

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

2

Sept.-dic. 2009

SUMARIO

Los tribunales de honor en el ámbito militar: antecedentes históricos
Salvador Calderón Madrigal, General Auditor

El Fiscal y la dirección de la investigación criminal en la Jurisdicción Militar
Fernando Herrero-Tejedor Algar, Fiscal de Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

La aplicación del nuevo artículo 7 bis del Código Penal Militar
en la reciente Jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo
Francisco Luís Pascual Sarría, Teniente Coronel Auditor

Régimen jurídico de las licencias urbanísticas en el ámbito del
Ministerio de Defensa
Fernando del Val Esteban, Comandante Auditor

La realización de actividades de interés general de carácter mercantil
o industrial como requisito diferenciador entre entidades sujetas
a la nueva Ley de Contratos del Sector Público
Carlos Rodríguez-Villasante González, Capitán Auditor

Desarrollo sostenible y conflicto armado
*Juan Paulo Vera Montero, Teniente Coronel del Servicio de Justicia
del Ejército de Chile*

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

2

Sept.-dic. 2009

SUMARIO

Los tribunales de honor en el ámbito militar: antecedentes históricos
Salvador Calderón Madrigal, General Auditor

El Fiscal y la dirección de la investigación criminal en la Jurisdicción Militar
*Fernando Herrero-Tejedor Algar, Fiscal de Sala de lo Militar
del Tribunal Supremo*

La aplicación del nuevo artículo 7 bis del Código Penal Militar
en la reciente Jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo
Francisco Luís Pascual Sarría, Teniente Coronel Auditor

Régimen jurídico de las licencias urbanísticas en el ámbito del
Ministerio de Defensa
Fernando del Val Esteban, Comandante Auditor

La realización de actividades de interés general de carácter mercantil
o industrial como requisito diferenciador entre entidades sujetas
a la nueva Ley de Contratos del Sector Público
Carlos Rodríguez-Villasante González, Capitán Auditor

Desarrollo sostenible y conflicto armado
*Juan Paulo Vera Montero, Teniente Coronel del Servicio de Justicia
del Ejército de Chile*

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, Coronel Auditor

Fernando Marín Castán, Coronel Auditor

Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Coronel Auditor

SECRETARIO

José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://www.060.es>

Edita:



NIPO: 076-10-028-8

Depósito Legal: M-4636-2010

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 500 ejemplares

Fecha de cierre: enero 2010

NIPO: 076-10-029-3 (edición en línea)



Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores.

SUMARIO

1. Los tribunales de honor en el ámbito militar: antecedentes históricos	5
<i>Salvador Calderón Madrigal, General Auditor</i>	
2. El Fiscal y la dirección de la investigación criminal en la Jurisdicción Militar	29
<i>Fernando Herrero-Tejedor Algar, Fiscal de Sala de lo Militar del Tribunal Supremo</i>	
3. La aplicación del nuevo artículo 7 bis del Código Penal Militar en la reciente Jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo	48
<i>Francisco Luís Pascual Sarría, Teniente Coronel Auditor</i>	
4. Régimen jurídico de las licencias urbanísticas en el ámbito del Ministerio de Defensa	64
<i>Fernando del Val Esteban, Comandante Auditor</i>	
5. La realización de actividades de interés general de carácter mercantil o industrial como requisito diferenciador entre entidades sujetas a la nueva Ley de Contratos del Sector Público	78
<i>Carlos Rodríguez-Villasante González, Capitán Auditor</i>	
6. Desarrollo sostenible y conflicto armado	94
<i>Juan Paulo Vera Montero, Teniente Coronel del Servicio de Justicia del Ejército de Chile</i>	
7. Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos	117

1. LOS TRIBUNALES DE HONOR EN EL ÁMBITO MILITAR: ANTECEDENTES HISTORICOS

Salvador Calderón Madrigal
General Auditor

SUMARIO: I. El origen de los Tribunales de honor y su implantación en los Ejércitos. II. Los Tribunales de honor en la restauración. III. La supresión de los Tribunales de honor por la Segunda República.

I. EL ORIGEN DE LOS TRIBUNALES DE HONOR Y SU IMPLANTACIÓN EN LOS EJÉRCITOS

Los Tribunales de honor, como institución encargada de velar por la autoestima de una determinada corporación y de depurar, en consecuencia, conductas deshonorosas de los individuos que la componen, es decir, como institución garante del honor de una corporación (tanto en su vertiente de autoestima como de la valoración que tal corporación debe merecer frente a terceros), son producto del liberalismo si bien, en cuanto a la salvaguardia del honor de ciertos Cuerpos militares de elite, pueden encontrarse antecedentes inmediatos en las postrimerías del Antiguo Régimen. Y aún más, en el conjunto axiológico o valorativo del militar como perteneciente a esas corporaciones de los ejércitos o instituciones armadas. Ello no obstante, la práctica totalidad de los autores que sobre este tema han escrito, ponen de relieve su posible origen en aquellos *Tribunales del honor* que se concibieron como medio o solución para acabar definitivamente con los duelos del honor que fueron «técnica al uso para dirimir las contiendas entre caballeros y lavar las ofensas inferidas a la honra»¹.

¹ Tal es la opinión de MIGUEL DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN. En su obra *Los Tribunales de Honor la Constitución de 1978* (Salamanca, 1984), afirma que «precisamente por ello, ha de predicarse en buena medida la paternidad de estos Tribunales de Honor a las ligas antiduelistas existentes en Europa que alcanzaron su apogeo entre finales del siglo XIX y principios de XX aunque puedan realizarse referencias históricas anteriores. Así –continúa– en Francia, en tiempos de Luis XIV, los nobles constituyeron los tribunales llamados «du point d'honneur» con el objeto de solventar entre ellos sus diferencias mereciendo especial atención el Tribunal de los Mariscales cuyo reglamento aparece el 22 de agosto de 1679». Por su parte, ROMAN RODOLFO RIVERA también les atribuye ese origen antiduelista si bien se remonta más

No vamos a discutir ni a negar ahora cómo en la defensa del honor individual se prodigó durante siglos el duelo, en su acepción de desafío en los juicios de batalla que regulaban los Fueros Municipales o de riego entre fijosdalgo por supuestos de traición y aleve profusamente contemplados en el Fuero Real y en las Partidas en muy próxima equiparación entre fuerza y derecho, cuyo tratamiento mereció la oportuna atención en nuestra obra anterior. Igualmente, nos ratificamos en lo expuesto en aquélla en relación con la prolongación del espíritu de la *militar disciplina* al que hacía referencia FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE², atinente a la defensa del honor y de la honra mediante el uso de la fuerza de las armas a pesar de la existencia de una normativa jurídica que prohibía y sancionaba duramente los desafíos. Parece lógico admitir, en consecuencia, que en épocas ilustradas se tratase de evitar la confrontación armada en defensa del honor y de la honra (fundamentalmente entre nobles) mediante el sometimiento de las disputas al dictamen de unos organismos (Tribunales *del Honor*) pensados y creados para dirimir, en evitación del derramamiento de sangre, tales lances de honor. Pero creemos, conjuntamente con los autores ya mencionados JUAN BLAS DOMÍNGUEZ y JOSE MANUEL GUTIERREZ DE LA CAMARA, tal y como hemos puesto de relieve, que no era su cometido el que después se atribuiría a los Tribunales de Honor propiamente dichos. Porque estas instituciones depuraban tan solo conductas atentatorias a la honorabilidad de una corporación cometidas por un individuo que pertenecía a esa corporación, grupo o estamento, cuyo comportamiento entendiáse que lesionaba o ponía en peligro la autoestima de aquélla así como la valoración de que era merecedora frente a terceros. Es decir, la repercusión en una corporación o estamento de una conducta o comportamiento individual que origina una mancha o una tacha en aquélla frente a la valoración de que es objeto por parte del resto de la sociedad. Poco tiene que ver esto con aquéllas instituciones jurídicas cuya función se limitaba a sustituir el uso de la fuerza de las armas por el más civilizado fallo.

Como refuerzo de cuanto exponemos, valga la referencia al Ejército como institución clave del Antiguo Régimen y, por ende, hipotético espejo y crisol de virtudes y de valores en su nobiliaria oficialidad de cuantos se predicaban del caballero, lo que conlleva aceptar que fuese en el ámbito castrense antes que en otros en el que cobraran realidad estas Instituciones jurídicas. Las obras de ANTONIO GALLO, SANCHO DE LONDOÑO, MARCOS DE ISABA, FRANCISCO DE VALDES y CASTILLO DE BOVADILLA que mencionamos oportunamente en nuestra obra anterior, hacían clara referencia a la repercusión que, en el Cuerpo de la Milicia, tenían los comportamientos individuales de los soldados. La literatura de esta época, en concreto la obra *El alcalde de Zalamea* de Don PEDRO CALDERON DE LA BARCA, pone también de manifiesto la vivencia corporativa del honor y su posible lesión por causa

en el tiempo que el autor anterior. Afirma que «estos particulares organismos tuvieron inicialmente por misión impedir o restringir los duelos. Los más antiguos antecedentes se hacen remontar a Carlomagno, subsistiendo en Francia hasta la época de la Revolución de 1789». *Los Tribunales de Honor en la República Argentina*. Revista Española de Derecho Militar n.º 21, 1966, página 96. Aciertan, a nuestro juicio, JUAN BLAS DOMÍNGUEZ y JOSE MANUEL GUTIERREZ DE LA CAMARA cuando afirman que «si bien con ese nombre (du point d'honneur) se crearon en Francia en el siglo XVIII determinados tribunales cuya misión era, no obstante su título, ajena a la que específicamente sirven». *Los Tribunales de Honor en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire*. Madrid, 1944, páginas 58 y 59.

² *El derecho Penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969, páginas 56 a 59.

del comportamiento de un individuo integrado en esa corporación y contrario a sus valores. En tal obra, Don Lope de Figueroa se dirige al Capitán Don Alvaro de Atayde reprochándole su liviana conducta del modo siguiente:

*Esta insignia habéis de honrarla
 porque aquí la puso el Rey
 para mantener su ley
 y no para quebrantarla.
 Los que no marchan conforme
 a obediencia y subjeción
 no son soldados que son
 bandidos con uniforme*³.

Ser soldado o ser bandido no es algo que afecte tan solo a un individuo en concreto; repercute en toda la corporación militar.

En la vertiente jurídica, son precisamente los Cuerpos militares de elite los principales depositarios de estos valores colectivos del honor y de la honra del propio Cuerpo y de la propia institución. Así, la Ordenanza de S.M. para el Gobierno, Régimen y Disciplina del Real Cuerpo de Guardias de Corp de 1792, en su Tratado «del Juzgado» previene lo siguiente: *Siempre que algún Guardia cometiese alguna falta o delito grave, se le quitará privadamente la banderola antes de entregarle a la justicia ordinaria; y si la falta o delito fuese denigrativo del honor que todos deben acreditar en semejante Cuerpo y mereciesen que se la quiten públicamente, cuando se ve de cuenta determinaré como haya de ejecutarse*⁴. El despojo de la banderola de manera pública, de un distintivo de pertenencia a un Cuerpo militar tan elitista recuerda mucho a cuanto disponían las Ordenanzas de 22 de octubre de 1768 en su Título IX, Tratado VIII, en referencia a la ejecución de la pena de muerte precedida de la degradación de los honores militares que recogíamos en nuestra obra anterior. Ambas normas son coincidentes en exponer a la pública vergüenza, mediante el despojo de prendas del uniforme, a quien ha cometido una acción atentatoria contra el honor corporativo. Lo que prueba la vivencia de ese sentimiento de autoestima y de público aprecio como conjunto axiológico por parte del estamento o corporación militar y, más concretamente, por sus Cuerpos más elitistas que se reflejaba en las correspondientes normas jurídicas. Las cuales, si bien no llegaron a institucionalizar los organismos encargados de depurar las conductas atentatorias contra sus valores, sí establecieron reglas concretas en defensa de esa vivencia corporativa del honor mediante el sometimiento a la pública vergüenza e ignominia del trasgresor. Otros Cuerpos de la Milicia del Antiguo Régimen contaban con disposiciones semejantes como puso de manifiesto la Comisión de Guerra que, en fecha 16 de marzo de 1811, presentó a las Cortes de Cádiz en su informe en relación con el establecimiento, en todo el Ejército, de los Tribunales de Honor.

Decía el Informe que *la intervención del Tribunal de Honor debe entenderse respecto de todas las acciones que, sin llegar a ser criminales, dejen en cierto modo*

³ Recogida por JUAN BLAS DOMÍNGUEZ Y JOSE MANUEL GUTIERREZ DE LA CAMARA en Ob, cit, página 33.

⁴ Esta disposición fue impresa en la oficina de la viuda e hijo de Marín, Impresores de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra (año 1792) y se encuentra en el Instituto de Historia y Cultura Militar.

*de ser virtuosas y que suelen castigar por sí los Cuerpos, ya con la manta como los Guardias de Corps, ya negándose al trato con quienes las ejecutan*⁵. Es decir que la Comisión, tras admitir la existencia de sistemas de autodepuración dentro de los propios Cuerpos del Ejército por conductas atentatorias contra el honor corporativo, bien consistentes en la exposición a la pública ignominia, bien en la exclusión del trato con los restantes miembros de la corporación, sometía a discusión en las Cortes la generalización de estos procedimientos en el conjunto del Ejército y su compatibilidad con el nuevo régimen liberal. Y es precisamente en las Cortes de Cádiz cuando se plantea, por primera vez, con carácter institucional y en el marco de la configuración política del nuevo Ejército, el establecimiento de estos Tribunales cuyos precedentes se señalan entre los existentes en los distintos Cuerpos del Ejército y cuya actividad exclusiva debe ser la depuración de las conductas atentatorias al honor corporativo sin incidencia en extremo alguno tendente a la evitación del duelo por causa del honor⁶.

