

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

JOSÉ L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO * - MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ **

Propuesta elaborada por la Comisión del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja española:

Presidente: Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.

Vocales: Dr. D. Manuel Pérez González, Dr. D. Agustín Corrales Elizondo, Dra. Dña. Concepción Escobar Hernández, D. Fernando Pignatelli Meca, D. José Luis Doménech Omedas, D. Javier Guisández Gómez, D. Luis Bernardo Álvarez Roldán, Dr. D. Francisco Alonso Pérez, D. Juan Manuel García Labajo, Dr. D. José García San Pedro y D. David Suárez Leoz.

Secretario: D. Joaquín López Sánchez.

I. MEMORIA

1. Justificación de la propuesta

En 1990, y con ocasión del proceso de revisión del Código Penal por entonces en curso, la Cruz Roja Española, a través de su Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (CEDIH), había elaborado y cursado una propuesta con el objeto de incluir en dicho Código un capítulo nuevo en el que se definieran ciertos delitos que, según los convenios internacionales aplicables, constituyen infracciones graves de las normas del derecho internacional humanitario.

La necesidad de tipificar esos delitos en la legislación penal española resultaba perentoria, teniendo en cuenta, por una parte, el desarrollo del derecho

* Director del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española desde 1995. Director de la Revista Española de Derecho Militar (desde 1999). Desempeñó el cargo de auditor presidente del Tribunal Militar Central del Reino de España (1995-1998). Profesor de Derecho Internacional Humanitario en Universidades e Institutos militares de España y América.

** Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (desde 1988). Ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (1981-1986). Vicepresidente de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo.

internacional humanitario en las últimas décadas, y, por otra parte y específicamente, la ratificación por España en 1989 de los dos Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 (BOE, 26 de julio de 1989). En su condición de Estado Parte en los Convenios de 1949 y en los Protocolos Adicionales de 1977, España ha contraído la obligación de respetar y hacer respetar sus disposiciones —buena parte de las cuales son a la vez reglas de derecho internacional consuetudinario— y, en particular, el compromiso jurídico de “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves” de esos tratados (art. 49, Convenio I, art. 50, Convenio II, art. 129, Convenio III, art. 146, Convenio IV) y reprimir, en consecuencia, esas infracciones graves (art. 86, Protocolo Adicional).

La propuesta en cuestión acabó siendo acogida, incorporándose a su texto en el Código Penal de 1995, cuyo título XXIV (“Delitos contra la comunidad internacional”), vino así a incluir un capítulo III (arts. 608 al 614) bajo la rúbrica “De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”.

Con esta innovación legislativa, que supuso una precisa adaptación del derecho interno a las prescripciones internacionales orientadas a la punición de ciertos crímenes internacionales que generan responsabilidad penal individual, el Código Penal español se convirtió en modelo para las iniciativas legislativas emprendidas en otros países en este terreno.

Al día de hoy, nuevos desarrollos sobrevenidos en el derecho internacional, así como nuevos compromisos convencionales adquiridos por España al incorporarse a diversos tratados multilaterales, aconsejan retocar el Código Penal de 1995 en la referida línea de adaptación a la normativa internacional. De ahí esta nueva propuesta que hoy se presenta desde el CEDIH de la Cruz Roja Española.

Así, la ratificación por España, el 24 de octubre de 2000 —autorizada por la ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE, 5 de octubre de 2000)—, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998), aporta la base jurídica de la aconsejable inclusión en el Código de las siguientes tipificaciones:

1. Utilización de personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa (conf. art. 8, ap. 2, b, xxiii] del Estatuto).

2. Violación a sabiendas de la protección debida a hospitales y material sanitario —por añadidura a unidades y medios de transporte sanitarios, supuestos que ya estaban recogidos en el Código —conf. art. 8, ap. 2, b, ix) y xxiv), y e, ii) y iv)—.

3. Ejercer violencia sobre el personal habilitado para utilizar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional (conf. art. 8, ap. 2, b, xxiv] y e, ii]).

4. Cometer contra cualquier persona protegida actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra (conf. art. 8, ap. 2, b, xxii] y e, vi]).

5. Hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar del mismo modo los suministros de socorro realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra (conf. art. 8, ap. 2, b, xxv]).

6. Dirigir intencionadamente ataques contra personal, instalaciones, material o unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (conf. art. 8, ap. 2, b, iii], y e, iii]).

7. Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa (conf. art. 8, ap. 2, b, xiv]).

En algún caso, la propuesta de inclusión en el Código de una tipificación que no figuraba en él, aun siguiendo la línea definitoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aporta especificaciones provenientes del derecho internacional de los conflictos armados: así, la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa (ver arts. 35, 40 y 41, Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Segunda Convención de La Haya, de 29 de julio de 1899), la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado (ver arts. 52 al 56 del citado Reglamento), y la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa.

A pesar de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no ha entrado todavía en vigor, su ratificación por España conlleva el deber de ajustar la legislación interna —sustantiva y procesal— a sus disposiciones, aparte del deber, enunciado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (BOE, 13 de junio de 1980), de abstenerse de actos por los cuales se frustren el objeto y el fin de dicho Estatuto, durante el período que media entre la ratificación y la entrada en vigor (art. 18, b de la Convención).

En otro orden de cosas, la presente propuesta, fiel a la loable posición de España compartida con el CICR y la Federación Internacional de Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja de reforzar la protección de los ni-

ños en los conflictos armados elevando de quince a dieciocho años la edad de participación en éstos, viene a situarse en la línea del Protocolo facultativo de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, adoptado el 25 de mayo de 2000.

En consecuencia con dicho Protocolo facultativo, que supera en la línea apuntada las previsiones del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra (art. 77), de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 38) y del propio Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8, ap. 2, b, xxvi] y e, vii]), la presente propuesta propugna castigar penalmente a quien reclute o aliste obligatoriamente a menores de dieciocho años o los utilice para tomar parte activa en las hostilidades.

Algún punto de la propuesta que hoy se presenta, descansa, a su vez, en desarrollos convencionales que vienen a perfeccionar, reforzándolas, diversas reglas de protección enunciadas en tratados de derecho humanitario. Así, la nueva redacción que se propone para la definición de delitos que representan violaciones graves de reglas protectoras de los bienes culturales, acusa la influencia del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, adoptado el 26 de marzo de 1999 y ratificado por España el 6 de julio de 2001, el cual introduce, *inter alia*, la noción de protección reforzada.

Se incluye, en fin, en virtud de la presente propuesta, una referencia al personal de las Naciones Unidas y al personal asociado, en el art. 608 del Código en el que se precisa el contenido de la expresión “personas protegidas”, por relación a tratados en los que España es parte, en este caso la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (9 de diciembre de 1994), cuyo instrumento de ratificación por España fue depositado el 13 de enero de 1998 (BOE, 25 de mayo de 1999). La inclusión de esta referencia genérica a dicho personal dentro de la disposición del Código en que se establece qué hay que entender por personas protegidas, cubre no sólo los ataques intencionados contra este personal (conf. art. 8, ap. 2, b, iii] y e iii] del Estatuto de la Corte Penal Internacional), sino también cualesquiera otras violaciones graves de las reglas protectoras de derecho humanitario, cometidas respecto de él.

En caso de que, acogiendo esta propuesta, el legislador decida introducir en el Código Penal vigente los ligeros retoques que en ella se indican, estará contribuyendo a perseguir esa *plenitudo ordinis* que, en cada sistema de derecho interno, debe desarrollarse a partir de las exigencias que la evolución de las reglas del derecho internacional generan para los Estados que libremente las acepten, “nacionalizándolas”, esto es, incorporándolas a su propio ordenamiento jurídico. Máxime cuando, como es el caso, esas reglas responden a la finalidad ética de reducir al máximo los espacios de impunidad en relación con ciertas conductas que atacan valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

A todos estos argumentos habría que añadir la obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con las armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonal, consistentes en el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición, conservación, transferencia o vulneración de la obligación de destrucción de tales armas, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (ratificada por España por Instrumento de 1 de junio de 1979), de la Convención de 1993, sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (ratificada por España por Instrumento de 3 de agosto de 1994) y de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (ratificada por España por Instrumento de 7 de enero de 1999).

2. Breve referencia a la legislación extranjera, técnica jurídica empleada y análisis de las modificaciones propuestas

2.1. Legislación extranjera

Ha sido muy desigual el grado de cumplimiento por los diversos Estados de las obligaciones que surgen de las normas de derecho internacional humanitario, que determinan el deber de establecer adecuadas sanciones penales en el caso de infracciones graves (crímenes de guerra).

