

LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA UN PARADIGMA EN LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
*General Consejero Togado, Director del Centro de Estudios de Derecho
Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española*

*...y el mar, espejo de mi corazón
las veces que me ha visto llorar
la **perfidia** de tu amor...¹*

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes de la incriminación en el Código penal español de los crímenes de guerra. III. La reforma del Código penal hecha por la LO 15/2003. IV. La propuesta de la Cruz Roja Española de 2007. V. La tramitación de la Ley Orgánica 5/2010. VI. Análisis de las modificaciones introducidas en el Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra. VII. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal español (LO 10/1995) ha sido extensamente modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE de 23/06/2010), que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010. Dentro de ésta profunda

¹ Dedicado al ilustre penalista que llegó antes al bolero que al art. 37 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

reforma legislativa, debemos celebrar la relativa a los crímenes de guerra, objeto de este artículo, que ha supuesto una incriminación que podemos calificar de modélica de los delitos contenidos en el Libro II, Capítulo III del Título XXIV, es decir: los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado². Se han subsanado en buena parte las deficiencias y lagunas de la modificación llevada a cabo por la LO 15/2003 y se ha incorporado la incriminación de algunas conductas como la utilización de minas antipersonas o municiones en racimo. En esta ocasión, después de un largo proceso se ha recogido prácticamente la totalidad de la propuesta formulada por la Cruz Roja Española y preparada en el año 2007 por su Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario³.

Así, en el año 2007, la Presidencia de la Cruz Roja Española remitió al Excmo. Sr. Ministro de Justicia el «Borrador de un Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

Durante el dilatado proceso de elaboración de la extensa modificación del Código Penal, aprobada finalmente por LO 5/2010, el Ministerio de Justicia fue enormemente receptivo a la propuesta de la Cruz Roja Española. En particular debemos destacar la sensibilidad de la Secretaria General Técnica en la incorporación de las aportaciones del Derecho Internacional Humanitario, que es de justicia personalizar en el Magistrado Rafael Alcalá Pérez-Flores siempre receptivo en la mejora de la protección penal de las víctimas de la guerra. Apoyo que se manifestó también por parte de la Fiscalía General del Estado y por el Consejo General del Poder Judicial durante la tramitación del Anteproyecto del Gobierno.

Finalmente, en el mes de noviembre de 2009, el Gobierno envió al Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*.

Al ser conocido el Proyecto del Gobierno, la Cruz Roja Española reparó en que no contenía ninguna mención al uso de las municiones en racimo

² F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal», en el libro *In Memoriam Gonzalo Jar Couselo* (en prensa)

³ Elaborada por una Ponencia constituida en el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), con la siguiente composición: Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del CEDIH, Prof. Dr. D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la UCM, Dr. D. Agustín Corrales Elizondo (+), Magistrado del Tribunal Supremo, Dr. D. Fernando Pignatelli Meca, Magistrado del Tribunal Supremo y D. Joaquín López Sánchez, Secretario del CEDIH. El texto de la Ponencia fue debatido en sesión plenaria de los Profesores del CEDIH y aprobado el día 23 de enero de 2007 y publicado en el nº 92 de la Revista Española de Derecho Militar.

(conforme al Convenio de Oslo de 2008) y, en este asunto, recibió un decidido apoyo del Ministerio de Defensa en orden a la incriminación de la utilización de las municiones en racimo, al haber depositado el Reino de España con fecha de 17 de junio de 2009 el instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre municiones en racimo, Oslo, 30 de mayo de 2008.

Asimismo, durante la tramitación de la referida Ley Orgánica en el Congreso de los Diputados, los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular y de Convergencia i Unió formularon a sugerencia de la Cruz Roja las correspondientes enmiendas que mejoraron el texto gubernamental, justamente en materia de la incriminación de las municiones en racimo y la protección penal del «Cristal Rojo», emblema previsto en el III Protocolo de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

II. ANTECEDENTES DE LA INCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

La Cruz Roja Española remitió en junio de 1991 al Gobierno una propuesta, preparada por el CEDIH, para castigar los crímenes de guerra en el nuevo Código penal que entonces se elaboraba⁴. Así se incorporó al vigente Código penal de 1995 el capítulo «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614). Tal incriminación, pionera en el mundo occidental, ha servido de modelo a diversos países europeos⁵.

