

**EL CASO DE LOS DETENIDOS EN EL CENTRO
DE DETENCIÓN DE LA BASE “ESPAÑA”
(DIWANIYA)**

**THE CASE OF THE DETAINEES IN THE
DETENTION CENTER OF THE BASE “ESPAÑA”
(DIWANIYA)**

Jesús Ayala González

Junio de 2018

EL CASO DE LOS DETENIDOS EN EL CENTRO DE DETENCIÓN DE LA BASE “ESPAÑA” (DIWANIYA)

Jesús Ayala González, Licenciado en Derecho (*Bachelor in Law*)

RESUMEN. El presente trabajo analiza las connotaciones que, desde el punto de vista del Derecho penal español, derivan del trato dispensado a varios detenidos por militares españoles en el centro de detención de la Base “España” en Diwaniya (Irak) en el año 2004, haciendo un examen de la ley que resulta de aplicación a los mismos – el Código penal común o el Código penal militar-, y, por extensión, del orden jurisdiccional competente para llevar a cabo su enjuiciamiento.

PALABRAS CLAVE: derecho, tortura, terrorismo, España, militar.

ABSTRACT. This paper analyzes the connotations that, from the point of view of Spanish criminal law, derive from the treatment given to several detainees by Spanish soldiers in the detention center of the Base “Spain” in Diwaniya (Iraq) in 2004, making an examination of the law that is applicable to them - the Common Criminal Code or the Military Criminal Code - and, by extension, the competent jurisdictional order to carry out its prosecution.

KEYWORDS: law, torture, terrorism, Spain, military.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2004, en el período comprendido entre el 22 de enero hasta el 18 de febrero, en el Centro de Detención de la Base España Diwaniya -Irak-, en horario nocturno, un grupo de militares españoles de los que solo se han podido identificar cinco, pertenecientes a la Primera Sección de la Compañía del Tercio “Alejandro Farnesio 4” de la Legión –Ronda-, integrada en el Grupo Táctico “EXTREMADURA” de la Brigada Plus Ultra II, acudieron en grupo a una de las celdas de la citada dependencia, compartida en ese momento por dos detenidos iraquíes, de los que, hasta el momento se desconoce su identidad, con el propósito de humillarlos como respuesta a la situación de tensión continua por los ataques y atentados sufridos por el personal del contingente español, tanto por fuerzas terroristas como por delincuentes comunes iraquíes, habiendo tenido como resultado alguno de ellos, la muerte y lesiones de compañeros de misión. Al objeto de dejar constancia de lo que iba a acontecer, se decidió usar una cámara de vídeo con la que se grabó lo que sucedió en la citada celda y cuya copia en CD ha sido aportada a la pieza separada remitida¹.

Pues bien, el relato de hecho reproducido sirve a los fines de determinar el objeto del presente trabajo, que consiste en analizar las connotaciones jurídicas de aquél, permitiendo distinguir las principales cuestiones de índole jurídico que integran la estructura en que se ha dividido el presente, que consta de cuatro apartados.

En el primero se analiza la noción de conflicto armado, junto con el estatuto jurídico que el contingente español, en el que se encontraba encuadrado el personal militar autor de los citados hechos, tenía en Irak durante el tiempo en que acontecieron.

En el segundo de ellos se indaga sobre la condición jurídica de las víctimas con arreglo al Derecho internacional, mientras que el tercer apartado se reserva para la respuesta punitiva de que pueden ser merecedores aquéllos, tomando en consideración las leyes penales que, en principio, pueden resultar de aplicación. La amplitud de su objeto obliga a examinar, por ello, los delitos que integran los denominados crímenes de guerra, junto con otros delitos, comunes o específicamente militares, de que pueden ser constitutivos.

En último lugar, se exponen las conclusiones obtenidas, junto con la propuesta de la respuesta penal que se estima debió ser acordada.

Vaya por delante que, desgraciadamente, la elaboración del presente trabajo no ha podido contar con el acceso al procedimiento judicial seguido ante el orden jurisdiccional militar, al no haberse permitido el mismo². La imposibilidad de obtener o, al menos, acceder al sumario instruido cercena desde luego la variedad de elementos adicionales que podían haber sido introducidos y, por ende analizados, en el presente trabajo. No

¹ Hecho primero de los autos del Tribunal Militar Territorial Primero de fechas 17 y 20 de octubre de 2014, dictados en el procedimiento Sumario número 12/03/14. Como más adelante se precisa, la dicción literal se toma a los solos efectos expositivos, toda vez que, a grandes rasgos, se encuadra en el visionado del vídeo tomado, que se encuentra disponible en https://www.youtube.com/watch?v=6e_EOZp3T4Q.

² Únicamente, se ha podido acceder a los autos dictados por el Tribunal Militar Territorial Primero en fechas 17 y 20 de octubre de 2014, que se anexan al presente trabajo.

obstante, el objeto del mismo no se ve alterado de manera absoluta, ya que consiste en analizar las connotaciones jurídicas de los hechos que resultan del visionado del vídeo objeto de publicación. En este sentido, el planteamiento que se ofrece no requiere de la minuciosa revisión de aquél, dado que no se pretende reexaminar la actividad de valoración del material probatorio disponible; antes al contrario, únicamente se utiliza el supuesto analizado para poder de manifiesto los especiales problemas que plantea su posible subsunción en alguno de los tipos penales del ordenamiento jurídico español.

Pese a ello, se antoja útil referir unos breves apuntes sobre los hitos más importantes del *iter* procesal seguido, en tanto que puede contribuir a la mejor inteligencia del presente. Así, tras la publicación del vídeo en la edición digital del diario el País el 17 de marzo de 2013³, se inició el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción militar en averiguación de los hechos y depuración de las responsabilidades a que hubiere lugar. El meritado procedimiento fue seguido ante el Juzgado Togado Militar Territorial número 12 como Sumario número 12/03/14. Mediante autos de fecha 4 de agosto de 2014, se acordó el procesamiento de los cinco investigados, cuatro de ellos militares con los empleos de capitán, dos cabos, y un soldado de primera, y un guardia civil⁴, como presuntos autores de un delito de torturas previsto en el artículo 76 del Código Penal Militar de 1985.

Los citados autos de procesamiento fueron recurridos en apelación ante el Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), que estimó los recursos interpuestos por autos de fechas 17 y 20 de octubre de 2014, revocando el procesamiento y disponiendo la continuación de la práctica por el órgano judicial *a quo* de las correspondientes diligencias de averiguación de los hechos investigados.

La instrucción por el Juzgado Togado Militar Territorial número 12 se prolongó hasta el 26 de enero de 2015, ya que tuvo lugar el ascenso a comandante del militar investigado que, hasta entonces, tenía empleo de capitán, lo que motivó que, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 34.1 a) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se inhibiera en favor del Juzgado Togado Militar Central, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto al Juzgado Togado Militar Central número 2.

³ Disponible en https://politica.elpais.com/politica/2013/03/17/actualidad/1363549721_164480.html

⁴ En el momento de los hechos, no tenía condición de guardia civil, sino que la adquirió más tarde. Se desconoce el empleo militar que ostentaba entonces.

Este, mediante auto de 18 de julio de 2015, elevó la correspondiente propuesta de sobreseimiento provisional al Tribunal Militar Central, siendo acordado por auto de 29 de septiembre de 2015⁵.

2. EL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO Y EL ESTATUTO DEL CONTINGENTE ESPAÑOL EN IRAK

La ubicación espacial de los hechos aconseja que, como punto de partida, se analice la noción de conflicto armado, con la finalidad de verificar si la situación en la que se encontraba Irak en el momento en que aquellos tuvieron lugar merece o no tal calificativo. La cuestión no resulta en modo alguno baladí, ya que, como se comprobará en las líneas que suceden, la decisión sobre la aplicación de los tipos penales concurrentes depende en buena medida de la consideración de la situación existente en Irak como conflicto armado.

2.1 La noción de conflicto armado

Se ha dicho que, a diferencia de las normas generales del Derecho internacional, las reglas de Derecho internacional humanitario (DIH) regulan una situación especial, la de conflicto armado, por lo que es determinante su ámbito de aplicación en tanto que únicamente rigen cuando se producen los presupuestos previstos en las normas internacionales humanitarias, erigiéndose, por ello, en leyes temporales y, en cierta medida, excepcionales, pues su aplicación implica la regulación de un orden jurídico distinto al que rige en tiempos de paz (Rodríguez-Villasante, 2017, 119).

Precisamente, la preexistencia de dicha situación de hecho, la del conflicto armado, produce la consecuencia jurídica de la aplicación de las normas de DIH, por lo que es esencial delimitarla con respecto a las situaciones de paz y otros supuestos que, sin poder ser calificados de normalidad, no alcanzan la entidad de conflicto armado, como las represalias o las situaciones de violencia interna.

A pesar de la importancia del concepto de conflicto armado, ninguno de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (CG), ni sus Protocolos Adicionales, de 8 de junio de 1977 (PA), contienen una definición del mismo⁶, sino algunos de sus tipos, como el

⁵ Informe de Amnistía Internacional «*Torturas cometidas por soldados españoles en Irak. 12 años sin justicia*», abril de 2016, pp. 8-9.

⁶ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en la mar; III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en

internacional que enfrenta a dos o más Estados (artículo 2 común a los cuatro CG), la situación de ocupación bélica, el conflicto armado interno generalizado (artículo 1 PAII) y el conflicto armado interno o no internacional (artículo 3 común a los cuatro CG), lo que no supone, sin embargo, una definición general del conflicto armado.

Pues bien, en ausencia de un concepto legal de conflicto armado, debe analizarse los elementos que la jurisprudencia internacional considera como definidores del mismo, resultando un referente ineludible la doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), que sostiene que existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza entre estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado⁷; de la misma forma, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) ha señalado que dicho concepto sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o en menor medida⁸.

Ahora bien, dada la situación existente en Irak resulta importante analizar el supuesto de ocupación militar. Así, Rodríguez-Villasante (Rodríguez-Villasante, 2017, 126-127) la incluye dentro de las situaciones tipo en las que son aplicables, con mayor o menor grado de protección, las normas del DIH y, en particular dentro del conflicto armado internacional⁹. La ocupación fue regulada en el Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre Anejo a los Convenios de la Haya de 1899 y 1907¹⁰ y, actualmente se rige por el IV CG, debiendo destacar que las disposiciones de los CG se aplican a todos los casos de ocupación total o parcial de un territorio de una Alta Parte Contratante, aunque la ocupación no encuentre resistencia militar¹¹.

La definición presupone el efecto de la estabilidad real, con control efectivo, jurídico y militar, por parte de las fuerzas armadas ocupantes, sin que puedan configurarse en

tiempo de guerra; Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados y Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional.

⁷ ICTY, *Trial Chamber, IT-94-I-T, Prosecutor vs. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, 7.05.1997.*

⁸ ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, TC Judgment, 02.09.1998 y Prosecutor v. Musema, ICTR-96-13-A, Judgment and Sentence, 27.01.2000.*

⁹ En el momento en que sucedieron los hechos objeto del presente trabajo, el conflicto es internacional. No obstante, partir de junio de 2004, el conflicto pasa a ser no internacional en la medida que las fuerzas de la coalición operan con el consentimiento de las autoridades gubernamentales iraquíes. (Hill-Cawthorne, 2016, p.174).

¹⁰ Su artículo 42 establece que «un territorio se considera ocupado cuando se encuentra sometido de hecho a las autoridades del ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios en los que dicha autoridad está establecida en condiciones de ser ejercida».

¹¹ Artículo 2.2 común.

puridad las previsiones contenidas en el IV CG cuando se den enfrentamientos entre fuerzas beligerantes dentro del territorio. En cualquier caso, la situación de ocupación militar determina la aplicación de las normas de DIH (Corrales, 2017, 221-241).

No obstante, presenta como principales problemas la posible aplicación analógica de sus disposiciones a las operaciones de paz que implican ocupación del territorio o el debate sobre la vigencia de las normas humanitarias que la regulan cuando ha cesado *de iure*, por una resolución del Consejo de Seguridad, pero persiste la situación de hecho con frecuentes acciones armadas por parte de insurgentes.

