

TERRORISMO, CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA: UNA PROPUESTA PARA SU NECESARIA DELIMITACIÓN¹

TERRORISM, CRIMES AGAINST HUMANITY AND WAR CRIMES: A PROPOSAL FOR THEIR NECESSARY DELIMITATION

Ana M. Garrocho Salcedo^{2,a} 

² Profesora de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid, Calle Madrid, 126, 28903Getafe, España

 ^aana.garrocho@uc3m.es

Resumen

La presente contribución aborda la necesaria delimitación de los delitos de terrorismo de los crímenes internacionales, fundamentalmente de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, habida cuenta de las notables zonas de intersección que presentan. En ambos casos se cometen delitos muy graves contra las personas por parte de una organización estable de personas que actúan con un propósito delictivo. Sin embargo, en los crímenes internacionales existe una implicación estatal o una quiebra del poder soberano, inédita en los delitos de terrorismo que, precisamente, van dirigidos o enfrentados al Estado. Esta situación explica también que la jurisdicción penal internacional solo quede habilitada allí donde el Estado no quiera o no pueda investigar y juzgar a los presuntos responsables.

Palabras clave: Delimitación entre crímenes internacionales y terrorismo; elemento político en los crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra; terrorismo internacional.

Abstract

This contribution explores the distinction between terrorism offenses and international crimes, such as crimes against humanity and war crimes. While there are significant areas of overlap between these two categories, it is important to differentiate them. Both involve serious crimes committed by organized groups with criminal intent. However, international crimes require State participation or a breakdown of sovereign authority, which is not the case with terrorism, as it is specifically directed against and in opposition to the State. This distinction also explains why international criminal jurisdiction is only invoked when the State is unwilling or unable to investigate and prosecute the alleged perpetrators.

Keywords: Distinguishing between international crimes and terrorism; political element in crimes against humanity; war crimes; international terrorism.

¹ Esta publicación se enmarca en el Proyecto de Investigación "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad", ref. PHS-2024/PH-HUM-65 (4Trust-CM), financiado por la Comunidad de Madrid, y se inserta concretamente en el grupo de investigación "Problemas actuales del Derecho Penal" que lidero junto a la Profesora Pilar Otero González.

1. INTRODUCCIÓN

Los crímenes que tradicionalmente conforman el Derecho Penal Internacional son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. La comisión de cualquiera de estos crímenes genera responsabilidad internacional individual directa, y dichos crímenes forman parte –en cuanto a la determinación de la norma de conducta– del llamado *ius cogens* internacional. Tras la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el 1 de julio de 2002, pueden ser enjuiciados por este tribunal permanente (art. 5 ECPI) si se cumplen los requisitos normativos dispuestos en el Estatuto de Roma para que la Corte conozca del caso (arts. 11-15 ECPI), y siempre que, además, los hechos adquieran el umbral de gravedad exigido por la Corte Penal Internacional y no estén siendo enjuiciados por una instancia nacional (art. 17 ECPI) o por la propia Corte (art. 20 ECPI).

La finalidad principal del Derecho Penal Internacional es hacer frente a la criminalidad grave proveniente del Estado, que es quien fenomenológicamente lleva a cabo el genocidio, los crímenes de guerra y agresión y los crímenes de lesa humanidad³. De hecho, gran parte de los ejecutores de los crímenes internacionales pertenecen a los ejércitos o al cuerpo funcional-policial de los Estados, donde, desde su cúpula militar o política, se incita o se organiza la comisión de los crímenes. No obstante, en la actualidad, estos crímenes no son cometidos en exclusividad por personas vinculadas a un Estado, sino que a este fenómeno también se han sumado grupos guerrilleros o paramilitares, que son actores no estatales que, sin pertenecer ni orgánica ni funcionalmente a un Estado, forman un entramado criminal que parte de una *organización*, a la que sirven una pluralidad de individuos unidos por un propósito criminal determinado. Con todo, no es infrecuente que los actores no estatales estén *de facto* apuntalados por algún Estado que los financia o les presta apoyo⁴.

La presencia directa o indirecta de los Estados en la comisión de crímenes internacionales motivó la aparición del Derecho Penal Internacional, modificó el entendimiento de las inmunidades de jurisdicción de jefes de Estado y ministros en ejercicio⁵, generó la necesaria expansión de la jurisdicción nacional a través de principio de jurisdicción universal para hacer frente a la “criminalidad masiva” desde el Estado, y favoreció la creación de la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional frente a la ineficacia de las jurisdicciones penales nacionales⁶. Sin embargo, esta situación es diferente en el caso de la criminalidad

³ Por todos, BASSIOUNI, M. Ch.: “The proscribing function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights”, en *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, 1982, pp. 194, 197 y ss.

⁴ AMBOS K.: *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática* (Trad. Ezequiel Malarino) Berlín/Montevidéo, 2005, pp. 44-45, 48, nota 91.

⁵ Téngase en cuenta que el art. 29 de la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, exceptiona el régimen de inmunidades de Jefes de Estado y de Gobierno y sus ministros cuando se trate de dar cumplimiento “a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional”. Asimismo, el art. 23.1 de dicha Ley establece que no cabe inmunidad de los antiguos jefes de Estado y de gobierno y ministros en relación con la comisión de “crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad”.

⁶ KREß, C.: “Sobre los límites externos de los crímenes de lesa humanidad: el concepto de organización dentro del elemento político; algunas reflexiones sobre la decisión de la CPI sobre Kenia de marzo de 2010”, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho internacional penal*, Bogotá, 2018, p. 108.

organizada y el terrorismo porque frente a ellos el Estado tiene amplios mecanismos de investigación y persecución nacional.

Por otro lado, tal y como sucede en la criminalidad empresarial, en la delincuencia medioambiental y, en general, en la criminalidad organizada, la comisión de crímenes internacionales requiere un sustrato organizativo determinado que aglutine a un colectivo de personas que persigue una finalidad delictiva común. Por la dimensión de estos delitos, su comisión no es posible sin una *organización* estable de personas unidas en torno a un propósito delictivo común⁷.

En este cruce de caminos entre los crímenes internacionales y la criminalidad organizada transfronteriza –especialmente el terrorismo internacional– es donde se sitúa la presente discusión en torno a qué rasgos permiten delimitar los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el terrorismo. Todos ellos presentan puntos en común y algunas divergencias que nos pueden ayudar a delimitar estas figuras delictivas⁸. En lo que sigue plantearé las principales similitudes entre el terrorismo y los mencionados crímenes internacionales, para después esbozar las sustanciales diferencias entre ambas, y, finalmente, concluir con una propuesta que permita trazar una delimitación clara entre figuras aparentemente afines, pero sustancialmente muy distintas. En cualquier caso, todas las disquisiciones a este respecto se remitirán a normas presentes en el Código penal español, sin perjuicio de matizar ciertos aspectos a partir de las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI) que tipifican los crímenes internacionales.

Por lo demás, el genocidio es un crimen internacional muy singular, cuya tipicidad incorpora un elemento subjetivo específico (art. 6 ECPI o art. 607 CP español), que exige que las diversas conductas se cometan con el ánimo de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La existencia de dicho *dolus specialis* permite operar una delimitación mucho más nítida entre el genocidio y el resto de crímenes internacionales⁹ y el terrorismo, motivo por el cual en este escrito no haré especial alusión al genocidio. De otro lado, el crimen de agresión (art. 8 *bis* ECPI) es un delito que comete un Estado frente a otro (conflicto interestatal), por lo que la conducta típica no plantea excesivos problemas de delimitación con el terrorismo o con los crímenes de lesa humanidad o con los crímenes de guerra, por lo que el crimen de agresión no será objeto de análisis en la presente contribución.

⁷ La presencia de una organización estable de personas aglutinadas bajo un propósito común plantea importantes cuestiones en el ámbito de la intervención delictiva, dado que la autoría no puede restringirse exclusivamente a la ejecución del hecho. Como es bien sabido, el entendimiento tradicional de la autoría y participación ha necesitado de un *aggiornamento* dogmático, adecuándose a las características de la criminalidad en estructuras complejas (empresa, ejército, escuadrones de la muerte, criminalidad organizada). Sin embargo, todas estas cuestiones no serán abordadas en este trabajo, dado que ellas requieren un análisis de otra índole, al margen de los concretos crímenes objeto de imputación. A ellos y a su delimitación van dedicadas estas páginas.

⁸ Sobre la necesidad de distinguir el terrorismo de los crímenes de lesa humanidad, destacando el error que suponen las dinámicas politizadas de contaminación entre ambos fenómenos delictivos, pues cualitativamente y cuantitativamente son hechos delictivos dispares, especialmente, cfr. LANDA GOROSTIZA, J., M., “La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2010, pp. 9 y ss. 25.

⁹ Por todos, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, pp. 179 y ss.

2. PRINCIPALES SIMILITUDES ENTRE EL TERRORISMO Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES, FUNDAMENTALMENTE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Más allá de conformar un ataque masivo e indiscriminado contra la población civil, la principal similitud normativa que se observa entre el terrorismo y los crímenes internacionales radica en un doble plano.

Desde el plano de la configuración típica, el terrorismo y los crímenes internacionales comparten la norma de conducta con ciertos delitos comunes (*v. gr.* homicidio, lesiones, tortura, violación), aunque conforman delitos agravados con respecto a la criminalidad común porque se cometen desde ciertas *organizaciones* (terroristas, estatales o pertenecientes al crimen organizado). La comisión del delito común (homicidio) por parte de una organización determinada que persigue la comisión de esa clase de delitos permite agravar la sanción que corresponde al delito común si este se comete con los concretos requisitos de tipificación penal como crimen de lesa humanidad (art. 607.2. 1º *bis* CP), como delito de terrorismo (art. 573. 1º *bis* CP), como crimen de guerra (art. 609 CP)¹⁰, o como delito de organización (art. 570.1 *bis* CP)¹¹. Cada uno de estos delitos contiene en su configuración típica elementos que los diferencian (como, por ejemplo, el elemento teleológico en el terrorismo, o el elemento político y el elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad), pero indiscutiblemente todos ellos comportan un ataque contra civiles a través de la realización de conductas típicas de delitos comunes contra las personas cometidos a partir de una organización de personas, dispuestas y aglutinadas en torno a dicho cometido delictivo¹².

Por otro lado, desde el plano simbólico, tanto el terrorismo, la criminalidad organizada y los crímenes internacionales son delitos que comportan una clara dimensión comunicativa¹³ o

¹⁰ El art. 609 CP establece una regla concursal expresa y sanciona con pena de 4-8 años de prisión a todo aquel que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate o ponga en peligro la vida o salud de una persona protegida (*v. gr.* población civil), con independencia de los resultados producidos. De ese modo, la norma agrava la sanción de forma diferente a lo que establece en el caso de delitos de terrorismo o crímenes de lesa humanidad, que contienen una única pena agravada, que en caso de resultado de muerte se castiga con prisión permanente revisable.

¹¹ Con respecto a la punición, la muerte cometida por parte de la criminalidad organizada será sancionada como un homicidio/asesinato en concurso real con el delito de organización previsto en el art. 570.1 *bis* CP, sancionado con prisión de 4-8 años si el delito perseguido por la organización fuese grave. La estructura de sanción es, por tanto, la de adición de infracciones: delito contra la vida y delito de organización que persigue delitos graves.

¹² Debe destacarse a este respecto que la finalidad delictiva perseguida por la organización –tanto en el terrorismo, como en los crímenes internacionales– trasciende del hecho delictivo individualmente considerado, como una forma de expresión trascendente de contenido intimidatorio o amenazante contra el colectivo social. A este respecto, *vid.*, entre otros, con respecto al terrorismo, ASÚA BATARRITA, A.: “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de la finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 80, señalando que: “[l]a pretensión de generar un clima de atemorización, de restricción grave de la libertad, por el miedo a resultar víctima de atentados, selectivos o indiscriminados, es la característica de más expresiva de la estrategia terrorista; sin esta dimensión de producción de terror no puede hablarse en puridad de «terrorismo»”. En sentido parecido, CANCIO MELIÁ hace referencia al “programa de actuación de la organización terrorista”, más allá de la concreta finalidad subjetiva del concreto individuo que pertenece a dicha estructura delictiva; cfr. CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, 2010, p. 181 con ulteriores referencias a la jurisprudencia del TS en sentido similar.

¹³ Esta dimensión comunicativa es resaltada por la literatura científica de manera indiscutible en el ámbito del terrorismo. Cfr., entre nosotros, CANCIO MELIÁ, quien ha destacado que el injusto incrementado de los delitos de terrorismo radica en dos características concretas: 1) la proyección estratégica del terrorismo (significado político) y 2) la utilización de medios específicos de actuación que generan una intimidación masiva y una despersonalización

estratégica trascendente del daño causado contra bienes jurídicos individuales o colectivos según se trate. Dicha dimensión comunicativa se adquiere debido a la presencia de una *organización* de personas con un propósito delictivo trascendente que atemoriza a la población civil potencialmente afectada por la actividad de la organización. Lógicamente dicha dimensión comunicativa se ve amplificada cuando la organización tiene por objeto la comisión de delitos graves contra las personas, como ocurre con una parte de la criminalidad organizada violenta –pandillas u organizaciones dedicadas a la trata de personas–, el terrorismo o los crímenes internacionales¹⁴. Con respecto a la criminalidad organizada de índole económica –como sucede en las mafias dedicadas al blanqueo de capitales, a la corrupción, o a la falsificación de moneda– el injusto de amenaza que dichas organizaciones comportan (*lex lata*) conecta mejor con la generación de desconfianza social en las instituciones que con la atemorización de la población¹⁵.