Lo que pretendía la Comisión era el establecimiento, en cada Ejército, de un Tribunal de Honor que, según el Ministro Heredia, *era así llamado para graduar las faltas que contra este cometieran aquellos Oficiales que pierden el concepto de entre los de su clase y purgar los Regimientos de los que no hubiesen sabido conservarle*⁷. Dos datos a destacar en este enunciado: en primer término, que la competencia material de estos Tribunales serían exclusivamente los actos atentatorios contra el honor, *sin perjuicio de pasar después al Tribunal competente para ser juzgado si hubiese incurrido en otros delitos*; en segundo lugar, tal responsabilidad podía ser exigida tan solo al que ostentaba la condición o el empleo de Oficial pues la falta contra el honor que se enjuiciaba lo era *contra el honor que exigía el carácter de Oficial*. Clara reminiscencia del Antiguo Régimen en el que tan solo eran depositarios del honor los caballeros y, por ende, los Oficiales del Ejército; quien no fuese noble (condición indispensable para ser Oficial, al menos de procedencia en la nueva nobleza de privilegio) no podía cometer acto deshonoroso alguno ni faltar contra el honor. Además, la pretendida o presunta infracción contra el honor no necesariamente tenía por qué ser

⁵ Informe recogido en FRANCISCO J. MOYA Y JIMÉNEZ y CELESTINO REY JOLI *El Ejército y la Marina en las Cortes de Cádiz*, Cádiz, 1912, página 237.

⁶ En efecto. En la discusión parlamentaria que sigue al Informe de la Comisión de Guerra y que comienza el día 18 de marzo de 1811, es el diputado Villanueva el único que hace alusión al duelo como acaecimiento legalmente prohibido pero que, sin embargo, merece una valoración contraria desde el punto de vista del honor ya que se considera de cobardes, con el consiguiente desvalor, no aceptar el desafío. Y ello con la única finalidad de poner de relieve la dificultad de precisar el concepto del honor y no que los Tribunales, cuya institución se discutía, pretendiesen, en absoluto, evitar tales contiendas. Decía textualmente: *Es notorio que por las leyes civiles y eclesiásticas está prohibido el duelo. Que los Reyes Católicos, a consecuencia de estas leyes, expidieron una Pragmática que es la Ley 10, Título VIII de la Nueva Recopilación declarando alevos e imponiendo penas ignominiosas a los que desafiaran o admitieran el desafío; que Felipe V, en su Pragmática de 1716, declaró infame, no solo a los que provocan o aceptan el duelo sino a los padrinos y terceros. Pero la experiencia acredita que, entre militares, no ha podido prevalecer esta ley contra la opinión. Cosa es sencilla pero cierta que a pesar de que la ley infama al que provoca o acepta el duelo, no recae la infamia sino respecto de quien no lo acepta, el cual es tenido por cobarde, infame e indigno de alternar con sus compañeros*. Ob, cit de FRANCISCO J. MOYA y CELESTINO REY JOLI, páginas 246 a 248.

⁷ Contenida en la obra anteriormente citada de FRANCISCO J. MOYA Y CELESTINO REY JOLI, página 237. Todas las citas que a continuación realicemos, tanto del informe de la comisión como del debate parlamentario está contenido en dicha obra, por lo que omitiremos más referencias a la misma.

constitutiva de delito sino valorativamente deshonrosa para el uniforme lo que, por supuesto, era exponente de una gran inseguridad jurídica ya que la infracción contra el honor podía no ser delictiva, en cuyo caso la reprochabilidad de la conducta era exclusiva del Tribunal de Honor; o bien ser constitutiva de delito y en este supuesto, además, el infractor ser juzgado ante otro Tribunal; o bien, en último lugar, haber cometido otros delitos siendo estos Juzgados por el tribunal competente.

La dificultad consistía, como siempre que han de valorarse conductas atentatorias para con un concepto tan evanescente como el del honor, en describir esas conductas o, cuanto menos, poner de manifiesto en la norma jurídica qué tipo de acciones debían de ser consideradas deshonrosas ya que, si bien todavía no había visto la luz el primer Código Penal que, con técnica moderna no se limitaba (como acaecía en las normas del Antiguo Régimen) a describir las conductas constitutivas de delito sino a definir las y analizarlas, no era menos cierto que la quiebra del sistema político conllevaba la del Derecho Penal. Consecuentemente, habría que hacer siquiera una somera referencia a qué conductas tendrían que ser consideradas deshonrosas para no incurrir en arbitrariedad; dificultad que pusieron de manifiesto, como vamos a tener ocasión de ver enseguida, algunos Diputados durante el debate. Vaya por delante que ya el Ministro Heredia dejaba constancia de las que, a su juicio, debían ser consideradas deshonrosas y que afectaban fundamentalmente al valor en el combate y a actos de desdoro, a saber: *todo el que fuese acusado— decía— de no haberse portado como correspondía en una acción, el reincidente en excusarse al servicio sin causa legítima en perjuicio de sus compañeros y el que hubiese cometido cualquier delito deshonroso para con el uniforme, debía ser presentado ante dicho Tribunal el cual declararía si había faltado al honor*. Claro es que esta puntualización de conductas no pretendía ser, ni mucho menos, exhaustiva amén de que el concepto de actos o delitos deshonrosos se deja en la más absoluta indefinición.

El informe que la Comisión de Guerra presentó a las Cortes decía lo siguiente: *Examinado el proyecto que dirigió al Congreso el Consejo de Regencia es indudable que, en las actuales circunstancias, padece el honor militar, que es el nervio de los Ejércitos; y que cuanto aquél pierda su lustre otro tanto se debilita la fuerza de estos. Es igualmente cierto que la impunidad de un cobarde hiere la opinión de un Cuerpo y que el sufrimiento de una reputación dudosa dispone para soportar la infamia. De aquí se infiere la utilidad de este Tribunal que debe consistir en el fomento de que al pundonor militar le conserve limpio, aún de la menor sombra que pueda empañar su brillo. Para eso, dice el Proyecto que ha de juzgar de los delitos que, en la opinión de los militares y personas de buena educación hacen desvanecer al que incurre en ellos, de la alternativa de ser compañeros, sin que el juicio de ese Tribunal, dirigido solamente a expurgar los Cuerpos de los individuos que los destruyen, excluya el curso de la administración de justicia para los trámites que prescribe la Ordenanza.*

Varias consecuencias pueden extraerse; en primer término que la única función de estos Tribunales sería la expurgación de los Cuerpos de individuos que cometieran actos deshonrosos que, en segundo lugar, no se definen, quedando al arbitrio de la opinión de los militares y de las personas de buena educación, lo que, en cierto modo, puede equiparar una conducta deshonrosa con la infracción de un uso social; por último, no excluyen el curso de la justicia ordinaria.

Tan precaria conceptualización la salva el Informe con una afirmación y un ejemplo: *el honor – dice– es algo más que la mera observancia de las leyes y para conservarlo es preciso algo más que evitar los delitos*; el ejemplo hace alusión al *Oficial que abandona su puesto en una acción de guerra que, sin duda, es un delincuente y pierde su honor; pero si conservara su puesto y marcha al enemigo sin aquella firmeza y serenidad que manifeste a sus compañeros el valor y la intrepidez, no es delincuente y, sin embargo, mancha su honor. Tampoco lo es el que en su trato no guarda toda aquella decencia correspondiente a su clase y el que no guarda esta escrupulosamente en sus palabras y ambos vulneran el honor con estas faltas*. Se está haciendo referencia a dos cosas: a una valoración del honor totalmente enraizada en la axiología del Antiguo Régimen en referencia al exclusivo honor del caballero en sus vertientes de *tymos* o autoestima e *hibbrys* o más valer, acaso con la sustitución del concepto «estamento» por el de «clase» pero de similar significado y, por otro lado, a la exigibilidad que, en relación con el cumplimiento del deber por parte del Oficial, hacían gala las Ordenanzas de 1768. Pero ocurre que ahora, con motivo de la Guerra, han tenido acceso a esa Oficialidad que el texto de referencia tenía como noble y cuyas grandes exigencias militares venían a compensarse mediante el otorgamiento de privilegios, personas de origen burgués, sin ninguna tradición militar en su familia y, desde luego, carentes de la vivencia y del convencimiento de tales deberes. De ahí que el informe haga concreta referencia a los actos de cobardía (lógicos en Oficiales bisoños formados en muy breve espacio de tiempo) y a infracciones de buena educación, lógicas también en personas de incluso villana procedencia⁸. Ya vimos en su momento la discriminación de que fue objeto esta oficialidad tras la reacción absolutista de 1814. De suerte que el aluvión de Oficiales que arribaron a las Unidades del Ejército con motivo de la Guerra cuya preparación militar era escasa, proporcionada en centros docentes creados a toda prisa por motivos de necesidad, poco versados en la guerra y de origen, en muchos casos, en la baja burguesía (extremo, este último, que ponía en evidencia su manera de comportarse frente a la exquisita oficialidad de origen noble) hizo del problema de la implantación de los Tribunales de Honor uno de los principales objetos de debate en la Comisión de Guerra de las Cortes en lo atinente a la configuración política del nuevo Ejército.

Por parte de los Diputados que formaban parte de la Comisión, se mantuvieron variadas posturas que avivaron el debate. Totalmente favorables al establecimiento de la Institución en el sentido que había sentado el Informe fueron Golfín, para quien *el Tribunal de Honor no indagará los delitos pero velará sobre el cumplimiento de los deberes respectivos siendo, por tanto, el complemento de la ley*; Garoz, que ponía de relieve en similar sentido la *necesidad de corregir las faltas que no estaban en las actuaciones de los Consejos de Guerra* en total sintonía con Argüelles que los consideraba *complementos de la Ordenanza* alegando, además, una razón práctica para su establecimiento pues al ser *su condición de provisional, hágase un ensayo de su institución. ¿Qué se pierde con establecer este Tribunal?*. Aner, para quien *nada hay*

⁸ El Diputado García Herreros ponía de manifiesto esta realidad en las discusiones parlamentarias. *¿Qué ideas militares –decía– ni del honor militar pueden tener unos hombres que, de paisanos y pacíficos, se hallan de Coroneles, Tenientes Coroneles y Capitanes de repente?. A verdad estos, aunque no vayan con la cabeza baja ni hagan actos de contrición, jamás cumplirán con su deber*. Recogida de la Ob, cit de FRANCISCO J. MOYA Y CELESTINO REY JOLI, páginas 242 y 243.

de más cuando se trata de arrentar el honor de los ejércitos, ya que el concepto del honor se pierde, no cuando el militar falta precisamente a los deberes de la profesión sino por acciones contrarias a la moral o al buen orden. La embriaguez, las trampas en el juego, la irreligión, la inmoralidad y otras faltas de degradan el honor y por las que no se forma Consejo de Guerra. También el Diputado Del Monte consideraba absolutamente necesaria la Institución.

Radicalmente contrarios a su establecimiento por diversas razones fueron el canónigo Esteban Gómez que entendía que las leyes militares eran suficientes *para formar, no solo un perfecto militar sino un ejemplar religioso*; Villa Gómez, para quien los tribunales *debían juzgar con arreglo a la ley y no de un modo arbitrario*; Mediola que, de manera más contundente aún que el anterior, concebía a la Institución como *un aborto del Congreso nacional, que habiéndose convocado felizmente para poner freno a la arbitrariedad de los tribunales, venía a constituir otro con poder más arbitrario.*

Como posición ecléctica, la de Villanueva quien no dejaba de considerar de gran dificultad precisar el concepto del honor y, más aún, en que la concepción subjetiva de éste fuese el resultado de una educación viciosa o deformada. Así decía que *siendo el honor el resultado de acciones virtuosas, también lo es la forma de educación y si en estos conceptos se consideraba, era muy llano el establecimiento del Tribunal propuesto; mas como la opinión del honor podía ser y de hecho lo era muchas veces resultante de una educación viciosa, estando esta en contradicción con la virtud y la ley, podrían verse embarazados los jueces del Tribunal en calificar el honor o el deshonor que merecen tales acciones.* También la del General Samper el cual, admitiendo la necesidad de su establecimiento, dudaba de su eficacia *sin un reglamento que señale sus atribuciones prefijando los casos y delitos de los que debía conocer*⁹.

En definitiva, las posturas favorables al establecimiento de la Institución veían en ella un medio ideal para depurar conductas que, con independencia de su posible consideración como delitos, resultaban atentatorias contra una moral o buenas costumbres propias de los caballeros en el Antiguo Régimen y, por ende, observadas por una Oficialidad de nobiliario origen. Las contrarias ponían de relieve la sinrazón que suponía consagrar el arbitrio de un Tribunal que no iba a juzgar según ley y, en principio, sin incurrir por ello en ninguna arbitrariedad, unas conductas no expresamente establecidas como delitos en aquélla y cuyo valor o desvalor resultaría, sin duda, obediente a un juicio arriesgado y gratuito. Las eclécticas aceptaban tanto la dificultad para precisar el concepto del honor y, consecuentemente, de los comportamientos contrarios al mismo como la inutilidad de la Institución si esta no se regulaba convenientemente en el reglamento correspondiente.

El resultado de tan animado debate fue la Orden de 31 de marzo de 1811 en la que tan solo se disponía la formación de un Reglamento que regulase los Tribunales de Honor. Decía así: *Enteradas las Cortes Generales y Extraordinarias del proyecto sobre la formación en cada uno de los Ejércitos de un Tribunal denominado «de Honor» para juzgar sin apelación de los delitos que hacen desmerecer a los Oficiales y Cadetes que incurren en ellos de la alternativa con sus compañeros, cuyo estable-*

⁹ Las diferentes posturas mantenidas en el debate parlamentario y que se han puesto de relieve se hallan recogidas en la obra ya mencionada en la nota anterior, páginas 241 a 250.

cimiento consideraba oportuno el Consejo de Regencia, han resuelto se establezcan dichos Tribunales y que se remita a V.E., como lo executamos, el dictamen dado en su razón por la Comisión de Guerra de las mismas, el del Diputado Don Antonio Samper y el resultado de la discusión para con presencia de todo forme S.A. el Reglamento con que se han de regir y gobernar los expresados Tribunales¹⁰.