Respecto a las primeras, aquellas operaciones de la Organización de Naciones Unidas (ONU) dirigidas a la imposición de la paz en el marco del artículo 42 de la Carta de San Francisco, dado que se efectúan en ejecución de un mandato para cubrir las deficiencias que se hayan apreciado en las autoridades locales y de que, por ello, ejercen un auténtico control efectivo militar en el territorio, puede concluirse que cumplen los requisitos expuestos, lo que no quiere decir que existan normas del derecho de ocupación militar que no sean extrapolables (piénsese por ejemplo en la promulgación de normas que tipifiquen nuevos delitos). A esta orientación parece conducir la Circular de la Secretaría General de la ONU de 6 de agosto de 1999¹² que contiene las orientaciones generales y reglas para que las fuerzas de la ONU respeten en sus misiones las normas de DIH. Además, debe tenerse en cuenta que será habitual que se pase de una coexistencia más o menos pacífica al planteamiento de tensiones y a que surjan actos de violencia o incluso terroristas que, sin constituir un conflicto armado en sentido estricto, puedan reconducir la situación a problemas cercanos a los que plantea un conflicto armado.

2.2 El estatuto del contingente militar español

La determinación del estatuto del contingente militar español en Irak pasa por el análisis de dos resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco¹³: la 1483, de 22 de mayo de 2003¹⁴ y la 1511, de 16 de octubre de 2003¹⁵.

Así, la resolución 1483 fue adoptada tras el derrocamiento del régimen de Sadam Husein por las tropas de una coalición internacional liderada por EEUU y, entre otros

¹² UN doc ST/SGB/1999/13

¹³ Lleva por rúbrica «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión»

¹⁴ Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1483%20\(2003\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1483%20(2003))

¹⁵ Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1511%20\(2003\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1511%20(2003))

aspectos, reconoció a aquel y al Reino Unido no solo como potencias ocupantes *de facto*, sino también como autoridad ejerciente de la administración efectiva del territorio, instándoles «*la restauración de las condiciones de estabilidad y seguridad y la creación de condiciones que permitan que el pueblo Iraquí pueda determinar libremente su futuro político*»¹⁶. Además, pidió a los Estados miembros que contribuyeran a crear las condiciones de estabilidad y seguridad de acuerdo con lo prevenido en la resolución¹⁷.

Por su parte, la resolución 1511 vino a desarrollar los mandatos contenidos en su predecesora y, tras calificar en su preámbulo como «*terroristas*» determinadas acciones violentas producidas tras el derrocamiento de Sadam (como las bombas de los días 7, 19 y 29 de agosto), estableció que «*proporcionar estabilidad y seguridad es esencial*» a efectos de redactar una «*nueva Constitución para Irak y para la celebración de elecciones democráticas bajo tal Constitución*»¹⁸, para lo cual «*autoriza una fuerza multinacional bajo un mando único para tomar todas las medidas necesarias que contribuyan al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Irak*». A tal efecto, el Consejo de Seguridad «*urge a los Estados miembros a prestar asistencia a la fuerza multinacional*» establecida por el apartado 13 de la resolución, «*incluyendo fuerzas militares*». Finalmente, dispuso que EEUU, «*en nombre de la fuerza multinacional prevista en el párrafo 13*» de la resolución, informara al Consejo de Seguridad cuando fuera apropiado y como mínimo cada seis meses sobre los progresos alcanzados en el cumplimiento de los objetivos de la resolución.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Ministros en su reunión del viernes 11 de julio de 2003¹⁹ dispuso la participación militar española en la misión de Irak, con los objetivos de proporcionar estabilidad y seguridad, así como facilitar su reconstrucción, prorrogándose su estancia hasta mayo de 2004.

De acuerdo con lo expuesto, la misión de las tropas españolas en Irak puede ser encuadrada dentro de las denominadas operaciones de mantenimiento de la paz de segunda generación, sin que existiera un estatuto acordado con la nación anfitriona. La peculiaridad de que las tropas españolas se integraran en la denominada fuerza multinacional plantea la cuestión de si el DIH le era de aplicación. Sobre este particular,

¹⁶ Apartado dispositivo cuarto.

¹⁷ Apartado dispositivo primero.

¹⁸ Apartados dispositivos séptimo y decimotercero.

¹⁹ <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2003/c1107030.aspx#Iraq> (consultado el 27 de abril de 2018 a las 18:00 horas).

debe responderse de manera afirmativa, dado que el artículo 1 común a los cuatro Convenios es claro al señalar que los estados parte se comprometen a respetarlos y a hacerlos respetar «*en todas las circunstancias*» y de que la situación fáctica existente era la propia de la ocupación militar. Como quiera que el DIH era de aplicación, queda expedita la posibilidad de que sus miembros cometan crímenes de guerra, siendo potenciales sujetos activos de los correspondientes tipos penales.

Por todo ello, puede afirmarse que en el momento en que sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento, existía un conflicto armado internacional en Irak derivado de la invasión liderada por EE.UU., en la modalidad de ocupación militar.

3. LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS VÍCTIMAS

Por lo que respecta a la condición de las presuntas víctimas, debe partirse de la fundamentación esgrimida por el Tribunal Militar Territorial Primero en sus autos de 17 y 20 de octubre de 2014, que señalan:

Siguiendo el razonamiento, el ámbito de protección del III Convenio de Ginebra –artículos 2, 4 y 5, **alcanza a los prisioneros de guerra** y el IV Convenio de Ginebra –artículo 32- **al personal civil; pero en ningún caso a los terroristas** y es en el Auto recurrido en el que se expresa (folio 3) que: “El día 27 de enero de 2004, tres presuntos terroristas son trasladados al Centro de Detención de la Base España, supuestamente implicados en el ataque con morteros contra la Base Tegucigalpa...” Pudiendo ser, pues, dos de estos presuntos terroristas los sujetos pasivos de las, también, presuntas agresiones por parte de los procesados. Esta situación de indefinición de la condición de las víctimas del delito, junto con el escenario en el que se produce la posible perpetración de los hechos, hace que este Tribunal tenga incertidumbre razonable sobre la aplicación de los citados Convenios y el alcance de su protección a los detenidos supuestamente agredidos y, consecuentemente, ser susceptibles los hechos de ser definidos conforme establece el tipo penal apriorísticamente apreciado por la Juez Instructora y subsumibles en él²⁰.

Pues bien, su posible configuración como terroristas obliga a plantear el tratamiento que merece desde el punto de vista del DIH.

Así, como afirma Rodríguez-Villasante (Rodríguez-Villasante, 2007, 217), el carácter polisémico del término terrorismo evoca que su estudio puede llevarse a cabo desde la metodología de distintas ciencias y desde múltiples visiones. De acuerdo con el objeto del presente trabajo y, teniendo en cuenta que el DIH se refiere solo a los actos de terror en caso de conflicto armado internacional o sin tal carácter, puede ser definido como *«fenómeno de desviación social violento, que altera la paz pública de un sistema*

²⁰ Fundamento jurídico 2º, apartado 4º a).

institucionalizado, utilizando medios comisivos capaces de infundir temor y causar riesgo injusto a la comunidad social» (Rodríguez-Villasante, 2007, 221).

De especial utilidad devienen las declaraciones del gobierno de los EE.UU. posteriores a los atentados del 11 de septiembre de 2001, en tanto que comenzó a aparecer con profusión el concepto de la guerra al terrorismo, entendida, como se ha podido ver en los años siguientes, no como una mera expresión vulgarizadora del término guerra, sino en su estricto sentido de conflicto armado. En tal contexto, la práctica ha demostrado que se pretendía implicar una especie de movilización total de recursos policiales, de inteligencia, y evidentemente militares, en la lucha contra la organización *Al-Qaeda* y sus ramificaciones, propias de una visión de la seguridad nacional que no admite límites precisos entre lo policial y lo militar (Sassoli, 2003, 558).

Ahora bien, se ha afirmado que el terrorismo no es un concepto jurídico útil en Derecho internacional (Henkin, 1989, p.159), ya que dicho sistema normativo contiene disposiciones que tienen más bien a prohibir los actos de terrorismo, organizando y prescribiendo su persecución.

Para situar el fenómeno del terrorismo desde el punto de vista del DIH, resulta conveniente partir de la diferenciación establecida entre combatiente legal e ilegal. Los primeros son aquellos que tienen derecho a tomar parte activa en las hostilidades y que, por tanto, no pueden ser perseguidos por participar en ellas, siempre y cuando al hacerlo no cometan una violación de los CG. Por su parte, los combatientes ilegales son aquellos que, sin ser miembros de las fuerzas armadas o de milicias y cuerpos de voluntarios partes en el conflicto, participan de manera irregular en él; distinción que es equiparable a la que se postula entre combatiente privilegiado y no-privilegiado²¹.

Conforme a esta clasificación genérica, se establece un régimen jurídico según el estatuto bajo el que se enmarca a cada individuo. Por un lado, los denominados combatientes legales cuentan con el estatuto de prisionero de guerra regulado en el III CG. Por otro, las personas clasificadas como combatientes ilegales se encuadran dentro del estatuto de civil regulado por el IV CG o el de herido, náufrago o enfermo, regulado

²¹ Sin embargo, los civiles que participan directamente en las hostilidades pierden la protección prevista por el derecho humanitario mientras dure esta participación. Tradicionalmente, tales personas, quienes no eran combatientes pero igual participaron – por lo tanto de manera ilegal – a las hostilidades, eran calificadas como “*combatientes ilegales*.” A pesar de que se sigue empleando este término, estos combatientes se encuentran nuevamente protegidos por el IV Convenio, en cuanto caen en poder del enemigo, hecho que no excluye que puedan ser castigados por su participación directa en las hostilidades, por crímenes de guerra u otros actos criminales (Sassoli, 2003, 560).

por el I y II CG. La relevancia de esta categorización es doble. En primer lugar, el hecho de que cada estatuto da lugar a la aplicación de una serie de derechos determinados; y en segundo lugar, el que todo detenido indistintamente de su condición debe estar incluido en alguna de las categorías mencionadas (Rodríguez de las Heras, 2014, 178).

En este sentido, el DIH no permite la creación de nuevas categorías de personas objeto de protección: no existe un estatuto intermedio entre el III y el IV CG, de manera que si una persona no tiene derecho a la protección prevista en el I, II o III CG, necesariamente habrá de beneficiarse del previsto en el IV²².

Así las cosas, el concepto de prisionero de guerra se contiene en el artículo 4 del III CG, que recoge la enumeración de una serie de categorías de personas a las que se exige como presupuesto común que «caigan en poder del enemigo». Además, el apartado B 1) y 2) de dicho artículo amplía el concepto a otras categorías al señalar que «se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra».

Estas disposiciones deben ser interpretadas sistemáticamente con respecto a las previsiones recogidas en el PAI²³, de manera que tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra «todo combatiente que caiga en poder de una Parte adversa» (artículo 44 PAI), entendiéndose por combatientes a «los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio), que, por ello, «tienen derecho a participar directamente en las hostilidades» (artículo 43.2 PAI).

Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte

²² A pesar de la obligación que tienen los Estados de clasificar a sus detenidos siguiendo los criterios establecidos por los Convenios de Ginebra, en el caso de los detenidos en Guantánamo, los Estados Unidos decidieron no aplicar los Convenios de Ginebra a algunos de ellos. La nueva categoría creada por la administración norteamericana fue la que consideraba a muchos de los detenidos de Guantánamo como combatientes enemigos. Bajo este concepto se incluía a todo individuo que formaba parte o que apoyaba a las fuerzas talibanes o de Al Qaeda, o con fuerzas asociadas que participaban en hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición. Esto incluye cualquier persona que haya cometido un acto “*beligerante*” o que haya apoyado directamente las hostilidades en ayuda de fuerzas armadas enemigas. Para ello se esgrimieron una serie de argumentos, tales como que Al Qaeda no es un Estado, que los Talibanes no eran reconocidos por Estados Unidos como gobierno legítimo de Afganistán, que los detenidos son asesinos y terroristas, que habrían violado el derecho internacional humanitario, que no habrían llevado ni uniformes ni armas abiertamente, y que se trataría de una nueva forma de guerra (Rodríguez de las Heras, 2014, 179).