Sea como fuere, en relación con dicha dimensión comunicativa –acentuada en el caso de los crímenes internacionales y del terrorismo por la comisión de delitos graves contra las personas– se ha aludido en no pocas ocasiones a que el terrorismo supone una despersonalización de las víctimas¹⁶ para amenazar a un colectivo social. Dicha despersonalización (*rectius*, instrumentalización) de las víctimas se observa también en los crímenes de guerra, en los crímenes de lesa humanidad y en el genocidio, cuando se ataca a la población civil indefensa¹⁷ o a una parte de un grupo protegido. A mi juicio, este factor no

de las víctimas, *vid.* CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p. 197, *passim*. Autores como LLOBET ANGLÍ, PAREDES CASTAÑÓN o PASTRANA SÁNCHEZ subrayan el contenido de amenaza o coacción del terrorismo contra los gobiernos. En concreto, LLOBET ANGLÍ, M.: *Derecho penal del Terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, 2010, pp. 57-60 y *passim*, señala que el terrorismo supone un triple ataque a bienes jurídicos diversos: por un lado, lesiona un bien jurídico individual; por otro, daña la paz pública o el estado de tranquilidad ciudadana, y, además, en Estados democráticos, se erosiona la toma de decisiones políticas democráticas así sea simbólicamente; este último bien jurídico no se vería erosionado en Estados no democráticos. En sentido parecido, también, ASÚA BATARRITA, A.: “Concepto jurídico de terrorismo”, op. cit., pp. 76-77. Por su parte, PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “El “terrorista” ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural”, en *Nuevo Foro Penal*, nº 74, 2010, pp. 118-120, estima –siguiendo la propuesta de Uwe STEINHOFF– que los actos de terrorismo se caracterizan por: 1º) comportar un ataque a “inocentes” dejando al margen a los ataques a “no combatientes” (...) implicados directamente de algún modo en el conflicto armado (...) como líderes políticos, fabricantes de armas, informadores...”; 2º) un componente de amenaza trascendente al ataque en sí mismo considerado, y 3º) que el ataque a inocentes o la amenaza de hacerlo tenga la finalidad de “influir a terceros, distintos de las víctimas de sus amenazas y –en su caso- de sus acciones armadas”. A la propuesta de STEINHOFF, PAREDES añade también la *finalidad política* de todo acto terrorista. Por su parte, PASTRANA SÁNCHEZ, A.: *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, 2020, p. 59, señala que la utilización del terror se realiza “para exigir el cumplimiento de una condición al poder público”, subrayándose así una clara dimensión de coerción y amenaza contra el Estado.

¹⁴ En la regulación española, el art. 570 *bis* distingue la penalidad en delitos de organización en función de si el autor es *director* o mero *miembro* de la organización; si ésta persigue la comisión de delitos graves, o menos graves o leves; si en la organización participa un elevado número de personas, se dispone de armas o instrumentos peligrosos o de tecnología avanzada de comunicación o de transporte, y, finalmente, una agravación si la organización persigue la comisión de delitos contra la vida o integridad de las personas, la libertad, la libertad sexual, o delitos de trata de seres humanos.

¹⁵ La delincuencia organizada económica no produce una atemorización social equivalente a la que produce la criminalidad organizada violenta; sin embargo, sí daña o amenaza la confianza de la ciudadanía en las instituciones, y en ocasiones puede atemorizar si emplea en su desempeño ordinario algunos medios violentos; Autores como CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p. 134, proponen restringir *de lege ferenda* los “delitos de organización” a grupos y asociaciones que persigan la comisión de infracciones en cuyo seno forme parte la “violencia dirigida por medios típicos *ad intra* o *ad extra*”.

¹⁶ CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p. 197.

debe identificarse, sin embargo, con una total ausencia de determinación del objetivo civil de que se trate, pues puede ocurrir que un ataque terrorista¹⁸ o un crimen de lesa humanidad sea selectivo y se cierna sobre personas pertenecientes a un “colectivo-diana” en función de la pertenencia de la víctima a una ideología, nacionalidad o etnia determinada. Dicha “selección del objetivo” no le resta despersonalización a la víctima que padece dicho ataque, pues el carácter indiscriminado o selectivo de la agresión, son instrumentalizados para infundir terror y miedo en la sociedad golpeada, por más que, en ocasiones, el objetivo esté previamente seleccionado dentro de un determinado colectivo. Dicha despersonalización radica, como indica CANCIO MELIÁ, en la irrelevancia de la *identidad personal* de la víctima, convirtiéndose en un “mero instrumento para la intimidación masiva de sus pares”¹⁹.

Las dos similitudes mencionadas –que aluden, por un lado, a un claro injusto aumentado del terrorismo y los crímenes internacionales respecto a delitos comunes, y, de otro lado, al plano comunicativo que estos delitos emiten como amenaza a un colectivo social– evidencian una clara línea de intersección entre estas dos clases de delitos. Dicha línea de intersección se agudiza aún más con la proliferación de actores no estatales en conflictos armados (guerrillas, fuerzas rebeldes, grupos terroristas, mercenarios...). Además, no resulta infrecuente la transfiguración de los escenarios violentos²⁰, en los que, desde ciertas organizaciones, se cometen, en un principio, delitos de terrorismo, para después dar paso a la comisión de crímenes internacionales cuando estos grupos van ganando fuerza política o poder territorial, de modo que los ataques contra civiles pueden calificarse como crímenes de guerra –si estamos ante supuestos de violencia armada prolongada– o como crímenes de lesa humanidad –cuando se producen ataques generalizados o sistemáticos por parte de organizaciones con poder similar al Estado (v.gr. pensemos en el ISIS en Siria e Irak)²¹–.

Sin embargo –a pesar de las importantes similitudes y de las zonas de intersección entre estos tres delitos– no todo acto de terrorismo es un crimen de guerra o de lesa humanidad, ni

¹⁷ Cfr. LUBAN, D.: “A theory of crimes against humanity”, en *Yale Journal of International Law* 2004, nº 29, p. 97, 121. Este autor advierte la especial crueldad de los crímenes internacionales que subrayan un odio de fondo y una indiferencia total hacia la víctima individual, que es humillada y atormentada por razones que no tienen nada que ver con quién es, solo con el grupo al que pertenece, o porque esa persona pasaba por allí sin tener ningún punto de conexión con el delito. Ciertamente, en el genocidio, el ataque se concreta sobre alguno de los miembros de los cuatro grupos protegidos, y a pesar de que el colectivo víctima potencial está sumamente identificado, considero que también en este delito hay un mensaje comunicativo trascendente por el que se despersonaliza a las víctimas, y en el que se envía una amenaza trascendente al grupo atacado, semejante al terrorismo, los crímenes de guerra y contra la humanidad cuando se vierte un ataque contra el colectivo social general.

¹⁸ Piénsese a este respecto en el terrorismo de ETA cuando seleccionaba a políticos de signo contrario a su ideología, o a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como objetivos de su acción delictiva.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p. 168.

²⁰ PASTRANA SÁNCHEZ, A.: *La nueva configuración*, op. cit., pp. 77-78.

²¹ Entre nosotros, por ejemplo, POMARES CINTAS, E., /GARCÍA RIVAS, N.: “Terrorismo”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J., (Dir.) *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra el orden público (II). Sedición, Desórdenes Públicos, Terrorismo*, Tomo VI, Valencia, 2021, p. 140, destacan que estas organizaciones “[s]on entes sin soberanía o jurisdicción territorial internacionalmente reconocida, pero que, *de facto*, funcionan como una organización estatal, con capacidad de actuar como un ejército y, como tal, con potencialidad destructiva y de alteración del escenario geopolítico...”. Por este motivo, estimo que los hechos acontecidos en el territorio de Irak y Siria por parte del ISIS, entre 2014-2017, deben ser calificados, técnicamente, como crímenes de guerra por la existencia de un conflicto armado (violencia prolongada de gran intensidad), o como crímenes de lesa humanidad, dadas las características del ISIS en aquel momento, en el que la organización contaba con un férreo control político y militar (atributos de la soberanía) sobre amplias franjas del territorio sirio e iraquí.

viceversa²². A la matización de estos tres fenómenos me dedicaré en lo que sigue, esbozando las principales diferencias entre ellos.

3. DIFERENCIAS JURÍDICAS ENTRE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE LESA HUMANIDAD Y DE GUERRA

3.1 Terrorismo

Desde la perspectiva del Derecho positivo, el terrorismo se caracteriza en la regulación española por incorporar un elemento teleológico²³, caracterizado por la inclusión de cuatro

²² A este respecto, conviene destacar la posición de PAREDES CASTAÑÓN, quien propone *de lege ferenda* un concepto de terrorismo vinculado a los crímenes de guerra y al Derecho Internacional Humanitario, que, sin embargo, me parece difícilmente asumible, pues no distingue oportunamente entre los actos violentos de grupos en contextos de guerra y en contextos de paz y desdibuja las nutridas diferencias que sí se observan entre los actos de terrorismo y los crímenes internacionales. En este sentido, este autor defiende que “resulta preciso (...) partir del presupuesto de que sólo pueden calificarse como terrorismo (en sentido estricto) conductas que consistan en acciones armadas y que constituyan violaciones del Derecho Internacional Humanitario”; *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “El “terrorista” ante el Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 117. A mi juicio, el concepto de terrorismo vinculado a la infracción del Derecho Internacional Humanitario propuesto por PAREDES CASTAÑÓN pasa por alto que el Derecho Internacional Humanitario está conformado por una serie de normas internacionales que vienen a regular las conductas de conducción de los conflictos armados y limitar sus devastadores efectos. La condición de aplicación de estas normas de Derecho Internacional Humanitario es la existencia de un conflicto armado (internacional o interno), lo cual exige un nivel de violencia prologada de cierta intensidad dilatada en el tiempo, al margen, por tanto, de los disturbios o tensiones internas. Hay actos terroristas que son ataques puntuales violentos en sociedades perfectamente pacificadas, por lo que la idea de PAREDES CASTAÑÓN de vincular la definición de terrorismo a las infracciones del Derecho Internacional Humanitario implica restringir de forma desmedida la definición de terrorismo, o desdibujar el concepto de conflicto armado, haciéndolo coincidir con cualquier acto violento, lo cual rompe el entendimiento normativo tradicional con el que opera el Derecho Internacional Humanitario. A este respecto, solo me gustaría recordar que, en la sentencia condenatoria contra Lubanga, la CPI recordó que la existencia de un conflicto armado no depende del control territorial de una de las partes sino de la intensidad de la violencia, exigiéndose para estimar la existencia de un conflicto armado la prueba de “violencia armada prolongada”; *cfr.* *Lubanga, Judgment*, 14 de marzo de 2012, paras. 536-537. De este modo, el nivel de intensidad del conflicto, su carácter prolongado en el tiempo y el grado de organización del grupo armado son rasgos que deben tenerse presentes para valorar si los fenómenos terroristas, o ciertos escenarios violentos, adquieren o no la intensidad requerida para apreciar la existencia de un conflicto armado interno, en la medida que si este no alcanza un nivel de intensidad suficiente para apreciar la existencia de un conflicto armado interno, las disposiciones de Derecho Internacional Humanitario no resultarán de aplicación, y las actividades delictivas deberán enjuiciarse como terrorismo sobre la base del ordenamiento jurídico penal y procesal común en tiempos de paz.

²³ Los delitos de terrorismo en España pueden consistir *ex art.* 573 CP en un delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, delitos informáticos tipificados en los artículos 197 *bis* y 197 *ter* y 264 a 264 *quater*, desórdenes públicos, y rebelión. Asimismo, el CP contiene delitos de terrorismo específicos que consisten en conductas de adiestramiento y capacitación (art. 575 CP), financiación del terrorismo (art. 576 CP), colaboración con organización terrorista (art. 577 CP), enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 CP), e incitación al terrorismo (579 CP). Dicho catálogo resulta absolutamente desmedido como viene alertando la doctrina, dado que el terrorismo debería restringirse a la comisión de delitos graves. *Cfr.* entre otros POMARES CINTAS, E., /GARCÍA RIVAS, N.: “Terrorismo”, *op. cit.* pp. 154 y *ss.* denunciando la falta de sentido de la regulación española en cuanto al catálogo de delitos se refiere, destacando además algunas lagunas de punición que ella favorece.

finalidades delictivas muy concretas, de modo que la tipificación exige que la organización terrorista cometa el delito base con el propósito de:

- “1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo;
- 2.^a Alterar gravemente la paz pública;
- 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional;
- 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

El terrorismo comporta así, *grosso modo*, la comisión de un delito común por parte de una organización que pretende infligir terror en la sociedad con alguna de las finalidades enumeradas en el tipo penal con una dirección política²⁴. En estos delitos, junto a la lesión del bien jurídico individual (vida, libertad, etc.) o colectivo (orden público), aparece una dimensión comunicativa de amenaza a la sociedad civil por parte de la organización terrorista que la atemoriza y le demuestra el potencial peligro que la organización comporta. Y, adicionalmente a ello, la doctrina subraya que el terrorismo contiene una finalidad política innegable contra el Estado al que se dirige. En ese sentido, el terrorismo contiene, pues, un triple ataque: un ataque contra un bien jurídico individual lesionado, un ataque contra el colectivo social que lo padece a modo de un “injusto de amenaza”, y un ataque contra el Estado, de modo que el ataque supone una coerción *contra* el Estado –democrático o totalitario–, atendiendo a esa finalidad política trascendente que la organización pretende imponer de forma violenta²⁵. Nótese que existe una inescindible vinculación entre el acto comunicativo de amenaza a la población civil y el acto comunicativo de amenaza o coerción al Estado, donde el ataque a la población es precisamente el medio de interpelar al Estado, cuyos habitantes sufren la conducta terrorista. Dicho de otro modo: la amenaza que el terrorismo emite al Estado se articula precisamente instrumentalizando a la población civil, haciéndola objeto del ataque.