El incumplimiento del desarrollo reglamentario de los Tribunales de Honor al que hay que agregar las reacciones absolutistas que dejaron en vía muerta al ejército liberal trajeron como consecuencia que no tuvieran un reconocimiento jurídico hasta el Real Decreto de 3 de enero de 1867 cuyo artículo octavo decía lo siguiente: *Cuando un oficial cometa un acto deshonoroso en virtud del cual se deje en duda su valor o imprima una mancha en su propia reputación o en el buen nombre del Cuerpo a que pertenece, si el hecho fuese apreciado así por las cuatro quintas partes, cuando menos, de los de su clase, estos lo pondrán en conocimiento del Jefe del Cuerpo, el cual, informado del caso, dará cuenta al Director General¹¹.* Los actos de naturaleza sustantiva que dan lugar a iniciar el procedimiento son pues y de manera genérica, de tres clases: que deje en duda el valor de un Oficial, que manche su reputación personal o el buen nombre del Cuerpo a que pertenece, muy en la línea establecida en el Informe de la Comisión de las Cortes de Cádiz que, de igual modo, hacía referencia a actos de cobardía o de falta de valor junto a indecorosos comportamientos. El procedimiento establecido no llegaba a institucionalizar el Tribunal; debían reunirse, en la intimidad del Cuerpo, todos los Oficiales pertenecientes a la clase del presunto infractor y si las cuatro quintas partes de ellos apreciaban el hecho enjuiciado como deshonoroso, debían informar de ello al Jefe de Cuerpo el cual daría oportuna cuenta al Director General que decidía lo procedente en orden a la continuidad o a la separación del infractor en el servicio. El sistema autodepurativo, dentro del propio Cuerpo y previa reunión y votación de la totalidad de los Oficiales de la clase del infractor, es más que evidente. Pero entrañaba peligros ya que muy bien podía ser utilizado (como de hecho ocurrió en épocas posteriores) de manera torticera como medio de eliminar a un posible rival en ascenso o méritos. Y que tal peligro se hallaba presente y, más aún, que se dieron casos en los que el celo por preservar el honor corporativo no fue el móvil principal de las decisiones del conjunto de los Oficiales del Cuerpo, lo demuestra la Circular de la Dirección General de Infantería de 31 de mayo de 1876 que solicitaba la *tranquila calma y serena conciencia* en la valoración de estas conductas, advirtiendo del irreparable daño que, singulares y espurias ligerezas, podían originar. Decía la disposición que *celosos por el buen nombre de su clase, antes de levantar acta apreciando como deshonorosa la conducta de alguno de sus compañeros, examinen el asunto con tranquila calma y serena conciencia hasta cerciorarse de la verdad; porque si el expediente viene a mostrar con el frío análisis de los hechos que no hubo motivo bastante para imprimir aquélla mancha en el honroso uniforme del que lige-*

¹⁰ Disposición recogida en la *Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes de Cádiz*. Cortes Generales. 175 aniversario de la Constitución de 1812. Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1987. Tomo II.

¹¹ Disposición recogida en la Colección Legislativa del Ejército, número 966 a propósito de una Circular de Infantería de la Dirección General del Arma de 27 de enero de 1876 que recordaba la vigencia de la disposición anterior. A ella hacen también referencia MIGUEL DOMINGUEZ– BERRUETA DE JUAN y JUAN BLAS DOMINGUEZ y JOSE MANUEL GUTIERREZ DE LA CAMARA en sus respectivas obras, ya citadas, páginas 16 y 62 respectivamente.

ramente consideraron culpable, se rebaja su propio prestigio, se excitan perniciosas rivalidades y llegan a romperse los lazos del compañerismo militar.

Hasta aquí las primeras andaduras de esta Institución de origen genuinamente castrense pero que, sin embargo y como tendremos ocasión de ver, logró establecerse en Corporaciones de naturaleza civil. Su definitiva institucionalización de consigue en la Restauración, al ser recogida en la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 e incorporada a los Códigos Militares cuyo estudio abordaremos a continuación.

II. LOS TRIBUNALES DE HONOR EN LA RESTAURACIÓN

Dejábamos en el epígrafe anterior a los Tribunales de Honor precariamente regulados por el Real Decreto de 3 de enero de 1867 y demás disposiciones de referencia. Y es precisamente en el periodo político de la Restauración cuando aquéllos adquieren una profusa regulación jurídica con la incorporación de su normativa específica al Código de Justicia Militar de 1890. Además, estos Tribunales rebasan el ámbito castrense, único en el que, hasta entonces, habían tenido sentido sobre la base del conjunto axiológico que ya hemos analizado y que conformaba el honor militar, particularmente del Oficial, depositario de los de la nobleza del Antiguo Régimen, para constituirse, con parámetros semejantes a los del ámbito castrense, en corporaciones civiles como tendremos ocasión de ver.

El párrafo séptimo del artículo 13 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 se limitaba a disponer que *un Código penal y otro de procedimientos regularán la administración de justicia militar*. De suerte que es el Capítulo III del Título XXV (*De lo judicial y lo gubernativo*) del Código de Justicia Militar aprobado por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890 el que, bajo la rúbrica Tribunales de Honor, viene a regular su constitución y el procedimiento a seguir hasta la emisión del fallo.

Una primera conclusión ha de extraerse del lugar en que se sitúa su normativa en la sistemática del Código, inmediatamente a continuación de las normas procesales reguladoras del procedimiento *judicial* pero independiente de éste, en Título que hace referencia a los *procedimientos gubernativos*. Es decir, que su naturaleza no es judicial sino gubernativa. Ello no obstante, la firmeza de sus fallos, contra los que no cabe apelación ni recurso alguno, les otorga una naturaleza jurídica *sui generis*, de custodia del honor para la cual se instrumentaliza al Derecho, pero sin que preocupen demasiado la pureza del procedimiento, las garantías del imputado ni la emisión de un fallo justo. Con razón CARLOS BLANCO hace referencia a ellos en el sentido de que « ser las salvaguardas humanas al fin del honor, no quiere decir que puedan, merced a sus ilimitadas facultades, prescindir en todo y por todo de Códigos, leyes, garantías y responsabilidades. Hay que salvar el honor, pero con él la justicia»¹². Su hipotética naturaleza gubernativa impide, sin embargo, que sus fallos puedan ser revisados por

¹² CARLOS BLANCO, *La Dictadura y los procesos militares*, prólogo de Melquíades Álvarez. Madrid, MCMXXI, página 214.

la Jurisdicción contencioso administrativa ni en relación con la forma ni respecto del fondo. En lo atinente a la forma, el auto de 2 de enero de 1903 deja claro que *el Tribunal de lo contencioso no puede entrar a dilucidar, ni mucho menos a resolver respecto de los vicios de procedimiento que se supongan cometidos con motivo de la constitución y funcionamiento del Tribunal de honor porque cualesquiera que fueran tales vicios se hallan en absoluto fuera del alcance y esfera de acción del Tribunal Contencioso*. Y por lo que se refiere al fondo, el auto de 12 de enero de 1910 entiende que *al estatuir el legislador en el Código de Justicia Militar los Tribunales de Honor, se hizo creando una institución esencial de carácter militar que no tiene limitada su competencia a conocer de hechos determinados sino que recae sobre aquéllos que el Tribunal aprecie como deshonorosos para el que los haya ejecutado o para el Cuerpo en que sirva*¹³. La propia jurisprudencia, en definitiva, les atribuye esa naturaleza jurídica singular de carácter genuinamente militar en origen.

El artículo 720 del Código de Justicia Militar de 1890 establece que *si algún Oficial cometiere un acto de carácter deshonoroso, para sí o para el Cuerpo al que sirva, podrá ser sometido a Tribunal de honor aunque hubiere sido juzgado por otro procedimiento, siempre que hubiere de continuar en el servicio*. La primera deducción que cabe hacer a la vista de este precepto es que solamente pueden someterse al Tribunal de honor los Oficiales. Buena prueba de la traslación al Oficial del sentido del honor y de la honra propios del caballero, tal y como concluíamos en el capítulo anterior. En segundo término, el acto deshonoroso tiene que merecer esa consideración tanto para su autor (conducta impropia de un caballero) como para el Cuerpo en el que sirve, pero con especial incidencia en este ya que, de no continuar en el servicio, no cabe constituir el Tribunal de Honor por la sencilla razón de que no puede manchar el honor corporativo (en su doble vertiente de autoestima o *tymos* y prevalencia frente a otros o *hibbrys*) quien ya no forma parte de corporación alguna cuando, además, la resolución del Tribunal tiene solo la finalidad de acordar la separación del servicio del culpable sin que quepa la imposición de otro tipo de sanción¹⁴. Y en íntima relación con ello, la compatibilidad del procedimiento con cualquier otro y su independencia

¹³ Resoluciones recogidas por MIGUEL DOMINGUEZ–BERRUETA DE JUAN en su obra, ya citada *Los Tribunales de Honor y la Constitución de 1978*, páginas 18 y 19. Tales resoluciones judiciales fueron publicadas, respectivamente, en la Gaceta de Madrid, correspondientes al 10 de diciembre y 3 de junio de los respectivos años. Cita el autor otra resolución judicial, en concreto el auto de 15 de abril de 1909 (Gaceta de 8 de diciembre) que hace referencia a la intangibilidad en cuanto a la forma y el fondo al entender que *los fallos de los Tribunales de Honor, por su carácter no acomodado a reglas, en cuanto al fondo, no pueden ser revisados por la Jurisdicción contencioso administrativa y en cuanto al procedimiento que se haya seguido, no lo deben ser tampoco cuando su origen sea la ley*. Página 19.

¹⁴ Que la única finalidad de los Tribunales de Honor es la salvaguarda del honor corporativo lo demuestran las palabras del ministro de Gracia y Justicia pronunciadas en enero de 1901 respecto de la intención de establecer estos Tribunales entre los miembros del Poder Judicial. Y que recoge MIGUEL DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN en su ya citada obra, página 20. Decían así: *Sed vosotros mismos jueces de vuestros actos; acometed la noble empresa de juzgar a vuestros compañeros por procedimientos sumarísimos; estableced los Tribunales de Honor, como han hecho en otras carreras del Estado con brillantes resultados a fin de que arrojéis de vuestro seno a todos los que sean indignos de continuar en él y servir la causa de la justicia para la enmienda y castigo del culpable, resulte la corrección impuesta por vuestra propia virilidad y valor cívico*. Nótese como la alusión a la virilidad hace referencia a uno de los valores o virtudes que debían adornar al caballero. La carencia de ella era, sin lugar a dudas, absolutamente deshonorosa en todos los ordenes.

de este último, es decir, que una cosa es la salvaguarda del honor y otra diferente la administración de justicia.

El artículo 721 establece las reglas a observar para la constitución del Tribunal, que son las siguientes:

1.^a *Que las cuatro quintas partes de los individuos de la clase a que pertenezca el acusado, que sirvan en el mismo Cuerpo armado u oficina estén conformes en cuanto a la naturaleza deshonrosa del hecho.*

2.^a *Que el minimum de individuos necesario para formar dichas cuatro quintas partes sea el de cinco, el cual habrá de completarse con los de la clase o clases superiores a la del acusado, por el orden jerárquico ascendente, si en el Cuerpo u oficina no se reuniese el minimum adecuado, contando únicamente con los de su categoría, determinada para este fin por el empleo efectivo de la escala.*

3.^a *Que confirmen el hecho las noticias adquiridas por el Jefe o persona más caracterizada de la misma arma o instituto dentro del grupo orgánico o distrito donde aquél ocurriese.*

Poco que comentar al respecto salvo la exigencia de que sean los del mismo empleo militar que el presunto culpable los que consideren el hecho como deshonoroso que habrá de completarse, en caso necesario, con los de superior empleo. Cierta garantía ofrece la necesidad de confirmación de noticias por parte del Jefe o persona más caracterizada.

Una vez publicado el hecho que se juzga deshonoroso, prescribe el artículo 722, se reunirán previamente los Oficiales de la clase a que pertenezca el acusado y se nombrará una comisión para que se presente al Jefe de Cuerpo, pidiéndole permiso para celebrar Tribunal de Honor. Obtenido este— continúa el artículo 723— se reunirán los indicados Oficiales en el cuarto de banderas o en otro sitio que de antemano se determine ; en esta reunión, el más antiguo tomará la palabra y dará cuenta de su objeto y del acto deshonoroso cometido y, después de oír al interesado, si deseara comparecer, o al compañero que le represente si al efecto se designara, expondrán su parecer los concurrentes.

Nótese como la iniciativa para constituir el Tribunal es total y absolutamente corporativa, no derivada de potestad administrativa de ningún órgano ya que el requisito de solicitar permiso del Jefe de Cuerpo es más un acto de cortesía militar que un trámite necesario. Llama la atención que no se precise y pueda, por tanto, prescindirse de la audiencia del acusado con lo que su indefensión es total.

El Tribunal de honor calificará el hecho que motiva su constitución, consignando si este es deshonoroso o mancha el buen nombre del arma o instituto a que pertenece el Oficial residenciado y acordará si procede o no su separación del servicio (artículo 724). Tras levantar el oportuno acta por duplicado en el que se hará constar la causa que ha originado la constitución del Tribunal, el consentimiento del Jefe de Cuerpo para reunirlo y la declaración de que el Oficial es autor del hecho deshonoroso dictará fallo que será firme. (artículo 725). Los ejemplares del acta se entregaran al jefe de Cuerpo quien remitirá uno de dichos ejemplares, archivando el otro, al Inspector General del arma para que este lo eleve al Ministro de la Guerra a los fines

correspondientes. La separación se dictará de real orden por resultado del fallo del Tribunal de honor. (Artículos 726 y 727).

La amplitud de criterio para valorar como deshonoroso el hecho que se somete a su consideración es total, sin sujeción a regla alguna, ni precedente ni previa calificación. Tan solo el sentimiento o la conciencia de que el hecho *mancha* la autoestima corporativa y la respetabilidad que merece para los demás individuos y corporaciones, es suficiente para emitir el fallo de separación del servicio. Cabe pues, preguntarse qué tipo de hechos merecerían la calificación de deshonorosos. Desde luego, todos los que fuesen contrarios al conjunto de valores que componen el honor militar, a su vez conformadores del honor caballeresco a los que hacíamos referencia en el capítulo anterior tales como la lealtad, el valor, el compañerismo, la dignidad personal , el heroísmo, etc. La alusión a la virilidad por parte del Ministro de Gracia y Justicia, expuesta en la nota 70 subraya su importancia y la deshonra que representa cualquier acto de homosexualidad o signo de escasa virilidad. LANDIN CARRASCO enumera una relación de actos que, desde la óptica apuntada de su desvalor moral, fueron objeto de enjuiciamiento por los Tribunales de Honor. Así menciona «los actos de cobardía no definidos entre los delitos contra el honor militar, consentir la deshonra de la esposa o de la hija, recibir dinero de una amante, frecuentar casas de mala nota de uniforme, haber empeñado falsamente la palabra de honor en materia grave, contrabando de estupefacientes, corrupción de menores, escándalo público, falsificación de moneda etc¹⁵.

Conviene también poner de relieve la total y absoluta libertad en la apreciación de la prueba del acto o hecho tenido por deshonoroso. No se hace alusión a principio alguno de legitimidad en su obtención, ni a criterios de valoración ni tan siquiera a que la actividad probatoria sea necesaria. Tan solo se requiere que la «noticia» haya llegado también por otro conducto al jefe de Cuerpo. Pero, naturalmente, una noticia nunca puede ser una prueba en el estricto sentido del término. Consecuentemente, la consideración de probado o no probado del hecho queda al total arbitrio del Tribunal.