²³ Lo expuesto resulta decisivo en orden a determinar las personas que integran la categoría de prisionero de guerra a que se refiere en artículo 608.3º CP.

adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 44 PAI (artículo 44.2 PAI).

Se consideran también prisioneros de guerra «*el personal militar que preste servicio en organismos de protección civil*» (artículo 67.2 PAI), así como «*los corresponsales de guerra*» acreditados ante las fuerzas armadas que hayan recibido permiso para acompañar a estas (artículos 4. A 4) III CG y 79.2 PAI).

De especial relevancia resultan los supuestos en los que existan dudas respecto a la consideración como prisioneros de guerra de quienes, habiendo ejecutado actos de hostilidad, caigan en poder del enemigo. En estos supuestos, el artículo 5 III CG determina que tales personas «*gozarán de la protección del presente Convenio, en espera de que su estatuto haya sido determinado por un tribunal competente*», a lo que el artículo 45.1 PAI añade que «*se presumirá prisionero de guerra y, por consiguiente, estará protegido por el III Convenio cuando reivindique el estatuto de prisionero de guerra, cuando parezca tener derecho al mismo, o cuando la Parte de que dependa reivindique ese estatuto en su favor*», estableciendo que «*si hubiere alguna duda respecto a su derecho al estatuto de prisionero de guerra, tal persona continuará beneficiándose de este estatuto y, en consecuencia, seguirá gozando de la protección del III Convenio y del presente Protocolo hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto*».

Es decir, que en los supuestos en que la captura acaezca en una situación tal que el captor no pueda discernir si la persona es o no un prisionero de guerra, se instituye una presunción legal de carácter *iuris tantum* favorable a la condición del reconocimiento transitorio de la condición de prisionero de guerra, de manera que se traslada al captor la carga de la prueba tendente a la destrucción de tal presunción y, en tanto se resuelve la cuestión por un tribunal competente, los derechos reconocidos en el III CG no le pueden ser abrogados, abolidos, suspendidos o inadmitidos (Pignatelli, 2003, 249-250).

Además de ello, debe tenerse presente que el hecho de que un combatiente haya violado las normas del Derecho internacional aplicables a los conflictos armados no le priva «*de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra*»²⁴. Junto a ello, si no pertenece a

²⁴ Con respecto a los combatientes en el conflicto armado internacional de 2001 en Afganistán capturados por cualquiera de las partes tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra, sean miembros de las fuerzas armadas o milicias del gobierno talibán o de *Al-Qaeda*, respecto de los cuales, la imputación de que constituyen o están integrados en un grupo terrorista internacional no puede impedir que se les reconozca

las diversas categorías de combatientes, ha de ser considerada persona civil, ya que el artículo 50.1 PAI preceptúa que «*en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil*»²⁵.

En cuanto a lo que debe entenderse por «*tribunal competente*», el Convenio no especifica la naturaleza del «*tribunal*» y los trabajos preparatorios indican que por este término los Estados no querían designar exclusivamente al tribunal penal competente para juzgar una participación directa en las hostilidades, base de acusación inadmisibles en el caso en que el acusado se beneficia con el estatuto de prisionero de guerra. Sin embargo, parece que el término «*tribunal*» hace referencia a un órgano judicial, el cual debe tener un mínimo de independencia y ser distinto de los funcionarios o soldados que hacen la primera clasificación cuando las personas caen en poder de un Estado²⁶. Si estos últimos pudieran ser considerados como un tribunal, la exigencia de que solo un tribunal puede decidir en caso de duda perdería su efecto útil²⁷.

En cuanto a su traslación al Derecho español, se ha defendido que solo puede atribuirse a un tribunal integrado en el Poder Judicial, en el bien entendido de que, de denegarse por las autoridades militares españolas la condición de prisionero de guerra, la decisión final corresponderá al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, a fin de evitar denegaciones arbitrarias por parte de las autoridades militares, que revisten carácter administrativo, por lo que la corrección del juego de las presunciones será, en definitiva, revisada, y decidida, en sede jurisdiccional (Pignatelli, 2003, 250-251).

Por lo que se refiere a la definición de persona civil, la interpretación conjunta de los artículos 43 y 50.1 PAI y 4.A) 1) a) y 6) III CG es negativa, de tal manera que es

la condición de combatientes, si concurren los requisitos colectivos e individuales que establece el III Convenio de Ginebra (Rodríguez-Villasante, 2007, 240).

²⁵ Según la doctrina, no existe contradicción entre el artículo 5 del III Convenio de Ginebra y el artículo 50.1 del Protocolo Adicional I, pues regulan situaciones diferentes. En el caso del III Convenio se trata de personas que han practicado actos de hostilidad y que solicitan la condición de combatientes, mientras que en el supuesto del artículo 50.1 son personas que no han realizado actos de hostilidad pero su condición es dudosa, dadas las circunstancias, por lo que no pueden ser atacadas. La consecuencia de esta definición negativa de las personas civiles es que, en un conflicto armado internacional, son complementarias la protección respectiva de los prisioneros de guerra y de las personas civiles (Rodríguez-Villasante, 2002, 57)

²⁶ En el caso del general Manuel Antonio Noriega, arrestado por Estados Unidos durante su invasión a Panamá en 1989, un juez de distrito americano ya se había declarado competente para reconocerle a una persona el estatuto de prisionero de guerra contra la opinión del gobierno.

²⁷ En este sentido y con respecto a los detenidos en Guantánamo, el CICR mencionó, en contestación a la decisión del Presidente G.W. Bush del 7 de febrero de 2002, que la única divergencia que subsistía entre Estados Unidos y él era la cuestión relativa a los procedimientos a aplicar para determinar que las personas detenidas no tienen el estatuto de prisionero de guerra. (Comunicación a la prensa 02/11, de 9 de febrero de 2002).

«cualquier persona que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo». Tampoco se consideran personas civiles, los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, ni los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, ni los prisioneros de guerra²⁸.

A los efectos del presente trabajo, ha de considerarse el concepto de personas fuera de combate²⁹. Según el artículo 41.2 PAI, se estima fuera de combate a cualquier persona en la que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias «*siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse*»: que esté en poder de una Parte adversa; que exprese claramente su intención de rendirse; o que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse.

De lo expuesto ha de concluirse que todas las personas que caen en poder del enemigo durante un conflicto armado internacional están protegidas por el DIH, de manera que son o bien combatientes – y se transforman en prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio – o no lo son – y se transforman en civiles protegidos según el IV Convenio³⁰.

En este punto, debe recordarse nuevamente la fundamentación de los autos de revocación del procesamiento cuando señalan que

Siguiendo el razonamiento, el ámbito de protección del III Convenio de Ginebra –artículos 2, 4 y 5, alcanza a los prisioneros de guerra y el IV Convenio de Ginebra –artículo 32- al personal civil; pero en ningún caso a los terroristas y es en el Auto recurrido en el que se expresa (folio 3) que: «El día 27 de enero de 2004, tres presuntos terroristas son trasladados al Centro de Detención de la Base España, supuestamente implicados en el ataque con morteros contra la Base Tegucigalpa...» Pudiendo ser, pues, dos de estos presuntos terroristas los sujetos pasivos de las, también, presuntas agresiones por parte de los procesados.[...]

Por ello, es necesario analizar la cuestión relativa a la posible pérdida por una persona de la protección ofrecida por el DIH en razón de violaciones de este Derecho cometidas por sí misma o por las fuerzas armadas a las que pertenece. Más allá de esta cuestión técnica, se puede descartar todo argumento relacionado con los crímenes, no de las propias personas detenidas, sino directa o indirectamente atribuidos a su grupo o a la entidad a la que éstas pertenecen. Sin embargo, los civiles que participan directamente en las hostilidades pierden la protección prevista por el DIH mientras dure esta participación,

²⁸ Artículo 4 IV CG.

²⁹ Son personas protegidas de acuerdo con el artículo 608.4° CP.

³⁰ Como lo resume el Comentario publicado por el CICR, “*no hay un estatuto intermedio; ninguna persona que se encuentra en manos del enemigo puede estar fuera del derecho*”. (Pictet, 1956, 58).

encontrándose nuevamente protegidos por el IV Convenio en cuanto caen en poder del enemigo, hecho que no excluye que puedan ser castigados por su participación directa en las hostilidades, por crímenes de guerra u otros actos criminales.

Además de ello, cabe una tercera opción que deriva de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 44.4 y 75 del PAI. El primero define una protección residual para el combatiente que cae en poder del enemigo y no reúne las condiciones enunciadas en la segunda frase del párrafo 3, que, pese a perder el derecho a ser considerado como prisionero de guerra, disfruta de las protecciones equivalentes a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III CG y el citado Protocolo. Por su parte, el segundo reconoce una serie de garantías fundamentales para aquellas personas que, estando en poder de una parte en conflicto, no disfrutaban de un trato más favorable en virtud de los Convenios de Ginebra o del citado Protocolo, que han de ser tratadas en toda circunstancia con humanidad y se benefician de la protección prevista en dicho artículo.

De acuerdo con lo que se ha apuntado, la contundencia con la que se afirma que el ámbito de protección previsto en el III CG y IV CG no alcanza «*en ningún caso*» al terrorista queda seriamente comprometida en tanto que no admite encuadre dentro del sistema de DIH. Además de ello, la opción de atribuirles la condición de terroristas sin haber sido oídos, esto es, el desarrollo de la actividad de enjuiciamiento del acto de hostilidad ejecutado, parece más que discutible. Por ello, aun en el caso de que se hubiera probado que eran los autores de los atentados previos, en modo alguno podía descartárseles la condición de persona protegida, máxime si el trato recibido lo fue en un momento en el que se encuentran privados de libertad y en poder de la parte contraria.

4. EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS HECHOS

4.1 Consideraciones previas

Como todo sector normativo que se precie, el DIH tiende a su efectiva aplicación, de suerte que la cuestión de su eficacia y aplicación ocupa un papel central en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Así, el artículo 1 común a los Convenios y el artículo 1.1 del PAI estipulan el compromiso de las Altas Partes contratantes de «*respetar y hacer respetar*» dichas normas «*en todas las circunstancias*», consagrando de esta forma una obligación incondicional que implica el deber de hacer todo lo posible para que sus disposiciones sean respetadas por los órganos y personas sometidas a su jurisdicción y, por otro lado, el deber de actuar para conseguir que tales disposiciones

sean observadas por todos, en particular por los demás Estados, asegurando así la efectiva aplicación de las normas de DIH en el plano interno e internacional (Pérez González, 2007, 39-40).

Precisamente, el aspecto básico de aquella obligación genérica de respetar y hacer respetar las normas de DIH es la concreta obligación de proveer a su ejecución interna nacionalizándolas, en la constatación empírica de que las posibilidades de ver respetado dicho sector normativo pasan porque los estados adopten aquél en su propio derecho interno, permitiendo así la represión *in foro domestico* de los comportamientos que resulten lesivos de los mismos, mediante la inclusión en sus códigos penales o leyes penales especiales de las violaciones del DIH. Y es que, ante las frecuentes violaciones de las normas que protegen a las víctimas de los conflictos armados, la sanción y represión interna de los crímenes de guerra se antojan los instrumentos más eficaces para garantizar el cumplimiento de dicho ordenamiento³¹.

En relación a los crímenes o delitos de guerra, se ha puesto el acento (Pignatelli, 2017, 1030-1031) en una problemática particular, puesto que, en cuanto delitos, aparecen como violaciones específicas de las normas jurídicas integrantes de la normatividad internacional que regulan el desarrollo de los conflictos armados, normatividad que está compuesta por disposiciones de carácter consuetudinario y por normas positivas convencionalmente acordadas. Ahora bien, en el ámbito internacional solo son crímenes de guerra las acciones y omisiones que una norma de Derecho internacional define como tales, declarándolas punibles, aunque no señale la pena concreta, lo que se deja al arbitrio del legislador interno de cada estado³².