Por ello, tiene razón la doctrina cuando considera que, más allá de la formulación típica, todo acto de terrorismo provoca terror en la población a través del acto comunicativo de amenaza. En la regulación española dicha finalidad instrumental referida a la causación de terror es una de las cuatro finalidades típicas a tenor de lo dispuesto en el art. 573 CP. Sin embargo, la doctrina más cualificada subraya que dicha finalidad es consustancial a todo acto terrorista y así debe interpretarse en aras de restringir los delitos de terrorismo formulados con una amplitud desmedida²⁶. El terrorismo es, en síntesis, violencia política *contra* el Estado atemorizando a la población civil como estrategia de comunicación²⁷, a diferencia de los crímenes internacionales que son actos violentos contra civiles (*rectius*, contra personas no

²⁴ CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p. 184 considera que el concepto de terrorismo se explica por la combinación de la existencia de una organización peligrosa, que emplea el terror como estrategia de comunicación, sumado a la existencia de una dirección política.

²⁵ Consideran que el terrorismo es la mezcla de medios (empleo de terror colectivo) y fines políticos de diverso tipo, pero relacionados con el desafío político al Estado, entre muchos otros, LLOBET ANGLÍ, M.: *Derecho penal del Terrorismo*, op. cit., pp. 57-60; CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p. 184; PASTRANA SÁNCHEZ, A.: *La nueva configuración*, op. cit., pp. 201 y ss., 204 con nutridas referencias a la literatura española que en su mayoría estima que el delito de terrorismo es un delito pluriofensivo.

²⁶ Entre otros, CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pp. 167 y ss.; POMARES CINTAS, E., /GARCÍA RIVAS, N.: “Terrorismo”, pp. 170 y ss.

combatientes) *desde* el aparato estatal u organizaciones con un poder similar en el territorio de un Estado cuya soberanía está claramente erosionada.

No obstante, teniendo en cuenta la notable amplitud con la que se han redactado los delitos de terrorismo en España, y, en concreto, en atención a las consabidas finalidades típicas, no es de extrañar que el denominado “terrorismo cometido desde el Estado” haya sido calificado, *lex lata*, como delito de terrorismo²⁸. A este respecto recuérdense los autos de la Audiencia Nacional de confirmación de la competencia judicial en los casos de las dictaduras de Argentina y Chile, en los que se calificó la represión estatal de los regímenes dictatoriales de Videla y Pinochet como delitos de genocidio y, alternativamente, como terrorismo²⁹, perseguibles ambos bajo el principio de jurisdicción universal (art. 23 4 LOPJ). Asimismo, recuérdese la más reciente sentencia de la Audiencia Nacional, SAN nº 2193/2020, de 11 de septiembre, que condenó al coronel del Ejército salvadoreño, Inocencio Montano, en el caso Jesuitas, por cinco asesinatos de carácter terrorista cometidos en San Salvador en 1989.

A mí juicio, sin embargo, los hechos acontecidos durante las dictaduras de Chile y Argentina o la guerra civil en El Salvador encajan mejor, técnicamente, en la categoría de crímenes internacionales como crímenes de lesa humanidad, dado que son crímenes producidos *por* el Estado y no *contra* el Estado³⁰. Sin embargo, la dilatada ausencia de

²⁷ La idea de que el terrorismo plantea un ataque (ideal) al Estado al margen del concreto ataque al bien jurídico individual lesionado está presente en [CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pp. 130, 131, 184, passim](#). El terrorismo, al igual que la criminalidad organizada violenta, supone una arrogación de organización colectiva respecto al monopolio de la violencia que solo detenta el Estado, lo cual obviamente solo puede suceder si la organización comete delitos de cierta gravedad, donde además en el caso del terrorismo concurre una finalidad política concretada en un determinado programa de actuación que cuestiona la toma de decisión establecidos en ese Estado. Dicha finalidad política trascendente en el terrorismo puede conectarse con el hecho de que los Estados conforman estrategias antiterroristas muy singulares que les permiten distanciarse de otras iniciativas de prevención de la criminalidad; sobre ello, véase, por ejemplo, [AKSENOVA, M.: “Conceptualizing Terrorism: International Offence or Domestic Governance Tool?”, en *Journal of Conflict & Security Law*, 2015, vol. 20, nº 2, p. 279 y passim](#), resaltando la estrategia global estatal de utilizar el terrorismo como estrategia securitaria para implementar legislaciones de excepción.

²⁸ En el mismo sentido, considerando que *lex lata* cabe considerar ciertas actuaciones estatales como terrorismo desde el Estado, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, [ASÚA BATARRITA, A.: “Concepto jurídico de terrorismo”, op. cit., p. 85](#); [CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pp. 189-191](#); [OLLÉ SESÉ, M./CANCIO MELIÁ, M.: “Caso Jesuitas: Justicia universal coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder terrorismo desde el Estado y prueba”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 146, 2020, estimando que para poder considerar a una organización como terrorista se requiere, “en primer lugar, la existencia de una organización que vehicule, lidere u organice la actividad delictiva; en segundo lugar, que se haga uso del terror en sentido estricto \(intimidación masiva\), \(...\), y finalmente, en tercer lugar, que la actividad terrorista persiga un fin de índole político \(sobre todo: subvertir el orden constitucional\)”, cuestiones que son cumplidas por el terrorismo llevado a cabo desde el Estado; recientemente también \[MAÑALICH RAFFO, J.P.: *Derecho penal y terrorismo de Estado*, Santiago de Chile, 2023, pp.150-151\]\(#\).](#)

²⁹ Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (ponente Cezón González), FJ 6º, en los que se establecía que: “La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren la nota *estructural* (organización estable), *de resultado* (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y *teleológica* (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada”; cursiva añadida.

³⁰ De la misma opinión, [GIL GIL, A.: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pp. 4-5](#), quien saluda la calificación de los hechos acontecidos en las dictaduras de Chile y Argentina como crímenes de lesa humanidad, aunque lógicamente la autora critica, con toda razón, la aplicación retroactiva desfavorable que la sentencia de la AN efectuó en el caso Scilingo, así como la invocación de

tipificación de la criminalidad masiva estatal hasta principios del año 2000³¹, y la amplitud de la definición típica del terrorismo explican que los hechos criminales protagonizados por los Estados, cometidos con anterioridad a esa fecha, hayan sido calificados como formas de “terrorismo de Estado”. De no hacerlo habría una parte del injusto que se habría dejado de aprehender, y tan solo podrían calificarse como delitos comunes sin posibilidad de jurisdicción universal, con prescripción ordinaria y, por tanto, comportar alto riesgo de impunidad. La necesidad de fuero y la pertinencia de mantener una sanción agravada respecto a la criminalidad común fueron argumentos decisivos para aprovechar la amplia tipificación del delito de terrorismo para calificar los “crímenes de Estado” como actos terroristas.

Sin embargo, si los hechos se hubiesen cometido a día de hoy, la calificación más acertada habría sido la de crímenes de lesa humanidad (art. 607 CP), dado que encajan perfectamente en la tipicidad del CP, al tratarse de un ataque generalizado o sistemático contra parte de la población civil en razón de la pertenencia de las víctimas a un colectivo perseguido por motivos políticos o de cualquier otra índole. Además, dichos actos obedecen a un patrón de conducta, en el que desde el Estado se establece una política de ataque contra civiles. Más allá de la concreta tipicidad de los crímenes de lesa humanidad, la violencia estatal grave contra personas –siempre que adquiera un umbral de gravedad determinado y una sistematicidad en el ataque– encaja en mejor medida entre los crímenes de lesa humanidad que entre los delitos de terrorismo, dado que en aquellos el rasgo distintivo radica, precisamente, en que la violencia la genera la política de un Estado, o eventualmente la política de una organización que ha usurpado al Estado su poder político-territorial, lo cual dota al crimen de una singularidad extraordinaria. Sobre esta idea volveré más adelante *infra*.

3.2 Crímenes de lesa humanidad

La positivización actual de los crímenes de lesa humanidad en el art. 7 ECPI dispone lo siguiente:

“[s]e entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes³² cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de

cierta costumbre internacional de prohibición de los crímenes de lesa humanidad, dada la indeterminación de la misma como norma de conducta. Cfr. también [LLOBET ANGLÍ, M.: *Derecho penal del Terrorismo, op., cit., pp. 112 y ss.*](#), quien considera que los hechos violentos cometidos contra civiles por parte del Estado son más fácilmente encuadrables entre los crímenes internacionales.

³¹ La incorporación en España de los crímenes de lesa humanidad (art. 607 *bis* CP) y los crímenes de guerra (arts. 608- 614 *bis* CP) se produjo a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificaba la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Nótese asimismo que la entrada en vigor de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para enjuiciar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se produjo el 1 de julio de 2002, con la sexagésima ratificación estatal del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El genocidio forma parte del ordenamiento punitivo español desde su incorporación en el art. 137 *bis* CP 1944, a través de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal entre los delitos contra el Derecho de Gentes.

³² El art. 7.1 ECPI hace referencia a las siguientes modalidades típicas o conductas subyacentes: “a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en

dicho ataque (...). Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

La definición de crímenes de lesa humanidad ofrecida por el art. 7 del ECPI es la más detallada de todas las establecidas desde el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; no requiere la vinculación de los hechos con un conflicto armado³³, ni exige ningún elemento de discriminación como elemento vertebrador de los crímenes de lesa humanidad en cuanto a la selección de las potenciales víctimas³⁴. Además, este precepto contiene una lista de conductas subyacentes más extensa que la inicialmente prevista en los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y de Tokio³⁵ o en sendos Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda³⁶. A este respecto, el art. 7 ECPI prohíbe la violencia sexual grave bajo diversas formas (violación, esclavitud sexual y prostitución, embarazo o esterilización forzada), el *apartheid* y la desaparición forzada, que, con anterioridad a la entrada en vigor del ECPI, el Derecho Internacional no tipificaba como conductas subyacentes de los crímenes de lesa humanidad.

Por su parte, la regulación española de los crímenes de lesa humanidad –presente en el art. 607 *bis* CP– mantiene como elemento normativo del tipo el denominado “elemento de contexto”³⁷, que exige que la conducta subyacente (*v. gr.*, muerte, lesión, secuestro...) se produzca como parte de un “ataque generalizado o sistemático” contra la población civil o contra una parte de ella³⁸. Sin embargo, la regulación española difiere del art. 7 ECPI en dos

el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de *apartheid*; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

³³ Así lo requirió, sin embargo, el art. 5 del TPIY, estableciendo que: “El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil *durante un conflicto armado, interno o internacional*: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”; cursiva añadida. La independencia de los crímenes de lesa humanidad de los crímenes de guerra era un cambio reclamado por la doctrina desde los juicios de Nuremberg; así, por todos, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, op. cit., pp. 116-117, con ulteriores referencias.

³⁴ Esta fue, sin embargo, la tipificación del art. 3 del TPIR: “El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil *por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas*: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”; cursiva añadida.

³⁵ Art. 6 c) y el art. 5 c) del Anexo al Acuerdo de Londres por el que se establecía el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio respectivamente: “c) Crímenes de lesa humanidad, a saber: *asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos* cometidos contra la población civil *antes de la guerra o durante la misma*; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos *en ejecución o en conexión* con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron...”; cursiva añadida. Como advierte, entre nosotros, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 111, nota 23, la vinculación de los crímenes de lesa humanidad a los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz estuvo presente en las negociaciones del Acuerdo de Londres, donde la intención de los redactores siempre fue, a pesar de la redacción, la de mantener vinculado los crímenes de lesa humanidad a la criminalidad de guerra.

³⁶ ROBINSON, D.: “Defining «Crimes against humanity» at the Rome Conference”, en *The American journal of International Law*, vol.93, nº 1 (Jan. 1999), p. 43.

cuestiones concretas. Por un lado, el art. 607 *bis* CP español ha prescindido del *elemento político*, que sí está presente en el apartado segundo del art. 7 ECPI cuando este dispone que: “[p]or “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...) 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”. Y, por otro lado, la regulación española ha definido dos contextos muy concretos a título de ejemplo (*numerus apertus*) donde debe interpretarse que se produce un ataque generalizado o sistemático contra la población civil referidos a la existencia de una “persecución colectiva” o a la existencia de un régimen de *apartheid*³⁹. El *apartheid* y el delito de persecución son, sin embargo, conductas subyacentes en la redacción otorgada por el art. 7 del ECPI⁴⁰, y no lo son de conformidad con el tipo del 607 *bis* CP, donde aparecen como meras ejemplificaciones de ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Con independencia de estas dos diferencias de la regulación española, los crímenes de lesa humanidad son definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a partir de los “elementos de contexto” y del “elemento político”, de modo que, para el desarrollo de la argumentación, tomaré de referencia la definición internacional de los crímenes de lesa humanidad, una vez mencionadas las diferencias con respecto a la regulación española.