El fallo, que no puede ser otro que la separación o no separación del servicio del presunto culpable vincula de manera plena a la Administración debiéndose, en el primero de los casos, decretarse por Real Orden, sin posibilidad de recurso alguno. Y una vez cumplido su cometido, el Tribunal desaparece como tal, deja de existir puesto que fue constituido con ese único objeto.

Disposiciones complementarias de las expuestas son la Real Orden Circular de 3 de abril de 1899 que disponía *que las autoridades militares prestasen toda su cooperación a los Tribunales de honor. Nunca más necesario* –comenzaba diciendo esta disposición– *el prestigio de la institución armada que cuando se trata de su reorganización.; y como la disciplina que le sirve de fundamento no ha de mantenerse solo por los preceptos de Ordenanza sino por la elevada idea que el subordinado ha de tener de sus superiores, basada en el concepto de saber, justicia y moralidad de que los vea adornados, se hace preciso, para el logro de este fin, que desaparezca toda sombra de duda acerca de la conducta de los generales, jefes y oficiales del Ejército cuando*

¹⁵ AMANCIO LANDIN CARRASCO: *Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares*. Cuarta edición. Imprenta Antunez Pontevedra, 1957, página 271.

fuesen objeto de ataques que mancillen su honra y que por la índole del caso, no puedan ser llevados a los tribunales de justicia para el esclarecimiento de la verdad. Es decir, que la disciplina no debe mantenerse solo por imperativo legal de la Ordenanza; debe ser fruto del respeto de los subordinados hacia los superiores. Pero ese respeto que, efectivamente, conforma el valor de la disciplina tan solo es admisible ante la intacta honra de los superiores y no en otro caso. Y si hay dudas acerca de que haya sido mancillada debe procederse a su limpieza de manera independiente, previa y preferente a un hipotético esclarecimiento de la verdad. La defensa pues del honor y de la honra de cuantos componen el Cuerpo de Oficiales (no de los demás miembros de la Institución), la exigencia de que se mantenga sin mácula alguna con preferencia incluso a la estricta administración de justicia traslada a una época moderna todo el conjunto axiológico que en tiempos medievales se predicaba del caballero, espejo acrisolado de virtudes que, de perder alguna de las que debían adornarle, era expulsado de la caballería. Y como quiera que tan solo el caballero (ahora el Oficial) era depositario de tales virtudes sólo él era honorable y podía, en consecuencia, incurrir en deshora y deshonor. El villano (tenidos como tal el suboficial y el soldado) no podía, naturalmente, perder una honra que no se le reconocía. Y por esa razón, al suboficial y al soldado no se les podía someter a Tribunal de Honor.

Por eso, los tribunales de honor responden a esa imperiosa necesidad y son los encargados de mantener incólume el prestigio y la honra del Ejército, expulsando de él a los que, olvidando sagrados deberes, no son dignos de vestir el uniforme militar símbolo de abnegación, pundonor y amor a la patria. Es de notar que el prestigio frente a terceros que merece la Institución militar (híbridos) solamente le pueden proporcionar los que son depositarios de honorabilidad u honra personal. Y para tan importante misión se reclama *para estos tribunales cuanto apoyo necesiten.*

La Real Orden Circular de 20 de octubre de 1900 se limita a establecer criterios interpretativos en lo atinente a *la forma de constituirse los tribunales de honor cuando en la localidad en la que el acusado resida no exista el número de individuos de su mismo cuerpo, empleo y situación que exige el artículo 721 del Código de Justicia Militar*, resolviendo la disposición el asunto al disponer que se llamen, *por orden de empleo, situación y antigüedad a los de las localidades más próximas, distrito o región o la capital de esta.*

Buena prueba de la preocupación que se tenía por la completa regulación jurídica de estos Tribunales que pone en evidencia, tanto la importancia que se les daba como la asiduidad con que se constituían, es la Real Orden Circular de 13 de mayo de 1916 que otorga disposiciones para constituirlos en los Cuerpos de Intendencia, Intervención, Sanidad y Jurídico Militar, dadas las dificultades encontradas, resolviéndose *completarlos con los de la misma categoría que se hallen en situación de reserva, designándoseles por el orden inverso al de las fechas en que pasaron a dicha situación*¹⁶.

Una muestra más de cuanto hemos manifestado en el párrafo anterior es la Real Orden de 3 de diciembre de 1919 dada con motivo de un Tribunal de Honor a celebrar en la Escuela Superior de Guerra. «Se preparaba –dice CARLOS BLANCO– en aquéllas fechas un Tribunal de Honor para residenciar a varios alumnos de la Escuela

¹⁶ Disposiciones recogidas en la Colección Legislativa del Ejército.

Superior de Guerra. Como quiera que el Código de Justicia Militar no preveía nada para el supuesto de que fueran varios los oficiales que, por los mismos hechos, debían ser juzgados por Tribunales de honor, el mencionado precepto disponía que se constituyeran con *todos los oficiales del mismo empleo, arma y escala residentes en la localidad de que se trate, presididos por el más antiguo*». Este asunto originó, gracias a una campaña de prensa que lo mantuvo vivo, que el Tribunal Supremo (Sala Tercera) no admitiera la excepción de incompetencia alegada por el Fiscal¹⁷. La sentencia de 11 de julio de 1922 dictada al efecto daba un primer paso en referencia a la posibilidad de revisión (siquiera por defectos formales) de los fallos de los Tribunales de honor por los de la Jurisdicción contencioso administrativa.

En este línea, la Real Orden Circular de 29 de enero de 1926, tras confirmar en el artículo cuarto que *los fallos de estos Tribunales son firmes y ejecutorios sin que contra ellos quepa recurso alguno, ni siquiera el contencioso administrativo*, venía a admitir que *el Consejo Supremo de Guerra y Marina, al informar sobre los actos de aquéllos Tribunales, continuará examinando si en la constitución y funcionamiento de los mismos se han cumplido las formalidades legales, sin entrar para nada en el fondo del asunto ni en los fundamentos del fallo* (artículo 5º). Por lo demás, la disposición reiteraba *la compatibilidad de estos tribunales, por ser de naturaleza sustancialmente distinta, con cualquier otro procedimiento a que pueda estar sometido el militar por el mismo hecho* (artículo primero) y que, *aún en el caso de que se estuviera tramitando procedimiento de otra índole por los mismos hechos, no será preciso esperar el resultado para el inicio, tramitación y fallo del Tribunal de honor* (artículo segundo)¹⁸. Con lo cual y de vuelta al problema probatorio que antes apuntábamos, podía suceder que el residenciado ante un Tribunal de honor fuese absuelto por un Tribunal de Justicia, acaso por falta de pruebas y ser el fallo del de Honor la separación del servicio. Prueba evidente de que el enjuiciamiento del honor cobra primacía ante la propia justicia, tanto por ser intangible como por su independencia respecto de otros pronunciamientos. Tan solo son revisables los aspectos formales sin que una infracción del procedimiento, por grave que sea, afecte para nada al pronunciamiento sobre el fondo, aunque se declare nulo el procedimiento; lo que no era, ciertamente, una estimable garantía jurídica.

Este estado de cosas, la valoración corporativa de un hecho como deshonoroso realizada, como expone AMANCIO LANDIN CARRASCO «por los propios compañeros que toman el acuerdo firme y efectivo contra el acusado»¹⁹, tenía que hacer quiebra; a mayor abundamiento cuando, como ya anticipábamos, fueron sometidos a Tribunales de Honor cuantos oficiales incumplían lo que, bajo su *palabra de honor*, juraban aceptar en las actas constitutivas de las Juntas. Si faltaban a ellas, se aplicaban las reglas del honor entre caballeros con la imposición de las sanciones previstas por

¹⁷ CARLOS BLANCO: Ob, cit, páginas 229 y 230. Dice al respecto el autor que «campañas de prensa mantuvieron vivo este asunto. Se interpuso recurso contencioso– administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que venía declarándose incompetente para conocer de dicho recurso; pero en el caso de referencia, desestimó la excepción de incompetencia alegada por el Fiscal y mandó que este contestara a la demanda fundándose en que el Tribunal de Honor celebrado para juzgar a los oficiales– alumnos de la Escuela Superior de Guerra no se había constituido con arreglo a las disposiciones del Código de Justicia Militar sino a las de la Real Orden de 3 de diciembre de 1919.»

¹⁸ Disposición recogida también en la Colección Legislativa del Ejército.

¹⁹ AMANCIO LANDIN CARRASCO: Ob cit, página 271.

el Código de Justicia Militar que no eran otras, desde luego, que las prevenidas en la normativa de los Tribunales de Honor, es decir, la separación del servicio, con lo que la Institución vino a rebasar, con mucho, su inicial ámbito natural y de ellos se hizo un uso abusivo e incluso tiránico por parte del movimiento juntero. Y que tal abuso se produjo lo pone de manifiesto NICOLAS PEREZ SERRANO al afirmar que «los Tribunales de Honor, nacidos para velar por el honor profesional, degeneraron muchas veces, sirviendo sus secretos y escasas garantías de sus procedimientos para satisfacer pasiones políticas, rencores de cuerpo o estímulos de codicia»²⁰. No tan frontal crítica como la presente que aboga, desde luego, en favor de su desaparición pero sí al menos partidaria de una sustancial modificación de su normativa, ante todo en lo referente a la intangibilidad del fallo, es la postura de CARLOS BLANCO. Entiende este autor que «los fallos del Tribunal de Honor no deben ser irrevocables. Si como dice la Real Orden de 29 de enero de 1926 que, en cuanto al cumplimiento de las formalidades legales sean aquéllos revisables por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y declarados nulos, con mayores motivos deben someterse a revisión en cuanto al fondo de sus declaraciones.»²¹. Por eso, la Constitución de 1931, como veremos en el capítulo siguiente los suprimió tanto en el ámbito civil como en el militar y la legalidad ordinaria estableció un sistema de revisión de los fallos por parte del Tribunal Supremo que analizaremos en su momento.

Pero hasta entonces, se prodigaron los Tribunales de honor, no solo en referencia al abuso, ya apuntado, que supuso su utilización en la Milicia sino por todos los ámbitos de la Administración Civil.

Con carácter general, el Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 de los Cuerpos Generales de la Administración Civil del Estado y al personal subalterno de la misma, en el artículo 67 preveía la posibilidad de establecer Tribunales de Honor *para juzgar a los funcionarios que hubieran cometido actos deshonestos que les hagan desmerecer en el concepto público o indignos de seguir desempeñando sus funciones*²². Pero ya con anterioridad, aparte del intento ya referido de establecerlos en el ámbito de la administración de justicia, cada Cuerpo de la Administración pretendió implantarlos en su seno. MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN hace mención a una profusa relación de disposiciones que preveían la posibilidad de constituir los Tribunales de honor en múltiples Cuerpos de la Administración²³.

Es decir, que a pesar de las críticas de que estas instituciones fueron objeto, de la casi absoluta ausencia de garantías jurídicas apreciables, tanto en relación con el

²⁰ El comentario lo recoge MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN en su obra, ya citada, página 34. Procede de una publicación del autor en relación con la promulgación de la Constitución española de 1931 por la Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1932, páginas 291 y 292.

²¹ CARLOS BLANCO: ob, cit, páginas 231 y 232.

²² Disposición que se encuentra en la Colección Legislativa de España.

²³ En efecto, este autor, en su ya citada obra, página 19, expone las disposiciones legales que hacen referencia a la constitución de los Tribunales de honor en diferentes Cuerpos. El Real Decreto de 25 de mayo de 1900 los implanta en el Cuerpo de Ingenieros de Caminos; el Real Decreto de 4 de noviembre de 1901 para el Profesorado en general; el Real Decreto de 20 de diciembre de 1901 para los Profesores Titulares de Veterinaria; el de 21 de enero de 1905 para el Cuerpo de Ingenieros de Minas; el de 4 de junio de 1915 para el Cuerpo de Interventores del Estado y el de 23 de julio de ese mismo año establece la posibilidad de su constitución en el Cuerpo de Médicos forenses.

motivo de su constitución como en la observancia de los trámites del procedimiento y en el fallo, el modelo inicialmente militar se trasladó con extraordinaria profusión a muchos Cuerpos de la Administración civil. Llama la atención tan exacerbado culto al honor en una época histórica supuestamente cimentada en principios liberales. Pero probablemente este fenómeno sea debido a la resistencia de una burguesía que, no hay que olvidar, ocupa ahora el lugar de la antigua nobleza cuyos valores y formas admira e imita, a perder el status quo adquirido que le distingue de un proletariado cada vez más numeroso y agresivo. La multiplicación de los movimientos de masas, la combatividad de los partidos obreros, muy críticos con el sistema, conlleva que esa burguesía minoritaria busque refugio en sus valores y en sus instituciones. La depuración del honor entre los que forman los distintos Cuerpos de la Administración (componentes de esa burguesía en fin igual que la Oficialidad del Ejército) viene a ser un elemento distintivo de la autoestima y prevalencia social de un grupo frente a los que carecen de ella.

Para terminar, creemos de interés poner de manifiesto la influencia que, tanto la propia Institución de los Tribunales de honor como su desarrollo legislativo, tuvieron en los países hermanos de Hispanoamérica y, en concreto, en la República Argentina como país tradicionalmente más receptivo para con las instituciones jurídicas españolas.