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, debe señalarse que España optó por el sistema de doble incriminación de los denominados crímenes de guerra al recogerlos en

³¹ En este sentido, debe recordarse que los Convenios de Ginebra, conforme obligan los artículos 40 ICG, 50 II CG, 129 III CG y 146 IV CG, obligan a adoptar «*todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o de orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves*», esto es, las enunciadas en los artículos 50 ICG, 51 II CG, 130 III CG, 147 IV CG, y 11.4 y 85.2 a 4 PAI, cuyo apartado quinto expresamente los califica como «*crímenes de guerra*», al margen de la punición que se establezca con respeto a los denominados actos contrarios, es decir, el resto de infracciones de menor entidad.

³² Regla que tiene su excepción en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, como los creados para la Ex Yugoslavia y Ruanda, que han sido sustituidos por el Mecanismo Residual de los Tribunales Penales Internacionales, y de la CPI o de los tribunales mixtos o internacionalizados, independientemente del hecho de que su ulterior ejecución se lleve a cabo en el ámbito interno o internacional.

el Código Penal de 1995 (CP) ³³ y en el Código Penal Militar de 1985 (CPM de 1985)³⁴, vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados y derogado por la vigente Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

La simple comparación entre las fechas en las que se aprobaron uno y otro evidencia que, durante cierto tiempo, los crímenes de guerra únicamente se tipificaron en el CPM. De ahí que se haya afirmado que la incriminación llevada a cabo por el CP puso fin a un inveterado incumplimiento o, si se prefiere, a un cumplimiento parcial e insatisfactorio por el Estado español de la obligación convencional asumida por él de castigar a quienes cometan o den orden de cometer cualquiera de los crímenes de guerra contenidos en los CG y en el PA I, ya que, hasta el año 1995 tal obligación se había cumplido únicamente con respecto a los autores militares de tales delitos mediante la previsión de los delitos contra las leyes y los usos de la guerra en el CPM y solo en relación a las infracciones graves o crímenes de guerra previstas en los CG (Pignatelli, 2003,101-104)

No obstante, la inclusión de los delitos de guerra en el CP no ha contado con el beneplácito unánime en la doctrina penal española³⁵. Además, el CP mantiene el sistema mixto de incriminación que había utilizado el CPM de 1985, en la medida que se tipifican como delitos específicos las infracciones graves o crímenes de guerra en sentido estricto, así como los actos contrarios, sobre los cuales únicamente pesa la obligación para los estados parte de adoptar «*las medidas necesarias para que cesen*», actuando como tipo general residual el artículo 614, de manera que, además de la incriminación específica de los crímenes de guerra y de algunos actos contrarios como delitos específicos, se eleva a la categoría de delito el resto de actos contrarios con la finalidad de que no quepa lugar para una categoría inferior de violaciones exentas de sanción penal (Rodríguez-Villasante, 1997, 111).

4.2 Normas penales concurrentes

³³ Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995), deben analizarse las disposiciones previstas en el Título XXIV de su Libro II, relativo a los «*Delitos contra la Comunidad Internacional*».

³⁴ Aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1985).

³⁵ Un sector doctrinal ha considerado que la regulación contenida en el Capítulo III es más propia de textos internacionales que de un Código Penal, ya que «*desde el punto de vista técnico y de respeto del principio de legalidad, una buena parte de los supuestos, redundantes, no resiste el menor comentario crítico; algunos rozan lo incomprensible y otros lo pintoresco, como la referencia al “modo pérfido”*» (González Rus, 1997, 973-974).

Desde una perspectiva abstracta que toma en cuenta que la ubicación temporal de los hechos obliga a atender el marco normativo que se encontraba vigente en aquel momento, todo ello con el fin de respetar el principio de legalidad, son dos las normas jurídicas que confluyen en el supuesto analizado: el CPM de 1985 y el CP de 1995.

Las particulares circunstancias de los hechos analizados, en tanto que fueron cometidos por militares españoles durante su participación en una misión internacional, apunta *a priori* a la aplicación de las disposiciones contenidas en el CPM, en tanto que ley especial. Por ello y, siguiendo un orden lógico, se analiza en primer lugar si pueden tener encaje en alguno de los tipos penales que recoge este último, de manera que, como punto de partida y con carácter meramente provisional, puede afirmarse que la aplicación del CP resultará subsidiaria, en la medida que su parte especial solo se aplicará cuando los hechos no resulten subsumibles en ningún delito militar.

Ahora bien, dado el desfase temporal entre las fechas de su comisión (2004) y la de inicio de la investigación judicial (2013), ha de tenerse en cuenta que, constante el procedimiento judicial, el CPM de 1985 fue derogado por el vigente CPM de 2015³⁶, razón por la cual debe analizarse también la posible aplicación retroactiva de la regulación establecida en este último si resultase más favorable que el de 1985.

4.2.1 El Código Penal Militar de 1985 (CPM de 1985)

Aclarada la anterior premisa, una primera aproximación a la parte especial de CPM de 1985, recogida en su Libro II que lleva por rúbrica «*De los delitos en particular*», permite aventurar la posible aplicación de tres delitos específicamente militares, previstos en su artículo 69:

El militar que maltratare de obra a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios de defenderse, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si le causare lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión, y si le causare la muerte será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión.³⁷;

Su artículo 76:

El militar que intencionadamente causare la muerte o lesiones graves, torturas, violación, o trato inhumano a herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra, población civil, efectuase con ellos

³⁶ Aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015). Su disposición derogatoria única deroga expresamente la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en dicha ley orgánica. Además, su disposición final octava prevé un plazo de *vacatio legis* de tres meses, por lo que se encuentra en vigor desde el 15 de enero de 2016.

³⁷ El artículo 17 establece que «*a los efectos de este Código se entiende por enemigo toda fuerza, formación o banda que ejecuta una operación armada a las órdenes por cuenta o con la ayuda de una potencia con la cual España se halle en guerra o conflicto armado*»

experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas, o les causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión. Si ejecutase actos que pongan en grave peligro la integridad física o la salud, se impondrá la pena inferior en grado.;

Y su artículo 78:

El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre las conductas típicas particulares que cada uno de ellos recoge, se ubican sistemáticamente dentro del mismo título, el Título II, relativo a los «*Delitos contra las Leyes y los usos de guerra*». La ubicación sistemática obliga a tomar en consideración la rúbrica del título en el que se encuadran encuadrados. De ahí que haya de determinarse el alcance de la expresión «*leyes y usos de la guerra*».

En cuanto a las leyes y usos de la guerra, son las que se aplican en caso de guerra, o dicho en otros términos, en tiempo de guerra, por lo que se ha de recurrir necesariamente³⁸ a la definición que, en el mismo Código, en su artículo 14, se da a la expresión “*tiempo de guerra*”, que “*comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.*”

Con arreglo al mismo, el tiempo de guerra comienza con la declaración formal de guerra o con la ruptura generalizada de las hostilidades y será a partir de uno u otro momento cuando se aplicarán los preceptos del Título II. Lo que ocurre es que el artículo 2 de los CG, común a todos ellos, aplica la normativa establecida en los mismos no solo

³⁸ Como expresó Rodríguez-Villasante a propósito de la entrada en vigor del CPM de 1985: «*Siguiendo la tradición de nuestros textos penales militares -entre ellos el vigente Código de Justicia Militar- y numerosos extranjeros (Italia, Estados Unidos de América, Francia, Alemania, Inglaterra y Proyecto de Bélgica), se traen al Libro Primero del Proyecto importantes definiciones que tienen un valor de interpretación auténtica de los restantes preceptos penales y suponen, en muchos casos, criterios que delimitan la competencia de la Jurisdicción militar española. [...] “Tiempos de guerra” y “enemigo” son definiciones aportadas por el Derecho de la guerra e incluso por el Derecho constitucional que hay que poner necesariamente en relación con la posibilidad de imposición de la pena de muerte (artículo 15 de la Constitución), delitos contra las Leyes y usos de la guerra y multitud de delitos cuya penalidad se agrava o incluso dejan de ser delitos militares —Rebelión— si se cometen en tales circunstancias. [...]» (Rodríguez-Villasante 1985, 7-8). Pese a que la expuesta es la interpretación más extendida y seguida en la doctrina, no resulta del todo punto descabellada la contraria, es decir, aquella que postula la no identificación entre «*leyes y usos de la guerra*» y «*tiempo de guerra*», de acuerdo con las normas de DIH. No obstante, su grado de admisibilidad depende de, en definitiva, del límite hasta donde se entienda permisible la interpretación extensiva de preceptos penales.*

«en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja», sino también «en los caso de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una alta parte contratante, aunque la ocupación no encuentre resistencia militar», de donde se extrae que la normativa bélica establecida en los Convenios se aplica también a este caso de ocupación, que puede no ser corolario de un conflicto armado, pues puede no haber habido ninguna declaración formal al respecto ni haber existido hostilidades. La consecuencia que cabe deducir es que las infracciones graves consideradas en los Convenios y en el Protocolo I cuando se cometan en la situación de ocupación sin hostilidad no son delitos según el CPM de 1985, aunque se cometan por militares, lo que resulta a todas luces, criticable (Fernández Flores, 1988, 816-817).

Además de ello, la redacción empelada por el legislador lleva a concluir que el tiempo de guerra es un período temporal, no es, por tanto, un estado o una situación, sino una noción fáctica a la que se le da un contenido jurídico por sus efectos. Así, el comienzo de la guerra se determina por la declaración formal, como primera posibilidad de dar comienzo a una guerra. Esta es la forma clásica del comienzo de la guerra en Derecho internacional, por lo que solo puede referirse a la guerra entre estados. La declaración formal puede ser simultánea o no a la ruptura de las hostilidades, pero solo si es anterior a ésta produce el comienzo de la guerra. La segunda forma de dar principio la guerra es la que se concreta en decretar la movilización para una guerra inminente, supuesto que es la equiparación de una situación preparatoria a la guerra. En último lugar se encuentra la lucha armada real como fórmula para el comienzo del tiempo de guerra, esto es, la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera. Por ello, puede afirmarse que las dos primeras fórmulas no pueden no suponer todavía la lucha armada, aunque ésta sea inminente, mientras que la última es la única situación real de lucha (Serrano, 1988, 310-311).

Por lo que se refiere a la cesación de la guerra, el precepto es más concreto al exigir que hayan cesado las hostilidades sin contemplar otras posibles formas como el armisticio, el tratado de paz o la capitulación incondicional³⁹.

³⁹ El armisticio general implica la suspensión de las hostilidades por mutuo acuerdo entre los beligerantes (artículo 37 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anejo a los Convenios de la Haya de 1899 y 1907), a diferencia de los armisticios parciales o locales, que son acuerdos entre las fuerzas combatientes para el cese temporal de las hostilidades o que afecta únicamente a un territorio concreto. El tratado de paz, además de poner fin al conflicto armado y restablecer la paz, debe resolver todas las cuestiones y consecuencias de la lucha armada. Por su parte, la capitulación supone una forma unilateral de

Por tanto, si se opta por la interpretación estricta apuntada, la imposibilidad de considerar como guerra a efectos del CPM de 1985 el contexto existente en Irak determina la exclusión de la aplicación de los delitos militares de que inicialmente los hechos podían resultar constitutivos y, de añadido, implica también la atribución del conocimiento de los mismos al orden jurisdiccional penal común en detrimento del orden jurisdiccional militar⁴⁰. En este sentido, ha de recordarse que los autos dictados por el Tribunal Militar Territorial Primero en fechas 17 y 20 de octubre de 2014 ya apuntaban que

en caso de persistir la indefinición de la condición del sujeto pasivo del tipo penal castrense y el escenario en el que se produce, el Ministerio Fiscal pudiera pronunciarse sobre la competencia de la jurisdicción que hubiera de conocer el presunto delito cometida, habida cuenta del escaso margen interpretativo del que puede hacer uso el Tribunal que a nivel conceptual y atendida la tipología establecida, para casos casi coincidentes, en la legislación penal común; contenida en el Capítulo III, del Título XXIV del Código Penal, concretamente en el artículo 609 o, fuera de esta regulación, de manera general en el artículo 174 de dicho texto punitivo⁴¹.