En los crímenes de lesa humanidad, el “elemento contextual” del ataque contra la población civil marca el umbral de gravedad de la conducta cometida respecto a la criminalidad común, pues el ataque es *generalizado*, por afectar a una pluralidad de víctimas (aspecto cuantitativo), o, alternativamente⁴¹, es *sistemático*, y obedece a un patrón de conducta determinado (aspecto cualitativo)⁴². Adicionalmente, el crimen de lesa humanidad necesita acreditar que las conductas subyacentes contra la población civil no son hechos aislados, sino que obedecen a un patrón de conducta vertebrado por la política de un “Estado” o de una “organización”⁴³ a modo de un plan previamente establecido⁴⁴.

³⁷ El elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad apareció por primera vez en el art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

³⁸ LANDA GOROSTIZA, J-M.: “«Nuevos» crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (art. 607 *bis* P 1995) desde una perspectiva intrasistémica», en *Eguzkilore*, 2003, nº 17, p. 110.

³⁹ LANDA GOROSTIZA, J-M.: “«Nuevos» crímenes contra la humanidad”, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁰ MENDOZA CALDERÓN, S.: “La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo”, en *Revista de Estudios de Justicia*, 2005, nº 6, pp. 96-97.

⁴¹ Por todos, ROBINSON, D.: “Defining «Crimes against humanity», *op. cit.*, p. 47.

⁴² Por todos, AMBOS, K.: *Treatise on International Criminal Law, Vol. II: The crimes and sentencing*, Oxford, 2014, pp. 58, 59, 61; ROBINSON, D.: “Defining «Crimes against humanity», *op. cit.*, pp. 47-48

⁴³ Como ha destacado oportunamente Darryl ROBINSON, tanto la jurisprudencia primigenia de Nuremberg, como los ulteriores desarrollos de la jurisprudencia del TIPY y los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional sobre crímenes internacionales, han destacado que el elemento político es definitorio de los crímenes de lesa humanidad, donde, desde el Estado u otra organización, se auspicia un patrón criminal que desembocaba en la comisión de los diferentes actos. Por ello, la actual forma de concebirse el elemento político en los crímenes de lesa humanidad (art. 7 del ECPI) se acompasa con el Derecho internacional consuetudinario en este concreto aspecto; véase ROBINSON, D.: “Defining «Crimes against humanity», *op. cit.*, p. 49, con ulteriores referencias a los casos Flick y Alstötter (TMIN) y Tadic (TPIY), y a procesos penales nacionales. Cfr. igualmente AMBOS, K., *Treatise, op. cit.*, pp. 67 y ss; entre nosotros lo destaca, por ejemplo, PÉREZ CABALLERO, J.: “Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15, 2013, p. 6.

Así, si los elementos teleológicos delimitaban el ámbito típico en los delitos de terrorismo, el “elemento de contexto” y el “elemento político” son los componentes normativos que definen los crímenes de lesa humanidad y permiten distinguirlos de otros crímenes internacionales y del terrorismo. Sin embargo, al igual que sucede en los delitos de terrorismo, el ámbito típico de los crímenes de lesa humanidad requiere una mayor concreción o interpretación restrictiva si se quiere efectuar una delimitación con figuras afines como el terrorismo. En concreto, la amplia redacción del elemento político (art. 7. 2 ECPI) en los crímenes de lesa humanidad plantea el problema interpretativo acerca de qué debemos entender por “política de una organización” de cometer o promover ese ataque contra la población civil, dado que las organizaciones terroristas o la criminalidad organizada son “organizaciones”⁴⁵. Por esta razón si no queremos expandir el ámbito típico de los crímenes de lesa humanidad a todo delito grave cometido contra las personas por parte del crimen organizado u organizaciones terroristas debemos efectuar una aproximación restrictiva acerca del término “organización” que vaya más allá de la interpretación literal.

Antes de adentrarnos en las diversas opiniones doctrinales sobre qué debe entenderse incluido bajo el término “organización” a los efectos de interpretar el elemento político en los crímenes de lesa humanidad, debo hacer una escueta referencia a los Elementos de los Crímenes (EC, en adelante), que complementan el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y que forman parte del acervo normativo que la Corte debe aplicar como fuentes primarias del Derecho (art. 22.1 a) ECPI).

A este respecto, los Elementos de los Crímenes establecen en el párrafo 3 de la *Introducción* a los crímenes de lesa humanidad que:

“No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la «política de cometer ese ataque» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”.

A su vez, la Nota 6 de dicha *Introducción* de los EC destaca la posibilidad de que la política del Estado o de la organización se deduzca excepcionalmente de su comportamiento omisivo⁴⁶, siempre que dicha omisión auspicie o incite ese tipo de ataque contra la población civil, sin que baste la mera “inacción” para conformar la existencia de una omisión como patrón de conducta. En concreto, dicha Nota dispone que:

“La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

Como puede observarse, de los EC parecen extraerse limitadas consecuencias, aunque son dignas de mención. Por un lado, declaran que no es necesario que el ataque contra la

⁴⁴ Situation in the Republic of Mali, Decisión de confirmación de cargos contra Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC 01/12-01/18 de 13 de noviembre de 2019, para. 153, “As regards proof of the existence of such a policy, the policy may consist of a *pre-established plan*. In this respect the Chamber is of the view that the concepts of “policy” and “systematic” character of the attack under article 7(1) and (2)(a) of the Statute, while not synonymous, both refer to a certain level of planning of the attack”; cursiva añadida.

⁴⁵ LANDA GOROSTIZA, J., M., “La sombra de los crímenes contra la humanidad” *op. cit.*, pp. 12 y ss. 25, 26.

⁴⁶ Decididamente a favor de la inclusión de políticas por omisión, WERLE, G.: *Tratado de Derecho penal internacional* (trad. coord. por Gutiérrez Rodríguez), 2ª ed., 2011, Valencia, p. 483 con referencias.

población civil sea una “ataque militar”, esto es: el ataque no tiene por qué ser cometido por un ejército estatal, sino que puede provenir de cualquier otro estamento armado, como por ejemplo la policía. Por otro lado, resaltan que la política del Estado o de la organización será activa con carácter general, aunque excepcionalmente no se descarta que dicho patrón de conducta se materialice a partir de un acto omisivo, donde el Estado o la organización tolere –de forma contraria a su deber– la comisión múltiple de actos criminales contra la población civil⁴⁷ de forma dolosa⁴⁸. Dicho comportamiento omisivo no puede derivarse solo de la mera “inacción” del gobierno o de la organización de que se trate, sino de una omisión punible, dilatada en el tiempo, que signifique un acto de tolerancia o de aliento de esa actividad criminal. Por ello, los EC establecen que la mera inacción no es suficiente, dado que si ella se produce una vez los hechos han cesado (omisión *ex post facto*) dicha inacción no tendría proyección sobre la comisión de hechos delictivos futuros, que es precisamente lo que el orden internacional pretende prevenir. En ese contexto debe enmarcarse la necesidad de acreditar una “omisión deliberada” (...) “que apunte conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”. A este respecto debe tenerse en cuenta que, si la omisión del Estado se debe a una *incapacidad* de actuar, no habrá omisión penalmente relevante (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Con independencia de lo anterior, en la doctrina y en la jurisprudencia de la CPI se plantea qué alcance debe otorgarse al elemento político en los crímenes de lesa humanidad en lo que respecta a la política de una “organización”, aspecto inédito hasta la promulgación del ECPI, puesto que los estatutos de los tribunales *ad hoc* no contenían dicho elemento político como elemento de los crímenes de lesa humanidad⁴⁹. Sobre el concreto alcance que debe otorgarse al elemento político previsto en el art. 7.2 a) del ECPI se encuentran dos grandes posiciones que se presentarán a continuación. Antes de adentrarme en ellas, debe recordarse que el canon interpretativo que debe respetarse, de conformidad con el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), parte del tenor literal (“sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”), para después atender al “contexto” del tratado, finalizando con el argumento teleológico de la norma internacional (“teniendo en cuenta su objeto y fin”); todos ellos son los elementos nucleares de la interpretación de las normas internacionales.

⁴⁷ En sentido parecido, por ejemplo, AMBOS, K.: *Treatise*, op. cit., p. 70 con referencias a la jurisprudencia en el caso Kupreskic del TPIY.

⁴⁸ La omisa evitación imprudente de crímenes de lesa humanidad es un estándar subjetivo de imputación en el ámbito de la responsabilidad omisiva del superior militar (*de iure y de facto*) ex art. 28 ECPI, pero dicha omisión imprudente no debe regir en este ámbito, donde de lo que se trata es de acreditar que el Estado, o quien tenga el deber de proteger a la población civil, haga dejación de sus funciones de protección de forma intencional, tal y como establece expresamente la Nota 6 de los Elementos de los Crímenes, cuando se refiere a “una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”; solo ahí cabrá hablar de una verdadera “política” de índole delictiva por parte del Estado o de una organización; véase AMBOS, K.: *Treatise*, op. cit., p. 71.

⁴⁹ Así lo subraya, entre otros, HANSEN, T. O.: “The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya”, en *The George Washington International Law Review*, tomo 43, nº 1, 2011, p. 7. Igualmente ello es destacado por la opinión disidente del Magistrado de la ICC Hans-Peter Kaul en la Decisión de apertura de una investigación en el caso Kenia, de 31 de marzo de 2010, para. 31. No obstante, a pesar de no conformar un elemento del tipo, ello era exigido por la jurisprudencia del TPIY. Cfr. sobre la interpretación del elemento político en la jurisprudencia del TPIY, SCHABAS, W. A., “State policy as and element of internacional crimes”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, Spring 2008, pp. 955 y ss.

3.2.1. Interpretación amplia del «elemento político» en los crímenes de lesa humanidad: posición minoritaria

Una primera aproximación es la adoptada por la jurisprudencia de la CPI. En ella, la Corte adopta una posición amplia, estimando que por “organización” debe entenderse toda agrupación de personas que tenga medios y capacidad de realizar crímenes de lesa humanidad con independencia de que dicha organización sea de naturaleza estatal o sea un ente similar. En esta aproximación la CPI prescinde de la naturaleza de la organización para acotar el término, centrándose en la *capacidad* de la misma para cometer actos muy graves⁵⁰. Esta interpretación tan amplia e indeterminada resulta tautológica⁵¹ y no permite efectuar la necesaria distinción entre los crímenes de lesa humanidad y el terrorismo, dado que ataques muy graves, cometidos por el terrorismo actual de corte yihadista (p. ej. el ataque del 11-S en Nueva York, o el 11-M en Madrid) siempre alcanzarán el requisito o umbral de la capacidad de acción, dada la gravedad de los atentados que cometen. Si para acreditar el elemento político referido a la organización basta con comprobar que la organización posea los medios y la capacidad para efectuar un ataque generalizado o sistemático contra civiles, entonces, como advierte, entre otros, HANSEN, se disuelve el elemento político o se fusiona con el contextual, asemejando esta línea de razonamiento con lo sostenido por la jurisprudencia del TPIY en *Tadic*⁵².

Por su parte, autores como WERLE y BURGHARDT abogan por una interpretación gramatical o literal del elemento político en lo que respecta a la “organización”, y por tal entienden un grupo estable de personas que actúan concertadamente para cometer delitos graves, en sintonía con la definición ofrecida en el art. 2 de la Convención de Palermo (ONU) sobre Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000⁵³. Adicionalmente,

⁵⁰ Situation in the Republic of Mali, Decisión de confirmación de cargos contra Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC 01/12-01/18, de 13 de noviembre de 2019, para. 156 “As to the nature of such an organization, the Chamber concurs with the Court’s previous holding that the organization which promotes or encourages the attack need not be structured so as to assume the formal characteristics of a State. In the Chamber’s view the organization concerned must have *sufficient means, a set of sufficiently efficient structures or mechanisms and the capacities for action* and mutual agreement to ensure the coordination necessary to carry out an attack directed against a population, no further requirement being necessary”; cursiva añadida. Véase también la importante Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC 01/09, 31 de marzo de 2010, para. 90, sosteniendo la mayoría: “the Chamber opines that the formal nature of a group and the level of its organization should not be the defining criterion. Instead, as others have convincingly put forward, a distinction should be drawn on whether a group *has the capability to perform acts* which infringe on basic human values...”. Esta interpretación amplia del elemento político de los crímenes de lesa humanidad proviene de la Decisión de confirmación de cargos contra Germain Katanga, ICC 01/04- 01/07, de 30 de septiembre de 2008, para. 396, “Such a policy may be made either by groups of persons who govern a specific territory or by any organization with the *capability* to commit a widespread or systematic attack against a civilian population»; cursivas añadidas.

⁵¹ En sentido muy crítico con la posición amplia de la CPI, KREß, C: “Sobre los límites externos de los crímenes de lesa humanidad”, *op. cit.*, pp. 100 y ss. Entre nosotros, por ejemplo, GIL GIL A.: “Los crímenes de lesa humanidad”, en GIL GIL /MACULAN, *Derecho Penal Internacional 2ª ed.*, Madrid, 2019, p. 426, califica de tautológica o circular la posición de la CPI en su amplia interpretación de la “organización” sustanciada en la capacidad de dirigir un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; PÉREZ CABALLERO, J., “La revalorización del elemento político en el art. 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal. Una propuesta de interpretación del concepto de organización en los crímenes de lesa humanidad”, en *INDRET*, 3/2014, p. 6, afirma que basarse en exclusiva en la “capacidad” de un actor no estatal debe evitarse, dado que, a juicio de este autor, lo que debe hacerse es analizar “en qué situación se encuentra el Estado durante el ataque, ya que el grado de tolerancia o de incapacidad estatales pueden trasfundir rasgos del *policy element* a entidades que carecerían de éste cuando un Estado opera con normalidad”.