Ciertamente, el hecho de que españoles y descendientes de españoles (criollos) formaran parte de los ejércitos de las que, después, serán las distintas naciones hispanoamericanas permite perfectamente suponer similares vivencias respecto del honor y, consecuentemente, la traslación a los ejércitos de sus distintas naciones y, más concretamente, a los Cuerpos más elitistas de aquellos de los métodos autodepurativos que funcionaban, antes de la independencia, en los del ejército peninsular. De suerte que uno de los primeros Tribunales de Honor que funcionó en un ejército hispanoamericano lo conformó el General Don José de San Martín al establecer, en el Glorioso Regimiento de Granaderos a caballo de su creación la *Reunión mensual de Cadetes y Oficiales* con el objeto de preservar *la obligación que tiene todo Oficial de honor de no permitir en el seno del Cuerpo ningún Oficial que no corresponda a él*²⁴. La identidad de parámetros con las instituciones similares que funcionaban en los

²⁴ El procedimiento autodepurativo, muy curioso pero, en esencia, obediente a los mismos parámetros e idéntica finalidad de los que los que ya hemos analizado, lo pone de manifiesto ROMAN RODOLFO ROVIRA en su ya citada obra *Los Tribunales de honor en la República Argentina*,. Revista Española de Derecho Militar número 21, página 98. Es el siguiente: *Cada primer domingo de mes deberán reunirse todos los oficiales y Cadetes en casa del Comandante del Regimiento. Concluido el discurso que debe dar el Comandante, mandará salir oficial por oficial a otra pieza en la que habrá tarjetas en blanco para que cada uno escriba lo que haya notado en la compartación de algún compañero. Concluido esto, se levantará el Sargento Mayor o Capitán más antiguo en defecto de este y correrá el sombrero en el que cada Oficial depositará su papeleta; recogidas que sean las pasarán al jefe principal para que las revise en secreto y si encontrase alguna acusación y el acusado se hallase presente, lo mandará salir. Cada oficial tiene derecho a hablar sobre el particular, lo que discutido a satisfacción, se nombrará una comisión de tres oficiales que serán a elección de todo el Cuerpo para la averiguación del hecho. Hecha la averiguación, se citará a la Junta Extraordinaria a la que la Comisión de residencia dará parte volviéndose a discutir sobre ello y concluida la discusión se pasará a votación secreta. Si el oficial acusado saliese inocente, se le hará entrar en presencia de todo el Cuerpo de Oficiales y se le dará una satisfacción por el Presidente. Si saliese reo, se nombrará una comisión se nombrará una comisión de un Oficial por Clase para anunciarle que el respetable Cuerpo de Oficiales manda pida su licencia absoluta y que en el interin que ésta se le concede no se presente en público con el Uniforme del Regimiento.*

Cuerpos del Ejército español (por ejemplo, el de los Guardias de Corps al que hicimos referencia en el capítulo anterior) está fuera de toda discusión, con independencia de las singularidades procedimentales. Y llama la atención la acogida honrosa en el seno de la Oficialidad del declarado inocente, merecedor incluso de una satisfacción por la máxima autoridad frente al desprecio y alejamiento de que es objeto el declarado culpable. Las causas que podían dar lugar a la obligación de solicitar la licencia también eran básicamente las mismas a las que ya hemos hecho referencia mereciendo acaso ser puestas de relieve *no admitir un desafío, sea justo o injusto, no exigir satisfacción al ser insultado, poner mano a cualquier mujer para golpearla aunque se haya sido insultado por ella, jugar con personas bajas e indecentes...* En definitiva, una vivencia muy española del sentimiento de la honra o autoestima personal²⁵.

La generalización de los Tribunales de Honor en esta nación corre paralela a sus referentes españoles. Es la Ordenanza de 1874 la que los establece para todo el Cuerpo de Oficiales. Y así define la Exposición de Motivos lo que debe ser el honor militar: *Nosotros esperamos de todo nuestro Cuerpo de Oficiales que el honor continúe siendo, igual que en el pasado, su más preciada joya; el conservarlo puro y sin tacha debe ser para el Cuerpo entero, como para cada Oficial en particular, el más sagrado de los deberes. El verdadero honor no puede subsistir sin una fidelidad a toda prueba, una bravura intrépida, una firmeza inquebrantable, una obediencia plena de abnegación, una perfecta sinceridad junto con una absoluta discreción cuando se trate de un secreto. El honor exige todavía que el Oficial, fuera de la vida militar guarde una dignidad de actitudes tales que esté de acuerdo con una clase de hombres a quienes está confiada la guarda de la patria*²⁶. Es decir, la defensa a ultranza de las tradicionales virtudes militares que lo conforman.

III. LA SUPRESIÓN DE LOS TRIBUNALES DE HONOR POR LA SEGUNDA REPÚBLICA

La pretensión de la Constitución de 1931 de ser el soporte jurídico de un Estado de Derecho tenía necesariamente que chocar con la inseguridad y, en ocasiones, arbitrariedad que conllevaba el funcionamiento de los Tribunales de Honor al que aludíamos en el último epígrafe del capítulo anterior. De ahí que el artículo 95 del citado texto venía, si no a proclamar un principio de unidad jurisdiccional, si a unificar la Administración de Justicia. Decía el párrafo primero que *la Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes*. Limitaba el párrafo segundo el ámbito de la jurisdicción penal militar *a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados*. Prohibía el *establecimiento de cualquier fuero por razón de las personas o de los lugares salvo el caso de estado de guerra con arreglo a la ley de orden público y abolía todos los Tribunales de Honor, tanto civiles como militares*.

La supresión de estos Tribunales, según criterio de JIMENEZ DE ASUA, «correspondía claramente a la idea que, sobre Justicia y Poder Judicial, contemplaba di-

²⁵ R ROMAN RODOLFO ROVIRA: Ob, cit, páginas 96 y 97.

²⁶ ROMAN RODOLFO ROVIRA: Ob Cit, página 99.

cho artículo, no siendo, por principio, aceptable, en un Estado de Derecho, el mantenimiento de una justicia privada de carácter gremial a lo que hay que añadir el irregular procedimiento que normalmente siguen estas instituciones y la falta de equidad derivada tanto de la imprevisión de las causas como de la no posibilidad de recurrir sus decisiones.»²⁷.

Cabe preguntarse si la supresión de los Tribunales de Honor en todo el ámbito de la Administración, tanto civil como militar, obedecía tan solo a razones de seguridad jurídica y de afirmación del Estado de Derecho o acaso y de manera soterrada podría admitirse la existencia de otras ocultas razones como el rechazo del conjunto de valores por cuya vigencia aquéllas instituciones velaban. A este respecto, conviene poner de relieve las reservas que suscitaban tanto los procedimientos empleados en su constitución como los fundamentos de sus fallos y la irrecorribilidad de éstos antes de aprobarse el texto Constitucional que los suprimía y a los que hicimos alusión en el capítulo anterior al mencionar la obra de CARLOS BLANCO. Si además añadimos que el Anteproyecto de Constitución no contemplaba su supresión y que ésta se llevó a cabo tras admitir una enmienda, parece que el motivo primero y principal fue el expuesto.

Opinión contraria exponen JUAN BLAS DOMINGUEZ y JOSE MANUEL GUTIERREZ DE LA CAMARA. A su juicio, «no paró en la supresión por el texto constitucional la vesanía abolicionista. Era preciso hacer más y se hizo. Quisieron los demagogos legisladores reintegrar a las filas de los ejércitos al personal expulsado del mismo con anterioridad al cambio de régimen y acordar, al efecto, la revisión de fallos inapelables dictados por los Tribunales de honor legalmente constituidos en uso de las atribuciones indiscutibles e indiscutidas al tiempo de dictarlos. Aquéllos fallos intangibles, ya que ni siquiera cabía utilizar contra ellos el recurso contencioso administrativo, según constante jurisprudencia, no merecieron consideración a los sectarios diputados de nuestras últimas Constituyentes»²⁸.

Extrema es, sin paliativos, esta posición por varias razones. En primer lugar, porque en su supresión ven los autores una actitud demagógica del legislador que no es tal puesto que la ubicación sistemática de la norma que suprime los Tribunales

²⁷ Citado por MIGUEL DOMINGUEZ –BERRUETA DE JUAN en su obra, *De nuevo sobre los Tribunales de Honor*. Advierte el autor que el último párrafo del artículo 95 no figuraba en el Anteproyecto Constitucional y fue introducido por la enmienda propuesta por el señor Elorza. Pone de relieve también una matización a esa naturaleza «estrictamente privada» que atribuye LUIS JIMENEZ DE ASUA a éstos Tribunales en su obra *Proceso histórico de la Constitución de la República Española.*, en concordancia con cuanto al respecto entendía GARCIA TREVIANO en su *Tratado de Derecho Administrativo* para quien los «Tribunales de Honor son en realidad un ejemplo de autocomposición de divergencias dentro del propio seno de los funcionarios, pero no por ello pierden su naturaleza de órganos estatales.» Universidad de Salamanca, 1984, página 125.

²⁸ JUAN BLAS DOMINGUEZ Y JOSE MANUEL GUTIERREZ DE LA CAMARA: Añaden éstos autores al texto arriba expuesto sus apreciación acerca de las verdaderas razones de la supresión de los Tribunales. ¿Como no habían de merecerla– dicen– si precisamente lo que se propusieron al reintegrar a las filas de los Ejércitos a los Jefes y Oficiales expulsados de su seno no fue otra que sembrar la discordia para cosechar, como fruto maduro de ese esfuerzo satánico, un organismo en descomposición incapaz de reaccionar contra las más tremendas injusticias, convirtiendo así el que se ha dado en llamar el brazo armado de la Patria y médula espinal de España en un muñeco blandengue corroído por la gangrena, infeccionado de un espíritu de anárquico desorden? Ob, cit, *Los Tribunales de Honor en...* página 65.

(relativa a la Administración de Justicia) no permite deducir tal actitud sino más bien una intención de reforma en la administración de justicia. En segundo término, el reintegro a las filas de los ejércitos de los oficiales expulsados por resoluciones de Tribunales de Honor no se llevó a efecto de manera general sino que tan sólo se previó una posibilidad de revisión de sus fallos en el ámbito de la Armada y no del Ejército como vamos a tener ocasión de comprobar de inmediato. En tercer lugar, porque si bien la intangibilidad de sus fallos estaba efectivamente avalada por la Jurisprudencia, según dejábamos constancia de ello en el capítulo anterior, no era óbice para que, mediante una reforma legislativa (reclamada, por otra parte, por algunos sectores doctrinales) fuese suprimida la Institución que, en tanto se mantuvo vigente, mereció el respeto de los Tribunales. Y, por último, es de todo punto inadmisibles tildar de «esfuerzo satánico» la supresión de una Institución cuya existencia y actividad no estaba exenta de problemas y que venía a ser el reflejo de la defensa a ultranza de los valores de un grupo social cuya vigencia ahora se cuestionaba.

Dejábamos constancia en el epígrafe anterior de la proliferación de estas Instituciones en el ámbito civil y concluíamos que tan «exacerbado culto al honor en una época histórica supuestamente cimentada en principios liberales no podía tener otra razón que la resistencia de una burguesía a perder sus valores que la distinguían de un proletariado cada vez más numeroso y agresivo». La concepción de España como una *República de trabajadores de toda clase*, según proclamaba el artículo primero del texto constitucional pone de manifiesto una radical y diferente concepción de las cosas y, por ende, la revisión de un conjunto axiológico burgués heredado de la nobleza del Antiguo Régimen. Por tanto, junto con el principio de seguridad jurídica que avalaba la supresión de estas instituciones hay que admitir un cambio valorativo que las vacía de contenido. En nuestra obra anterior aludíamos a lo variable y evanescente que era el concepto del honor y como no fue concebido ni entendido de la misma manera a lo largo de las distintas épocas históricas. Sin dejar de ser burgueses los miembros del Comité Revolucionario, que fue el germen de la Segunda República española, no compartían los principios que regían esta clase social toda vez que la influencia del humanismo socialista que se reflejaba en su ideología era incompatible con la aceptación de grupos privilegiados cuyos principios se tenían por verdaderos pilares sociales. La proclama de la igualdad de todos en el concepto de «trabajadores» de contenido ciertamente social es buena prueba de ello.

Pero, entendemos, no puede admitirse en su supresión una motivación exclusivamente torticera y desviada con la única finalidad de minar o destruir la Institución militar y su conjunto de valores aunque, ciertamente, el rechazo del reformador hacia una profesionalidad en la carrera de las armas y a que el Ejército siguiese siendo «la médula espinal de España» venía a cuestionar al grupo social de la Oficialidad y a su conjunto de valores y, consecuentemente, del método de defensa de su concepción de honor militar tradicional que ahora derivaba hacia otros derroteros, tanto jurídicos como ideológicos. Fue, en definitiva, un elemento más en lo que se consideró la trituration de la Oficialidad y de sus principios y valores.

La mayor inquietud que suscitaban los Tribunales de Honor era la intangibilidad de sus fallos ya que un error o su malévolamente utilización podían ciertamente originar daños irreparables a una persona que veía frustrada su carrera y, más aún, peligrar

su *modus vivendi* sin posibilidad alguna de enervar un error o reparar una injusticia. De ahí que la Ley de 20 de mayo de 1932 estableciese una posibilidad de revisión de los fallos por la Sala Militar del Tribunal Supremo pero, curiosamente, tan solo en el ámbito de la Marina. Una primera pregunta surge ante tal limitación que no es otra que tratar de adivinar la razón o razones por las cuales, con una misma motivación que la recogida en la Ley, es decir, la ilegalidad o el error en el fallo del Tribunal, la posibilidad de revisión no se hizo extensiva a los miembros del Ejército.

No se nos antoja fácil la respuesta aunque la limitación al ámbito de la Armada puede resultar obediente, en primer término, a motivos prácticos atinentes a un más reducido ámbito material que en el Ejército, sobre la base de ser el Cuerpo de Oficiales de la Armada considerablemente menor que el del Ejército cuando además, la Marina no presentaba el exceso de personal que aquél. En segundo lugar, pueden tenerse en cuenta motivos de oportunidad puesto que, tal y como expusimos en el capítulo anterior, muchos de los fallos de los Tribunales de Honor fueron consecuencia del incumplimiento de lo jurado o prometido a las Juntas de Defensa, inexistentes en la Armada, con lo que pudo temerse una reacción del movimiento juntero. Pero la solución, ciertamente, no era justa.

Quizás pueda admitirse una tercera razón cual es que la cartera de Marina tenía otro titular que no era Don Manuel Azaña, cuyos criterios referentes a la dirección de su Ministerio y del trato con la Oficialidad de la Armada eran probablemente distintos y obedientes a diferente problemática que los de la Cartera de Guerra.

El artículo primero de la mencionada disposición legal anunciaba que *por una sola vez y durante el plazo de treinta días a partir de la fecha de la publicación de ésta Ley en la Gaceta de Madrid, se concede recurso de revisión contra todos los fallos de los extinguidos Tribunales de Honor a que se refiera el Capítulo III del Título XXIII de la Ley de Enjuiciamiento de Marina. El recurso— continuaba el artículo segundo— se sustanciará por la Sala Militar del Tribunal Supremo. La petición se hará al Ministro de Marina en escrito que firmará el propio interesado y en dicho escrito se consignará el mayor número de datos relativos a la fecha y población en que se constituyó en Tribunal de Honor, motivo que lo originó, nombres de sus componentes, Cuerpo o Dependencia en que prestaba servicios el recurrente y fundamentos en que aprecia la ilegalidad o error de fallo de aquél Tribunal.* Es de notar que el recurso debía ser fundamentado mediante una posible doble alegación: error o ilegalidad. Es decir, que debían argumentarse las razones (naturalmente de fondo) por las que el fallo se consideraba erróneo o aquéllas (de fondo o de forma) que le convertían en ilegal.