Algunos países (República Federal de Alemania, Francia y Austria) consideraron suficientes los preceptos de su derecho penal interno que, lógicamente, sancionan el homicidio, lesiones, violación, robo o daños como delitos comunes, para castigar todas las violaciones graves del derecho internacional humanitario contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales de 1977 y otros instrumentos del derecho internacional de los conflictos armados. Sin embargo, las descripciones contenidas en los tipos comunes para abarcar la incriminación de determinadas infracciones relativas a la conducción de las hostilidades, protección de las víctimas y empleo de medios (armas) o métodos de combate prohibidos o restringidos por las normas aplicables en los conflictos armados, resultan insuficientes; y además, las penas previstas para los delitos comunes no son, en todos los casos, las más adecuadas para sancionar tan graves violaciones.

Otro sistema seguido por otros Estados (Italia, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos de América) consiste en la llamada incriminación global simple. Es decir, se incorpora a la leyes penales (comunes o militares) una cláusula

general abierta remite a las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario, con una técnica similar a la conocida como la de “leyes penales en blanco”. Este criterio ha merecido algunas críticas desde el punto de vista de que no satisface el principio de legalidad penal (en su vertiente de taxatividad) y, fundamentalmente, porque al establecer una pena única no permite diferenciar la sanción en función de la gravedad de las distintas infracciones.

Se pueden encontrar en la legislación extranjera sistemas mixtos o que combinan criterios diferentes, como la denominada “doble incriminación atenuada” (o incriminación específica parcial) que siguen Brasil, China, Grecia y Turquía. O la incriminación global mixta, que utilizan las normas penales de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza.

Sin embargo, puede afirmarse que el sistema de mayor perfección técnica, al menos desde el punto de vista del sistema continental o romano-germánico dentro del que puede incluirse al sistema penal español, es el llamado de “incriminación específica completa”, que establece una descripción exhaustiva de las conductas criminales, tipificando así las infracciones penales, y fija las penas de cada delito con una adecuada dosimetría. Se trata de una norma penal autosuficiente, sin perjuicio de los ineludibles elementos normativos (por ejemplo, el concepto de “prisionero de guerra” hay que ir a buscarlo al Convenio III de Ginebra de 1949), que se puede completar con un tipo residual más general y algunas disposiciones comunes. Los ejemplos más recientes son las legislaciones o proyectos normativos de Bélgica, Canadá, Rumania, Colombia, España (arts. 608 a 614, CPen. y arts. 69 a 78, Código Penal Militar) y proyectos de Argentina o Perú (Códigos de Justicia Militar).

Sin duda este sistema es el que mejor satisface el principio de legalidad penal proclamado en el art. 25 de nuestra Constitución española y en numerosas normas fundamentales que siguen el sistema continental o romano-germánico. Es decir, sólo así se cumple la exigencia de una ley penal “previa”, “*certa*”, “*scripta*” y “*stricta*”.

También son muy diversas las formas o técnicas de incriminación. El sistema de aprobación de una Ley Penal Especial para castigar los crímenes de guerra (u otros delitos internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad), topográficamente distinta de los Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar, es seguido en Bélgica, Canadá, Países Bajos, Reino Unido o Estados Unidos de América. En el sentir de una parte importante de la doctrina presenta la ventaja de agrupar en una única norma penal el conjunto de reglas especiales relativas a represión de los crímenes de guerra, que pueden ser cometidos por militares o personas civiles. Sin embargo, en contra se pueden esgrimir los argumentos que rechazan la proliferación de leyes penales especiales con el riesgo nada desdeñable de que en ellas se desconozcan o excepcionen determinados principios penales generales contenidos en el Código Penal común, que deberían presidir todo el sistema penal de un país.

Existen Estados que incluyen la sanción de los crímenes de guerra, a la vez, en el Código Penal ordinario y en el Código Penal Militar (Brasil, China, Argentina, Grecia, Turquía, Paraguay y España).

No faltan naciones que castigan las infracciones del derecho internacional humanitario únicamente en el Código Penal Militar o Código de Justicia Militar (Italia, Suiza, Noruega, Dinamarca, Irán o Perú).

Finalmente, hay países que solamente incriminan los crímenes de guerra en el Código Penal ordinario (Austria, Rusia y Suecia).