⁵² HANSEN, T. O. “The policy requirement in crimes against humanity”, *op. cit.*, p. 10, con referencias.

estos autores consideran que –desde una perspectiva sistemática– ni el genocidio, ni los crímenes de guerra quedan restringidos en el Estatuto de Roma a entes estatales u organizaciones semejantes al estado (*State-like entities*)⁵⁴. A su juicio, los elementos de contexto de los crímenes de lesa humanidad ya conforman por sí mismos un ataque contra la paz, la seguridad y el bienestar del mundo⁵⁵, donde el elemento político vendría a excluir de este tipo de crímenes internacionales a cierta criminalidad de *grupos* (no organizaciones) y a personas que actúan de forma aislada o en solitario. Es decir: las violaciones de los derechos humanos son una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo si se producen de forma intencionada, sistemática y a gran escala. A juicio de WERLE y BURGHARDT, el elemento político referido a la política de una “organización” debe interpretarse caso a caso, pero de ningún modo debe restringirse a actores privados “cuasi-estatales”.

La posición de WERLE y BURGHARDT no logra restringir oportunamente el concepto de “organización” en la interpretación del mencionado elemento político de los crímenes de lesa humanidad, y genera una ampliación del tipo que difícilmente permite deslindar los actos de terrorismo internacional de los crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, estimo que su propuesta no es válida para el objeto de la delimitación que pretende efectuarse en este trabajo y no resalta la singularidad de los crímenes internacionales frente a los actos de terrorismo. El terrorismo es violencia política contra los Estados e instituciones, mientras que los crímenes internacionales presuponen la implicación estatal, activa u omisiva, o presuponen la incapacidad del Estado en el control y ejercicio de su soberanía⁵⁶.

3.2.2 Interpretación restringida del «elemento político» en los crímenes de lesa humanidad: posición mayoritaria

Con respecto a la jurisprudencia de la CPI debe mencionarse el minucioso voto disidente del magistrado alemán Hans-Peter KAUL quien, en la Decisión de apertura de una investigación en el caso Kenia, de 31 de marzo de 2010, rechazó la posición mayoritaria de la sala y afirmó que la “organización” debía compartir algunas características con el Estado, pudiendo actuar como un Estado o con capacidades cuasi-estatales⁵⁷. Entre las características que tenía que tener la organización, KAUL mencionó las siguientes:

⁵³ WERLE, G., /BURGHARDT, B.: “Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung eines Staates oder einer «staatsähnlichen» Organisation?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik- Zis Online*, 2012, nº 6, p. 273; los mismos, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization?”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 10, 2012, p. 1155.

⁵⁴ WERLE, G., /BURGHARDT, B.: “Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung”, op. cit., p. 275; los mismos, “Do Crimes Against Humanity”, op. cit., p. 1160.

⁵⁵ WERLE, G., /BURGHARDT, B.: “Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung”, op. cit., p. 274; los mismos, “Do Crimes Against Humanity” op. cit., pp. 1157-1158.

⁵⁶ LUBAN, D.: “A theory of crimes against humanity”, en *Yale Journal of International Law* 2004, nº 29, p. 117; AKSENOVA, M.: “Conceptualizing Terrorism”, op. cit., p. 298, destacando que: “The state’s failure to comply with the duty to protect individuals under its authority against barbaric attacks justifies international prosecutions encroaching on the notion of sovereignty”; cursiva añadida.

⁵⁷ Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC 01/09, 31 de marzo de 2010, para. 51, “(...) those ‘organizations’ should partake of some characteristics of a State. ‘Organizations’ should partake of some characteristics of a State. Those characteristics eventually turn the private ‘organization’ into an entity which *may act like a State or has quasi-State abilities*”; cursivas originales.

- “(a) tratarse de una colectividad de personas;
- (b) que estuviera establecida y actuase con un propósito común;
- c) durante un período de tiempo prolongado;
- d) que esté bajo un mando responsable o que haya adoptado cierto grado de estructura jerárquica, que incluya, como mínimo, algún tipo de nivel político;
- (e) que tenga capacidad de imponer la política a sus miembros y de sancionarlos; .
- f) que disponga de la capacidad y los medios disponibles para atacar a cualquier población civil a gran escala”⁵⁸.

Como puede observarse, los rasgos enumerados por el magistrado alemán son excesivamente genéricos, por lo que ciertos grupos terroristas u organizaciones criminales podrían satisfacerlos perfectamente en su totalidad, dado que ellos no difieren en nada de los rasgos de la criminalidad organizada estable.

Con todo, en su voto particular, el magistrado KAUL insistió en que los crímenes internacionales deben distinguirse de la criminalidad común (*common crimes*) perseguible a nivel nacional⁵⁹, y abogó por una interpretación restrictiva del elemento político de los crímenes de lesa humanidad, teniendo en cuenta tanto razones históricas, como el objeto y finalidad del ECPI⁶⁰. A este respecto, señaló que la finalidad perseguida por el Derecho Penal Internacional emergente de Nuremberg y Tokio tuvo por objeto la persecución de atrocidades masivas cometidas por los Estados contra civiles, que comprometían la paz, la seguridad y el bienestar del mundo⁶¹. En ese sentido, KAUL relaciona la pertinencia de la tipificación internacional con la necesidad de evitar riesgos y amenazas intolerables para la humanidad que provienen de la existencia de una política delictiva de Estado⁶². No obstante, el magistrado –consciente de los nuevos desafíos que la comunidad internacional enfrenta– hizo alusión a las amenazas que provienen contemporáneamente de entidades privadas (*private entities*), que deben disponer de los medios y recursos necesarios para alcanzar la gravedad de la injusticia sistémica a la que se hacía alusión líneas arriba con respecto a la criminalidad desde el Estado⁶³. De ese modo, el voto disidente del magistrado KAUL pretendió restringir el alcance del elemento político en lo que respecta a organizaciones privadas, las cuales deben, de algún modo, suponer una amenaza similar al Estado, aunque el voto disidente no perfiló qué cualidades deben contender dichas organizaciones para ser distinguidas de otros delitos entre ellos el terrorismo.

Dentro de la interpretación restrictiva del elemento político en los crímenes de lesa humanidad en lo atinente a la “política de una organización”, se distinguen en la literatura científica española importantes y detalladas aproximaciones, en sintonía con la doctrina extranjera más cualificada⁶⁴.

⁵⁸ Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, para. 51.

⁵⁹ Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, para. 54.

⁶⁰ Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, paras. 56, 59, 62 *passim*.

⁶¹ Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, para. 59.

⁶² Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, para. 61: “(...) The intolerable risks and threats for humankind emanating from such State policy required international criminalization and international enforcement”, y *passim*, para. 64.

⁶³ Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, para. 66.

Entre nosotros, GIL GIL considera que el elemento político de los crímenes de lesa humanidad en lo que respecta a la “política de una organización” debe circunscribirse a una organización no estatal que bien “ejerce un poder político *de facto*”⁶⁵, o bien ha alcanzado “tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla *de facto* una parte del territorio”⁶⁶. Para esta autora es claro que el Derecho Penal Internacional no debe encargarse de la persecución de la criminalidad organizada, pues ella está garantizada por los ordenamientos internos⁶⁷, de modo que la propuesta restrictiva del elemento político de GIL GIL entronca con la propia teleología del Derecho Penal Internacional en sí mismo considerado. La criminalidad organizada –entre la que se encuentra el terrorismo– puede y debe perseguirse a través de los tribunales penales nacionales, mientras que la criminalidad desde el Estado precisa de una instancia supranacional que se encargue del enjuiciamiento de los máximos responsables. La aproximación de GIL GIL a los crímenes de lesa humanidad resalta, por tanto, la necesidad de que los atentados contra bienes individuales de produzcan como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la “participación o tolerancia del poder político de *iure* o *de facto*”⁶⁸.

En una línea parecida, aunque con matices diferentes, se sitúa LIÑÁN LAFUENTE quien interpreta de forma más amplia el elemento político relativo a la “organización” de los crímenes de lesa humanidad conectándolo con el *riesgo de impunidad* que los crímenes internacionales comportan. A título ejemplificativo de ese “riesgo de impunidad”, el autor menciona el control territorial de la organización, la concurrencia de situaciones de excepción o de desmoronamiento institucional, organizaciones que cuentan en su actividad criminal con la anuencia del poder estatal, y organizaciones a las que sea altamente improbable castigar por los hechos delictivos cometidos por su gran poder político, social, económico o estructural⁶⁹. No obstante –como el propio autor aclara– no es preciso que la organización controle un determinado territorio, ni que exista una necesaria tolerancia estatal de su

⁶⁴ Sin ánimo de exhaustividad haré referencia aquí a la posición de Kai AMBOS, Claus KREß y William A. SCHABAS, quienes han defendido una interpretación restrictiva del elemento político en cuanto a “organización” se refiere. Así, AMBOS parece inclinarse porque la organización debe tener poderes semejantes al Estado en términos de organización y fuerza, y aboga por una interpretación restringida sin determinar en concreto qué rasgos deben tener esas organizaciones; cfr. AMBOS, K.: *Treatise*, op. cit., p. 75. Asimismo, SCHABAS aboga por incluir el elemento de la *estatalidad* en todos los crímenes internacionales, incluyendo el genocidio, a pesar de que el ECPI o los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* no lo hayan consignado como elemento del tipo. En lo que afecta a la interpretación del elemento político ex art. 7.2 a) ECPI, SCHABAS ha sostenido que la “organización” debe ser similar al Estado sin aportar mayores detalles en torno a las cualidades exigibles a la organización; cfr. SCHABAS, W. A.: “State policy”, op. cit., pp. 955 y ss. Por su parte, Claus KREß estima que el elemento político de los crímenes de lesa humanidad debe restringirse a organizaciones similares al Estado que propagan el terror contra la población, haciendo suyos muchos de los argumentos empleados por el magistrado Hans-Peter Kaul en su voto disidente con respecto a la decisión de Kenia, de 31 de marzo de 2010. Para KREß, no debe ampliarse la jurisdicción de la CPI a hechos de organizaciones, cuyos rasgos no se vinculen con cierta estatalidad; cfr. KREß, C.: “Sobre los límites externos de los crímenes de lesa humanidad”, op. cit., p. 132.

⁶⁵ GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 121.

⁶⁶ GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 122.

⁶⁷ GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, op. cit., pp. 121, 122. También lo destaca, por ejemplo, SCHABAS, W. A.: “State policy”, op. cit., p. 974.

⁶⁸ GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 151.

⁶⁹ LIÑÁN LAFUENTE, A.: “La investigación de los actos terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad. Análisis de las resoluciones de la Audiencia Nacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2016, p. 282.

actividad, sino tan solo “la posibilidad de impunidad del organizador del ataque, basado en elementos estructurales de poder”⁷⁰. En otras palabras, para satisfacer el elemento político en los crímenes de lesa humanidad, la organización debe contar con un “entramado estructural que proteja a los organizadores del ataque, representando esta posibilidad de impunidad un relejo del poder (en sentido amplio) que tiene la organización (...) que fundamenta el mayor desvalor acción y su consideración como crimen contra la humanidad”⁷¹. La interpretación de LIÑÁN es una posición más amplia dentro de las posiciones restrictivas acerca de la interpretación del elemento político.

Ahondando en la línea de GIL GIL, PÉREZ CABALLERO estima que la interpretación del concepto “política de una organización” exigido en el art. 7.2 a) ECPI debe ponerse en relación con el art. 17.3 ECPI, que contiene la cláusula de incapacidad del Estado para juzgar vinculada a la existencia del «colapso total o sustancial» de su administración nacional de justicia⁷². Este autor parte de que la definición del elemento político en lo que a la “organización” respecta debe encuadrarse en una “situación de crisis de Estado”. Dicha situación de crisis estatal puede generar un colapso estatal sustancial o total de un Estado. En opinión de PÉREZ CABALLERO, “el colapso sustancial de un Estado es una situación de incapacidad de las instituciones que parte del tronco cualitativo del colapso total (...) donde se paralizan las instituciones y se intenta describir un momento de peligro continuo, antes de que se derrumben”. En esa situación de crisis estatal, “el Estado aún es la máxima autoridad, pero existe una situación que potencialmente puede cuestionar esa autoridad de manera sostenida, aunque sea temporalmente”⁷³. Frente a la situación de colapso sustancial, el colapso total del Estado presupone el derrumbe de las instituciones y la pérdida de su soberanía⁷⁴ donde el Estado deja de ser capaz de ejercer control sobre el territorio o sus instituciones –entre ellas la administración de justicia– y todas las demás actividades propias del ejercicio de la soberanía⁷⁵. En este escenario de colapso –sustancial o total– por parte del Estado es donde precisamente proliferan organizaciones (guerrilleras o paramilitares) con un control parcial del territorio, o con poder político *de iure* o *de facto* que les permite ejercer atributos de soberanía que de ordinario se reservan al Estado.

A mi juicio, lo acertado del planteamiento de PÉREZ CABALLERO radica en que pone el acento en el punto neurálgico de todo crimen de lesa humanidad –y por extensión de todo crimen internacional– que es la relación del crimen con el Estado⁷⁶. En palabras de este

⁷⁰ LIÑÁN LAFUENTE, A.: “La investigación de los actos terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad”, op. cit., p. 282.

⁷¹ LIÑÁN LAFUENTE, A.: “La investigación de los actos terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad”, op. cit., pp. 282, 283.