El Ministro de Marina—exponía el artículo tercero— en un plazo que no excederá de veinte días desde que tuviera entrada el escrito de petición, remitirá éste, con las Actas de Tribunal, copia y hojas de servicios del recurrente y cuantos antecedentes obren en aquél a la Sala que mandará instruir una información que deberá terminarse en el plazo de sesenta días en la cual depondrán el recurrente, los mismos que formaron el Tribunal de Honor y todos aquéllos que puedan aportar datos o informes sobre los hechos que se trate de esclarecer (artículo cuarto). Terminada la información— prescribía el artículo quinto— se reunirá, en un plazo de quince días un Tribunal formado por tres Magistrados del Tribunal Supremo designados por la Sala de Gobierno; tres Generales de la Armada, nombrados por el Ministerio de Marina

*y un Presidente que será el del Tribunal Supremo para, a la vista de todo lo actuado, acordar una resolución que habrá de ser confirmando o anulando el Fallo del Tribunal de Honor recurrido. Si el fallo fuese de anulación (artículo séptimo) se publicará en el Diario Oficial del Ministerio de Marina y se repondrá al interesado en la escala de su Cuerpo con el puesto y situación que le corresponda, como si no hubiera tenido efecto su baja en la Armada y comenzando a cobrar sus haberes desde la fecha de la publicación antes mencionada*²⁹.

Si los efectos de la revisión, caso de ser revocado el fallo del Tribunal de Honor, incidían en la reposición del recurrente en sus derechos anteriores, excepción hecha de los económicos y si también es fácil admitir los supuestos de error en el fallo por el mero hecho de no ser ciertos los hechos objeto de pronunciamiento, ya no lo es tanto precisar cuándo debía ser revocado por apreciarse ilegalidad, como no fuera la de forma ya que, respecto del fondo, sabido es que el fallo no se sujetaba a normativa probatoria alguna ni precisaba una previa actividad probatoria de cargo suficiente. Es decir, que un fallo poco escrupuloso con la prueba pero que recayese (y se demostrase en la revisión) sobre un hecho cierto, difícilmente podría ser revocado cuando además tampoco existía la previa tipificación de la conducta sino su valoración como deshonorosa.

En cualquier caso, la Sala se reservaba la plena y exclusiva competencia en la decisión, si bien el artículo 8º de la mencionada disposición facultaba *al Ministerio de Marina para disponer lo necesario al cumplimiento de éste Ley*. Se dictó al efecto la Orden de 31 de mayo de 1932. El artículo 5º disponía que *una vez dictada la resolución a que hace referencia el artículo 5º de la Ley y recibida copia de la misma en este Ministerio, si el acuerdo o resolución fuera de anulación del fallo del Tribunal de Honor, se publicará en el Diario Oficial de éste Ministerio y, en virtud del mismo, se dispondrá la reposición del interesado en la Escala de su Cuerpo con el puesto y situación que le corresponda en la actualidad si no hubiera tenido lugar su baja en la Armada; a estos efectos, se entenderá que para obtener los reingresados empleos superiores a los que ostentaban al ser baja, habrán de tener cumplidas o cumplir las condiciones necesarias para la declaración de aptitud a los empleos de que se trate, sin perjuicio de que, después de ascendido, recuperen el lugar que les corresponda; y todo bien entendido que no tendrán derecho a otros haberes que los que devenguen a partir de la publicación de la disposición en que, por consecuencia del fallo, se les conceda su reingreso en la Armada*.

Es, por tanto, esta Orden Ministerial meramente ejecutiva de cuanto, según la Ley, fuese el contenido del fallo revisorio del dictado por el Tribunal de Honor. Se reconoce efecto retroactivo a la concesión del puesto que, en la actualidad, debería haberse ocupado de no haber existido el fallo del Tribunal de Honor limitando, sin embargo, el derecho al devengo de haberes al momento inicial de la publicación del fallo. Se condiciona además el acceso a superiores empleos al que se ostentaba al ser baja a que el reingresado tenga la aptitud para ello o se la procure. No se trataba pues de un reintegro completo de todos los derechos del separado del servicio pues la reparación se limitaba a reponerlo en la situación inmediatamente anterior a los efectos

²⁹ Esta disposición está recogida en el Repertorio de Legislación Aranzadi, 27 de mayo de 1932. Rep 661.

producidos por el fallo del Tribunal de Honor sin tener en cuenta ulteriores vicisitudes como lo eran, ciertamente, el ascenso o los ascensos conseguidos por los compañeros que, en tal momento, ocupaban similar situación. El reintegrado tendría que demostrar su aptitud para el ascenso al empleo que sus compañeros ya poseían.

*Cuando el acuerdo del Tribunal fuera confirmatorio del fallo del Tribunal de Honor— concluía el precepto— se dictará la oportuna Orden de conformidad con el acuerdo limitándose a desestimar la petición formulada*³⁰.

Quizás precisamente porque esta disposición no preveía el reintegro total de los derechos plasmándose en el Boletín Oficial las resoluciones de la Sala en forma de Ordenes Ministeriales fueron éstas objeto de recursos en la vía contencioso administrativa. Lo que permite deducir a MIGUEL DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN que la ley de 1932 «no tuviese demasiado éxito»³¹. Que tales disposiciones fuesen objeto de recurso en esa vía venía a poner de manifiesto que, se entendía, no eran concordantes con las disposiciones de la Ley de 20 de mayo, particularmente en lo relativo a las condiciones del reingreso, tal y como las regulaban y recogían aquéllas. A estos efectos es particularmente interesante el auto de fecha 18 de febrero de 1936 que resuelve el recurso interpuesto contra la Orden de 15 de abril de 1933 desestimatoria de una revisión solicitada porque *El Ministerio nada resuelve con propia jurisdicción ni produce acto administrativo que tenga contenido independiente del acto que cumplimenta*³².

Limitada posibilidad, en definitiva, circunscrita al ámbito de la Armada pero oportunidad al fin de obtener satisfacción mediante la subordinación, con matices, del fallo del Tribunal de Honor a las disposiciones del Ordenamiento jurídico expresado en el fallo de revisión de la Sala Especial que supone, por el momento, el punto final de la prevalencia del Honor frente al Derecho.

En el ámbito de Ejército y ante «el vehemente deseo en los buenos militares de ver restablecidos los Tribunales de Honor», según interpretación de Don José María Gil-Robles y en uso de sus prerrogativas como Ministro del Ramo de Guerra, se propuso dictar una disposición reglamentaria que ofreciese un criterio «ampliamente interpretativo del artículo 705 del Código de Justicia Militar al permitir la instrucción

³⁰ Disposición contenida en el Repertorio de Legislación Aranzadi, 1932, Gaceta de Madrid correspondiente al día primero de junio de ese año. Referencia 700.

³¹ MIGUEL DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN: Ob, cit, páginas 34 y 35.

³² Decía este auto que *el Ministerio de Marina al disponer el cumplimiento de los acuerdos dictados en recurso extraordinario de revisión por el Tribunal especial creado por la Ley de 20 de mayo de 1932 se limita en acto de mera ejecución a publicar en el «Boletín Oficial» el acuerdo si es de anulación o a recoger la desestimación del recurso en Orden que, necesariamente, ha de conformarse con el acuerdo del Tribunal y, en uno u otro caso, el Ministerio nada resuelve con propia jurisdicción ni produce acto administrativo que tenga contenido independiente del fallo que cumplimenta.*

Que la Orden recurrida de 15 de abril de 1933 dictada al solo efecto de cumplir lo prevenido en la citada de 31 de mayo, al recoger la desestimación acordada por el Tribunal de la revisión pedida por el Sr E, no hizo ni pudo hacer declaración propia ni vulnerar, por tanto derecho alguno del recurrente, porque el pleno conocimiento del asunto, en su fondo como en el procedimiento estaba sometido a la exclusiva competencia de un tribunal especial que dentro de su jurisdicción resolvió y ese acto de la Administración trámite ejecutivo de otro jurisdiccional, no puede ser impugnado en recurso contencioso. Recogido por MIGUEL DOMINGUEZ- BERRUETA DE JUAN en ob, cit, página 35.

de expediente de separación del servicio por actos que pudieran considerarse deshonorosos». Consecuencia de ello fue el Decreto de 28 de mayo de 1935³³.

Se buscaba por el entonces Ministro, no la reimplantación de los Tribunales de Honor, imposible a la vista de las disposiciones constitucionales sino la introducción en el procedimiento gubernativo, como causa de separación del servicio, conjuntamente con los hechos constitutivos de faltas disciplinarias cuya comisión reiterada e incorregible daba lugar a la tramitación de expediente gubernativo, *aquellos hechos deshonorosos manifestamente contrarios al alto concepto del honor militar*.

Justificaba el Preámbulo o Exposición de Motivos del Decreto tal decisión de la siguiente manera: *El artículo 705 del Código de Justicia Militar y los demás reguladores del procedimiento gubernativo responden a una evidente necesidad siempre sentida por el Ejército cual es la unidad y cohesión espiritual de cuantos elementos lo integran, más importante quizás para su eficacia que la posesión de medios materiales, descansa fundamentalmente en el sometimiento voluntario a normas de conducta y honorabilidad de observancia rígida que han de ser inspiradoras de la vida militar*.

Por ello, la ley ha querido y quiere no sólo corregir con sanciones adecuadas las faltas que el oficial cometa sino eliminar también del servicio activo de las armas a quienes por su reiteración y persistencia en la comisión de aquéllas o por tratarse de hechos deshonorosos manifestamente contrarios al alto concepto del honor militar revelen la incorregibilidad de una conducta, la inadaptabilidad al ambiente propio del servicio de las armas o la actuación incompatible con aquélla virtud militar.

Claro es que, al contrario de lo que sucedía en las dos primeras causas que motivaban la tramitación de expediente que precisaban la reiteración en la comisión de faltas que el artículo 705 del Código de Justicia Militar requería se reflejase en la *acumulación de notas desfavorables en la Hoja de Servicios*, o fuese exponente de *mala conducta habitual e incorregible* (causas primera y segunda) conjuntamente con las *deudas injustificadas* (causa tercera), las *faltas contra el honor militar que no constituyan delito* (causa cuarta) seguían sin determinarse dependiendo tal consideración de criterios absolutamente discrecionales.

Ello no obstante, el hecho de que la separación del servicio se amparase en la tramitación de un procedimiento administrativo a cargo de un Instructor cuya actuación, según establecía el artículo segundo, *debía de sujetarse en su iniciación, trámites e informes a los previsto por las disposiciones del Código de Justicia Militar, así como la resolución*, ofrecía bastantes más garantías que el muchas veces arbitrario cuando no interesado fallo del Tribunal de Honor. Además, al tenerse que acordar la separación del servicio por un hecho tenido por deshonoroso en el marco de una resolución dictada por un órgano administrativo como culminación del procedimiento, hacía revisable esa resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa.

³³ JOSE MARIA GIL ROBLES: *No fue posible la paz*. Editorial Planeta. Barcelona, 1998, página 231. Reconoce el propio autor que «cuando puso en conocimiento del Presidente de la República Don Niceto Alcalá Zamora tales intenciones manifestó gran desazón, toda vez que la disposición que al efecto se dictase podía ser contraria al artículo 95 de la Constitución que abolía los Tribunales de Honor y, por esa razón se avino a modificar el borrador del texto inicial.»

Adicionaba el Decreto una garantía probatoria en el artículo tercero cuando *el expediente gubernativo se haya incoado como consecuencia de la causa cuarta del artículo 705 del Código de Justicia Militar* (es decir, la comisión de actos deshonrosos que no constituyan delito) *el Juez instructor aportará también las declaraciones de los compañeros de la propia clase*³⁴. La obligación de aportar tales declaraciones como «prueba» sin dejar al criterio del Instructor su práctica y su incorporación al expediente y cuyo resultado tenía que ser necesariamente valorado en el momento de acordar la oportuna resolución, era en sí misma una importante garantía para el expedientado al poder contar con la posibilidad de testimonios de descargo o, en todo caso, tener la seguridad de que la resolución se adoptaría sobre la base de un procedimiento administrativo tramitado conforme a derecho.

En suma, entendemos que, al margen de la siempre peligrosa valoración de un acto como deshonroso, el sistema ofrecía bastantes más garantías que el establecido para los Tribunales de Honor y pretendía posibilitar la defensa del Honor sin prescindir del Derecho.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BLANCO, C., *La Dictadura y los procesos militares*, prólogo de Melquíades Álvarez. Madrid, MCMXXI.
- BLAS DOMÍNGUEZ, J. y GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA, J.M., *Los Tribunales de honor en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire*, Madrid, 1944.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.A., *Los Tribunales de Honor en la Constitución de 1978*. Salamanca, 1984.
- LANDÍN CARRASCO, A., *Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares*, 4ª ED., Pontevedra, 1957.
- MOYA Y JIMÉNEZ, F. J. y REY JOLI, C., *El Ejército y la Marina en las Cortes de Cádiz*, Cádiz, 1912.
- RODOLFO RIVERA, R., *Los tribunales de honor en la República Argentina*, *Revista Española de Derecho Militar*, 21 (1966).
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969.

³⁴ Esta disposición se halla recogida en la Colección Legislativa del Ejército correspondiente al año 1935, disposición número 303, páginas 344 y 345. En comentario a éste precepto en relación con qué cabe entender por actos deshonrosos, expone el Auditor Don ANTONIO CONEJOS D' OCON que «el que hace una profesión de los deberes que el Ejército en su necesaria manera de ser exige y viste el uniforme de Oficial no responderá a los compromisos contraídos si procura tan solo huir de las sanciones. Es preciso que además guarde por su parte el decoro de la colectividad a que pertenece observando en todo los principios del más acrisolado honor. Únicamente así pueden conservarse para el elemento militar conceptos que ha de menester y rodearlo de la atmósfera saludable en el que han de inspirarse las abnegaciones del propio sacrificio». Obra citada *Código de Justicia Militar*, páginas 683 y 684.