Sin embargo, a partir de julio de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) se hacía necesaria una reforma del citado capítulo del Código penal. Los nuevos crímenes internacionales que se castigan en el Estatuto de Roma (que los declara imprescriptibles), la protección que merece el personal de las Naciones Unidas en sus misiones pacíficas y humanitarias, la prohibición de armas inhumanas e indiscriminadas (como las armas biológicas, químicas o minas antipersonas), la protección reforzada de los bienes culturales o los derechos de los niños, para limitar o impedir su participación en los conflictos armados, suponen avances del Derecho Internacional Humanitario que deben ser recogidos en las normas penales.

⁴ *Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 56-57 (julio-diciembre 1990 y enero-junio, 1991), pp. 693-845

⁵ F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010...», ob. Cit.

En efecto, los nuevos desarrollos del Derecho Internacional que justificaban la propuesta se podían concretar en la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que aconsejaba la modificación de numerosas tipificaciones), la incriminación de la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa, la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado, la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa, la protección de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000), la protección reforzada de los bienes culturales (Protocolo II de 26 de marzo de 1999) y la protección al personal de las Naciones Unidas y personal asociado (Convenio de 9 de diciembre de 1994).

A todas estas menciones 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 antipersonas, 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).

Recogiendo todos estos criterios, nuevamente la Cruz Roja Española (asimismo a propuesta del CEDIH) remitió al Ministro de Justicia en fecha 26 de febrero de 2002 una *Propuesta de modificación del Código penal español, en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*⁶. El Gobierno, sin embargo, no incorporó la propuesta al texto del Proyecto de Ley que fue enviado al Congreso.

⁶ Ver *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, julio-diciembre de 2001, pp. 87-128

III. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL HECHA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003

En el año 2003 se aprobó una extensa modificación del Código penal de 1995, realizada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. En particular resulta de interés la reforma del Título XXIV del libro II del Código penal («Delitos contra la comunidad internacional») y, más concretamente, la de su Capítulo III «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado»⁷.

Ahora bien, la reforma aporta extramuros de éste capítulo otros aspectos de gran importancia en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, como la incorporación al Código penal de los «Delitos de lesa humanidad» (que integran un nuevo capítulo II bis del citado Título XXIV del libro II, artículo 607 bis). Y, en el mismo sentido, podríamos destacar las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, así como de sus penas, la incriminación de los «delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» (artículo 471 bis), la regulación de la responsabilidad penal de los superiores (artículo 615 bis) o la exclusión de la aplicabilidad de la eximente de cumplimiento de un deber para los delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad (artículo 616 bis). Preceptos todos pretendidamente inspirados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, el Congreso aprobó por consenso (a iniciativa de Cruz Roja Española) cinco Enmiendas al Proyecto de Código penal, para proteger al personal de Naciones Unidas y personal asociado, incorporar como crímenes de guerra determinadas conductas ya incriminadas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (como la orden de no dar cuartel, la deportación ilegal, los asentamientos en territorio ocupado, los ataques a instalaciones o medios de transporte sanitarios o la violencia sobre el personal humanitario) o completar la defensa de los bienes culturales de especial relevancia, en caso de conflicto armado.

IV. LA PROPUESTA DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA DE 2007

Debemos recordar que la sólida base de partida en el derecho penal español ha sido el texto del Código penal, aprobado por Ley Orgánica

⁷ J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «La reforma del Código penal español, por Ley Orgánica 15/2003: Un paso al frente en la «criminalización de la barbarie», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 82, julio-diciembre de 2003, pp. 197-234.

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 artículos 608 a 614, fue aprobado en su día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elaborada 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 (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario 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 (artículos 609 a 614).

A la vista de la insuficiencia de la LO 15/2003, 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 entrada en vigor el 1 de julio de 2002, así como de la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario 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, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales, 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 y el Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, resultaba muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, la Cruz Roja española entendió que podía ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

Como hemos visto, justamente éste fue el contenido del «Borrador de un Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» elaborado por la Cruz Roja Española⁸.

En el referido Borrador se proponían escasas modificaciones del articulado, a las que se añadían otras derivadas de diversas normas del Derecho

⁸ Publicado en la *Revista Española de Derecho Militar*, n° 92, julio-diciembre de 2008, pp. 273-300

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 tóxicas y sobre su destrucción, de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, así como de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas. Estas reformas, al tratarse de delitos que no necesariamente pueden cometerse en tiempo de conflicto armado, afectarían a los artículos 566 y 567 del Código penal (Título XXII, Capítulo V, Sección 1ª: «De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos»).

La propuesta no se agotaba en el propósito de modificar los mencionados Capítulo III del Título XXIV y Sección 1ª, Capítulo V del Título XXII del Código Penal, puesto que consideraba muy conveniente, a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se proponía, en consecuencia, añadir en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) el artículo 616 ter para acoger la regulación del artículo 33 del Estatuto de Roma.