⁷² PÉREZ CABALLERO, J.: “La revalorización del elemento político”, op. cit., pp. 5, 15. Cfr. también, en sentido parecido, el trabajo de CHOULIARAS, A.: “A strategic choice: the state policy requirement in international core crimes”, en *Leiden Journal of International Law*, 28, 2015, pp. 966-968.

⁷³ PÉREZ CABALLERO, J.: “La revalorización del elemento político”, op. cit., p. 16.

⁷⁴ PÉREZ CABALLERO, J.: “La revalorización del elemento político”, op. cit., p. 16.

⁷⁵ PÉREZ CABALLERO, J.: “La revalorización del elemento político”, op. cit., pp. 20-21.

⁷⁶ A este respecto véase la decidida apuesta de VERNON, que aboga por restringir los crímenes de lesa humanidad a la criminalidad de Estado, VERNON, R.: “What is crime against Humanity”, en *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, vol.10, nº3, 2002, p. 233; el mismo, “Crimes against humanity: a defense of the «subsidiarity view»”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 26, Issue 1, January 2013, pp. 231 y ss.

autor, la cuestión no es la manera “en que se organiza un colectivo de personas, sino el efecto que tienen en el Estado y su capacidad, por ejemplo, de provocar su colapso sustancial y llevar a cabo un ataque generalizado contra la población civil”⁷⁷. Considero, así, un acierto la tesis del colapso estatal, dado que evidencia el gran peligro que existe en situaciones en las que el Estado *no puede* ejercer su soberanía como debiera⁷⁸; en ese momento de colapso estatal, sustancial o total, organizaciones o entes privados aprovechan esa situación y lanzan un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

En suma, puede afirmarse que el elemento político en los crímenes de lesa humanidad recoge, por tanto, los dos grandes escenarios fenotípicos de los crímenes internacionales, si bien dicho elemento solo se exige como parte del tipo en los crímenes de lesa humanidad ex art. 7.2 a) ECPI.

Así pues, por un lado, estos crímenes de atrocidad se producen en situaciones donde el Estado organiza (acción) o tolera (omisión) sistemáticamente una serie de conductas muy graves contra las personas. En estos casos los crímenes se cometen directamente por funcionarios del Estado, o por entes privados u organizaciones toleradas o auspiciadas por el mismo (*v.gr.*, paramilitarismo en Colombia). También puede ocurrir que el Estado y la organización tengan ciertas yuxtaposiciones en las que sea extremadamente difícil deslindar el Estado de la organización, pues esta tiene implicaciones políticas y militares dentro del Estado, como ocurre por ejemplo con Hamas en Gaza. Todas estas situaciones entrarían, a mi juicio, bajo el término “política de un Estado”.

Por otro lado, puede ocurrir que se produzca un colapso estatal y ciertas organizaciones aprovechen dicha situación para atacar a la población civil ante la incapacidad del Estado de ejercer atributos de soberanía. En no pocos casos, la organización controla territorialmente una parte del territorio ante la incapacidad estatal de recuperar dicho territorio (p. ej. guerrilleros en el conflicto en Colombia, o el ISIS en territorio sirio e iraquí). En esos casos estaríamos ante “política de una organización” donde esta operaría, por así decirlo, extramuros de la responsabilidad estatal. Para este último escenario, la tesis del “colapso estatal” de PÉREZ CABALLERO es una herramienta conceptual muy útil en la determinación del elemento político en cuanto a la política de una organización se refiere. El “elemento político” de los crímenes de lesa humanidad aglutina, por tanto, un componente de “estatalidad” en sentido amplio al que haré referencia *infra* a modo de propuesta de delimitación entre los crímenes internacionales y el terrorismo.

⁷⁷ PÉREZ CABALLERO, J.: “La revalorización del elemento político”, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁸ Me gustaría llamar la atención sobre la detallada definición del elemento político en los crímenes de lesa humanidad ofrecida por la Ley chilena 20357, de 26 de junio 2009. El art. 1 de dicha Ley dispone que: (...) [e]l ataque responde a la política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos...”. En dicha definición se determinan muy bien los agentes que pueden llevar a cabo los crímenes de lesa humanidad y que los dotan de un desvalor especial a diferencia de los delitos comunes o de la criminalidad organizada. Cfr. al respecto CÁRDENAS ARAVENA, C.: “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular”, en *Revista de Derecho*, nº 2 diciembre 2014, pp. 174-176.

3.3. Crímenes de guerra

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) –recogido fundamentalmente en los Convenios de la Haya sobre métodos de combate (1907), los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y sus dos Protocolos Adicionales (PAI, PAII 1977)– contiene las normas generales sobre cómo deben conducirse las hostilidades en caso de un conflicto armado (*ius in bello*)⁷⁹. Los crímenes de guerra recogidos en el art. 8 ECPI presuponen la infracción grave de *ciertas* conductas de los Convenios de Ginebra y de las leyes y usos de la guerra, de modo que no toda violación del DIH contempla un crimen de guerra, aunque las violaciones más graves del Derecho de Ginebra sí son crímenes de guerra.

Dichos crímenes de guerra –recogidos en el art. 8 ECPI– están compuestos por dos elementos principales al margen de las concretas conductas tipificadas.

Por un lado, requieren un “elemento de contexto”, que exige que la conducta prohibida se lleve a cabo en el marco de un conflicto armado⁸⁰. Por otro lado, los crímenes de guerra incorporan un “elemento de prelación jurisdiccional”, que prioriza el ejercicio de la competencia de la CPI sobre conductas cometidas como parte de un “plan o política”, o como comisión “a gran escala” de tales conductas, donde, en esos casos, la jurisdicción de la CPI resulta particularmente pertinente, sin dejar por ello automáticamente fuera de su jurisdicción las conductas únicas o de carácter aislado constitutivas de un crimen de guerra⁸¹.

Dicho elemento contextual se deduce implícitamente del tenor del art. 8 ECPI, cuando se exige que los actos se produzcan contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra en caso de conflicto armado internacional (art. 8. 2 a) y b ECPI), o que se cometan violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, cuando se trate de un conflicto armado no internacional. Dicho elemento aparece, además, expresamente recogido en los EC relativos a los Crímenes de Guerra, requiriendo que la conducta “haya tenido lugar en el *contexto de un conflicto armado* y haya estado *relacionada* con él”.

Como es bien sabido, el “conflicto armado internacional” se produce entre dos o más Estados (art. 2 CG-I), en situaciones de ocupación (art. 2 CG-I) o en las luchas de liberación colonial (art. 1.4 PAI). También se entienden por tal los conflictos armados internacionalizados, cuando un Estado apoya a fuerzas rebeldes que luchan en el territorio de un tercer Estado. El “conflicto armado no-internacional” se produce cuando concurre violencia armada prolongada entre un Estado y las fuerzas disidentes con mando responsable y cierto control territorial (art. 1.1 PA II)⁸², excluyéndose de dicha noción las meras tensiones internas, los motines o los actos esporádicos de violencia (arts. 1.2 PAII, y 8.2 c) ECPI).

Con todo, para el concreto objeto de esta contribución interesa resaltar que el elemento contextual de los crímenes de guerra –por el que se requiere la conexión de la conducta con la

⁷⁹ AMBOS, K.: *Treatise*, op. cit., p. 117.

⁸⁰ Judgment, Trial Chamber II, Katanga, 7 de marzo de 2014, para. 1176: “The Chamber further observes that a nexus must be established between the crimes and the armed conflict in question. Indeed, the Elements of Crimes require that conduct constituting the offences envisaged by articles (...) take place “in the context of” and are “associated with” an armed conflict. In this connection, the Chamber is of the view that the perpetrator’s conduct must have been closely linked to the hostilities taking place in any part of the territories controlled by the parties to the conflict. The armed conflict alone need not be considered to be the root of the conduct of the perpetrator and the conduct need not have taken place in the midst of battle. Nonetheless, the armed conflict must play a major part in the perpetrator’s decision, in his or her ability to commit the crime or the manner in which the crime was ultimately committed”; cfr. también COTTIER, M.: “Article 8”, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observers, Notes, Article by article*, 2ªed., Múnich, 2008, pp. 293-294.

⁸¹ AMBOS, K.: *Treatise*, op. cit., pp. 118-119; COTTIER, M.: “Article 8”, pp. 299-300.

existencia de un conflicto armado– difícilmente puede concebirse sin la presencia de fuerzas militares estatales en el conflicto o figuras análogas. Por esta razón, el elemento de estatalidad en sentido amplio puede considerarse implícito en la propia definición de crímenes de guerra, dado que el conflicto armado se produce, bien entre dos Estados, bien entre un Estado y un grupo insurgente que actúa como elemento combatiente –lo cual presupone el colapso del Estado en los términos indicados por PÉREZ CABALLERO–, bien entre dos organizaciones armadas ante el colapso estatal, incapaz de impedir la presencia de estos grupos en su territorio⁸³.

Tal y como sucede en el “elemento contextual” de los crímenes de guerra, el “elemento de prelación jurisdiccional” de los crímenes de guerra –referido a la existencia de un “plan/ política”, o la comisión “a gran escala” de las conductas– es difícilmente concebible en la praxis sin las notas de estatalidad en sentido amplio, que he manejado al interpretar el elemento político de los crímenes de lesa humanidad y que también hago extensivas con respecto al elemento contextual de los crímenes de guerra. Sin embargo, dicha estatalidad en los crímenes de guerra es una cuestión empírica más que jurídica, dado que ellos no requieren la política de un Estado o de una organización en su configuración típica. No obstante, en la medida que los crímenes de guerra sí requieren que la conducta esté relacionada con un “conflicto armado”, de la propia definición de “conflicto armado” se deriva implícitamente la estatalidad en sentido amplio, bien mediante la intervención directa del Estado en dicho conflicto, bien mediante la intervención de organizaciones privadas no estatales que, sin embargo, son parte en el conflicto, acreditándose con ello el colapso del Estado.

Por lo demás, las conductas subyacentes de los crímenes de guerra lesionan bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, integridad moral, libertad, libertad sexual, propiedad, etc.) o bienes jurídicos colectivos (administración de justicia, seguridad, salud, bienes protegidos de culto, centros educativos, hospitales, etc.), y además se castiga el empleo de armas y medios de combate prohibidos. Al igual que ocurre en el terrorismo –y en el genocidio y los crímenes de lesa humanidad– los crímenes de guerra son delitos pluriofensivos, en los que junto a la lesión de los bienes jurídicos individuales (o también colectivos en el caso de algunas modalidades de crímenes de guerra), se erosiona también un bien jurídico trascendente, que, en los crímenes de guerra, suele situarse en la preservación de la seguridad y de la paz de la comunidad internacional en un sentido amplio⁸⁴. Más allá de lo atinado de esa difusa alusión a la paz y a la seguridad mundial, lo que parece innegable es que hay un plus de injusto que va más allá de las concretas infracciones o conductas cometidas contra bienes personales, patrimoniales, derechos, o métodos de combate. Esa adición de injusto busca preservar un cierto orden en la conducción de las hostilidades, tratando de minimizar el impacto de las hostilidades en la población no combatiente y en los lugares protegidos (*v. gr.* hospitales, escuelas). Empeorar la convivencia ante el devastador efecto

⁸² Por todos, LIÑÁN LAFUENTE, A.: “Los crímenes de guerra”, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2ª ed., Madrid, 2019, pp. 448-449.

⁸³ De hecho, el art. 1 del PAII, que regula la protección de las víctimas en conflictos armados que no tienen carácter internacional, dispone claramente que la aplicación de dicho protocolo abarca conflictos que se desarrollan “en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes, o grupos armados organizados, que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

⁸⁴ Por todos, AMBOS, K.: *Nociones básicas de Derecho internacional humanitario* (Trad. John Zuluaga), Valencia, 2012, p. 27. Entre nosotros, PIGNATELLI I MECA, F.: *Tratado sobre los crímenes de guerra en Derecho penal español*, Valencia, 2023, pp. 784-787.

que tiene toda guerra conlleva un peligro de generalización y de escalada de violencia que pretende evitarse con la incriminación de los crímenes de guerra, sin perjuicio de que cada modalidad de conducta proteja un bien jurídico concreto.

4. SOBRE LA DELIMITACIÓN NORMATIVA ENTRE EL TERRORISMO Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

La delimitación normativa entre el terrorismo y los crímenes internacionales debe partir necesariamente de la finalidad con la que nació el Derecho Penal Internacional, hoy cristalizado en el articulado del ECPI. Como el propio preámbulo de este tratado dispone, los crímenes internacionales “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” y “no deben quedar sin castigo”, de modo que la lucha contra la impunidad de los responsables contribuye así a la “prevención de nuevos crímenes”. Ahondando en el *telos* del Derecho Penal Internacional es innegable que esta rama del Derecho Internacional surge para investigar y juzgar crímenes muy graves contra las personas, cometidas o auspiciadas, con carácter general, por funcionarios del Estado y, contemporáneamente, también por organizaciones privadas ante el colapso del Estado⁸⁵. Sin la existencia de dicha rama del ordenamiento internacional –que prohíbe conductas muy graves y articula una jurisdicción para la investigación y eventual enjuiciamiento de los responsables– estaría asegurada la ausencia de respuesta jurídica, con el consiguiente riesgo de reiteración en el tiempo cuando el Estado no quiera o no pueda juzgar por sí mismo.