No obstante lo anterior y, a los solos efectos de completar la exposición del régimen jurídico existente en el CPM de 1985 para el caso de que se optase por no constreñir los crímenes contra las leyes y usos de la guerra al ámbito de su artículo 14, pueden apuntarse algunas características de los comportamientos recogidos en los tipos anteriormente reproducidos.

Así, el artículo 69 se refiere al delito que se comete contra un enemigo combatiente y en el tiempo del combate, porque, en primer lugar, al hablar de enemigo, no hay otra solución que acudir al artículo 17 CPM, que restringe el concepto a «*toda fuerza, formación o banda que ejecuta una operación armada*», es decir, a los integrantes de una fuerza combatiente y combatientes ellos mismos, de modo que hay que excluir de este concepto a los que no combaten y, por tanto, a los civiles. Y, en segundo lugar, hay que restringir su aplicación al tiempo del combate porque cuando el enemigo ha adquirido ya el estatuto de herido, enfermo, náufrago o prisionero de guerra, si se realizan tales acciones se comete un delito distinto, penado en el artículo 76 (Fernández Flores, 1988, 825). Por lo tanto, ni siquiera en el caso de que concurriera el tiempo de guerra, los hechos analizados tendrían cabida en este delito.

Respecto al delito previsto en el artículo 76, baste con señalar que supone la “traducción” al ordenamiento jurídico español de las infracciones graves previstas en los

conclusión de las hostilidades mediante la firma de un acta de capitulación o rendición incondicional por las autoridades del Estado vencido (Rodríguez-Villasante, 2017, 152-155).

⁴⁰ Cfr. artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.

⁴¹ Fundamento de derecho 3º.

artículos 50 ICG, 51 del II, 130 III, 147 IV (Fernández Flores, 1988, 835). Como quiera que buena parte del haz de conductas que recoge se encuentra a su vez reconocido en el artículo 609 CP, procede la remisión a lo que se expone al analizar este último precepto.

Otro tanto puede decirse del tipo del artículo 78 CPM y el artículo 614 CP, que conlleva la elevación a la categoría de delito de las violaciones del Derecho de Ginebra que meramente constituyen actos contrarios a los CG o simples infracciones del PAI, lo que tiene dos lecturas: positiva, por cuanto implica el máximo respeto al orden internacional; negativa, en cuanto estima delitos determinadas conductas que otros ordenamientos estatales ni si quiera considerarán como falta, pudiendo darse así una disparidad de tratamiento penal de actos semejantes o iguales, con posibles consecuencias no queridas por el legislador (Fernández Flores, 1988, 844-845).

4.2.2 El Código Penal Militar de 2015 (CPM de 2015)

El vigente CPM opta por el sistema de remisión que había sido demandado durante largo tiempo por la doctrina⁴², ya que, conforme dispone su artículo 9, son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código, así como cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil⁴³.

⁴² «Procedería la modificación de la rúbrica del Título, pues ello permite romper con la restricción que la referencia a la guerra impone, con la consecuente limitación de la aplicabilidad real de los preceptos que contiene el actual Título II al <<tiempo de guerra>>, definido en el art. 14 de forma mucho más restringida que la que, para los conflictos armados, se contiene en los Convenios de 1949 y Protocolos de 1977 [...]. La cualificación como militar del sujeto activo de estos delitos será, en algunos de ellos, junto a la mayor gravedad de la pena prevista, lo que permite diferenciarlos de sus figuras homologas del CP, lo que posibilitaría cohonestar ambos textos legales a través de la remisión a los tipos del CP, evitando, así, la relación de alternatividad normativa que en otro caso habría de producirse [...] los actuales artículos que integran el Título II del Libro Segundo del CPM podrían ser sustituidos por un precepto que incriminara las acciones previstas en los arts. 609 a 614 del CP, llevadas a cabo por un militar contra las personas protegidas reseñadas en el art. 608 del CP, y contra los bienes cuya incolumidad se tutela en dichos preceptos [...] Habrían de seguir incriminándose de manera específica, como conductas propias de un Código punitivo militar, tanto la que hoy aparece contenida en el apartado 1 del art. 77 del CPM [...] como la que cobija el art. 72 [...] e, igualmente se mantendría el [...] actual art. 74 [...]» (Pignatelli, 1996, 147-149)

⁴³ La exposición de motivos del Código Penal es ilustrativa cuando sostiene que «[...] Pero existen más motivos para acometer una reforma en profundidad del Código Penal Militar. [...] En segundo término, resulta necesario dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular

De acuerdo con dicho precepto, la *elevación* a delito militar de los comportamientos delictivos tipificados en el CP como delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado exige no solo la perfección de la concreta figura delictiva, sino además, la constatación de que se ha cometido «*con abuso de facultades*» o bien infringiendo los «*deberes*» recogidos en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, lo que deja entrever la intención del legislador de vincular los comportamientos con el desempeño de las específicas funciones del militar para poder considerarlos delitos militares.

Precisamente por ello, puede plantearse la posible aplicación retroactiva del CPM de 2015, en la medida que se remite a las disposiciones previstas en el CP que se encontraban vigentes a la fecha de comisión de aquéllos, elevándolas a la categoría de delito militar cuando se hubieren cometido con *abuso de facultades* o *infracción de los deberes* contenidos en las *lex artis* correspondiente.

No obstante, el citado planteamiento exige de una serie de precisiones. Así, si se opta por la aplicación del CPM de 1985 y, al mismo tiempo, se sigue la interpretación que liga los delitos contra las leyes y usos de guerra con la locución en “*tiempo de guerra*”, no es posible la aplicación retroactiva del CPM de 2015, puesto que los hechos serían atípicos respecto de aquel texto.

En segundo lugar, pese a que las disposiciones del CP se encontraban vigentes, las exigencias del principio de retroactividad en materia penal⁴⁴ obligan a descartar la aplicación retroactiva del CPM de 2015, y ello, no solo porque las normas integradoras de la *lex artis* que se constituyen como parámetro de valoración no se encontraban vigentes en el año 2004, sino, sobre todo, porque su aplicación no resulta más beneficiosa que la del CP, dado que, entre otros, el límite máximo de las penas establecidas en el CP para los delitos contra las personas y los bienes cometidos en caso de conflicto armado

*relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como a las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional. [...] Reformas a las que hay que añadir aquellas de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación jurisprudencial del Código Penal Militar de 1985 y otras de adaptación terminológica a un lenguaje técnico-jurídico más actual y de común aceptación. [...] Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución “*tiempos de guerra*” se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión “*en situación de conflicto armado*”, conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de Derecho Internacional Humanitario.[...]*»

⁴⁴ Artículo 2 CP.

«se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcionalial del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.»⁴⁵

En cualquier caso, la posible aplicación retroactiva del CPM de 2015 exigiría que el CPM de 1985 se considerara aplicable, lo que a su vez comporta asumir una interpretación extensiva de los delitos contra las leyes y usos de la guerra que no los vincule a la locución tiempo de guerra prevista en su artículo 14. La consecuencia de dicha aplicación retroactiva es la consideración de los delitos como delitos militares, dado que implica, a su vez, la aplicación por remisión de las disposiciones del CP, mientras que, si se aplica este último de manera directa, según se expone en el siguiente apartado, se estará ante delitos comunes cometidos por militares.

4.2.3 El Código Penal (común)

En cuanto a los tipos penales previstos en el CP y que, en principio están llamados a aplicarse al supuesto planteado, deben ser necesariamente analizados los recogidos en los Títulos VII y XXIV de su Libro II. Dada la especialidad de las disposiciones contenidas en el Título XXIV, se invertirá el orden de tratamiento, comenzando con los preceptos de este último.

4.2.3.1 El Título XXIV

De la totalidad de conductas punibles recogidas en el Título XXIV, relativo a los *«Delitos contra la Comunidad Internacional»*, son las contenidas en su Capítulo III, *«De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado»*, las que merecen una especial atención.

Los bienes jurídicos objeto de protección en el Capítulo III son de carácter interestatal o internacional, es decir, pertenecientes al Derecho penal internacional, ya que se trata de proteger a la comunidad internacional, por lo que se está en presencia de un bien jurídico internacional que es objeto de tutela en sede nacional. Pese a que la acción punible afecta a personas físicas determinadas con respecto a bienes jurídicos propios, se trata de un bien jurídico supraindividual cuyo titular es la comunidad internacional en su conjunto, de manera que las personas o los bienes protegidos en quienes se materializa el ataque a tal bien jurídico no son, en principio, más que el objeto de la acción. Precisamente, esta

⁴⁵ Artículo 9.3 CPM.

cualidad del desvalor del injusto implica su diferenciación con el resto de ilícitos penales recopilados en el Libro II CP, lo que los hace acreedores de un régimen de punición agravado, que constituye, en opinión de un sector doctrinal, uno de los particularismos especificantes que caracterizan la regulación de la criminalidad de guerra en el Derecho español (Pignatelli, 2003, 154-155).

Pues bien, antes de analizar las conductas recogidas en dicho Capítulo, es necesario atender al contenido del artículo 608, en tanto que delimita el eventual sujeto pasivo de los delitos incriminados en dicho Capítulo III, definiendo las personas protegidas en relación a los convenios internacionales en la materia de los que España es o pueda ser parte. Su importancia deviene de que el concepto de personas protegidas se configura como un elemento normativo de carácter objetivo de cada uno de los delitos tipificados, que, por ende, ha de ser abarcado necesariamente por el dolo del autor, en el sentido de que ha de ser consciente de las circunstancias de hecho determinantes de la condición de las personas protegidas.

La misma virtualidad despliega la situación de conflicto armado, que obligatoriamente ha de concurrir en orden a la aplicación de los delitos recogidos en dicho Capítulo, de manera que su ausencia conlleva la imposibilidad de punir la conducta enjuiciada por falta de tipicidad, mas no necesariamente la falta de tipicidad absoluta, en la medida en que pueda subsumirse en cualquier otro precepto del CP que no precise para su perfección de la existencia de la situación de conflicto armado.

En las líneas que preceden se ha hecho referencia al cambio sustancial operado en la tipificación de los delitos de guerra entre el CPM y el CP, en lo que atañe al ámbito de aplicación, consecuente a la sustitución de la noción «*en tiempo de guerra*» en favor de «*conflicto armado*», teniendo su razón de ser en que este último es el concepto utilizado por los instrumentos internacionales ratificados por España, que, conforme señala el artículo 96 CE, constituyen parte integrante de su ordenamiento jurídico⁴⁶.

⁴⁶ «En suma, la utilización del concepto de conflicto armado resulta explicable no por un puro capricho semántico, ni, lo que sería más odioso, por una hipócrita huida de la realidad de la guerra, sino por razones más profundas. La iniciación de la Segunda Guerra Mundial puede considerarse como un punto de inflexión en el Derecho de la guerra, pues si hasta entonces y de acuerdo con lo previsto en la Convención III de la Haya de 18 de octubre de 1907, iba ésta precedida de todo un ceremonial diplomático (declaración formal, ultimátum, etc.) así como de una serie de actuaciones formales en el ámbito interno, en la actualidad hasta se niega la realidad misma de la guerra, y pese a la innegable existencia de enfrentamientos armados palpables, no se altera estatuto alguno, lo que obliga al derecho a cubrir situaciones que, aun cuando no reconocidas como de guerra por sus protagonistas, producen idénticos efectos. El fundamento de la idea de conflicto armado se encuentra tanto en la realidad de que se ha hecho

Como afirma Rodríguez-Villasante (Rodríguez Villasante, 2007, 155), debe destacarse que para la exigencia de responsabilidad penal por crímenes de guerra es importante delimitar la relación de causa a efecto entre la conducta de una persona, que se encuentra obligada a respetar el DIH, y la existencia de un conflicto armado, en el sentido de que el delito no puede desvincularse totalmente del contexto de conflicto armado, por lo que han de dejarse fuera de la represión penal como crímenes de guerra las conductas ilícitas no ligadas directamente a las hostilidades así como aquellas que no guarden relación alguna con el propio conflicto armado, por el mero hecho de que ocurran en tiempo de conflicto armado.