Por otra parte, se daba nueva redacción al artículo 616 para evitar la imposición de penas privativas de derechos desproporcionadas para determinados delitos.

Y asimismo contenía la propuesta de modificación de los artículos 131 y 133 del Código Penal (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 artículo 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Roma.

En definitiva, como técnica legislativa, se proponía 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 acompañaba.

Consecuentemente, en Enero del año 2007, la Presidencia de la Cruz Roja Española remitió al Excmo. Sr. Ministro de Justicia el citado «Borrador de un Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

V. LA TRAMITACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010

Después de una dilatada elaboración en el Ministerio de Justicia, donde se tuvo en cuenta la propuesta de Cruz Roja Española en materia de crímenes de guerra, se publicó el Anteproyecto de modificación del Código penal en noviembre de 2008. Aún debió transcurrir otro año para que este Anteproyecto recibiera los informes de la Fiscalía General del Estado, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado. El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, fue aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de noviembre de 2009, remitido al Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (27 de noviembre de 2009).

Aunque el Proyecto recogía, casi en su total integridad la propuesta de la Cruz Roja Española⁹, el tiempo transcurrido (casi tres años) desde su formulación, aconsejó la proposición de algunas modificaciones en su articulado. Hay que tener en cuenta que la Cruz Roja Española es una institución humanitaria de interés público, auxiliar y colaboradora de las Administraciones Públicas, uno de cuyos fines es velar por el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario (art. 1 del R. Decreto 415/1996).

Así pues, el Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (CEDIH), perteneciente a la Cruz Roja Española, formuló algunas sugerencias y observaciones, concretamente las relativas a la incriminación del uso de municiones en racimo y a la protección del Tercer Emblema («Cristal Rojo») establecido de forma opcional en el III Protocolo de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

VI. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

A. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 566 Y 567 DEL CÓDIGO PENAL

1. La modificación según el Proyecto del Gobierno

Se trata de dos preceptos que se integran en la SECCIÓN 1ª (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos) del CAPÍTULO V (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o ex-

⁹ F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010...», ob. Cit.

plosivos y de los delitos de terrorismo), dentro del TITULO XXII (Delitos contra el orden público)

La LO 5/2010, idéntica a la propuesta de la Cruz Roja Española, contiene la adición de un párrafo en el artículo 566 del Código penal dirigido a castigar determinadas conductas no abarcadas por los verbos típicos antes utilizados en el precepto (como la *no destrucción de las armas químicas, biológicas*) y la adición de la mención de las *minas antipersonas*. Se trata de acciones o armas prohibidas por Convenciones Internacionales de las que España es Parte y de que en algunos de éstos Instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica consiste en adicionar al final del número 2 del artículo 566 la siguiente expresión: «... o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte».

Asimismo se añade a los apartados 1º y 3º del número 1 y al número 2 del artículo 566, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la mención a las «*minas antipersonas*».

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 el 1 de junio de 1979, establece en su artículo 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 (artículo II), a no traspasarlas a nadie y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (Artículo III). El artículo 160 del vigente Código Penal 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 en relación con este tipo de armas, que se completa con la tipificación de los artículos 566 y 567 del Código penal, modificados por Ley Orgánica 15/2003.

La Convención de 13 de enero 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 artículo 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 artículo 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 Decreto 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 ésta materia y, concretamente, de los artículos 566 y 567, encuadrados en el Capítulo V, Sección 1ª, relativa a la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa), sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su artículo 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 artículo 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.

En relación con las minas antipersonas se promulgó la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonas y armas de efecto similar.

Es de destacar que no se incriminan todas las conductas prohibidas por las expresadas Convenciones en la modificación de los artículos 566 y 567 del Código penal. Otras conductas prohibidas no se incluyen en el precepto 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 (artículos 28 y 29).

En el ámbito de la legislación comparada, el legislador penal belga (artículo 3 de la ley de 1993) incluyó el contenido de ésta norma en su legislación penal.

Por otra parte, se modifica de forma correlativa del artículo 567 del Código penal, con la adición en sus números 1 y 2, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», de las «*minas antipersonas*».