Sin perjuicio de las oportunas delimitaciones entre los tres crímenes internacionales en función de los elementos típicos que diferencian el injusto de cada uno de ellos⁸⁶, todos ellos presuponen conductas delictivas del Estado, por acción u omisión, o de organizaciones armadas ante la quiebra o colapso estatal. Como señalase en 2002 el filósofo del Derecho Richard VERNON en relación con los crímenes de lesa humanidad –y que yo hago extensivo a los demás crímenes– estos delitos entroncan con la forma de ejercicio de poder estatal⁸⁷,

⁸⁵ Cfr. CHOULIARAS, A.: “A strategic choice: the state policy requirement”, *op. cit.*, p. 975, quien destaca, desde una perspectiva política, que la CPI debe concentrarse en la persecución de criminalidad de Estado atendiendo a los limitados recursos de los que dispone la CPI. En palabras del propio autor: “(...) International criminal justice is both a legal and political enterprise. If the former quality dictates the effective protection of human dignity and of the most fundamental human rights, the latter indicates that the limited resources of the ICC should be directed primarily to *criminal failed states*, i.e., institutions of public governance that have failed at some of their basic conditions and responsibilities because they engage in or tolerate the commission of core international crimes, also endangering international peace and security”; cursiva añadida.

⁸⁶ Como se expuso al principio, todo crimen internacional (al igual que el terrorismo) contiene un ataque a bienes jurídicos individuales (o colectivos) y además un injusto de amenaza al *corpus* social. Adicionalmente a ello, cada tipo incorpora elementos que permiten operar la delimitación entre ellos. Así, pues, en el genocidio, el elemento subjetivo especial del tipo muestra que este delito busca proteger, además, el derecho a existir de cuatro clases de grupos muy concretos frente a las acciones de destrucción física o biológica de los mismos. En los crímenes de lesa humanidad, el “elemento de contexto” demarca el umbral de gravedad del ataque contra población civil (que debe ser generalizado o sistemático), mientras que el “elemento político” exige acreditar un patrón de conducta (una política) deliberada de ataque contra civiles por parte de un Estado o de una organización que opera en escenarios de colapso estatal, y que generan un estado de indefensión superlativa. Por su parte, la tipificación de los crímenes de guerra busca la protección de personas y bienes en contextos de conflicto armado, donde la incriminación de las conductas tiene que ver además con la evitación de una mayor escalada bélica.

⁸⁷ VERNON, R.: “What is crime against Humanity”, en *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, vol.10, nº3, 2002, pp. 242-243: “But the model of crimes against humanity can move forward here by appealing, in the first instance,

con el ejercicio de la soberanía, conformada por la capacidad administrativa, la autoridad local y el dominio sobre el territorio⁸⁸, y no tanto –o no solo– con la protección de los derechos humanos. Al razonamiento de VERNON habría que añadir que en los conflictos contemporáneos ciertas organizaciones armadas tienen la capacidad de usurpar el poder del Estado y cometer conductas atroces contra las personas, allí donde se ha producido un colapso estatal.

La idea de perversión del poder político y de la soberanía en sentido lato está detrás de la singularidad de los crímenes internacionales, de su particular desvalor que trasciende de la lesión de los bienes jurídicos concretos afectados⁸⁹, y de su particular injusto de amenaza trascendente. Dicho desvalor aumentado radica en la brutal indefensión que padecen los civiles atacados por quienes ostentan el poder político y territorial, que, normalmente, es el Estado u organizaciones armadas que, por incapacidad estatal, se han hecho con el control fáctico de las instituciones propias de los atributos de la soberanía. Ese abuso de la posición de autoridad por parte de quien está llamado a mantener el orden, la paz social y la protección de la ciudadanía genera una extrema indefensión de la población civil o de los grupos protegidos atacados, lo cual dota de singularidad a los crímenes de atrocidad frente a la criminalidad común y frente a la criminalidad organizada muy grave como el terrorismo.

Paralelamente a ello, surge entonces la cuestión de la atribución de la jurisdicción a un ente internacional –la CPI– toda vez que se comprueba que el Estado ha pervertido su soberanía o simplemente es incapaz de ejercerla en toda su extensión de forma legítima; ello justifica también la eventual intervención de la jurisdicción penal de *otro* Estado acudiendo al principio de jurisdicción universal⁹⁰.

Al igual que sucede en el terrorismo, en el injusto de los crímenes internacionales se produce una dimensión comunicativa que trasciende de los ataques individuales, que infunde el máximo terror en la población civil o en el “grupo-diana” perseguido. No obstante, en el terrorismo ese contenido de amenaza lo realiza una organización armada, mientras que en los crímenes internacionales lo efectúa el Estado, que es quien está llamado a proteger a la población que habita en el territorio de su jurisdicción⁹¹, o un ente similar que ha usurpado al Estado algunos atributos de su soberanía, esencialmente el control del territorio.

Estos planteamientos que inciden en el extraordinario abuso de poder soberano que implica la comisión de los crímenes internacionales, no están, sin embargo, recogidos de

not to contestable normative theories of humans rights, but the considerations about the nature of state power as an empirical matter (...)”.

⁸⁸ VERNON, R.: “What is crime against Humanity”, *op. cit.*, p. 253. Véase también CHOULIARAS, A.: “A strategic choice: the state policy requirement”, *op. cit.*, p. 970, quien desde una perspectiva criminológica destaca el sentimiento de superioridad por parte de los perpetradores que les otorga el “derecho” a matar, violar, etc., y una falta de atención a la reacción de las víctimas, derivada de la deshumanización o demonización de determinados grupos étnicos, religiosos, etc., como rasgos explicativos de la criminalidad estatal.

⁸⁹ AKSENOVA, M.: “Conceptualizing Terrorism”, *op. cit.*, p. 298, señala claramente que: “The state’s failure to comply with the duty to protect individuals under its authority against barbaric attacks justifies international prosecutions encroaching on the notion of sovereignty. (...) In contrast, terrorism, depending on the definition and the way it is employed in domestic politics, seems to attack the exact interests that national governments are seeking to protect. States remain best placed to tackle the underlying acts of terrorism within the domestic criminal justice paradigm and use the threat of terror as a pre-text for measures that resonate well with the general public”.

⁹⁰ CHEHTMAN, A.: *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*, Madrid, 2013, pp. 151 y ss., 173, *passim*. alude a un interés colectivo, no individual, de protección de la vigencia de las normas que prohíben los crímenes internacionales que conlleva un desmoronamiento de la inmunidad de jurisdicción nacional para justificar una extensión extraterritorial de la jurisdicción.

forma expresa como elemento típico en ninguno de los crímenes. La ausencia de una mención *expressis verbis* a este respecto no significa nada, dado que en la praxis parece innegable que la comisión de estos crímenes conlleva de forma implícita la presencia estatal en sentido amplio. Para la interpretación del elemento político de los crímenes de lesa humanidad (art. 7.2 a) ECPI) conviene, por tanto, adoptar una posición restrictiva en el sentido apuntado por PÉREZ CABALLERO, en aras de diferenciar los crímenes contra la humanidad del terrorismo. De otro modo, existe un riesgo de contaminación que merma la importancia que tiene el Derecho Penal Internacional para hacer frente a los crímenes de atrocidad con abuso de poder soberano, para lo cual conviene tener claro cuál es el objeto de esta rama del Derecho y qué desafíos enfrenta contemporáneamente.

En este contexto, los anteriores argumentos deben servir también para hacer frente al debate en torno al ecocidio, donde el fracaso estatal en la protección del medio ambiente en países en vías de desarrollo y del tercer mundo, subraya la necesidad de crear un tratado que defina la conducta prohibida y habilite una jurisdicción especializada y complementaria a las nacionales para la investigación y enjuiciamiento de los delitos, cuando los Estados no quieran o no puedan hacerlo. En este marco, también debe encuadrarse la discusión acerca de si el terrorismo debe incluirse o no –como particularmente creo– en el catálogo de delitos perseguibles por la CPI.

5. BREVE EXCURSO SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE PROTEGER DEL ESTADO Y EL DEBER DE PROTEGER DE LOS ALTOS MANDOS

El incumplimiento del Estado de su deber de proteger lo puede realizar de forma activa, atacando a los civiles, o de forma omisiva, no evitando intencionalmente, y pudiendo hacerlo, los ataques de terceros sobre la población indefensa. En ambos casos, el Estado –a través de sus máximos responsables– habrá incumplido por acción u omisión los deberes de garante de protección a los individuos que están bajo el manto de su soberanía. Ello sitúa la gravedad de la amenaza hacia el colectivo social en su punto más extremo, dada la extraordinaria indefensión de la población ante un ataque de esas características. En el terrorismo, la organización amenaza al Estado instrumentalizando a la población civil, mientras que en los crímenes internacionales se intensifica notablemente la amenaza⁹² que la emite directamente el Estado contra los civiles que se encuentran en su territorio, sin que estos puedan recibir auxilio de otra entidad para su protección personal.

⁹¹ Cfr. LUBAN, D.: “A theory of crimes against humanity”, *op. cit.*, p. 117, quien considera que: “[t]he legal category of “crimes against humanity” recognizes the special danger that governments, which are supposed to protect the people who live in their territory, will instead murder them, enslave them, and persecute them, transforming their homeland from a haven into a killing field. As political animals, we have no alternative to living in groups; and groups have no alternative to residing in territories under someone or another’s political control”; cursiva añadida. Cfr. también PÉREZ CABALLERO, J.: “Defensa de los elementos contextual y político”, *op. cit.*, p. 6, quien señala que: “Las organizaciones terroristas o insurgentes solo podrán cometer crímenes contra la humanidad en tres situaciones (...): Si mutan su naturaleza y *suben de nivel* (por ejemplo, si de organización terrorista pasan, por un cambio en sus circunstancias materiales, a facción rebelde); si se demuestra una tolerancia estatal hacia esas conductas; o, finalmente, si se producen las circunstancias excepcionales resumidas en el mencionado colapso político de la máxima autoridad del territorio y la intención del actor no estatal de consolidarse como autoridad y evitar el dominio estatal...”.

⁹² En sentido parecido, LUBAN, D.: “A theory of crimes against humanity”, *op. cit.*, p. 121.

Por otro lado –y como se apuntó línea arriba – también puede ocurrir que el Estado en cuestión sea *incapaz* de proteger a la ciudadanía porque tiene muy menguados los atributos clásicos de la soberanía, entre los que se encuentra, entre otros, el dominio sobre su territorio. En esos casos, puede suceder que entes privados (guerrillas, grupos rebeldes, mercenarios, etc.) decidan atacar a la población civil aprovechando la debilidad estatal habida. Así, en estos escenarios, el estado de indefensión de las personas será similar al que pueda producirse en situaciones en las que el Estado incumple su deber de proteger, pero sin embargo la conducta estatal no adquiere el mismo desvalor en uno u otro caso: en el primer caso el Estado puede evitar el ataque contra civiles y decide no hacerlo (omite), mientras que en el segundo no puede evitarlo al ser incapaz de ello. Que la responsabilidad del Estado tenga en términos de configuración del injusto un mayor desvalor es algo que solo puedo dejar apuntado en esta contribución, donde la implicación estatal puede modular al alza el *quantum* de pena en sede de determinación de la pena del autor.

Además, en supuestos de colapso estatal total, puede suceder que una fuerza armada usurpe la soberanía del Estado y proceda a la ocupación total o parcial del territorio. En ese caso, podría producirse una suerte de transmisión del deber de proteger a la fuerza injerente. A este respecto, debe recordarse que el Tribunal de Nuremberg siempre consideró que las fuerzas militares ocupantes tenían la función de mantener el orden y de proteger a la población civil frente a la comisión de delitos⁹³, estableciéndose una analogía con las funciones de garantía de protección de los mandos con respecto a los prisioneros de guerra enemigos bajo su poder⁹⁴. El fenómeno de la ocupación de un territorio despojaba así de sus funciones al Estado originario (injerencia), pero instauraba ciertos deberes de protección de la población civil al Estado ocupante, y, por ende, a los mandos que ostentaban el poder de gobierno en esos territorios por derivación o transferencia.

Esta situación de ocupación estaba pensada, lógicamente, para ocupaciones de un Estado por parte de otro, y no necesariamente para fuerzas de ocupación provenientes de organizaciones privadas sin vínculos orgánicos con un Estado. Sin embargo, en caso de que se produzca una ocupación parcial del territorio estatal por parte de una organización armada (por ejemplo, una organización como el ISIS) debería considerarse que la nueva fuerza ocupante mantiene el deber de proteger a los civiles en los mismos términos que las fuerzas ocupantes estatales, dada la analogía material que se produce entre el Estado y la organización armada ocupante.

Por lo demás, y en lo atinente al Derecho Internacional Público, la estrecha relación entre los “crímenes internacionales” con el “Estado” y su “malogrado ejercicio de la soberanía” es lo que está detrás del llamado principio de la responsabilidad de proteger⁹⁵, que se reconoció en

⁹³ Caso del Alto Mando (*The High Command Case*)- *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10*, vol. XI, 1947, p. 546 «one of the functions of an occupational commander endowed with executive power was to maintain order and protect the civilian population against illegal acts».

⁹⁴ *Trials*, op. cit., vol. XI, pp. 544-545 “The situation is somewhat analogous to the accepted principle of international law that the army which captures the soldiers of its adversary has certain fixed responsibilities as to their care and treatment (...)”. Cfr. sobre el concreto enjuiciamiento de los altos mandos del ejército alemán en territorios ocupados por los tribunales menores de Nuremberg, GARROCHO SALCEDO, A.: *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Cizur Menor, 2016, pp. 56-59.

