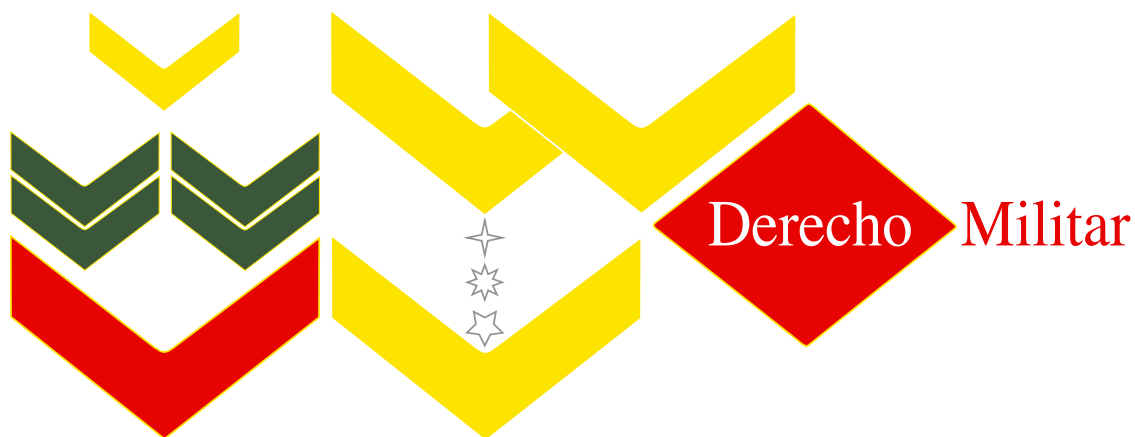




La criminalidad de guerra en el Derecho español

Fernando Pignatelli y Meca

Doctor en Derecho

General Consejero Togado, retirado

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado

Prólogo

Jacobo Barja de Quiroga y López

Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO MILITAR

TÍTULOS PUBLICADOS

1. **Independencia judicial en la Jurisdicción Militar**, *María Contín Trillo-Figueroa* (2021).
2. **Las libertades informativas y los derechos de la personalidad del militar**, *María del Carmen Virseda Fernández* (2021)
3. **La criminalidad de guerra en el Derecho español**, *Fernando Pignatelli y Meca* (2025).

COLECCIÓN DE DERECHO MILITAR

Director: ANTONIO MOZO SEOANE
Profesor Titular de Derecho Administrativo
General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico-Militar®

LA CRIMINALIDAD DE GUERRA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Fernando Pignatelli y Meca
Doctor en Derecho
General Consejero Togado, retirado
Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado

Prólogo
Jacobo Barja de Quiroga y López
Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2025

© Fernando Pignatelli y Meca
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2025)
ISBN: 978-84-290-2931-4
Depósito Legal: M-12323-2025
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Ulzama Digital*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

DERECHO MILITAR

DIRECTOR

ANTONIO MOZO SEOANE

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico-Militar**

COMITÉ CIENTÍFICO

CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ

Catedrática de Derecho Internacional Público, UNED

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

ANTONIO MILLÁN GARRIDO

*Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Cádiz
Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico-Militar**

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO

General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico-Militar
Doctor en Derecho*

FERNANDO PIGNATELLI Y MECA

General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico-Militar
Magistrado del Tribunal Supremo, Sala V, jubilado. Doctor en Derecho*

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete)*

A mis hijos

PRÓLOGO

Mi querido amigo Fernando Pignatelli y Meca me ha pedido que unas palabras mías precedan a su libro sobre *La Criminalidad de Guerra en el Derecho español*. Esta y no otra es la razón que explica mi prólogo, pues no necesita presentación alguna.

Fernando Pignatelli es un reconocido y prestigioso entendido en el tema de los crímenes de guerra, como ya lo demostró sobradamente en otras publicaciones, como por ejemplo en su monumental *Tratado sobre los Crímenes de Guerra en el Derecho español* (2023). Esto ya nos proporciona un dato preciso: este nuevo libro sobre la *Criminalidad de guerra* será, seguro, una exposición profunda y rigurosa sobre ese tema. Y, en efecto, su lectura no decepciona, pues, con mano maestra, el autor nos va llevando por todo el recorrido de los crímenes que se producen durante una guerra o en un conflicto armado.