Dicho de otro modo, que se requiere que la acción punible se ejecute en el contexto de un conflicto armado, tal y como han venido afirmando los tribunales penales internacionales⁴⁷. Precisamente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) ha incluido en la descripción de los crímenes de guerra la exigencia de que se cometan en el contexto de un conflicto armado, exigiéndose así que la intencionalidad del autor abarque el conocimiento y la voluntad de ejecutar su acción teniendo en cuenta que se perpetra precisamente en relación con el conflicto armado.

Ha de precisarse que resulta irrelevante a estos efectos la licitud o ilicitud del conflicto en cuestión, al ser un elemento incardinable estrictamente dentro del *ius ad bellum*.

mención como en el hecho de que desde 1945 se haya proscrito la guerra, de forma que la Carta de San Francisco, de 26 de junio de 1945, en su Preámbulo y en sus artículos 1.1 y 2.4, huye del empleo del término y prohíbe no ya la guerra sino el “recurrir a la fuerza armada o a la simple “amenaza” de su uso en cualquier forma» (Pignatelli, 2003, 167).

⁴⁷ La jurisprudencia del TPIY resulta ilustrativa a estos efectos, al proclamar que «para que un crimen caiga bajo la jurisdicción de un Tribunal Internacional se debe establecer un nexo suficiente entre el crimen alegado y el conflicto armado que da motivo a la aplicación del Derecho internacional humanitario», sin que se precise la relación de causa a efecto entre el conflicto y el crimen, bastando que el conflicto armado haya «pesado considerablemente sobre la capacidad del autor del crimen para cometerlo, sobre su decisión de cometerlo, sobre la forma en que lo haya cometido o el motivo por el que lo haya cometido», esto es, que resulta suficiente probar que el autor ha actuado «con el propósito de valerse de un conflicto armado o al abrigo de este» (ICTY Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-I-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995), pudiéndose tener en cuenta, entre otros, «el hecho de que el autor del crimen sea un combatiente, el hecho de que la víctima no sea un combatiente, el hecho de que la víctima pertenezca al campo adversario, el hecho de que el acto pudiera ser considerado como útil para el objetivo último de una campaña militar y el hecho de que la comisión del crimen participe de las funciones oficiales de su autor o se inscriba en su contexto» (ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, IT 96-23-1-A, 12.06.2002). La doctrina suele ser incluso más estricta, al exigir la concurrencia de una relación funcional entre la conducta y el conflicto armado, de manera que no basta con una mera conexión temporal, esto es, que exista un «vínculo claro y contundente, entre el crimen y el conflicto (TPIY, Mucic et. Al., TC Judgement 16 de noviembre de 1998, Tadic, AC, Judgement, 2 de octubre de 1995)» o que «el conflicto armado tenga un rol sustancial en la decisión del autor del crimen, en su capacidad de cometer el crimen o en la manera en que la conducta fue cometida (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06-803, P-T. Ch. I, 29 January 2007» (Gil, 2015, p. 783).

Tampoco es necesario que la acción se cometa en el curso de acciones militares propiamente dichas, siendo suficiente con que se ejecuten en estrecha vinculación o relación con las hostilidades en curso en otras zonas del territorio controlado por las partes en conflicto; ni que en el lugar y la fecha existan o se desarrollen hostilidades activas (Stoffels,1998, 210).

4.2.3.1.1 El artículo 609 CP.

El artículo 609 CP preceptúa

El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquiera acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

Dicha figura delictiva agrupa cinco bienes jurídicos protegidos: la vida, la integridad física o moral, la salud, la dignidad de la persona y su propia supervivencia o incolumidad, siempre que el titular de los mismos sea alguna de las personas protegidas enumeradas en el artículo 608, e implica la tipificación como delitos comunes en el Ordenamiento jurídico español de determinadas infracciones graves de los CG⁴⁸.

Por otro lado, la comparación de las penas previstas en dicho precepto con respecto a las que se aplica a los delitos tipificados en otros títulos del CP que pueden atentar contra dichos bienes jurídicos, especialmente los previstos en el Título VII por la naturaleza de los hechos enjuiciados, evidencia un tratamiento punitivo notoriamente elevado, cuya justificación responde al mayor desvalor de la conducta, consecuente a la recepción *in foro domestico* de normas jurídicas contenidas en tratados internacionales ratificados por España (Pignatelli, 2003, 285-286)⁴⁹.

Pues bien, la delimitación fáctica de que parte el presente trabajo obliga a centrarse únicamente en el análisis de tres de las modalidades previstas en el precepto en cuestión: el maltrato de obra, la tortura y el trato inhumano.

⁴⁸ Previstas en los artículos 50 ICG, 51 IICG, 147 IVCG. La técnica empleada por el legislador consistente en remitir a los tipos comunes para el castigo de la producción de determinados resultados lesivos puede dar lugar a gran cantidad de disfunciones e incoherencias, a lo que debe unirse el empleo de leyes penales en blanco, y el abuso de elementos normativos, por lo que para completar los tipos será necesario acudir a los tratados internacionales en la materia. (Gil, 2015, pp. 779 y ss).

⁴⁹ En contra, “no tiene explicación alguna que una bofetada sin consecuencias a un conciudadano se salde con una pequeña multa y esa misma conducta respecto de un prisionero de guerra suponga, al menos, 4 años de cárcel. (Beneytez,1997, 4994-4995).

En cuanto al maltrato de obra, engloba toda agresión, violencia o acometimiento físico susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona protegida, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma⁵⁰ que no constituya un delito más grave contra la integridad física o moral.

Por lo tanto, la conducta típica, que exige la actuación intencional del agente, engloba acciones tales como agredir, arremeter, golpear y, en general, todas aquellas que, con independencia de que puedan o no ocasionar un menoscabo de la salud o de la integridad física de la víctima, afecten a su integridad corporal.

Aunque se trate de un delito de mera actividad, que no requiere para su consumación la causación de resultado alguno, el acto de agresión física debe, sin embargo, materializarse o concretarse, implicando una acción material de contacto violento que, por mínimo que sea, adquiere relevancia penal en cuanto se produce sobre una persona protegida en el contexto o con ocasión de un conflicto armado. Es decir, que la antijuridicidad de la acción únicamente exige que la actividad física del sujeto activo llegue o afecte a la persona de la víctima, con independencia de que el contacto físico que efectivamente se haya producido tenga o no una trascendencia visible, médicamente evaluable, si bien en este último supuesto la constatación del hecho delictivo podrá resultar especialmente difícil.

En lo que respecta a la tortura, consiste en

todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otras persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia⁵¹.

⁵⁰ Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2000 (FJ 4º). Ahora bien, se exige una cierta entidad, no bastando cualquier perturbación. Así, resulta ilustrativo el artículo 8.2 a) iii) del Estatuto de la CPI, al exigir que se trate de «*grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud*». En el mismo sentido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige de un cierto umbral de gravedad. (Roig, 2014, 316-320).

⁵¹ Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984 por Resolución A/39/461 de la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificada por España el 21 de octubre de 1987 (BOE número 268, de 9 de noviembre de 1987), coincidente, en esencia, con la prevista en el artículo 1 de la Declaración sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975. Además de ello, el Estatuto de la CPI entiende por tortura «*causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control*» (artículo 7.2 e)). Además, «*deben realizarse –a diferencia del crimen contra la humanidad de tortura– con una finalidad de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo* (Elementos de los Crímenes, artículo 8 2)

La tortura constituye un trato inhumano calificado por su gravedad, de manera que es el criterio cualitativo basado en la intensidad del sufrimiento infligido a la víctima el único válido para deslindarla de otros tratos⁵², configurándose así como una forma agravada de tratamientos inhumanos (Blanc, 1990, 287-290)⁵³.

En cuanto sometimiento de la víctima a condiciones o procedimientos que, por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral⁵⁴, implica ya un resultado, por lo que no se trata de un delito de peligro (Pignatelli, 2017, 1177).

Es preciso añadir que el comportamiento ha de estar guiado por un determinado propósito, si bien, además de las finalidades del delito de tortura previsto en el artículo 174 CP, la tortura del artículo 609 puede tener otros, como lograr de la víctima, o de un tercero distinto de ella, su intimidación o coacción o fundamentarse o basarse en cualquier discriminación⁵⁵.

De acuerdo con dicho elemento teleológico, mediante el aislamiento, la presión psicológica o el dolor físico se persigue la obtención de información, una denuncia o

a) ii)-1) y artículo 8 2) a) ii)-2), aunque –al igual que sucedía con el crimen contra la humanidad- no se exige tampoco para el crimen de guerra de tortura que el sujeto actúe en ejercicio de funciones públicas.» (Gil, 2015, p. 792).

⁵² Según el artículo 1.2 de la Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, de la Asamblea General de Naciones Unidas «la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante», y «todo Estado parte tomará las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción» y «en ningún caso, podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura», de manera que «todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura, tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», (artículos 2.1 y 2 y 16.1 de la Convención de 10 de diciembre de 1984).

⁵³ Dicho criterio es también el seguido por el TEDH y el TPIY, aunque en algunas sentencias también se han apuntado otros criterios de distinción como la exigencia de un determinado propósito en las torturas y no en los actos inhumanos (Maculan, 2015 463 y ss.).

⁵⁴ Cfr. Artículo 174 CP.

⁵⁵ Debe entenderse cualquier distinción de carácter desfavorable, conforme a las referencias contenidas en el artículo 12 común a los ICG y IICG, 16 del III y 27 del IV Cg, en los que se exige a la parte que los tenga en su poder el trato humano de heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y personas civiles y, en general, las personas protegidas, «sin distinguir alguno de carácter desfavorable basado en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o cualquier otro criterio análogo», lo que se reitera en el artículo 1.1 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 al referir «por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación».

confesión, o simplemente la abdicación de las propias ideas de la víctima; asimismo, puede utilizarse con una finalidad primordialmente intimidatoria, en la que aparece la denominada tortura indirecta u oblicua, que consiste en atormentar a personas de las que se da por segura su inocencia o su desconocimiento de los hechos investigados, con el fin de que la persona presuntamente implicada declare para evitar los sufrimientos de aquella.

Por otro lado y, a diferencia de las exigencias del artículo 174 CP, el sujeto activo no tiene necesariamente que reunir la condición de autoridad o funcionario público o persona en el ejercicio de funciones públicas, por lo que puede ser cometido por cualquier persona, si bien deberá actuar por cuenta o como agente de un beligerante o al menos por instigación o aquiescencia de este⁵⁶.

En último lugar, el trato inhumano⁵⁷ implica una agresión al respeto inderogable de la dignidad de la persona en cuanto valor tutelado constitucional⁵⁸ e internacionalmente (Pignatelli, 2017, 1177). Además, presenta una relación de aplicación alternativa con respecto a la tortura, siendo del criterio de la gravedad el único válido a efectos de deslindar ambas figuras⁵⁹, al no definirse de manera precisa que se entiende por estos últimos (Blanc, 1990, 288). Se ha tratado de introducir criterios alternativos, como la naturaleza la severidad y la finalidad del trato particular que se da, pero es el criterio cualitativo del nivel de intensidad de los sufrimientos infligidos a la víctima el que determina la ordenación jerárquica entre la tortura, los tratos inhumanos y las penas o tratos degradantes. Así, la tortura ocupa el eslabón superior; en el intermedio se sitúa los tratos inhumanos y en la base se hallan las penas o tratos degradantes, que son aquellos

⁵⁶ A título ilustrativo, el TPIY concluyó que el término tortura engloba «*todo acto por el que se inflige intencionalmente a una persona dolor o graves sufrimientos, físicos o mentales, principalmente a los fines de obtener confesiones de ella o de un tercero, de castigarla por un acto que ella o un tercero haya cometido o que se supone que haya cometido, de intimidarla o coaccionarla, a ella o a un tercero, o por cualquier otro motivo basado en cualquier forma de discriminación, cuando el dolor o los sufrimientos se inflijan por un funcionario público o cualquier otra persona actuando a título oficial o por su instigación o con su consentimiento expreso o tácito*». (*Prosecutor v. Delalic, Judgement, IT-96-21-T, 16.11.1998*).