⁹⁵ Cfr. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B: *La responsabilidad de proteger: entre el imperativo moral y norma jurídica*, Universidad de Oviedo, 2017, pp. 62-65, quien advierte, entre nosotros, que este principio hace mutar el concepto de soberanía concebida como un “derecho” de los estados a un concepto de soberanía vinculado a la “responsabilidad”.

el documento final de la Cumbre Mundial, de 15 de septiembre de 2005, por parte de la ONU, párrafos 138⁹⁶- 139⁹⁷.

En dicho documento se recogen tres compromisos muy concretos con respecto a la denominada “Responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”. Así, 1º) Por un lado, cada Estado es responsable de proteger a su población de esos delitos (*responsabilidad de prevenir*); 2) Por otro lado, la comunidad internacional, por conducto de la ONU (Consejo de Seguridad y Asamblea General), tiene también la responsabilidad de “ayudar a proteger” empleando los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados para ello, o en caso de ser necesario adoptar contramedidas por conducto del Consejo de Seguridad en caso de que las autoridades nacionales no protejan (*responsabilidad de reaccionar*). Y 3º) finalmente, la comunidad internacional debe ayudar a los Estados a proteger y debe prestar asistencia antes de que estallen las crisis y los conflictos (*responsabilidad de construir*)⁹⁸.

Dicha “responsabilidad de proteger” fue, asimismo, objeto de mención en la Resolución 63/308, de la Asamblea General de la ONU, el 14 de septiembre de 2009, y en ella se estableció un compromiso de efectuar un seguimiento de la misma. En 2015 el Informe del Secretario General de la ONU recogía la responsabilidad de proteger como un principio vertebrador de la ONU y del Derecho Internacional Público⁹⁹, efectuando un balance muy modesto sobre su eficacia pasados 10 años del compromiso de los Estados en la Cumbre Mundial. Con todo, dicha “responsabilidad de proteger” no pasa de ser un principio general de *soft law*, no vinculante, que debería vertebrar la forma de actuar de toda la comunidad internacional, pero que, tristemente, como se comprueba en nuestros días, carece de obligatoriedad jurídica¹⁰⁰.

⁹⁶ Para. 138: “Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana”.

⁹⁷ Para. 139: “La comunidad internacional, por conducto de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por conducto del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si se demuestra que los medios pacíficos son inadecuados y que las autoridades nacionales no protegen manifiestamente a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Destacamos la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad y las consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el derecho internacional. También tenemos la intención de comprometernos, cuando sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos”.

⁹⁸ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B: *La responsabilidad de proteger*, op. cit., pp. 76-77, 356-358.

⁹⁹ Por todos, recientemente, GARCÍA RUIZ, C. R.: “Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: la frágil regulación jurídica de un imperativo moral”, en *Derechos y Libertades*, nº 48, época II, enero de 2023, p. 154 y ss.

¹⁰⁰ GARCÍA RUIZ, C. R.: “Intervención humanitaria”, op. cit., p. 158 con ulteriores referencias.

En este contexto, por tanto, solo la aplicación del Derecho penal internacional puede servir eventualmente para proteger a los miles de seres humanos indefensos de la actuación criminal del Estado o de las organizaciones armadas infiltradas en su territorio, cuando el Estado no puede protegerlos.

6. CONCLUSIONES

I. El terrorismo y los crímenes internacionales comparten ciertos rasgos comunes y mantienen zonas de intersección que, sin embargo, conviene deslindar, tanto por el distinto tipo de injusto que conlleva cada uno, como por el impacto que dicha delimitación adquiere en la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

II. En relación con las características comunes del terrorismo y los crímenes internacionales debe destacarse que en ambos fenómenos delictivos se cometen delitos muy graves contra las personas por parte de una organización estable, aglutinados bajo un propósito criminal determinado.

III. Esa situación genera que el injusto del terrorismo y de los crímenes internacionales trascienda de la lesión al bien jurídico individual o colectivo afectado, y conforme un injusto adicional de amenaza –instrumentalizando a las víctimas– que atemoriza al *corpus social*.

IV. Sin embargo, la diferencia principal que puede localizarse entre el terrorismo y los crímenes internacionales –al margen de la específica configuración típica de cada delito, que lógicamente debe atenderse– radica en el sujeto activo que realiza ese “injusto de amenaza colectivo”, que trasciende del daño a las víctimas concretas afectadas. En el terrorismo, dicho injusto es generado por una organización armada contra el Estado y su población, mientras que en los crímenes internacionales dicha amenaza proviene del Estado.

El Estado –que está obligado a defender a las personas en su territorio– puede decidir atacarlos de forma activa o puede no evitar el ataque de terceros de forma intencional. En esos casos, en los que la amenaza proviene del Estado, la intimidación se intensifica y adquiere su grado máximo, dado que quien debe proteger no lo hace, quedando la ciudadanía en un estado de suma indefensión.

V. La realidad de los conflictos armados contemporáneos muestra, sin embargo, que en no pocas situaciones el Estado tiene serios problemas de ejercer sus atributos de soberanía, y en su territorio están presentes grupos armados que cometen delitos graves contra civiles indefensos..

En esos casos, puede ocurrir que el Estado no sea capaz de prevenir esos ataques, y que, por tanto, la actividad criminal de la organización armada se produzca en un contexto de indefensión extraordinario. Sin embargo, en esos escenarios no puede afirmarse una responsabilidad estatal genuina, porque el Estado es *incapaz* de actuar para proteger. En esos supuestos, la calificación jurídica de los hechos encaja perfectamente en la redacción de los crímenes de lesa humanidad y eventualmente en la de los crímenes de guerra, y obedece al *telos* de articular una defensa de la población cuando hay un estado de indefensión superlativa, cuando el Estado no quiere o no puede actuar.

VI. A este respecto, el elemento político presente en el art 7.2 a) ECPI –por el que se exige que el ataque generalizado o sistemático contra la población civil obedezca a la

política de un Estado o de una “organización”– debe ser interpretado restrictivamente desde una perspectiva histórica y teleológica. Como defiende la doctrina mayoritaria, dicha “organización” debe reunir unos atributos próximos al ejercicio de soberanía o ser semejante al poder del Estado (GIL GIL, AMBOS, SCHABAS, KREß).

Para aproximarse a ello, la tesis del “colapso estatal” ofrecida por PÉREZ CABALLERO es una herramienta conceptual muy útil, pues subraya que la organización en esos casos debe aprovecharse del colapso del Estado para perpetrar su ataque contra civiles, donde se produce una suerte de desplazamiento del poder hacia estas organizaciones armadas privadas.

VII. Por su parte, los crímenes de guerra requieren la comisión de ciertas conductas en el contexto y en relación con un “conflicto armado” internacional o interno. Ello exige una intensidad de violencia determinada y una cierta prolongación en el tiempo del conflicto, por lo que los hechos violentos cometidos en el decurso de ciertas tensiones o actos violentos esporádicos –como el terrorismo– no pueden ser calificados como crímenes de guerra. Los conflictos armados los protagonizan los Estados entre sí, Estados y organizaciones armadas, o varias organizaciones armadas en territorio de un Estado, por lo que, necesariamente, el conflicto bélico requiere la presencia estatal directa, o presupone el colapso estatal y la ulterior proliferación de organizaciones armadas en el territorio del Estado..

VIII. A lo largo de esta contribución he pretendido demostrar que la cualidad del sujeto activo del delito sí importa en la valoración general de la conducta prohibida, y en atención a ello debe delimitarse el terrorismo de los crímenes internacionales. La implicación estatal en sentido amplio en los crímenes internacionales justifica también la necesidad de que sea la Corte Penal Internacional la que investigue y enjuicie a los presuntos responsables, cuando el Estado no pueda juzgar o no quiera hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

- AKSENOVA, M.: “Conceptualizing Terrorism: International Offence or Domestic Governance Tool?”, en *Journal of Conflict & Security Law*, 2015, vol. 20, nº 2, pp. 277-299 <https://doi.org/10.1093/jcsl/krv002>
- AMBOS K.: *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática* (Trad. Ezequiel Malarino) Berlin/Montevideo, 2005.
- AMBOS, K.: *Treatise on International Criminal Law, Vol. II: The crimes and sentencing*, Oxford, 2014 <https://doi.org/10.1093/law/9780199665600.001.0001>
- ASÚA BATARRITA, A.: “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de la finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a José María Lidón*, Bilbao, 2002, pp. 41-86.
- BASSIOUNI, M. Ch.: “The proscribing function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights, en *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, 1982, pp. 193-216.
- CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, 2010.
- CÁRDENAS ARAVENA, C.: “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos

inhumanos en particular”, en *Revista de Derecho*, N^o 2 diciembre 2014, pp. 169-189 <https://doi.org/10.4067/S0718-09502014000200008>

CHEHTMAN, A.: *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*, Madrid, 2013.

CHOULIARAS, A.: “A strategic choice: the state policy requirement in international core crimes”, en *Leiden Journal of International Law*, 28, 2015, pp. 953-975 <https://doi.org/10.1017/S0922156515000539>

COTTIER, M.: “Article 8”, en TRIFFTERER (Ed). *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observers, Notes, Article by article*, 2^aed., München, 2008, pp. 275-300.

GARCÍA RUIZ, C. R.: “Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: la frágil regulación jurídica de un imperativo moral” en *Derechos y Libertades*, n^o 48, época II, enero de 2023, pp. 139-166 <https://doi.org/10.20318/dyl.2023.7342>

GARROCHO SALCEDO, A.: *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Cizur Menor, 2016.

GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999.

GIL GIL, A.: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pp. 1-18.

GIL GIL A.: “Los crímenes de lesa humanidad” en GIL GIL /MACULAN (Dir.), *Derecho Penal Internacional*, 2^a ed., Madrid, 2019, pp. 421-442.

HANSEN, T. O.: “The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya”, en *The George Washington International Law Review*, tomo 43, n^o 1, 2011, pp. 1-41 <https://doi.org/10.2139/ssrn.1894246>

KREß, C.: “Sobre los límites externos de los crímenes de lesa humanidad: el concepto de organización dentro del elemento político; algunas reflexiones sobre la decisión de la CPI sobre Kenia de marzo de 2010”, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho internacional penal*, Bogotá, 2018, pp. 95-132.

LANDA GOROSTIZA, J-M.: “«Nuevos» crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (art. 607 bis P 1995) desde una perspectiva intrasistemática”, en *Eguzkilore*, 2003, n^o 17, pp. 105-119.

LANDA GOROSTIZA, J., M., “La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2010, pp. 1- 30.

LIÑÁN LAFUENTE, A.: “La investigación de los actos terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad. Análisis de las resoluciones de la Audiencia Nacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2016, pp. 267-302.

LIÑÁN LAFUENTE, A.: “Los crímenes de guerra”, en GIL GIL/MACULAN (Dir.), *Derecho penal internacional*, 2^a ed., Madrid, 2019, pp. 443-472.

LLOBET ANGLÍ, M.: *Derecho penal del Terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, 2010.

LUBAN, D.: “A theory of crimes against humanity”, en *Yale Journal of International Law*, n^o 29, 2004, pp. 85-167.

- MAÑALICH RAFFO, J.P.: *Derecho penal y terrorismo de Estado*, Santiago de Chile, 2023.
- MENDOZA CALDERÓN, S.: “La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo”, en *Revista de Estudios de Justicia*, 2005, nº 6, pp. 85-113.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “El “terrorista” ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural”, en *Nuevo Foro Penal*, N.º 74, 2010, pp. 99-177.
- PASTRANA SÁNCHEZ, A.: *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, 2020.
- PÉREZ CABALLERO, J.: “Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15, 2013, pp. 1-30.
- PÉREZ CABALLERO, J.: “La revalorización del elemento político en el art. 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal. Una propuesta de interpretación del concepto de organización en los crímenes de lesa humanidad”, en *IndRET* 3/2014, pp. 1-30.
- PIGNATELLI I MECA, F.: *Tratado sobre los crímenes de guerra en Derecho penal español*, Valencia, 2023.
- POMARES CINTAS, E., /GARCÍA RIVAS, N.: “Terrorismo”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J., (Dir.) *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra el orden público (II). Sedición, Desórdenes Públicos, Terrorismo*, Tomo VI, Valencia, 2021, pp. 134-319.
- ROBINSON, D.: “Defining «Crimes against humanity» at the Rome Conference”, en *The American Journal of International Law*, vol. 93, nº 1 (Jan. 1999), pp. 43-57 <https://doi.org/10.2307/2997955>
- SCHABAS, W. A.: “State policy as an element of international crimes”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, Spring 2008, pp. 953-982.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: *La responsabilidad de proteger: entre el imperativo moral y norma jurídica*, Universidad de Oviedo, 2017.
- VERNON, R.: “What is crime against humanity”, en *The Journal of Political Philosophy*: vol. 10, nº3, 2002, pp. 231-249 <https://doi.org/10.1111/1467-9760.00151>
- VERNON, R.: “Crimes against humanity: a defense of the «subsidiarity view», en *Canadian journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 26, issue 1, January 2013, pp. 229-241 <https://doi.org/10.1017/S0841820900006020>
- WERLE, G.: *Tratado de Derecho penal internacional* (trad. coord., por Gutiérrez Rodríguez), Valencia, 2ª ed., 2011.
- WERLE, G.,/BURGHARDT, B.: “Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung eines Staates oder einer „staatsähnlichen“ Organisation?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik- Zis Online*, 2012, nº 6, pp. 271-281.
- WERLE, G./BURGHARDT, B.: “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization?” en *Journal of International Criminal Justice*, nº 10, 2012, pp. 1151-1170 <https://doi.org/10.1093/jicj/mqs069>