Además, por desgracia, la materia que aborda es de una gran actualidad. Hoy en día, aunque no se hable de guerra (periodísticamente sí) en las leyes, sino de conflictos armados y conflictos armados internacionales, estamos inmersos, al menos como ciudadanos del mundo, en diferentes conflictos armados; en ocasiones, para anexionarse territorios, en otras, además, por razones étnicas, etc. En todos ellos se encuentra el «flagelo de la guerra» (Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945), que es una manera de hacer menos brutal la guerra; pero, por si fuera poco, dentro o al amparo de la situación de guerra se producen acciones que son claramente delictivas. Las guerras de agresión, la deportación masiva de personas (no combatientes), el secuestro de niños para desarraigarlos de sus orígenes, son una parte de las atrocidades que aparecen en una guerra. En otras palabras, tanto la agresión militar (o declaración de guerra cuando se produce), como la organización de las operaciones de combate, deben ser sometidas a un escrutinio completo; pero, no sólo esto, sino también cómo se han llevado a cabo tales operaciones militares y los medios bélicos que han sido empleados, pues, es preciso dejar claro que no todo vale en una guerra. De ahí que existan crímenes de guerra.

Aquellas dificultades que se imputaron a los juicios de Nüremberg y Tokio, en relación con el principio de legalidad y la no retroactividad de la ley penal, que no fue tal, pues existían tratados previos como el de París de 1928, en la actualidad, desde luego, han desaparecido. Hoy día tenemos además de los Convenios de Ginebra, varios Tratados internacionales y, además, se han trasladado al ordenamiento jurídico español, específicamente (aunque no sólo) en el Título XXIV del Libro II del Código Penal, arts. 605 al 616 quater, tipos penales al respecto.

Estos pocos artículos, sin embargo, contienen un amplio abanico de tipos penales. Junto a los delitos contra el Derecho de gentes, se encuentran los delitos de genocidio, de lesa humanidad, los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y los delitos de piratería; todos los cuales, como dije, abarcan una gran variedad de conductas, tanto activas como omisivas.

El lector encontrará un desarrollo de las cuestiones que surgen al enfrentarse con los diferentes tipos indicados. La lectura de esta obra es ágil y, por ello, sin problema alguno, es posible seguir el hilo conductor que, claramente, se centra en que no todo vale en una guerra, ni en cuanto a los medios empleados, ni en relación con los modos de utilización, ni, en fin, en el trato dado a las personas sean o no combatientes.

Quiero entresacar dos cuestiones muy importantes que Fernando Pignatelli trata con detalle. Por una parte, la cuestión del deber de garante o, dicho de otra manera, la responsabilidad de los superiores por los actos realizados por los subordinados. Esta problemática, que aparece en muy diversos aspectos de la vida y en relación con todo tipo de delitos, es mucho más importante en los supuestos de conflicto armado, pues impone a los superiores la obligación de esforzarse en que los subordinados no realicen acciones indignas e inadmisibles respecto de personas o cosas. Por ejemplo, ejercer la violencia sobre personal sanitario o religioso; privar del alimento indispensable o someter a las personas protegidas a tratos humillantes o degradantes; o utilizar de modo péfido bandera de parlamento o de rendición; o no dar cuartel; llevar a cabo deportaciones o traslados forzosos, etc.

Y, como indicamos, emplear u ordenar emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos. Realizar actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, la esterilización, etc. Estos ejemplos nos ponen ante una realidad en la que el mando viene obligado a poner los medios adecuados para que no puedan producirse.

Estos y muchos otros tipos penales requieren un examen minucioso y, aquí lo encontrará el lector pues, el autor con una gran profundidad de ideas y, con

una utilización magistral de la lingüística, nos conduce por los problemas que ellos plantean.

La otra cuestión a la que me refería era a la expresa mención que realiza el Código Penal relativo a que no es aplicable la eximente núm. 7 del art. 20, esto es, el cumplimiento de un deber. No existe en nuestro ordenamiento jurídico la exención de responsabilidad por obediencia debida, pero tampoco cabe ampararse en que se está cumpliendo un deber. Sin duda, no era necesario, pues no cabe pensar en que el cumplimiento de un deber abarque realizar tales conductas, pero dejarlo claro en el Código Penal no está de más.

Fernando Pignatelli con todo rigor estudia estas cuestiones bajo el título de la obediencia jerárquica como causa de exención de la pena; aquí deja claro que no existe tal posibilidad. Es evidente que una organización jerarquizada tiene que fundamentarse en la disciplina y la obediencia. Pero, tal obediencia tiene límites y sus contornos están dibujados por el cumplimiento estricto de la ley. No caben mandatos antijurídicos obligatorios, por lo tanto, no existe tal obligación de obedecerlos.