2. La incriminación de la utilización de las municiones en racimo

Con fecha 17 de junio de 2009, el Reino de España depositó el instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre

municiones en racimo de 30 de mayo de 2008. En éste convenio, que ha entrado en vigor al haber sido ratificado por cuarenta y seis Estados (art. 17), se prohíbe el empleo, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, conservación, ayuda, aliento o inducción a participar en una actividad prohibida por la Convención (art. 1) y destrucción o asegurar la destrucción (art. 3) de las mencionadas municiones en racimo, tal y como se definen en el artículo 2.2.

Por otra parte, el artículo 9 (*medidas de implementación a nivel nacional*) obliga a cada Estado Parte en la Convención a adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan para implementarla, incluida la imposición de sanciones penales para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida a los Estados Parte conforme a la presente Convención que haya sido cometida por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control.

En consecuencia, al ser los términos convencionales muy similares a los establecidos en el antes citado Tratado de Ottawa para las *minas anti-personal*, era necesario incriminar tales conductas respecto de las *municiones en racimo*, dando así cumplimiento a una obligación convencional asumida por el Reino de España al ratificar la Convención relativa a tales municiones.

La Cruz Roja Española no formuló esta propuesta en su día, puesto que todavía no había sido aprobada la Convención sobre las municiones en racimo de 30 de mayo de 2008, cuando formuló su propuesta de modificación del Código penal en el año de 2007.

En consecuencia, se propuso a los diversos Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados la presentación de la correspondiente enmienda de adición al artículo Centésimo décimo quinto del Proyecto, que formularon en términos similares el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda nº 468), el Grupo Parlamentaria Popular (Enmienda nº 376) y el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), Enmienda nº 198.

Fueron aprobadas estas enmiendas y, en consecuencia, la LO 5/2010 adicionó a los apartados 1º y 3º del número 1 y al número 2 del artículo 566, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la mención de las «*minas antipersonas o municiones en racimo*».

Asimismo modificó el artículo 567 del Código penal, añadiendo a sus números 1 y 2, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la expresión: «*minas antipersonas o municiones en racimo*».

B. MODIFICACIÓN DEL TÍTULO XXIV, CAPÍTULO III, DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO)

Artículo 611

Se han introducido por la LO 5/2010 dos modificaciones de éste precepto, derivadas ambas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

a) Adición de un número 8º. La infracción de las garantías judiciales

Se adiciona un número 8º al artículo 611, 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*». Esta conducta se corresponde con la incriminada en el artículo 8, número 2, apartado b), xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta tipificación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, que hoy se considera derecho internacional consuetudinario.

Sus precedentes, entre otros, en la legislación comparada son el párrafo 9 (2) de la Sección 2 (crímenes de guerra) de la Ley alemana del Código Penal Internacional de 2002 y el párrafo 2, Sección 5, nº 5ª. e) de la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos.

b) Adición de un número 9º. La protección de la mujer y la incriminación de las violencias sexuales

La modificación del número 3º del artículo 612 del Código penal por Ley Orgánica 15/2003 consistió en eliminar del texto anteriormente vigente la frase «*prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*». Realmente resulta poco comprensible esta reforma, no propuesta por Cruz Roja Española, a la vista del contenido de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desde luego, resultaba insuficiente la alusión final del precepto que se refiere a las violaciones de las prescripciones sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte. Hay que tener en cuenta que los atentados o violencias sexuales han merecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional la tipificación de estas

conductas como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.g), y como crimen de guerra en el artículo 8.2, b), apartado xxii y d), apartado vi. A pesar del confesado propósito del legislador penal español de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003), no se tuvo en cuenta la propuesta concreta de incriminar las violencias sexuales como crímenes de guerra formulada por Cruz Roja Española para el artículo 612.

Ahora bien, la protección penal contra las violencias sexuales en tiempo de conflicto armado, que figura para situaciones de normalidad en el artículo 607 bis del Código penal como crimen de lesa humanidad, es un crimen de la mayor gravedad por lo que parece insuficiente la penalidad prevista en el artículo 612 (prisión de tres a siete años) y más adecuada la sanción que establece el artículo 611 (diez a quince), ambos del Código penal.

