de ser la relación entre este crimen contra la humanidad y el delito de provocación recogido en la inmensa mayoría de los países de nuestra cultura jurídica.

Laburpena: 1995. urteko Kode Penalak, genozidio delitua eta gerra krimenak deritzan delituak jasotzen ditu. Eztabaida bi ikuspegi ezberdinetatik azaltzen da: terrorismo delitu bezala zigortuak izan diren delituak tipifikazio ezberdina jasotzera pasa daitezke, hauek gizakien aurkako delitu bezala tipifikatua, eta beste alde batetik, azaltzea badago, gizakien aurkako krimenak eta probokazio delituen artean dagoen erlazioa aztertzea.

Résumé: Le Code pénal espagnol de 1995 règle tant le délit de génocide comme un vaste catalogue des crimes de guerre. Le point central de discussion qu'on prétend susciter est double: le risque éventuel de que le délit de lèse-humanité facilite une interprétation extensive qui conduise à punir certaines des conduites traditionnellement typifiées comme délits de terrorisme, et, d'une autre part, peut aussi être clarifiée la relation entre ce crime contre l'humanité et l'infraction de provocation qu'on trouve dans la grande majorité des pays de notre culture juridique.

Summary: The Spanish penal Code of 1995 regulates the genocide as well as a wide catalogue of the denominated war crimes. There is a double aim of discussion: the possible risk of an extensive interpretation of the lese humanity crime that facilitates the punishment of some behaviors traditionally classed as terrorism crimes, and, on the other hand, also it can be clarified the relation between this crime against humanity and the crime of provocation regulated in the most of the countries of our legal culture.

* El presente trabajo fue concebido y redactado como ponencia para los Cursos de Verano de la UPV-EHU (2003). A su vez se inscribe en el Proyecto de Investigación I+D+I del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU2003-02373.

Palabras clave: Derecho penal, Crímenes contra la humanidad, Genocidio, delito de lesa humanidad.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, Gizakiaren aurkako krimenak, Genozidioa, Giza aurkako delitua.

Mots clef: Droit pénal, Crimes contre l'humanité, Génocide, délit de lèse-humanité.

Key words: Penal Law, Crimes against humanity, Genocide, Lese humanity crime.

I

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 atentar de un modo especialmente intenso (cualitativa y cuantitativamente) contra bienes jurídicos fundamentales de los seres humanos como individuos, como miembros de la comunidad internacional y, en definitiva, como miembros de la humanidad¹. Nos referimos, siguiendo esencialmente la clasificación recogida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 julio 1998)², 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 agresión³. 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.

2. El Código Penal español de 1995 ya recogía antes de la ratificación del Estatuto de Roma entre los “Delitos contra la Comunidad Internacional”⁴ tanto el delito de genocidio (artículo 607)⁵ como un amplio elenco de los denominados crímenes

1. Sobre la discusión relativa al bien o bienes jurídicos protegidos por el derecho penal internacional véase solamente WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2003, p. 32 ss., con ulteriores referencias.

2. 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.

3. 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.

4. 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).

5. 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.

de guerra (artículos 608-614)⁶. 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 expresa parecía ya del todo indispensable⁷.

Resulta, por tanto, del máximo interés y merece una acogida favorable a este respecto la reforma (LO 15/2003) que ha introducido mediante el artículo 607bis del Código Penal un nuevo Capítulo relativo a los "delitos de lesa humanidad"⁸ fruto,

...

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.

6. 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).

7. Véase, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, 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 (...)".

8. Artículo único, apartado Centésimo sexagésimo de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, 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 que, como es conocido, entrará en vigor el 1 de octubre de 2004, incluirá, inmediatamente después del delito de genocidio, el nuevo artículo 607 bis 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.

...

como ya desde un principio refería la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma mencionado, de la 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 Internacional⁹.

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.

7º 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.

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

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

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

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

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

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

10º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o 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.”