Numerosos Estados (Italia, Bélgica, Canadá, Suiza, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Argentina, Colombia, España y el proyecto de Perú) castigan con sanciones penales (o, en algún caso, disciplinarias) las infracciones del derecho internacional humanitario, sin hacer distinción entre las graves y las no graves, simples infracciones o actos contrarios, cuya punición se reserva a un tipo residual castigado con menor pena o se sancionan disciplinariamente. No obstante, es de destacar que el art. 9, § 4, ley belga de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves del derecho internacional humanitario, dispone que no será nunca aplicable a tales infracciones el procedimiento de remisión a la disciplina de los cuerpos (régimen disciplinario militar), previsto en el Código de procedimiento penal militar. Por el contrario, el art. 109, Código Penal Militar de Suiza determina que el delito militar consistente en la violación de las prescripciones de las convenciones internacionales sobre la conducción de la guerra y sobre la protección de las personas y de los bienes, así como la infracción de otras leyes y costumbres de la guerra reconocidas, será castigado disciplinariamente si es de poca gravedad.

Por último, la mayor novedad de las normas penales más modernas que regulan esta materia, castigando los crímenes de guerra, consiste en otorgar idéntica protección penal a las víctimas de los conflictos armados internacionales y a las personas y bienes protegidos en los conflictos armados internos o sin carácter internacional. Sistema seguido por Bélgica, Argentina, Colombia, Canadá, España, Alemania y, en buena parte, aceptado por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, de la Corte Penal Internacional.

Justamente la ratificación por diversos Estados del Estatuto de Roma les planteó la conveniencia de modificar sus normas penales (leyes penales especiales, Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar) para tratar de adecuar su contenido en materia de crímenes de guerra (o genocidio y crímenes de lesa humanidad) a los preceptos del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la materia, integrados no sólo por el art. 8 (que castiga los crímenes de guerra de la competencia de la Corte) sino también por los principios generales de derecho penal (arts. 22 a 33), con indudable incidencia en la parte general de los códigos penales.

Dos modelos muy característicos de leyes penales especiales para la represión de los crímenes de guerra y otros delitos internacionales (genocidio y

crímenes de lesa humanidad), promulgadas recientemente para adaptar sus preceptos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son la ley belga de 10 de febrero de 1999, sobre la represión de las violaciones graves de derecho internacional humanitario, que modificó la ley de 16 de julio de 1993, y la ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que modifica en consecuencia determinadas leyes.

Son normas ciertamente muy diferentes al inscribirse en sistemas jurídico-penales tan distintos como el modelo anglosajón (Canadá) o el romano-germánico (Bélgica). Así, llama la atención en la ley canadiense las referencias al derecho internacional consuetudinario, convencional o a los principios generales del derecho en la definición de los crímenes, la falta de dosimetría penal, la remisión al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945 y a la *Proclamation* del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas, de 19 de enero de 1946 (Juicios de Nuremberg y Tokio) o la aplicación retroactiva de la ley penal.

Por el contrario, la ley belga es respetuosa del principio de legalidad penal en la descripción de las conductas incriminadas (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), contiene una adecuada dosimetría penal al establecer las sanciones según la gravedad de los crímenes y sus resultados, castiga los actos preparatorios, las formas de resolución manifestada y de participación en el delito, la omisión y la tentativa, determina las causas de justificación y exclusión, los límites de la obediencia jerárquica, la igualdad ante la ley penal, la aplicación del Código Penal a la ley penal especial, el ámbito de la competencia jurisdiccional, la imprescriptibilidad de los crímenes, la regulación de la competencia de la jurisdicción militar y la prohibición de la remisión al campo disciplinario. En definitiva, una norma que se inscribe en un sistema penal muy parecido al español, que también pertenece al modelo romano-germánico.

La ley de la República Federal de Alemania del 22 de abril de 2002, que establece un Código de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*), es una excelente norma que incorpora el Código de Crímenes contra el Derecho Penal Internacional y, entre ellos, incrimina los crímenes de guerra, con una técnica muy similar a la utilizada en esta propuesta.

2.2. Técnica jurídica empleada

Se ha partido del texto vigente del Código Penal, aprobado por ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo capítulo III ("Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado") del título XXIV ("Delitos contra la comunidad internacional"), que contiene los arts. 608 a 614, fue aprobado en su día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elabo-

rada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En el referido capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (art. 608) y, luego, se tipifican las violaciones del derecho internacional humanitario (o derecho internacional de los conflictos armados) cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacional (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (arts. 609 a 614).