El nuevo número 9º incorporado por la LO 5/2010 se basa en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se toma de estas normas el texto, con ligeros retoques para eliminar algunas expresiones hoy inadecuadas como *cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuraban en el número 3º del artículo 612 del Código Penal. El texto aprobado y actualmente vigente incrimina a quien:

9º. *«Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual».*

Como hemos expresado ya, no se entendía fácilmente la anterior preterición de tipos criminales del Estatuto de Roma, consolidados por abundante jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda y que, paradójicamente, se castigan en el artículo 607 bis del Código penal como delitos de lesa humanidad. Tales crímenes se recogen puntualmente en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania (parágrafo 8, apartado (1), nº 4 de la Sección 2), en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos dentro del parágrafo 2, sección 5, apartado 3, letras a) y b), y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

Artículo 612

Realmente era necesario introducir numerosas modificaciones en 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. La modificación realizada por la Ley Orgánica 15/2003 pudo calificarse de insuficiente.

a) Adición de un párrafo al nº 3º. La protección de los niños en los conflictos armados

La LO 5/2010, idéntica en su redacción a la propuesta de la Cruz Roja Española, añade al final del número 3º del artículo 612 la siguiente frase: «...y, en particular, reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

Inicialmente la razón de ésta modificación nace del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la modificación, en consonancia con la postura de la Delegación de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del 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 y ratificado por España. Esta redacción lamentablemente no prosperó en la Ley Orgánica 15/2003 y el precepto quedó inalterado e insuficiente por lo que se refiere a la protección de los niños en los conflictos armados. La nueva redacción dada por LO 5/2010 ha subsanado esta laguna legal.

En el campo de la legislación comparada, la propuesta ha tenido en cuenta el párrafo 8, apartado (1), número 5 de la Sección 2 de la Ley alemana del Código Penal Internacional y el párrafo 2, sección 5, apartado 5, (r) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina también incrimina el reclutamiento, alistamiento o participación activa en las hostilidades de niños menores de 18 años.

b) Adición de un párrafo al nº 4. La protección del «Cristal Rojo»

La entrada en vigor del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la aprobación de un

signo distintivo adicional y su próxima ratificación por España, aconsejaba extender la protección penal de los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, establecida en el número 4 del artículo 612 del Código penal, al emblema del Protocolo III, puesto que todos tienen el mismo estatus según el artículo 2 del citado Protocolo. En particular, el artículo 6 del Protocolo III dispone que las Partes Contratantes tomarán las medidas necesarias para reprimir todo empleo abusivo del mencionado signo, incluido el uso péfido.

Hay que destacar que la XXVIII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 20-21 de junio de 2006) adoptó la resolución de que el emblema del Protocolo III llevara el nombre de «Cristal Rojo».

En consecuencia, la Cruz Roja Española propuso a los diversos Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados la presentación de la correspondiente enmienda de adición al artículo Centésimo trigésimo primero del Proyecto, que formularon en términos similares el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda nº 470) y el Grupo Parlamentaria Popular (Enmienda nº 379). Estas enmiendas fueron aprobadas en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

Por todo ello, la LO 5/2010 adicionó al final del nº 4 del artículo 612 la siguiente frase:

«...y del Cristal Rojo.»

c) La impunidad parcial de la perfidia en el Código penal español

En el número 4º del artículo 612 del Código penal, el Proyecto del Gobierno de 2009 suprimió la expresión «...o de modo péfido», que figuraba en el texto vigente del Código penal desde su redacción inicial de 1995. Y esta supresión se ha mantenido en la redacción vigente aprobada por LO 5/2010.

En la memoria elaborada por la Cruz Roja Española en 2007, aunque se proponía en el artículo 612-4º la adición de una mención al Protocolo III de 2005 (emblema del «Cristal Rojo»), no se suprimía la frase «...o de modo péfido», que figuraba como acción punible alternativa a la descrita como «Use indebidamente...» en el tipo penal.

La expresión «usar de modo péfido» describe una conducta que, aunque el término pueda resultar poco usual en el lenguaje corriente, está regulada con precisión en el moderno Derecho Internacional Humanitario. En efecto, la «perfidia» está expresamente definida en el artículo 37 del Proto-

colo I Adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por España, como: «*Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a la protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicable en los conflictos armados*».

A continuación el precepto ofrece algunos ejemplos de «perfidia» y la distingue de las «estratagemas», que no están prohibidas. Por otra parte, la utilización de la expresión «*perfidious use*», «*perfidy*» o «*perfidie*» es muy habitual en otros idiomas, así como en los textos legales de otros países occidentales.

El artículo 85.3. f) del mismo Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, considera infracción grave «*Hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja (o del «león o sol rojo»): Este emblema no se utiliza al haber adoptado Irán la Media Luna roja) o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo*».

Se trata por tanto de una expresión (el «uso pérfido») consolidada en el moderno Derecho Internacional Humanitario y su supresión del Código penal español, donde fue incorporada en el texto original de 1995, es de muy difícil explicación¹⁰ en los foros internacionales al significar un incumplimiento por España de las obligaciones contraídas al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977.