⁵⁷ Se encuentra prohibido en los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 5 de noviembre de 1950.

⁵⁸ Cfr. Artículo 15 CE.

⁵⁹ A salvo de la ausencia del requerido elemento subjetivo explicado en la nota 53.

que humillan gravemente al individuo ante los demás o ante sí mismo o que incitan a la víctima a actuar contra su voluntad o su conciencia⁶⁰.

Junto a ello, el tenor literal del subtipo previsto en el artículo 611. 6º CP lleva a la consideración de tipo básico a esta figura, agrupando a todo aquel trato cuyo dolo específico no se concrete en cualquier distinción de carácter desfavorable en los términos del artículo 75.1 PAI, incluidas la raza y el color, que determinarán la apreciación de las prácticas de segregación racial que también castiga el artículo 611.6º; esto es, que la aplicación de dicho tipo agravado exige la concurrencia de un dolo específico consistente en la voluntad y el propósito de llevar a cabo el trato con base o en razón o por causa de cualquier distinción desfavorable como “*el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos*” distintos de la raza o el color⁶¹.

Por lo demás, se trata de una figura de simple actividad⁶² que, por ello, no exige la producción de un resultado lesivo, perfeccionándose por el mero hecho de inferir a la víctima un trato bárbaro, salvaje, brutal o cruel, es decir, que objetivamente resulte humillante o envilecedor para la víctima y que ningún ser humano debe infligir a un semejante sin ofender gravemente a la naturaleza humana, conculcando el principio fundamental del DIH del trato humano (Pignatelli, 2003, 305). Así, al margen de la asimilación legal de los “*experimentos biológicos*”, puede consistir en la aplicación de una pena corporal, la negativa a dispensar a un condenado a muerte auxilios espirituales, el obligar a los detenidos, prisioneros o población civil a presenciar ejecuciones, castigos corporales, violaciones (Plaza, 2000, 84).

Un sector de la doctrina (Pignatelli, 2003, 305-306) incluye también las agresiones y abusos sexuales y el acoso sexual que tengan por destinatario a una persona protegida y se lleven a cabo con ocasión de un conflicto armado, en el sentido de que la circunstancia

⁶⁰ Ahora bien, el distinto tratamiento punitivo entre el trato inhumano y la tortura como delitos comunes no viene determinado por el comportamiento específico del autor, sino por la finalidad que persigue. (Conde-Pumpido, 1997, 2120)

⁶¹ Cfr. Nota 53.

⁶² No obstante, un sector doctrinal considera que los tratos inhumanos, al igual que la tortura, son delitos de resultado puesto que «según la definición internacional suponen la causación de grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales, estribando la diferencia entre ambos en la gravedad de los dolores o sufrimientos causados y que en el caso de la tortura deben realizarse —a diferencia del crimen contra la humanidad de tortura- con una finalidad de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo [Elementos de los Crímenes, art. 8.2).a).ii).1) y art. 8.2).a).ii).2]» (Gil, 2015, 792)

de que en las agresiones sexuales haya de utilizarse la violencia o intimidación y en el abuso sexual y el acoso sexual el atentado contra la libertad sexual sin consentimiento, con consentimiento viciado o mediante engaño o mediante prevalimiento de la situación de superioridad del sujeto activo sobre la víctima integra propiamente el trato inhumano⁶³.

En este sentido, puede plantearse la cuestión del trato a combatientes en el conflicto internacional de Afganistán privados de libertad a los que Estados Unidos aplicó las denominada “*privación sensorial*”. Esto es, si el hecho de enjaular a la víctima, privarla del sentido o capacidad de movimiento, vista oído tacto y, probablemente orientación en el tiempo y el espacio no puede calificarse como tortura, es desde luego susceptible de ser calificado como trato inhumano por su cariz cruel y envilecedor (Pignatelli, 2003, 305).

4.2.3.1.2 *El artículo 614*

La precitada disposición establece que

El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años⁶⁴

Este artículo contiene un tipo residual que, además de atentar gravemente contra la seguridad jurídica al no contener ni tan siquiera los verbos que identifican las conductas prohibidas bajo amenaza penal, convierte en delito conductas que no tienen tal consideración en Derecho internacional, lo que en más de una ocasión infringirá además el principio de proporcionalidad (Gil, 2015, 103 y ss.).

⁶³ El TPIR, en el caso *Akayesu* sostuvo que «*la violencia sexual constituía una de las medidas del proceso de destrucción del grupo tutsi; destrucción del espíritu, del deseo de vivir y de la misma vida*», afirmando que puede ser considerada como una forma de tortura en función de su finalidad y de las características y circunstancias concurrentes, pues «*se recurre a la violación, como a la tortura, con fines tales como la intimidación, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. La violación sexual es, como la tortura, una conculcación de la dignidad personal y, de hecho, la violación sexual es una tortura cuando quien la inflige, instiga, consiente o aprueba es un funcionario público o una persona que desempeña un cargo oficial*» (ICTR, Trial Chamber I, *Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu, Case n.º ICTR-96-4-T, Judgment, 2.09.1998*). Igualmente, el TPIY en el caso *Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, calificó la violación como crimen de guerra en la modalidad de tortura (ICTY, *Case n.º IT-96-21, Judgment, 16.11.1998*). No obstante, esta doctrina encuentra su justificación en el hecho de que los respectivos Estatutos no contemplaban los delitos sexuales como crímenes de guerra independientes. (Gil, 2010, 129).

⁶⁴ Se toma la redacción vigente a fecha de ocurrencia de los hechos. Aunque resulte irrelevante a los fines del presente trabajo, hay que señalar que la reforma del CP operada en el año 2010 incluyó «*la regulación de los medios o métodos de combate*».

Por ello, su aplicación a los hechos enjuiciados se plantea para el caso de que previamente se haya excluido el artículo 609 CP. Además, en la medida que supone la elevación a delito de los actos meramente contrarios al DIH, se exigirá determinar aquellos.

En este sentido, debe acudirse a los artículos 44.4 y 75 PAI. Según el primero, el combatiente que caiga en poder de una Parte adversa y, sin embargo, no cumpliera con el requisito de llevar abiertamente las armas durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar, pierde el derecho a ser considerado como prisionero de guerra, pero, no obstante, ha de recibir las protecciones equivalentes, en todos los sentidos, a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio y el citado Protocolo. Por su parte, el artículo 75 proclama una serie de «*garantías fundamentales*», que se aplican a las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del citado Protocolo, que deberán ser tratadas en toda circunstancia con humanidad, proscribiendo expresamente los atentados contra la integridad física o mental de las personas y, en particular, la tortura de cualquier clase, así como los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes.

4.2.3.2 *El Título VII*

El bien jurídico protegido en dicho título es la integridad moral, tal y como aparece reconocida en el artículo 15 CE, entendida como inviolabilidad de la personalidad humana, esto es, como derecho a ser tratado como persona y no como otra cosa, con interdicción de cualquier intento de que el individuo sea considerado como un puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, sea este lícito o ilícito⁶⁵.

De los delitos que enumera el citado título, interesa analizar los previstos en sus artículos 173, 174 y 175.

En cuanto al artículo 173, los hechos objeto de enjuiciamiento determinan que únicamente pueda resultar de aplicación el tipo recogido en su apartado primero, que dispone «*El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*»; se puede definir como un tipo residual o de recogida, porque acoge el

⁶⁵ STC 120/1990, de 27 de junio.

comportamiento menos grave dentro de la escala, en la que, por encima de él, se situarían los tratos inhumanos y las torturas, por este orden (Del Rosal Blasco, 2016 185).

El artículo 174 consagra el delito de tortura, al señalar, en su apartado primero que

comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

Además, su apartado segundo establece que

en las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

Tal y como ha señalado la doctrina, el mayor contenido de injusto de los delitos de tortura respecto al tipo común del artículo 173 no se puede fundamentar en la mayor intensidad del sufrimiento de la víctima sino en la cualidad del sujeto activo y el fin perseguido por este, de manera que se configuran como delitos especiales, en la medida que el sujeto activo queda circunscrito a la autoridad o funcionario público, sea o no de instituciones penitenciarias, que actúa abusando de su cargo. Quiere esto decir que cometerá el hecho delictivo la autoridad o funcionario público que, estando en el ejercicio de las funciones públicas propias del cargo que le ha sido encomendado, se aprovecha de la situación de superioridad en la que dicho cargo le sitúa para hacer un uso desviado del poder y las atribuciones inherentes al mismo. Esto implica que el delito no lo podrá cometer cualquier autoridad o funcionario público, sino solo aquellos que, por razón de las funciones que desempeñen o deban desempeñar, tengan encomendadas tareas de investigación judicial o policial o la custodia de detenidos, presos o sometidos a medidas cautelares o correctivas personales. En este sentido, salvo por la especificidad de la clase de funcionarios públicos que pueden ser sujetos activos, el apartado segundo del artículo 174 no es un delito de tortura distinto ni autónomo respecto al regulado en su apartado primero, y tampoco están excluidas de él las exigencias típicas en cuanto a la finalidad a las que se refiere este último, diferenciándose únicamente en cuanto al ámbito penitenciario a que se refiere (Del Rosal Blasco, 2016 199).

Por su parte, el artículo 175 dispone que

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de

prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

Se trata de un tipo especial impropio que mantiene con el delito de tortura una relación de subsidiariedad, de modo que, de no concurrir la finalidad expresada en el artículo 174, se habrá de aplicar, subsidiariamente, dicho precepto (Del Rosal Blasco, 2016, 201).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, la posible subsunción de los hechos analizados en las disposiciones del Título VII CP puede plantearse si previamente se descarta la aplicación de las contenidas en el Capítulo III del Título XXIV, bien porque se considere la inexistencia de un conflicto armado bien porque se convenga en la falta de relación de aquéllos con el contexto de conflicto armado.

De ser este el caso, habida cuenta la ordenación de los tipos contenidos en el Título VII, procede analizar en primer lugar si los hechos pueden ser encuadrados en el delito de tortura y, en caso contrario, si pueden serlo en el tipo especial residual del artículo 175 o en el genérico del 173.

La configuración del delito de tortura como delito especial exige atender a la condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo. Se trata de un concepto jurídico, definido en el artículo 24 CP, cuyo apartado primero reputa autoridad

al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

En cuanto al concepto de funcionario público, su apartado segundo lo atribuye a *«todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.»*

Atendiendo a la condición militar de los presuntos autores de los hechos, es preciso verificar si pueden ser considerados autoridad o funcionario público, tal y como aparecen definidos en el artículo 24 CP, de manera que, de no resultar posible, habrá que descartar la aplicación del delito de tortura del artículo 174 y del tipo especial residual del 175, por ausencia de dicho elemento de tipicidad en cuanto al sujeto activo.

En este sentido, la condición de autoridad no parece que les resulte de aplicación, al exigir el ejercicio de mando o jurisdicción. Por el contrario, la condición de funcionario público a efectos penales es perfectamente predicable, y ello, con independencia de los

distintos vínculos que, en atención a su empleo militar, pueden mantener con la Administración Militar⁶⁶.

Y es que constituye pacífica doctrina jurisprudencial la que sostiene que, a efectos penales, en el acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento⁶⁷. Por ello, el concepto penal de funcionario público precisa de la concurrencia de dos elementos: el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas, no pudiendo quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa, por lo que ha de acudirse a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado.

Aplicando la anterior doctrina al caso actual, es fácil apreciar que concurren los dos elementos necesarios para la aplicación de la condición de funcionario a efectos penales: el título y la función, ya que los autores eran miembros de las Fuerzas Armadas españolas y, como tales, desempeñaban funciones públicas⁶⁸.