A la vista de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su vigencia, a partir del 1º de junio de 2002, teniendo en cuenta además la ratificación de otros instrumentos de derecho internacional humanitario (o derecho internacional de los conflictos armados) como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994 y el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, Convención de La Haya de 1954 sobre Protección Reforzada de los Bienes Culturales, resulta muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los arts. 608 a 614 citados, CPen. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, entendemos que puede ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

En esta misma línea, que preside la presente propuesta, de alterar sólo en la medida necesaria el vigente Código Penal, se proponen escasas modificaciones del articulado que derivan de otras normas del derecho internacional de los conflictos armados como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972 sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, así como de la Convención de 1993 sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción. Y a estos instrumentos habría que añadir, aunque se encuentra en trámite de autorización parlamentaria, el Protocolo facultativo de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

Finalmente debemos destacar que la presente propuesta no se agota en el propósito de modificar el mencionado capítulo III del título XXIV del Código Penal, puesto que se considera muy conveniente, particularmente a la vista de los *principios generales del derecho penal* establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (arts. 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se propone, en

consecuencia, añadir al capítulo IV (“Disposiciones comunes”) del título XXIV (“Delitos contra la comunidad internacional”) los arts. 616 bis y 616 ter para acoger la regulación de los arts. 28 y 33, Estatuto de Roma. Y asimismo contiene esta propuesta la modificación de los arts. 131 y 133, CPen. (capítulo I del título VII del libro primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 29, Estatuto de Roma.

Como técnica legislativa se propone la aprobación de una ley orgánica de modificación parcial del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuya propuesta de texto articulado y Exposición de Motivos se acompaña a esta memoria.

Asimismo se adjunta como Anexo I la presentación comparativa, en textos a doble columna, del articulado vigente del Código Penal y de los preceptos cuya modificación se propone.

2.3. Análisis de las modificaciones propuestas

LIBRO I

Disposiciones generales

TÍTULO VII

De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos

Capítulo I

De las causas que extinguen la responsabilidad criminal

Artículo 131.— La modificación que se propone, de acuerdo con el art. 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añade al nro. 4 del art. 131 (que alude sólo al genocidio en la redacción vigente) que no prescribirán en ningún caso *los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de este Código, salvo los castigados en el art. 614*. La excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del art. 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del derecho internacional humanitario o derecho internacional de los conflictos armados.

Artículo 133.— Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se presenta en el art. 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con el siguiente agregado: *así como las penas impuestas por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del título XXIV del libro II de este Código, salvo los castigados en el art. 614*. Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar una norma similar que se propone en la modificación del art. 131, CPenal.

LIBRO II

Delitos y sus penas

TÍTULO XXIV

Delitos contra la comunidad internacional

Capítulo III

Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado

Artículo 608.— Se propone agregar un nuevo apartado, dejando inalterado el texto de los vigentes, para incluir en el concepto de personas protegidas a efectos de los delitos previstos en este capítulo III al personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994. Esta Convención fue ratificada por España el 13 de enero de 1998 y parece obligado proporcionar adecuada protección penal a las personas que participen en tales operaciones de las Naciones Unidas, con importante y habitual aportación de miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y otros funcionarios y ciudadanos españoles.

Por otra parte, a propuesta justamente de la Misión Española en la Conferencia Diplomática de Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998), se incluyó la protección penal internacional de este tipo de personas, considerándose crímenes de guerra de la competencia de la Corte Penal Internacional los ataques a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Y ello tanto en los conflictos internacionales como sin carácter internacional, según el art. 8, ap. 2, letra b, iii) y letra e, iii) del Estatuto de Roma.

Aunque bien pudiera interpretarse que tal personal está actualmente comprendido en el vigente nro. 6 del art. 608, por la remisión a *cualesquiera otros tratados internacionales en los que España fuere parte*, la exigencia constitu-

cional de certeza que debe presidir las normas penales aconseja la mención expresa de esas personas protegidas que son sujetos pasivos del delito y de la acción criminal.