9. 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

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 Roma¹⁰. La presente contribución pretende, sólo con relación al crimen de lesa humanidad (artículo 607bis), 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 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 antidiscriminatoria¹¹ 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 precisar¹².

...
 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 inculminadas 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."

10. Sobre los problemas derivados de la transformación en normativa interna de las exigencias derivadas de la ratificación del Estatuto de Roma véase, respecto de nuestro país, GIL GIL, Alicia, "Informes nacionales: España", *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO (editores), Uruguay, 2003, p. 335 ss.

11. 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.

12. Resulta ya profusa la literatura que se hace eco de la posibilidad de que el terrorismo, en particular el de índole internacional, puede llegar a materializar acciones que podrían integrar el delito de lesa humanidad. Véase, por todos, CASSESE, Antonio, *International criminal law*, Oxford, 2003, p. 128; también WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2003, p. 248; pero también p. 304 en donde el autor señala la discusión paralela respecto de la eventualidad de que el terrorismo pudiera llegar a constituir crímenes de guerra.

4. El punto central de discusión que esta ponencia 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 humanidad y el delito de provocación recogido en la inmensa mayoría de los países de nuestra área de cultura jurídica.

II

1. La incorporación al Código Penal del nuevo artículo 607bis pretende acabar con la laguna de punibilidad que representa la falta de tipificación expresa del crimen de lesa humanidad. La previsión de crimen contra la humanidad, aunque presenta una redacción en parte modificada respecto del modelo de tipificación del Estatuto de Roma¹³, sigue en lo fundamental su estructura, de suerte 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, detenciones, 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.

13. Como uno de los aspectos más significativos que en este momento interesa resaltar debe tenerse en cuenta que la redacción del nuevo artículo 607bis 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 607 bis la definición que el artículo 7.2. g realiza sobre lo que deba entenderse por “persecución” por motivos raciales, nacionales, 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.

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 607 bis 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.

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.

2.1. En tal sentido, por lo que se refiere al "contexto típico" del crimen de lesa humanidad, el artículo 607bis, 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". Se trata de dos concreciones del contexto aludido en el que se deben verificar algunos de los hechos "acompañantes" (homicidio, violación, detención, etc.). 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.

Con todo, la declaración del artículo 607bis considerando a la "persecución" y al "Apartheid" como casos indubitables de crimen de lesa humanidad 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 discutible¹⁴. Por otra parte en esos dos supuestos no se debería necesariamente comprobar de manera adicional que la tal persecución o el *Apartheid* integran un ataque sistemático o generalizado contra la población civil o parte de ella.

14. 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, 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

Resumidamente: la variación de la descripción legal del “contexto típico” del artículo 607bis en el que deben además discurrir los delitos graves correspondientes (“hechos acompañantes”) condiciona la propia definición del crimen contra la humanidad en la medida en que considera ciertas constelaciones de casos (persecución y *Apartheid*) como los más característicos del delito de lesa humanidad. Detengámonos a continuación algo más en detalle en la definición legal de la persecución y el *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, 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).

El espectro de colectivos protegidos, a diferencia y como complemento del delito de genocidio¹⁵, 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

...
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, pp. 443, 444, 455, 456 y 458, 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).

15. 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.

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 607 bis 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, 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 contexto. El artículo 607bis 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 607 bis 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*¹⁶.

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, 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

16. 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.

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.

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 607 bis 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 del CP 1995 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 se mantiene en definitiva la estructura bipolar. El *Apartheid*, sin embargo, desaparece de la lista de hechos.

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 607 bis 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 delictivo¹⁷.

17. 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 607 bis del Proyecto de Reforma del CP 1995. 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

1. Una vez incorporado el delito de lesa humanidad (artículo 607 bis) 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” 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*¹⁸.

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 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”¹⁹.

18. 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.

19. 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.