En efecto, conforme a los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, artículo 50 del II Convenio, artículo 129 del III Convenio, artículo 146 del IV Convenio y artículo 85 del Protocolo I Adicional, el Reino de España se compromete a tomar 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» contra el presente Convenio y ampliadas en el Protocolo I Adicional. Y es evidente que el «uso pérfido» de los citados emblemas protectores está calificado como infracción grave en el artículo 85.3. f) del referido Protocolo.

Por esta razón se incluyó en su día, a propuesta de Cruz Roja Española, la expresión «*de modo pérfido*» en los apartados 4º, 5º y 6º del artículo 612 del Código Penal. Resulta, por otra parte, poco coherente que se suprima este término en el apartado 4º y se mantenga en los siguientes apartados 5º y 6º del mismo artículo 612.

¹⁰ F. Pignatelli Meca, con acierto, califica de «dislate» esta supresión («Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010...»), ob. Cit.

Finalmente, hay que lamentar que la conducta calificada como «*pérfida*» no es un inusual residuo histórico sino que se comete en demasiadas ocasiones en la actualidad, mediante el abuso de los emblemas protectores («*apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla*») y así ha sido calificado el uso del emblema del Comité Internacional de la Cruz Roja en alguna acción de liberación de personas secuestradas en el conflicto de Colombia.

d) Adición de un número 8°. Hacer padecer hambre a la población civil

La justificación de la modificación del precepto, mediante la adición de un nuevo número 8°, hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado 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, en la vigente redacción se ha preferido emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por ajustarse más exactamente a los términos del artículo 54 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción aprobada por la LO 5/2010 es la siguiente:

8°. Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

Conforme al artículo 55 del IV Convenio de Ginebra, es deber de la potencia ocupante (en la medida de sus posibilidades) abastecer a la población civil de víveres y productos médicos, importándolos cuando sean insuficientes las existencias en el territorio ocupado.

El artículo 69 del Protocolo I de 1977, establece la obligación de la potencia ocupante de asegurar, además, la provisión de ropa de vestir y cama, alojamientos de urgencia y otros bienes indispensables para la supervivencia y objetos de culto. Esta norma dispone también que las acciones de socorro en beneficio de la población civil en territorios ocupados (al amparo de los arts. 59, 60, 61, 62, 108, 109, 110 y 111 del IV Convenio de Ginebra y art. 71 del citado Protocolo I) serán llevadas a cabo sin retraso alguno.

La potencia ocupante, obligada por el DIH a aceptar las acciones de socorro a favor de la población civil (arts. 59 y 60 del IV Convenio de Gi-

nebra), debe autorizar el libre paso de la ayuda humanitaria y garantizar su protección. Tendrá, en todo caso, derecho a verificar los envíos, reglamentar su paso (itinerarios y horarios), pero no podrá denegar arbitrariamente el acceso humanitario.

Ahora bien, los envíos de socorro no eximirán a la potencia ocupante de su responsabilidad de conformidad con los artículos 55 (deber de abastecer), 56 (higiene y seguridad públicas) y 59 (aceptar las acciones de socorro) del IV Convenio de Ginebra.

El artículo 61 del mismo Convenio regula la distribución de los socorros enviados bajo el control de la Potencia protectora, del Comité Internacional de la Cruz Roja o de otro organismo humanitario e imparcial. El artículo 62 regula los envíos individuales de socorro, a reserva de imperiosas razones de seguridad.

El contenido de todas estas normas humanitarias fue recogido en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995), donde se concluyó que si bien es cierto que ninguna organización humanitaria puede operar sin el consentimiento del Estado o parte afectada, ésta no puede rehusarla arbitrariamente y, por tanto, si la operación de socorro no es discriminatoria y la ayuda es imparcial, la Potencia ocupante está obligada a dar su consentimiento conforme a las citadas normas del IV Convenio de Ginebra.

Las consecuencias de la obstaculización arbitraria del acceso humanitario pueden tener alcance penal, constituyendo un crimen de guerra como establece el artículo 8.2.b) xxv del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Conducta que ha sido tipificada como delito en numerosas legislaciones penales nacionales.

Tal delito se tipifica en el parágrafo 2, sección 5, apartado 5, letra (l) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el parágrafo 11, apartado (1), número 5 del Código de Derecho Penal Internacional de Alemania y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

e) Adición de un número 9º. Violación de convenios celebrados con la Parte adversa

Tampoco fue acogida en su momento por el legislador penal español la propuesta que ahora establece la LO 5/2010, añadiendo un nuevo párrafo con la siguiente redacción:

9º) Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.