⁶⁶ A grandes rasgos, relación permanente en el caso de los oficiales y suboficiales, y temporal en el caso del personal de tropa, aunque puede acceder también a una relación de servicios permanente con determinados requisitos. Debe tenerse en cuenta que, en el momento de cometerse los hechos, resultaba de aplicación la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. Ello es así porque el concepto de funcionario público del artículo 24.2 CP *«es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar»* (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). *«Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para este los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública* (STS de 4 de diciembre de 2002), *a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto»*. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto *«nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo»*.

⁶⁷ SSTS (Sala 2ª), de 11 de octubre de 1993, 4 de diciembre de 2001 y 27 de enero de 2003.

⁶⁸ Cfr. artículo 8 CE y Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2005).

Sentada dicha condición, se ha de determinar si los presuntos autores se prevalieron de su condición, ya que no solo se exige que el sujeto activo del delito de tortura revista la condición de autoridad o funcionario público, sino que, además, se deben prevaler de la misma para llevar a cabo los comportamientos típicos, lo que a su vez presupone que tengan encomendadas tareas de investigación judicial o policial o la custodia de detenidos, presos o sometidos a medidas cautelares o correctivas personales.

La concurrencia de este elemento planea algunas dudas que no pueden ser totalmente disipadas, habida cuenta la limitación del material probatorio de que se dispone, en tanto que se desconoce si los implicados tenían encomendada o no la custodia de los detenidos. Por el contrario, sí que parece advertirse la concurrencia de alguna de las específicas finalidades previstas en el artículo 174, tales como el castigo por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, dado que los hechos se llevaron a cabo *«como respuesta a la situación de tensión continua por los ataques y atentados sufridos por el personal del contingente español, tanto por fuerzas terroristas como por delincuentes comunes iraquíes»*⁶⁹.

Si no es posible determinar totalmente el elemento de abuso de cargo, debe excluirse la aplicación del delito de tortura del artículo 174 CP y, por extensión, del tipo especial residual del artículo 175 y subsumir los hechos en el tipo genérico del artículo 173.1 CP.

CONCLUSIONES

La traslación de los fundamentos que anteceden a las peculiaridades del supuesto analizado exige retomar los motivos sobre los que se justifica la revocación de los autos de procesamiento, que se asientan en la consideración de la ausencia de determinados elementos objetivos del tipo penal previsto en el artículo 76 CPM de 1985: por un lado, la necesaria situación de guerra y, por otro, la condición de personas protegidas de las víctimas del delito.

Así las cosas, resulta evidente que no concurría la situación de guerra de acuerdo con la terminología utilizada en el artículo 14 CPM de 1985, sino por el contrario la de conflicto armado internacional. Esta circunstancia era suficiente por sí misma para haber dictado una resolución por la que el correspondiente órgano judicial de la jurisdicción militar se hubiera inhibido del conocimiento de los hechos en favor de la jurisdicción penal ordinaria, sin necesidad de pronunciarse sobre la condición de persona protegida de

⁶⁹ Hecho primero de los autos de 17 y 20 de octubre de 2014, del Tribunal Militar Territorial Primero.

las presuntas víctimas. Es cierto que *“la calificación de la intervención de las tropas españolas en Iraq realizada por la Administración de nuestro Estado, es una decisión política que se plasma en un acto gubernamental y que no perjudica la que pudieran hacer los Tribunales de Justicia atendiendo a la real situación de las tropas nacionales en dicho territorio”*, pero no lo es menos que, por mor del principio de legalidad, el juzgador se encuentra vinculado por la ley que ha de aplicar, de manera que ha de verificar si concurre la totalidad de los elementos empleados para la tipificación de la conducta en cuestión. Y es en este punto donde la utilización del concepto restringido de *«en tiempo de guerra»* impide efectuar cualquier otra consideración sobre la aplicación al caso concreto de los delitos contra las leyes y los usos de guerra previstos en el CPM, ya que ni existía declaración formal de guerra, ni se decretó la movilización para una guerra inminente, ni existió tampoco una ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera.

Además de ello, la opción interpretativa de sustituir el verbo de la ley equiparando la situación de guerra a la de conflicto armado resulta inasumible de acuerdo con el principio de legalidad penal y la proscripción de la denominada interpretación extensiva.

Por ello, dado que la falta de jurisdicción del orden jurisdiccional militar resultaba evidente, el órgano judicial instructor debió haber procedido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, sin necesidad de dilatar el procedimiento, remitiendo el procedimiento al orden jurisdiccional penal.

Descartada la aplicación de los delitos contra las leyes y los usos de la guerra previstos en el CPM de 1985 y, consecuentemente, solucionada las cuestiones de la ley aplicable y del orden jurisdiccional competente para conocer de los hechos, debería abordarse la relativa a su incardinación en alguna de las tipicidades previstas en el CP. De entre las concurrentes –delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral o delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado-, se estima que debió acudir a las previsiones contenidas en el Capítulo III del Título XXIV del Libro II CP. En este sentido, el relato de hechos motivador del dictado de los autos de procesamiento encuentra perfecto encaje en el artículo 609 CP, en su modalidad de *«el que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra [...] a cualquier persona protegida [...]»*, todo ello en la medida que concurre la totalidad de los elementos de tipicidad exigidos para que tenga lugar su perfeccionamiento.

Así, resulta indubitada la existencia de una situación de conflicto armado internacional en Irak, al tiempo que los hechos enjuiciados se ejecutaron, precisamente, en razón al mismo, ya que fueron llevados a cabo por militares españoles, destacados en dicho estado en misión internacional, sobre detenidos iraquíes en un centro de detención y en atención a su condición de detenidos *«como respuesta a la situación de tensión continua por los ataques y atentados sufridos por el personal del contingente español, tanto por fuerzas terroristas como por delincuentes comunes iraquíes»*.

En lo que atañe a su condición de personas protegidas, está fuera de toda duda, bien se les considere prisioneros de guerra o, por el contrario y como parece más razonable, personas civiles. En relación a este elemento de tipicidad, la redacción de los preceptos llamados a aplicarse hace que la opción por la que se opte pierda eficacia práctica, toda vez que ambas categorías se integran en el concepto legal de persona protegida. Por ello, la persistencia de la indefinición de la condición de las víctimas del delito no puede servir a los fines de justificar la revocación del procesamiento, debiendo aplicarse en ese caso la presunción contenida en el artículo 50.1 PA I *«en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.»*, lo que no significa que tal indefinición haya de mantenerse a lo largo del proceso, sino que deberá optarse por la integración de los detenidos en una u otra categoría, de acuerdo con las exigencias de los principios de legalidad y defensa.

En último lugar, se opta por la modalidad de maltrato de obra en atención a la secuencia de hechos filmada, de la que se desprende la no existencia de un grave quebranto en las víctimas, unida a la imposibilidad práctica de recibirles declaración ni practicarles reconocimiento forense sobre el alcance de las posibles lesiones y secuelas que el maltrato les pudo haber ocasionado. Es cierto que la finalidad apuntada en el auto de procesamiento *«con el propósito de humillarlos como respuesta a la situación de tensión continua por los ataques y atentados sufridos por el personal del contingente español, tanto por fuerzas terroristas como por delincuentes comunes iraquíes»*, podría servir de base a su encuadramiento dentro de la modalidad de *«El que, con ocasión de un conflicto armado [...] haga objeto de tortura [...] a cualquier persona protegida[...]»*; sin embargo, conforme se ha expuesto, la falta de acreditación de la intensidad de la gravedad del trato infligido impide dar por consumada esta modalidad, aun cuando la finalidad que motiva el maltrato es francamente reprochable.

En definitiva, la tramitación procedimental seguida hasta el dictado del auto de revocación del procesamiento resulta ilustrativa de la defectuosa recepción y cumplimiento por el Estado español de la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho internacional humanitario en su modalidad de enjuiciar y sancionar los comportamientos de mayor gravedad atentatoria contra sus bienes jurídicos esenciales, lo que se constata en la imposibilidad legal de aplicar los delitos contra las leyes y los usos de la guerra que, como delitos militares, se encontraban previstos en el CPM de 1985, situación que se mantuvo hasta el año 1995. Esta circunstancia lleva a la paradoja de que los delitos de guerra cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones no podían ser objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción militar, a menos que concurriera el tiempo de guerra según se define por el artículo 14 CPM de 1985.

Al margen de ello, debe insistirse en que, tan pronto se constató que no concurría el «*tiempo de guerra*», lo procedente hubiera sido que la jurisdicción militar se hubiera inhibido en favor de la jurisdicción penal, con la finalidad de que ésta hubiera asumido el conocimiento de los hechos, puesto que nada impedía que pudieran haber sido enjuiciados y, en su caso, sancionados, como delitos comunes, de acuerdo con los tipos previstos en el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del CP.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRIL STOFFELS, RUTH (1998) ¿Conflicto armado internacional o interno?: la responsabilidad penal individual en la sentencia del asunto Tadic de 7 de mayo de 1997 del tribunal Internacional para la exYugoslavia, *Revista Española de Derecho Militar*, 71, pp. 201-220
- BLANC ALTEMIR, A. (1990). *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, Casa Editorial, S.A.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (1997). De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. En C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II*. Madrid: Trivium.
- CORRALES ELIZONDO, A. (2017). La ocupación militar. En J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 221-241
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2016). De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. En L. Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, pp. 180-206.
- FERNÁNDEZ FLORES, J.L. (1988). Delitos contra las leyes y usos de la guerra. En R. Blecua Fraga y J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid: Civitas, pp. 807-845.
- GIL GIL A. (2010). La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional. En L. A. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales

- Romero, M. Bailone (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 121-152
- GIL GIL, A. (2015). Delitos contra la Comunidad Internacional. En M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI. Delitos contra la Constitución, el orden público. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la Comunidad Internacional*. Madrid: Aranzadi, pp. 712-789.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. (1997). Delitos contra la Comunidad Internacional. En M. Muñoz Conde (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial. II*. Madrid: Marcial Pons.
- HENKIN, L. (1989), *General Course on Public International Law*, Recueil des Cours.
- HILL-CAWTHORNE, L. (2016), *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford.
- MACULAN, E. (2015). Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation: combining harmonization and expansion, *Nordic Journal of International Law*, 84, pp.456-481.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. (2007). El Derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto. En J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 25-48.
- PICTET J. S. (1956), *Les Conventions de Genève du 12 de agosto 1949, Commentaire, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, vol. 4, Genève, Comité Internacional de la Cruz Roja.
- PIGNATELLI Y MECA, F. (1996). El Código Penal Militar. Perspectivas de *lege ferenda*. *Estudios de derecho judicial*, 5, pp. 89-170
- PIGNATELLI Y MECA, F. (2003), *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Centro de Publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa
- PIGNATELLI Y MECA, F. (2017). La punición de las infracciones del Derecho internacional humanitario. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra. En J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1029-1087
- PIGNATELLI Y MECA, F. (2017). Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento jurídico español. En J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1145-1230
- PLAZA VENTURA, P. (2000). *Los Crímenes de Guerra. Recepción del derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal español*, Universidad Pública de Navarra.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, L. (2014). Derecho internacional humanitario y lucha contra el terrorismo: el caso Guantánamo, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, pp. 174-185
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (1985). La Reforma Penal Militar, *Boletín de Información del Centro Superior de Estudios de la Defensa*, 186-X
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (1997). Delitos contra la Comunidad Internacional. En Dirección General de la Guardia Civil, *Seguridad nacional-Seguridad internacional, VIII Seminario Duque de Ahumada*. Madrid: Imprenta Nacional Boletín Oficial del Estado.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2002). Tratamiento de los actos terroristas por el Derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra, *Tiempo de Paz*, 64, pp.50-62.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2007). Terrorismo y Derecho Internacional Humanitario. En J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 217-254
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2017). Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Tipología y delimitación de los conflictos armados. En J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 119-154

- ROIG TORRES, M. (2014). Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la «Tortura De Rescate» (Rettungsfolter), *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 11, pp. 295-364.
- SASSOLI, M. (2003). La Guerra contra el terrorismo, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra, *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos*, 78, pp. 549-583.
- SERRANO ALBERCA, J.M. (1988). La definición de «tiempo de guerra». En R. Blecua Fraga y J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid: Civitas, pp. 303-313.