2. EL FISCAL Y LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

Fernando Herrero-Tejedor Algar
Fiscal de Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. II. La fiscalía jurídico militar tras el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007. III. La situación actual. IV. Posibilidades de futuro. V. Peculiaridades de la Jurisdicción Militar.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En el discurso de Apertura de Tribunales pronunciado el pasado 21 de septiembre de 2009¹, el Fiscal General del Estado destacaba que «desde hace años la sociedad española está siendo testigo privilegiado del esfuerzo del Ministerio Fiscal por implicarse más y más en la investigación criminal». Coincidió así con las manifestaciones efectuadas en el mismo acto solemne el año anterior², en que se refería a la «actuación cada vez más comprometida del Ministerio Fiscal en la dirección de la investigación criminal».

Como consecuencia de ello, la Memoria 2009 declara sin ambages que «proponemos la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que responda a un modelo verdaderamente acusatorio, en el que asuma el Ministerio Fiscal no el poder, sino la responsabilidad de dirigir la investigación al objeto exclusivo de decidir si procede o no el ejercicio de la acción penal».

Efectivamente, la legislación procesal penal relativa a la jurisdicción ordinaria va marcando una palpable tendencia hacia el mayor protagonismo del Fiscal en la investigación de los posibles hechos delictivos. Pueden citarse –como hitos más signi-

¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en septiembre de 2009 (Memoria FGE 2009), página XXI.

² Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en septiembre de 2008 (Memoria FGE 2008), página XXIV.

ficativos y bien conocidos– las sucesivas reformas que (dentro o fuera de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882) han ido produciéndose en los diversos procedimientos penales:

- a) La ley 7/1988, de 28 de diciembre, que introduce el Procedimiento Abreviado tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 de la ley orgánica 10/1980 por la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio³. En ella se robustece el principio acusatorio, potenciando el papel protagonista del Ministerio Público en la fase de instrucción.
- b) La L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. De ella se ha escrito⁴ que «supone un auténtico cambio de paradigma en el rol del Fiscal». Su Exposición de Motivos habla expresamente de la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal.
- c) La L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores (LORPM). Su art. 6, al hablar de la intervención del Ministerio Fiscal, establece que el mismo «dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento».
- d) La ley 38/2002, de 24 de octubre, que introduce en el texto de la LECrim los juicios rápidos e inmediatos, cuya Exposición de Motivos habla de «la participación activa del Fiscal, que cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma».

La tendencia legislativa resulta evidente. Y aunque la jurisdicción militar se rige por su normativa propia, constituida singularmente por la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), no puede olvidarse que su Disposición adicional primera dispone la subsidiariedad de la LECrim y sus disposiciones complementarias, que serán aplicables a los procedimientos penales militares en cuanto no se regule y no se oponga a la LPM.

II. LA FISCALÍA JURÍDICO MILITAR TRAS EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL DE 2007

A ello debe añadirse la incidencia que la ley 24/2007, de 9 de octubre, de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), posee en la Fiscalía Jurídico Militar. La misma pasa a configurarse como un órgano propio del Ministerio Fiscal (art.

³ STC 145/1988, de 12 de julio. En su fundamento jurídico 9º se declara que «la presente sentencia se limita, por tanto, a declarar la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del citado párrafo segundo del art. 2 de la ley 10/1980 según el cual ‘en ningún caso les será de aplicación (a los Jueces que conozcan de las causas tramitadas con arreglo a la ley 10/1980) la causa de recusación prevista en el apartado 12 del art. 54 de la LECrim’».

⁴ Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 2/2008, sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción.

12.j), explicitando así lo que ya se apuntaba tanto en la L.O. 4/1987, de Organización y Funcionamiento de la Jurisdicción Militar (LOCOJM)⁵, como en la propia LPM⁶.

En dicha reforma se consolida lo que se ha denominado⁷ «el Ministerio Público de la Democracia». Considero fuera de toda duda la aplicabilidad genérica de sus previsions a la Fiscalía Jurídico Militar, que se halla bajo la superior dirección del Fiscal General del Estado, a quien compete impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio de la institución (art. 22.2 EOMF).

En consecuencia, todas aquellas Circulares, Instrucciones y Consultas emanadas de la Fiscalía General del Estado resultan de obligado cumplimiento, en cuanto les sea aplicable, a la Fiscalía Jurídico Militar y a todos sus integrantes.

Entiendo que hoy en día pocas dudas deben quedar acerca de la aplicabilidad de la norma rectora del Ministerio Público, Institución con relevancia constitucional y personalidad jurídica propia que ejerce sus funciones por medio de órganos propios (art. 1.1 EOMF), a la Fiscalía Jurídico Militar, que constituye precisamente uno de los órganos propios del Ministerio Fiscal (art. 12.j EOMF)⁸.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL

En la citada Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008, se efectúa un aserto que creo conviene destacar: «el Ministerio Fiscal español está en condiciones, dentro de un marco procesal debidamente garantista que habrá de concretar el propio legislador, de asumir las funciones y –sobre todo– las responsabilidades inherentes al papel que corresponde al Ministerio Público en las legislaciones más desarrolladas de nuestro entorno».

Nótese que la afirmación que citamos está realizada en presente: con las peculiaridades que introduzca la nueva LECrim, el Ministerio Público *está* ya hoy en condiciones. Se refiere el Fiscal General del Estado a la situación actual.

A) La investigación preprocesal

La principal misión constitucional del Ministerio Fiscal⁹ es –conocidamente– «promover la acción de la justicia». Tal labor de promoción puede tener lugar en un momento inicial, equivalente a «poner en marcha» la acción de la justicia, o en otro momento posterior, en que ya existe un procedimiento judicial, en cuya llegada a buen puerto debe colaborar el Ministerio Público.

⁵ Art. 87.

⁶ Art. 122: «La Fiscalía Jurídico Militar, dependiente del Fiscal General del Estado, se organizará en la forma prevista en la LOCOJM, desempeñando las misiones determinadas en la misma, y rigiéndose, en las no especificadas, por el EOMF y normas que lo desarrollen».

⁷ Memoria FGE 2008, cit., pág. XIV.

⁸ Sobre el tema, vid. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando: «La Fiscalía Jurídico Militar en el EOMF», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 2007*.

⁹ Art. 124 de la Constitución.

Ambos momentos corresponden a las posibilidades que la primera acepción del DRAE¹⁰ proporciona del verbo *promover*: «iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro». La tarea de iniciar equivale a «tomar la iniciativa», mientras que el impulso se refiere «dar empuje» a una acción que puede haber sido comenzada por otro.

El Fiscal puede tener conocimiento de la *notitia criminis* por sí mismo o porque sea otra persona quien le comunique los hechos que pueden resultar constitutivos de una infracción penal. Y tal persona puede ser un particular (ordinariamente a través de una denuncia presentada directamente en Fiscalía) o un funcionario público. No se olvide que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que¹¹ «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal».

Esa primera noticia no requiere que los indicios de que ha tenido lugar una conducta que quizá resulte antijurídica, típica, culpable y punible se encuentren ya concretados, ni menos aún que se proporcionen los medios para su acreditación. Así se deduce del art. 264 LECrim: «El que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal... sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela».

No es frecuente la actuación del Ministerio Fiscal directamente de oficio. Son mucho más numerosos los supuestos en que recibe la denuncia de un hecho que puede revestir caracteres de infracción penal, bien por parte de profesionales (médicos, facultativos, etc.) o bien a través de funcionarios públicos. Entre estos supuestos sobresalen aquellos en que la conducta puede ser constitutiva de una infracción administrativa, pero según su gravedad puede incidir también en un tipo penal. O bien en que la conveniencia de poner o no en marcha la acción de la justicia dependerá del material probatorio existente. Un buen ejemplo lo ofrece la actuación de la Agencia Tributaria o de la Inspección de Trabajo.

En otros casos será la propia Policía Judicial quien decida poner el atestado con sus investigaciones a disposición directa del Ministerio Fiscal¹². Ello no suele acontecer en supuestos de infracciones ordinarias, pero sí en aquellos casos en que la complejidad de la trama delictiva exija una investigación preliminar por parte del Ministerio Público.

Pues bien, para esos momentos de promoción inicial de la acción de la justicia por parte del Ministerio Fiscal en que resulte conveniente una labor previa de indagación acerca del carácter delictivo de la conducta y de la persona o personas implicadas, o de la existencia de medios probatorios suficientes para acreditarla, el legislador ha previsto la existencia de las Diligencias de Investigación.

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, vigésimo segunda edición.

¹¹ Art. 262 LECrim. La denuncia puede dirigirse al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.

¹² No se olvide que «la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento del delincuente, en los términos que la ley establezca»: art. 126 de la Constitución.

Su razón de ser radica en la necesidad de practicar determinadas indagaciones preprocesales tendentes a concretar la denuncia del Ministerio Fiscal para no frustrar la eficacia del posterior proceso judicial, concretando las personas presuntamente implicadas, la naturaleza de las conductas y los medios probatorios para acreditarlas. En otros casos, se tratará –por el contrario– de no poner en marcha la acción de la justicia por hechos que no son realmente constitutivos de delito o sobre los que no existe la debida acreditación para desvirtuar la presunción de inocencia de sus autores.

Se trata, en definitiva, de dotar al promotor ante los Tribunales de la defensa de la legalidad de más medios que faciliten su labor de defensa de la sociedad y de los derechos de los ciudadanos. El desarrollo del crimen organizado hace que las organizaciones delictivas utilicen medios cada vez más sofisticados para el logro de sus fines. A ello debe responder el Estado con la dotación a sus instituciones de instrumentos que –siempre dentro del respeto debido al sistema democrático y a las garantías constitucionales– puedan contrarrestar la labor de tales organizaciones, haciendo posible el imperio de la ley.

En la práctica, la Memoria FGE 2009 señala¹³ que los datos sobre las diligencias preprocesales tramitadas en las Fiscalías confirman el serio empeño de la Institución en favor de una implicación más activa en la dirección de la investigación de hechos delictivos cualquiera que sea su naturaleza. Y la estadística que se aporta para justificar tal aserto no deja lugar a dudas: las 6.995 diligencias preprocesales que se registraron en el año 2005 sufrieron un aumento del 56'71 por ciento en 2006, hasta alcanzar la cifra de 10.962 incoaciones. En el año 2007 se ha mantenido un nivel de expedientes muy similar (10.873), y en 2008 ha crecido hasta las 13.775 diligencias de investigación. Ello supone un índice al alza del volumen de incoación de estas diligencias de un 96 por ciento en los cuatro últimos años.

Conocidamente, el art. 5 EOMF, tras la reforma de 2007, dispone que:

«1. El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante.

2. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.

Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad.

Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias.

A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza

¹³ Página 201.

del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. No obstante, las diligencias de investigación en relación con los delitos a que se hace referencia en el apartado Cuatro del artículo Diecinueve del presente Estatuto, tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado.

3. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo.

También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye».

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2008¹⁴ recuerda que el Fiscal puede asumir la dirección jurídica de las actuaciones de la policía judicial en cualquier momento de la fase de investigación preprocesal. Durante dicha fase, esto es, antes de que existan actuaciones judiciales en trámite, el Fiscal podrá impartir instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos.

Obviamente será imposible que el Fiscal asuma la dirección de todos los asuntos pero, en todo caso, para que pueda decidir lo procedente, será preciso que la policía le haya informado suficientemente de los hechos más graves o complejos y de sus circunstancias, así como de las diligencias practicadas y del resultado de las mismas.

Cuando el Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la investigación policial, pueden utilizarse las facultades que le confiere el art. 5 EOMF. Si el Fiscal asume la dirección de la investigación, deberá incoar Diligencias de Investigación.

En contenido de tales diligencias, siempre que no haya que adoptar medidas cautelares, puede extenderse hasta la conclusión misma de la investigación, procediendo el Fiscal en ese momento a su judicialización.

Existe un extremo en la regulación legal de las Diligencias de Investigación en el que quisiera detenerme. Me refiero a la presunción de autenticidad de todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección.

Aparentemente lo que se pretende es suplir la falta de Secretario judicial en las Fiscalías, haciendo innecesaria su intervención, sustituida por la del propio Fiscal.

Ahora bien, que ha declarado quien el Fiscal dice que lo ha hecho, y que el contenido de su testimonio responde a lo realmente dicho en presencia del Fiscal no resuelve el auténtico problema que subyace en las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal: ¿poseen tales declaraciones el valor de mera denuncia, como ocurre

¹⁴ Instrucción n.º 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial. Memoria 2009, pág. 1133 y ss.

con las diligencias policiales, o puede dárseles un valor probatorio más cercano a la declaración judicial?

En 1981, parece que la respuesta correcta era sin duda la primera: había que reproducir en el proceso propiamente dicho todas las actuaciones en las que el Fiscal intentase basarse para justificar una pretensión condenatoria. No cabía, por tanto, ni prueba anticipada ni preconstituida en presencia del Fiscal.

Pero a medida que se enriquece la intervención del Ministerio Público en los diversos procesos, el tema deja de estar claro. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido el valor probatorio de las declaraciones prestadas ante el Fiscal de Menores, al amparo de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM), pese a no haber sido ratificadas posteriormente en el acto del juicio oral por sus autores. La STC 206/2003, de 1 de diciembre, declara expresamente en su fundamento jurídico 5º que «la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento, con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos». Se efectúan también declaraciones de interés sobre la «presunción de autenticidad» de la que estamos hablando: «La posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios éstos recogidos y desarrollados en los artículos 2.1, 6 y 7 del citado Estatuto. También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su art. 5, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad».

De tal posición institucional del Ministerio Público y de la presunción de autenticidad de las diligencias practicadas en su presencia deduce el Tribunal Constitucional que la declaración inculpativa del menor efectuada ante el Fiscal de Menores posee virtualidad bastante para ser equiparada a la declaración en presencia judicial, y por tanto constituye base suficiente para el fallo condenatorio, aunque no haya sido ratificada en el plenario.

Como puede observarse, la importancia de la resolución constitucional que citamos es básica para establecer el valor de las declaraciones prestadas ante el Fiscal, y qué deba entenderse por su «presunción de autenticidad». Entendemos que sería deseable la extensión de tal doctrina a las diligencias de investigación preliminar practicadas por el Fiscal.

Otro extremo de singular interés es el relativo a la necesidad de que el Ministerio Fiscal tome declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas.

Vaya por delante que en mi criterio resulta inadecuado el empleo del término «sospechoso», que resulta más propio de la actividad policial que de la actuación del

Ministerio Público. Hubiese sido preferible hablar del «investigado», pues ni siquiera es necesario que las diligencias se dirijan inicialmente contra persona determinada. Si lo que el legislador quería era añadir una dosis de garantismo, podía haber empleado la expresión «imputado», bien conocida y estudiada, y desencadenante por sí sola de los derechos que ahora se reclaman.