Asimismo no es ocioso recordar que el art. 9 de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado comporta la obligación para cada Estado Parte (y España ha ratificado esta Convención) de que determinadas conductas intencionales que describe sean consideradas delito en la legislación nacional y sancionadas con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

Al incluir un apartado nuevo en el art. 608, que se señala con el nro. 6, el actual nro. 6 pasa a ser el nro. 7 del precepto, para respetar su ubicación como norma residual y abierta.

Artículo 609.— No se considera necesario proponer modificación alguna a este artículo.

Artículo 610.— Se propone añadir al texto actual del art. 610, como conducta incriminada, la de *ordenar no dar cuartel*, con sólido sustento en el art. 23, ap. d) de los Convenios de La Haya de 29 de julio de 1899 (ratificado por España el 4 de septiembre de 1900) y 18 de octubre de 1907 y sus Reglamentos anexos sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Por otra parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incrimina esta conducta en su art. 8, b, xii) para los conflictos armados internacionales y en el mismo art. 8, e, x) para los conflictos armados sin carácter internacional.

Asimismo, la propuesta agrega un párrafo dirigido a castigar determinadas conductas no abarcadas por el verbo típico utilizado en el primer párrafo del precepto (*emplear u ordenar emplear*), por lo que incluso podrían ser considerados actos preparatorios no expresamente sancionados, a pesar de que se trata de acciones prohibidas por convenciones internacionales de las que España es parte y de que en algunos de estos instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica consiste en *desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir* los siguientes tipos de armas: armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas, armas químicas y minas antipersonal.

La Convención de 10 de abril de 1972 sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, ratificada por España el 1 de junio de 1979, establece en su art. I el compromiso de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas, destruirlas o desviarlas hacia fines pacíficos lo antes posible (art. II), a no traspasarlas a nadie y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (art. III). El art. 160 del Código Penal vigente castiga la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, dentro de los “Delitos relativos a la

manipulación genética”, dando una protección penal parcial e insuficiente en relación con este tipo de armas.

La Convención de 1993 sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, ratificada por España el 3 de agosto de 1994, determina en su art. I que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y comprometerse a destruir las referidas armas químicas. Además, el art. VII obliga a cada Estado Parte a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención.

En relación con las armas químicas se promulgó en España la ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control, el real dec. 663/1997 sobre la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas, y la ley orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal en esta materia y, concretamente, de los arts. 566 y 567, encuadrados en el capítulo V, sección 1ª, “Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”. Sin embargo, se considera más sistemática la ubicación de la incriminación de todas las violaciones del Convenio sobre armas químicas, con el fin de protección de las víctimas de tales medios de combate prohibidos, en el título XXIV dedicado a los “Delitos contra la comunidad internacional” y dentro del capítulo III “Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”. Y todo ello sin perjuicio de que pueda mantenerse la incriminación prevista en los vigentes arts. 566 y 567, CPen., en relación con las conductas que no guarden relación con los conflictos armados.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su art. 1 el compromiso para los Estados Partes de no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas actividades prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas. En el art. 9 (“Medidas de aplicación a nivel nacional”) los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención.

Respecto de las minas antipersonal se promulgó la ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

Es de destacar que no todas las conductas prohibidas en las Convenciones citadas se incriminan en este segundo párrafo del art. 609, cuya adición se propone, que se concreta en el castigo de las violaciones consistentes en las acciones u omisiones más graves e inequívocas (*desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir*). No se incluyen en el precepto

otras conductas prohibidas, donde no olvidemos que está prevista una pena grave (diez a quince años de prisión, sin perjuicio de la que corresponda por los resultados producidos), porque se trata de formas de participación (*ayudar, estimular o inducir*) que encuentran adecuado tratamiento en la parte general del Código Penal que regula la autoría y complicidad (arts. 28 y 29) o consisten en acciones de menor gravedad que se pueden sancionar en el tipo general residual del art. 614 del mismo Código Penal, cuya modificación también se propone para abarcar estas conductas.

Artículo 611.— Se proponen modificaciones poco extensas a este precepto, todas ellas derivadas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Así, en el nro. 4 se añade la expresión *confine* como acción alternativa a la conducta consistente en la detención ilegal, con objeto de mejorar la protección de las víctimas a quienes se restrinja ilegalmente su libertad. Se coordina de esta forma este crimen con la redacción del art. 8, 2, a, vi) del Estatuto de Roma que incluye una referencia expresa al confinamiento ilegal.