El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los artículos 35 a 41 de los Reglamentos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexos al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de 1907. Y en el campo del derecho comparado ha encontrado acogida en el párrafo 2, sección 5, apartado 6, letra (f) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos.

f) Adición de un número 10°. Protección de las misiones humanitarias

La LO 5/2010 añade un nuevo número 10° con la siguiente redacción:

Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de 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 amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

En el texto vigente se ha respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el artículo 8, número 2, apartado b), iii) para los conflictos armados internacionales y en el apartado e), iii) para los conflictos armados sin carácter internacional.

Este precepto nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se incluyen también en el texto algunos elementos del citado artículo 9 de la Convención de 1994, como las alusiones a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques*. Hay que tener en cuenta que los ataques a las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos se tipifican en el artículo 613 del Código penal.

Se ha entendido que el término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas en este delito. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el artículo 609 del mismo Código Penal, dada la condición de *personas protegidas* de los sujetos pasivos del ataque, teniendo en cuenta que la pena allí prevista se impone *sin*

perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la citada Convención de 1994, como la tentativa (apartado d), la complicidad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la comisión de tal ataque (apartado e), quedan suficientemente incriminadas por la aplicación de la parte general del Código Penal que regula la participación a título de autor (por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria) o de cómplice (artículos 28 y 29) y la tentativa (artículo 16).

En el campo de la legislación comparada se incrimina esta conducta en el parágrafo 10, apartado 1 de la Ley alemana de Código Penal Internacional y en la sección 5, apartado 5, letra (o) de la Ley sobre crímenes Internacionales de los Países Bajos.

Artículo 613

a) La protección reforzada de los bienes culturales o lugares de culto

La modificación de mayor envergadura que actualmente aparece en éste artículo consiste en la nueva redacción de su número 1 para recoger, al lado de las conductas que implicaban violaciones del Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y del artículo 53 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra, la protección penal establecida en el Segundo Protocolo de la citada Convención de La Haya, adoptado el 26 de marzo de 1999, ratificado por España el 6 de julio de 2001.

La protección reforzada que se determina en tal Protocolo se refleja al incriminar en el artículo 613 del Código penal la apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto protegidos o su utilización en apoyo de acciones militares.

El fundamento convencional de la modificación hay que buscarlo en los artículos 10 a 14 y, particularmente, 15 del citado Segundo Protocolo de 1999, que establece la obligación de cada Estado Parte de tipificar como delitos las infracciones indicadas y sancionarlas con penas adecuadas. Norma que viene a completar la obligación dimanante del artículo 28 del Convenio de La Haya de 1954 y artículo 85, número 4, apartado d) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

b) La incriminación de la requisita ilegal

La modificación del Código penal contiene un nuevo apartado h) en su número 1 para castigar como delito al que:

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o capture o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar.

Se trata de un precepto que resulta necesario para incriminar estas conductas con carácter general y evitar una laguna legal (Artículo 52 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra, Anexo al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de La Haya de 1907, así como Convenio XI de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima).

c) La propuesta de reestructuración global del precepto

Al considerarse necesaria la revisión global del precepto, la LO 5/2010 lo modificó dándole la siguiente redacción:

Artículo 613

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a) en apoyo de una acción militar;

Comentario

Se establece la tutela penal de los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general, extrayendo del texto cualquier referencia a aquellos a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o colocados bajo protección reforzada, remitiendo la tuición cualificada de

los mismos al párrafo primero del número 2, junto con los bienes culturales bajo protección especial.

El sistema de protección reforzada articulado por el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 tiene carácter primordial o preferente respecto al de protección especial que, no obstante queda plenamente vigente, según el artículo 4 del citado Protocolo.

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a);

Comentario

Con la introducción de este apartado se tipifican cuatro de las cinco acciones previstas en el artículo 15.1 e) del Segundo Protocolo de 1999. El uso indebido se ha incriminado en el anterior apartado b) de este artículo.

d) Ataque o haga objeto de represalias... (Continúa la misma redacción del anterior apartado b) del número 1 del artículo 613, que permanece inalterado).

e) Ataque, destruya, sustraiga... (Continúa la misma redacción del anterior apartado c) del número 1 del artículo 613, que no ha sido modificado).

f) Ataque o haga objeto de represalias... (Continúa la misma redacción del anterior apartado d) del número 1 del artículo 613).

g) Destruya, dañe o se apodere... (Continúa la misma redacción del anterior apartado e) del número 1 del artículo 613).