El autor, que es un experto en esta materia del Derecho penal internacional y Derecho internacional humanitario, nos lo muestra con brío y con el aporte de sus conocimientos enciclopédicos sobre los Convenios, Tratados, Reglamentos y demás instrumentos en donde están plasmadas las normas por las que se regula toda esta materia, pues, por ejemplo, como indicamos, no pueden utilizarse (constituye un tipo penal establecido en el art. 610 del Código Penal) en un conflicto armado «métodos o medios de combate prohibidos», pero para saber cuáles son tales métodos o medios es preciso acudir a otros lugares; o sobre qué se entiende por perfidia, etc. Fernando Pignatelli nos lo muestra y explica con total precisión.

El lector seguro que disfrutará de esta inmersión en una materia tan importante y, paradójicamente, tan escasamente tratada. Estamos ante una obra que constituye un paso importante en la dogmática penal aplicada sobre estos tipos penales cuya finalidad es la de evitar los crímenes de guerra.

Jacobo Barja de Quiroga López
Presidente de la Sala 5.^a de lo Militar del Tribunal Supremo

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I. Consideraciones preliminares	19
1. El principio de la prohibición del uso de la fuerza -armada- en el Derecho internacional.....	20
2. La realidad actual de la violencia bélica y la respuesta social a ella a través del Derecho internacional humanitario.....	24
3. Caracteres del Derecho internacional humanitario contemporáneo	33
CAPÍTULO II. La tipificación en el Derecho español de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado	39
1. Aseguramiento de la eficacia del Derecho internacional humanitario y naturaleza no autoejecutiva de las prescripciones convencionales en que se plasma la obligación de sancionar determinados crímenes de guerra	39
2. El Código Penal.....	42
3. El Código Penal Militar.....	52
CAPÍTULO III. Características más destacables de la regulación de los delitos de guerra en los Capítulos III y IV del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal.....	61
CAPÍTULO IV. Antijuridicidad material: bien jurídico protegido...	85
CAPÍTULO V. Ámbito temporal: el elemento, ocasional o de contexto, de conflicto armado	91
1. El conflicto armado de carácter internacional; la ocupación militar	99

2. El conflicto armado sin carácter internacional.....	102
3. La determinación de la existencia y ámbito de extensión del conflicto armado en el derecho español y consecuencias que comporta	108
4. La relación de los hechos con el conflicto armado como circuns- tancia determinante de su calificación como delitos de guerra..	112
CAPÍTULO VI. Ámbito subjetivo	119
1. El sujeto activo	119
1.1. Determinaciones previas	120
1.2. Disposiciones comunes -Capítulo IV del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal-	128
1.2.1. <i>El artículo 615</i>	128
1.2.2. <i>La sanción de quienes ordenen la comisión de delitos de guerra y la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados; el artículo 615 bis</i>	129
1.2.2.1. <i>Los artículos 86.2 y 87 del Protocolo I Adicional de 1977</i>	134
1.2.2.2. <i>El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Interna- cional</i>	140
1.2.2.3. <i>La legislación penal española</i>	149
1.2.2.3.1. <i>Consideraciones generales</i>	150
1.2.2.3.2. <i>El artículo 615 bis</i>	156
1.2.2.3.2.1. <i>Consideraciones generales</i>	157
1.2.2.3.2.2. <i>Modalidades comisivas</i>	171
2. El sujeto pasivo -las personas protegidas-; el artículo 608.....	180
2.1. Consideraciones generales.....	180
2.2. Clases de personas protegidas	189
2.2.1. <i>Heridos y enfermos, náufragos y personal sanitario y reli- gioso</i>	190
2.2.2. <i>Prisioneros de guerra</i>	192
2.2.3. <i>Población civil y personas civiles</i>	196
2.2.4. <i>Personas fuera de combate y personal de la Potencia protec- tora y de su sustituto</i>	198
2.2.5. <i>Parlamentarios y personas que los acompañen</i>	201
2.2.6. <i>Personal de las Naciones Unidas y personal asociado</i>	202
2.2.7. <i>Personas protegidas en virtud del Protocolo II Adicional o por cualesquiera otros tratados internacionales en que España fuere Parte</i>	204
2.2.8. <i>Miembros de la Comisión Internacional de Encuesta</i>	210

CAPÍTULO VII. Causas específicas de agravación de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado; los artículos 614 bis y 616	213
CAPÍTULO VIII. La obediencia jerárquica como causa de exención de la pena; el artículo 616 bis	217
CAPÍTULO IX. Los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el Código Penal; análisis de las tipicidades concretas	241
1. Ataques contra la vida, la integridad física o mental, la salud, la supervivencia y la dignidad de las personas protegidas; el artículo 609	241
2. Conducción ilícita de las hostilidades; el artículo 610	250
3. Infracciones muy graves contra personas protegidas; el artículo 611	256
4. Otras infracciones de la normativa del Derecho internacional humanitario; el artículo 612	294
5. Protección de determinados bienes en caso de conflicto armado; el artículo 613.....	318
5.1. Apartado 1; tipos básicos	323
5.1.1. <i>Protección de bienes culturales y lugares de culto colocados bajo protección general</i>	324
5.1.2. <i>Protección de otros bienes u objetos que no son bienes culturales o lugares de culto colocados bajo protección general.....</i>	331
5.2. Apartado 2; tipos agravados	351
6. Tipo general residual; el artículo 614.....	355