Además, se adiciona al nro. 4 el párrafo siguiente: *o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa*. Conducta que se incrimina en el art. 8, 2, b, xxiii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y que tiene suficiente base convencional en la prohibición contenida en el art. 27, Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el art. 51, ap. 7, del Protocolo I Adicional de 1977.

En el nro. 5 del art. 611, se añade la expresión *directa o indirectamente*, para ajustar el precepto de una manera más fiel al texto del art. 8, 2, ap. b, viii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Finalmente se propone adicionar un nro. 8 para castigar a quien *declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un juez o tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa*. Corresponde esta conducta a la incriminada en el art. 8, 2, b, xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta incriminación es el art. 23, ap. h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Artículo 612.— Se incluyeron numerosas modificaciones en la propuesta de modificación de este extenso precepto, a la vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de otros instrumentos convencionales como el Protocolo facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994.

En el nro. 1 del art. 612 se amplía la protección penal a los *hospitales, instalaciones o material*, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8, 2, b, ix) y xxiv)

del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para los conflictos armados internacionales y en el art. 8, 2, e, iii) y iv) para los conflictos armados sin carácter internacional. Los incs. ix) y iv) se refieren, entre otros, a los *hospitales* y los xxiv) y iii) a los *edificios y material*. Sin embargo, se ha preferido el término *instalaciones* en lugar de *edificios* por describir con mayor amplitud los lugares protegidos por su relevancia para la asistencia sanitaria.

Se propone añadir al nro. 2 del precepto la siguiente frase: *o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional*. La justificación de esta adición hay que buscarla también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo art. 8, 2, b, xxiv) para los conflictos armados internacionales y e, ii) para los conflictos armados sin carácter internacional, emplea esta expresión para ampliar la protección a toda persona autorizada (*habilitada*) para utilizar dichos *signos o señales* (términos más acordes que el de *emblemas*, según el art. 8, Protocolo I Adicional de 1977) de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Al final del nro. 3 del artículo se añade la siguiente frase: *y, en particular, reclute o aliste obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades*. Inicialmente la razón de esta modificación nace del Estatuto de Roma que, en el art. 8, 2, b, xxvi) para los conflictos armados internacionales y e, vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la propuesta, en consonancia con la postura de la Misión de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los arts. 1 y 2, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado por España el 6 de septiembre de 2000.

El nro. 4 del texto vigente pasa, en la propuesta, a constituir el nro. 6, al adicionarse un nuevo nro. 4 y 5, que pasamos a justificar.

El nuevo nro. 4 se basa en el art. 8, 2, b, xxii) para los conflictos armados internacionales y e, vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma. Se ha tomado de estas normas el texto propuesto, con ligeros retoques para mantener algunas expresiones como *prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuran en el nro. 3 del vigente art. 612, CPen. El fundamento del castigo de estas conductas hay que buscarlo en el art. 27, Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

La justificación del nuevo nro. 5 del precepto, que proponemos, hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo art. 8, 2, b, xxv) para los conflictos armados internacionales, incrimina las conductas de provocar intencionadamente la inanición de la población civil

como método de hacer la guerra y obstaculizar los suministros de socorro. No obstante se ha creído preferible emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por ajustarse más exactamente a los términos del art. 54, Protocolo I Adicional de 1977, y art. 14, Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción que se propone es la siguiente: 5º. *Hiciere padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar, del mismo modo, los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra.*

Los nros. 4, 5 y 6 del vigente art. 612 pasan a integrar en la propuesta los nros. 6, 7 y 8 del precepto, con el mismo contenido.

Se agrega un nuevo nro. 9 con la siguiente redacción: 9º) *Viola suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.* Se trata de un precepto tomado del art. 72, Código Penal Militar, norma que se aplica únicamente a militares, por lo que resulta necesario incriminar esta conducta con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que estas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los arts. 35 a 41 de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y su Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

La propuesta añade un nuevo nro. 10 con la siguiente redacción: *Dirija intencionadamente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenazare con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.* Se ha respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el art. 8, 2, b, iii) para los conflictos armados internacionales y en e, iii) para los conflictos armados sin carácter internacional. Como se ha indicado en la justificación del art. 608, nro. 6, el precepto nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el art. 9, Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se han incluido también en el texto propuesto algunos elementos del citado art. 9, Convención de 1994, como las alusiones a la *residencia privada*, a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques.*