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral, o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

Comentario

El fundamento convencional de este crimen se puede encontrar en el artículo 52 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la II Convención de La Haya de 1899 y a la IV Convención de La Haya de 1907 (requisas), así como en la XI Convención de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

Comentario

Se extrae del contenido del artículo 612. 10º, ya comentado, la referencia a *instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos,*

para residenciar en este artículo 613 todo lo atinente a la protección de bienes, por cuestiones de sistemática.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

Comentario

Se castigan con pena agravada las actuaciones tipificadas en el artículo 15.1. a) y b) del Segundo Protocolo de 1999, ya citado.

En los demás supuestos previstos en el número anterior de éste artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

Comentario

Se recoge y amplía la agravación prevista en el texto anterior del artículo 613 del Código penal.

Artículo 614

La principal modificación que se introduce en éste artículo, calificado como tipo general o residual con la estructura propia de una ley penal en blanco o tipo abierto, consiste en la adición de la expresión «*o regulación de medios o métodos de combate*». Asimismo se altera el tiempo de los verbos «realizar» (realice en lugar de «realizarse») y «ordenar» (*ordene* en lugar de «ordenarse»), por coherencia con demás tiempos verbales empleados en el Capítulo.

El fundamento de la adición reside en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los Convenios Internacionales que regulan los medios o métodos de combate, como las ya citadas Convención de 1972, sobre armas bacteriológicas, la Convención de 1993, sobre armas químicas, o la Convención de 1997, sobre minas antipersonas. Sin descartar otras infracciones (distintas del empleo de ciertas armas) de la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados, con sus cinco Protocolos y el Protocolo enmendado de 1996 o violaciones (distintas del empleo) del Convenio de 1976, sobre técnicas de modificación ambiental, todos ellos ratificados por España. En estos supuestos la

redacción anterior ofrecía algunas dificultades para abarcar estas infracciones al referirse el artículo 614, en su anterior redacción, únicamente a los Tratados Internacionales sobre la conducción de las hostilidades.

Son ejemplos de estas incriminaciones en la legislación comparada, el párrafo 2, sección 7, apartado (1) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos y el párrafo 11 (métodos de guerra) y 12 (medios de guerra) de la sección 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional.

Artículo 616

A la vista del contenido de los artículos 614 y 615 bis, éste último adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, se consideró necesario reformar la imposición automática de las penas privativas de derechos de inhabilitación absoluta y especial (previstas para todos los delitos tipificados en el Título), que parecen desproporcionadas para determinadas conductas allí incriminadas, teniendo en cuenta que se establecen además de las penas privativas de libertad previstas para cada delito. Hay que tener en cuenta que el artículo 614 es un tipo residual castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, que incrimina «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios».

Por otra parte, el artículo 615 bis en su número 2 sanciona un supuesto de imprudencia grave, conducta que no parece que deba castigarse –además de la pena privativa de libertad– con la inhabilitación absoluta o especial, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 616 del Código penal.

Finalmente, el número 6 del artículo 615 bis determinaba como sanción única para el funcionario o autoridad que cometa el delito que tipifica la pena de *inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años*. Por tanto era una imperfección técnica del Código que, al propio tiempo, el artículo 616 impusiera –además– y para el mismo sujeto activo la pena de inhabilitación absoluta.

En consecuencia, la LO 5/2010 modifica el artículo 616 con la siguiente redacción:

Artículo 616. En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces y Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

VII. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL (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 reforma del artículo 131. 4 del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003 consistió en declarar que los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

La modificación que proponía el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, de acuerdo con el artículo 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añadía al número 4 del artículo 131 (que aludía sólo al genocidio en la redacción anterior) 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 éste Código, salvo los castigados en el artículo 614* (el subrayado es nuestro). El legislador penal español eliminó esta última frase.

Sin embargo, la excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 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, a los que se refiere la imprescriptibilidad establecida en el Estatuto de Roma.

La LO 5/2010 acoge esta argumentación y modifica el número 4 del artículo 131 del Código penal con la siguiente redacción:

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Artículo 133

Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se estableció por la LO 15/2003 en el artículo 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con la siguiente redacción: «*Las penas impuestas por los delitos*

de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

También en el caso de las penas, la propuesta de la Cruz Roja Española añadía la siguiente frase: «*salvo los castigados en el artículo 614*». Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar la modificación del artículo 131 del Código Penal, en materia de prescripción de los delitos.

También la LO 5/2010 compartió estas reflexiones y modificó el número 2 del artículo 133 del Código penal con la siguiente redacción:

2 Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.