Partiendo de dicha concepción del delito de provocación, una primera diferencia fundamental entre ambas figuras delictivas sería, por tanto, que el delito de lesa humanidad requiere la materialización de determinados “hechos acompañantes al 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.

Resulta, en consecuencia, de enorme trascendencia la determinación del listado de “hechos acompañantes del contexto” (homicidio, 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 Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) de 26 junio 2002 que, amparándose en el derecho consuetudinario internacional²⁰, 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 inconcreción 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”.

20. Véase el Proyecto de Ley del Gobierno Federal para la introducción de un Código penal internacional, § 7.1.10 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.)”

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 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 deleznable, pero de un contenido lesivo muy difuso para bienes jurídico-penales identificables. 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 ambulatoria²¹. 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 lo que sin duda acerca su imagen típica a la 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.

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

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 humanidad. 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.

3. Más allá de los problemas de coordinación entre el delito de provocación y el de lesa humanidad me gustaría finalizar aludiendo a otro problema de delimitación de esferas típicas de gran calado: a saber, la cuestión de hasta qué punto cabe un solapamiento del crimen contra la humanidad y la delincuencia terrorista.

La cuestión ya ha sido puesta de manifiesto por algún autor de la doctrina²² 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”.

En el artículo 607bis del Proyecto de reforma del CP 1995 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 definición²³ 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 poder²⁴.

El punto más fluido de enlace entre el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo puede situarse en la referencia a que los hechos acompañantes (por ejemplo, asesinatos, lesiones, secuestros, etc.) deben ser partes de una línea de conducta en que tales hechos se van a cometer de una forma múltiple y, además, obediendo a una política para cometer el ataque contra la población o de promoción de ese ataque. El asesinato terrorista que busca la eliminación del grupo ideológico enemigo podría quizás ser uno de esos supuestos en que se está pensando como

22. Véase, entre nosotros, 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. Véase, también, por todos, CASSESE, Antonio, *International criminal law*, Oxford, 2003, p. 128; WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2003, p. 248.

23. 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.

24. 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.

modalidad de crimen de lesa humanidad por cuanto forma parte de una política de eliminación de un colectivo o en cualquier caso parece promoverla.

Sin entrar en más detalles creo que la delincuencia terrorista tal y como la conocemos en las sociedades occidentales se aleja de la imagen típica subyacente al crimen contra la humanidad. Y se aleja porque este delito de lesa humanidad es un complemento del de genocidio que en su prohibición busca la protección de colectivos frente a ataques a gran escala que ponen en cuestión la propia supervivencia del grupo en cuestión. Los hechos acompañantes adquieren relevancia típica cuando son "mensajeros" creíbles de un escenario de generalización de los mismos contra determinados colectivos que implica una quiebra social radical. La dinámica comisiva implica una situación de agresión que arrastra a los mecanismos de poder. No basta que quien mata, viole, secuestre, etcétera, desee alcanzar, por ejemplo, la eliminación de un colectivo o dirigir ataques masivos contra un grupo de población, sino que, además, deben darse las condiciones para que tal ataque generalizado o sistemático sea verosímil. Del deseo de los terroristas, por ejemplo, a acabar con un determinado colectivo a su posibilidad real de poder llegar a conseguirlo media un abismo que, al menos desde mi perspectiva, no alcanzo a ver sobrepasado.

Sólo entonces si se dieran las circunstancias de que un grupo terrorista, racista, xenófobo pudiera acumular el poder suficiente para hacer creíble la amenaza de que un determinado colectivo está en riesgo inminente y real de sufrir en propia carne los delitos graves que se describen en el crimen contra la humanidad; en otras palabras, sólo en el caso de que la "política" de eliminación del grupo terrorista sea viable o esté en marcha cabría entonces activar la prohibición del delito de lesa humanidad. Sería ésa entonces una situación de emergencia, de excepción: una situación de colapso social y estatal que en cualquier caso requiere algo más que confundir los deseos de los terroristas con la realidad de su potencial destructivo.