Los trágicos efectos que el flagelo de la guerra continúa, en este primer cuarto del siglo XXI, ocasionando a la humanidad en forma tanto de los indecibles sufrimientos que la violencia bélica ocasiona, directa o incidentalmente, en quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades como de los daños y destrucciones de bienes e infraestructuras que no son objetivos militares y que o bien integran el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos o resultan indispensables para la supervivencia de las poblaciones afectadas, obliga a una respuesta del Derecho para sancionar tanto el incumplimiento de la prohibición de recurrir al uso de la fuerza armada que se consagra en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas como a quienes, durante los enfrentamientos, cometen o dan órdenes de cometer actos que contravienen el Derecho de los conflictos armados o Derecho internacional humanitario convencional -y en algunos casos consuetudinario- que regula el comportamiento de los combatientes. En el Código Penal de 1995 España dio acabado cumplimiento a esa obligación convencional asumida -hasta entonces parcial y deficientemente cumplimentada en los Códigos de Justicia Militar de 1945 y Penal Militar de 1985-, agrupando, en los Capítulos III -artículos 608 a 614 bis- y IV -artículos 615 a 616 bis- del Título XXIV de su Libro Segundo, tanto los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado como las disposiciones comunes al Título, que, con las sucesivas reformas de 2003 y 2010 -que han venido a integrar en la regulación original tanto tipos penales consecuentes a novedades ratificatorias posteriores a 1995, sobre todo el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como normas sobre imprescriptibilidad de delitos y penas y responsabilidad de los superiores por actos de sus subordinados, entre otras-, puede decirse que merece un juicio general altamente positivo y muy destacado entre los Estados de nuestro entorno.

Ofrece esta obra un análisis detallado de la, en el ámbito del Derecho comparado, novedosa y, en general, atinada, normativa penal española vigente en materia de delitos de guerra, para lo que, dada la abundancia de tipos en blanco en que se contiene el núcleo esencial de la prohibición, la precisión de la conducta delictiva exige acudir al examen de las normas, convencionales o consuetudinarias, de que estos traen causa, en orden a facilitar al operador jurídico la debida configuración, a través de dichos elementos normativos, de la respectiva acción típica.

Y todo ello sin perjuicio de la crítica que ciertos preceptos merecen, llevando a cabo un pormenorizado análisis de la regulación del género delictivo de guerra y sus características en nuestro Código Penal -al que, a través de la técnica del reenvío formal o no recepticio dinámico, se remite el artículo 9.2 a) del Código Penal Militar de 2015-, mediante un examen individualizado de cada figura delictiva y de los principios y normas pertenecientes al Derecho penal internacional y al Derecho internacional humanitario que resultan necesarios para integrarlas.

Fernando Pignatelli y Meca es Doctor en Derecho, General Consejero Togado retirado y Magistrado del Tribunal Supremo jubilado.

Ponente de la Comisión que redactó la propuesta para la introducción en el Código Penal de 1995 del Capítulo III del Título XXIV de su Libro Segundo.

Miembro de la Delegación Diplomática del Reino de España en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, en la que se acordó establecer la Corte Penal Internacional, de la Comisión Interministerial y de la Delegación del Reino de España en la Comisión Preparatoria de la futura Corte Penal Internacional que culminó sus tareas en 2002 y de la Delegación del Reino de España en las Asambleas de los Estados Partes en el Estatuto de Roma celebradas en Nueva York y La Haya de 2002 a 2007.

Autor de varios libros -“La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal”, “El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios” y “Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español”-, ha participado en numerosas obras colectivas y ha publicado múltiples artículos en España, Italia e Hispanoamérica sobre materias penales, administrativas e internacionales.

Ha sido, y es, conferenciante en numerosos centros académicos civiles y militares, Universidades españolas y extranjeras, Congresos, CGPJ, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, etc., profesor en másteres de diversas Universidades y presidente y miembro de Tribunales de tesis doctorales y TFM,s y director de TFM,s.

Desde 2008 es miembro, en calidad de experto, de la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario -CEDIH- del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

Es miembro del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar y del Comité Científico de la Colección de Derecho Militar de la Editorial Reus y Asesor de la Colección de Derecho e Historia Militar del Consejo Editorial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado -AEBOE-.