Ahora bien, la pregunta que hay que hacerse es hasta qué punto resulta conveniente la obligatoriedad de la declaración del imputado en la fase de investigación preliminar. Sin duda habrá ocasiones en que se haga muy aconsejable, pero para eso está el buen criterio del Fiscal instructor de las diligencias informativas. Basta con la mera posibilidad, dejando al arbitrio del Fiscal su oportunidad y su momento.

Coincido con la tesis de que para impedir el ya superado proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical representa la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento¹⁵. Pero entiendo que tal derecho nace exclusivamente en el seno de un proceso ya iniciado: cuando el mismo se encuentra en fase de preparación, y en manos de una Institución tan ligada a los derechos fundamentales como es el Ministerio Fiscal, debe darse un margen de actuación al mismo para que pueda preparar debidamente el ejercicio de la acción penal.

Sin duda cuando haya que tomar declaración al «sospechoso», éste deberá estar asistido de su Letrado. Pero ello es algo que ya se deducía con claridad de la LECrim: se trata de una obligación que rige también para la declaración policial¹⁶.

Un elemento que –sumado a la obligatoriedad de la declaración del sospechoso– puede provocar graves disfunciones es el derecho de éste a tomar conocimiento de las diligencias practicadas.

Piénsese en una investigación preliminar por delitos complicados de narcotráfico. Poner en conocimiento del sospechoso todas las pruebas obrantes en las diligencias de investigación es algo que puede llevar al traste la eficacia de éstas. A partir de ese momento estará sobre aviso él y el resto de los posibles partícipes en el hecho: nótese que no se pueden practicar medidas cautelares.

Pero lo que resulta más grave es la no previsión expresa de la posibilidad de que las diligencias sean declaradas secretas. El Juez de instrucción puede hacerlo con las actuaciones por él practicadas, pero su intervención en las del Fiscal obligaría a su inmediata judicialización. La única solución es que sea el propio Fiscal quien ordene el secreto de las diligencias o de parte de ellas, de forma que pueda evitarse que el sospechoso tome conocimiento de ellas.

Nada obsta desde el punto de vista constitucional a tal declaración de secreto por parte del Fiscal: no se olvide que no estamos todavía en el marco del proceso, sino

¹⁵ MORENO CATENA, Víctor: «Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI 1997, pág. 219.

¹⁶ El art. 118 LECrim dispone que «toda persona a quien se impute un hecho punible podrá ejercer el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que sea éste, desde que se le comunique su existencia».

en una fase anterior y preparatoria del mismo. Si las diligencias terminasen con un Decreto de archivo, el secreto debería obviamente levantarse. Y en caso de que –una vez concluidas– entrasen a formar parte de una denuncia del Fiscal ante el órgano jurisdiccional competente, a éste debería competirle el mantenimiento del secreto, a petición motivada del Ministerio Fiscal.

Tales aspectos pueden aconsejar *de facto* la no incoación de Diligencias de Investigación, o su judicialización antes del momento en que la indagación esté completa.

B) El Fiscal en la investigación judicializada

Sin perjuicio de las perspectivas de futuro a que haremos referencia más tarde, en el año 2008 se han difundido dos Instrucciones destinadas a todos los miembros del Ministerio Fiscal que vienen a justificar la declaración que comentamos. Me refiero a la citada Instrucción n.º 1/2008, de 7 de marzo, «Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial», y –sobre todo– a la Instrucción n.º 2/2008, de 11 de marzo, «Sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción»¹⁷. En ellas se dibuja un diseño de lo que debe ser ya la función del Ministerio Público con arreglo a la legislación procesal penal vigente.

Tal diseño parte de la idea de que la esencia del Fiscal como promotor de la Justicia es la asunción de la iniciativa procesal, defendiendo la legalidad desde una posición activa, estimulando el desenvolvimiento ágil de las actuaciones. «Si el Juez es investido de la potestad de instruir, al Fiscal le corresponde, además de la promoción de la acción penal, la inspección de esa instrucción y el control de legalidad de la misma».

Debe por tanto desterrarse ese vetusto arquetipo del Fiscal ajeno a las vicisitudes de la causa y burocráticamente circunscrito a despachar el correspondiente dictamen cuando la misma tiene entrada en Fiscalía. Una vez incoado por el Juzgado de Instrucción un procedimiento penal, cualquiera que sea, los Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes, de interponer los correspondientes recursos contra las resoluciones que estime contrarias a Derecho y de instar su rápida conclusión, se le dé o no traslado de la causa.

«Podría decirse que una vez iniciado, nada de lo relativo al proceso penal en curso le puede ser ajeno al Fiscal». Se rememora así la clásica frase terenciana (*homo sum et nihil humanum alienum puto*), de forma similar a como lo hace el Tribunal Constitucional: «nada de lo que haga referencia a los derechos fundamentales puede resultar ajeno a este Tribunal». De alguna manera viene a asumirse así el criterio de Carnelutti¹⁸: «El proceso penal es el reino del Ministerio Fiscal».

La intervención activa del Fiscal durante la fase de instrucción habrá de evitar que se produzcan situaciones en las que por su parte se conozca sólo la existencia del

¹⁷ Memoria 2009, pág. 1151 y ss.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco: «*Instituciones de Derecho Procesal*», T. II, p. 52.

procedimiento cuando haya terminado esta fase preparatoria y se le dé traslado para calificar, con los riesgos inherentes a esta forma de actuar: que la instrucción se finalice con deficiencias ya imposibles o difíciles de subsanar; o bien que las posibilidades de acusar con las debidas garantías de éxito se hayan visto sustancialmente disminuidas. Con ello el Fiscal se estaría abocando a sí mismo a un poco airoso papel durante la sustanciación del juicio oral.

La Instrucción n.º 2/2008 hace referencia a una posibilidad que provocó cierta contestación por parte de algunos Jueces y Magistrados en los medios de comunicación: aunque se encuentre ya abierto un procedimiento judicial, el Fiscal debe, en caso necesario, oficiar a la policía judicial para que se lleven a cabo diligencias concretas que se estimen necesarias para su ulterior aportación al procedimiento. Tal instrucción a los Fiscales se matiza con dos aditamentos: la que se trate de diligencias concretas, sin que pueda desembocarse en una investigación Fiscal paralela a la instrucción judicial, y la inexcusable necesidad de que el resultado de tales diligencias sea unido al procedimiento judicial.

Se hace referencia también al papel del Ministerio Público como *patronus libertatis*, guardián de los derechos fundamentales del propio imputado. Esta obligación de velar por las garantías del encausado ha de concretarse en la necesaria interposición de los recursos que procedan ante eventuales infracciones por parte del Juez Instructor de las garantías que nuestra legislación procesal reconoce al imputado. Se asegura también así el hipotético fracaso de la acción penal ejercitada al poder ser declarada nula la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ).

Por fin, se encomienda al Fiscal la misión de oponerse a cuantas diligencias, trámites o actuaciones no cumplan las finalidades previstas para la actividad instructora. Igualmente deberá oponerse a cuanto suponga innecesaria reiteración de diligencias o inútiles acopios de material impropiamente sumarial. En el mismo sentido, deberá procurar que no se practiquen las diligencias solicitadas por las demás partes cuando las mismas tengan un afán dilatorio o resulten inútiles o impertinentes.

Como colofón, se exhorta a los Fiscales a solicitar la conclusión de la instrucción tan pronto consideren que existe suficiente acopio de información como para resolver sobre la pretensión penal. Se afirma fundadamente que en realidad es el Fiscal quien está en mejores condiciones para valorar el estado de la instrucción y el momento en que ésta debe cerrarse, pues es él quien va a defender su pretensión en el acto del juicio oral.

Quizá para evitar que la falta de efectivos personales pueda tornarse en obstáculo para la presencia activa del Fiscal en la instrucción, la Instrucción n.º 2/2008 recuerda la posibilidad de que su intervención pueda efectuarse mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional de imagen y sonido. Así se expresa el art. 306 LECrim, añadido por la L.O. 13/3003, de 24 de octubre. La ubicación del precepto citado en la regulación del sumario abona su vocación de generalidad. Además, no debe olvidarse que el propio EOMF contempla en su art. 3 *in fine* el empleo de nuevas tecnologías:

«Con carácter general, la intervención del Fiscal en los procesos deberá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse por medios

tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate».

Con ello se abren interesantes perspectivas. El futuro no camina necesariamente hacia una plantilla gigantesca, aunque sin duda será necesaria una cierta ampliación, y –sobre todo– una adecuación de la misma a las nuevas circunstancias. Si existieran los medios materiales necesarios, muchas de las funciones del Fiscal podrían llevarse a cabo desde la propia sede de la Fiscalía, donde existe ya una dotación de Fiscales más abundante, sin necesidad de personarse en el Juzgado en todos los casos. Creo que esta previsión podría resultar especialmente útil en la jurisdicción militar, como más tarde veremos.

IV. POSIBILIDADES DE FUTURO

La Memoria de la Fiscalía de 2008¹⁹ afirma que «la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha sido precisamente concebida para preparar a esta institución ante cualquier cambio procesal, por profundo que sea, que pueda plantearse a corto o medio plazo».

Aunque el alcance de tal cambio se supedita expresamente a la promulgación de una Ley de Enjuiciamiento Criminal de nueva planta, lo cierto es que se asume que el cambio de modelo llegará a corto o medio plazo, pero llegará inexorablemente. La Memoria 2009 se refiere a ella²⁰ como «un reto cuya proyección futura cristalizará, previsiblemente en la anunciada y anhelada modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»

Nótese que los poderes públicos suelen mostrarse especialmente prudentes a la hora de concretar el alcance de tales reformas en la investigación y el enjuiciamiento de los delitos. Tal cautela –cuando no timidez– se nota especialmente en algunos documentos, como el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado por los dos principales partidos políticos con representación parlamentaria en mayo de 2001. Su apartado 17, dedicado a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dice en su último párrafo que «la tramitación de la reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez».

Se «afrontará y resolverá» en un futuro, y en el marco de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, un debate que se reconoce abierto, pero no sobre la investigación criminal propiamente dicha, sino tan solo sobre «la investigación previa al proceso penal». Hasta ahí llegó el consenso entre los dos principales partidos políticos, en un momento en que todavía era posible.

La Exposición de Motivos de la citada ley 24/2007, de reforma del EOMF, comienza hablando en su apartado I de «la evolución del proceso –en especial del proceso penal– hacia fórmulas que exigen una intervención mucho mayor del Ministerio Fiscal». Que el Ministerio Público debe asumir un protagonismo más acentuado que

¹⁹ Página 1008.

²⁰ Memoria 2009, pág. XXII.

el que actualmente ostenta es algo en lo que coinciden prácticamente todos los sectores directamente afectados. El problema surge a la hora de concretar hasta dónde debe llegar tal protagonismo. A lo más que se llega cuando se habla seriamente y por escrito es a lo que expresa la citada Exposición de Motivos del nuevo EOMF en su apartado VII, cuando se refiere a «la necesidad de crear una estructura del Ministerio Fiscal a nivel del territorio de la provincia que permita la *cercanía a los órganos jurisdiccionales* no radicados en la capital, y que permita de futuro una *eventual* asunción de la dirección de la investigación penal por parte de los Fiscales».

Algún sector doctrinal²¹ afirma que sobre el Ministerio Fiscal y sus funciones se han formulado en los últimos años diferentes juicios críticos apelando a un «pretendido imponderable» en virtud del cual éste debe asumir la dirección de la función investigadora en el proceso penal.

Como hemos visto, ya con la legislación vigente puede hablarse de que el Fiscal está ya en condiciones y debe asumir ese papel protagonista. Ahora bien, lo que se presenta como ineludible en un futuro más o menos próximo es que el Fiscal asuma no ya la mera dirección de la investigación, sino la instrucción de las causas criminales. Desde una situación similar a la actual, aunque acentuando las posibilidades del Fiscal y haciendo disminuir la facultad de impulsar de oficio el procedimiento por parte del Juez de Instrucción, hasta un sistema similar al vigente en la LORPM, puede llegarse a la supresión total del Juez de Instrucción, tal y como hoy lo entendemos en España, asumiendo gran parte de sus funciones el Ministerio Fiscal, si bien reservando para un denominado Juez de Garantías (o Juez de la Instrucción) la limitación de derechos, como sucede por ejemplo en el sistema alemán.

Hablar hoy de la alternativa Juez de Instrucción-Juez de Garantías esconde –en mi opinión– un problema de mayor calado, que puede resumirse en el dilema Juez instructor-Fiscal instructor. La primera opción equivale a seguir con el sistema que viene siendo tradicional en España. La segunda supone que el Juez se limite a tomar decisiones que en nuestro régimen constitucional sólo él puede adoptar: prisión provisional, medidas cautelares, limitación de derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, entrada y registro, recogida de muestras corporales, etc.). Ello presupone que alguien distinto del órgano judicial se encargue de la recogida de pruebas y demás elementos precisos para preparar la celebración del juicio oral; y ese alguien no puede ser otro que el Ministerio Fiscal.

Personalmente creo que el sistema de Juez de Instrucción no ha funcionado mal en España. Ahora bien, las exigencias constitucionales apuntan hacia un debilitamiento de la fase de instrucción en favor del plenario, donde se practican las pruebas con todas las garantías, únicas susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia. La sentencia del Tribunal Constitucional (STC 31/1981)²² es muy significativa a este respecto.

Me muestro partidario de reducir la instrucción (sea quien sea el que la practique), en favor del acto solemne del juicio oral. Creo que en la mayoría de los supuestos basta una mera investigación policial dirigida por un profesional imparcial para

²¹ ARMENTA DEU, Teresa: «El Fiscal instructor, ¿es necesario?», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 16 2002, pág. 191.

²² STC 31/1981, de 28 de julio, ponente Begué Cantón.

preparar la vista oral. Desde esta óptica, no tengo ningún óbice serio para que esa misión pueda encomendarse al Ministerio Fiscal.

En los países de nuestro entorno el Fiscal asume invariablemente una posición más activa en el proceso penal, aparte de poseer el monopolio de la acción penal: no se regula ni la acción popular ni la acusación particular. La promoción del ejercicio del *ius puniendi* se confía siempre a un órgano de Estado: el Ministerio Público.

Obviamente existen modelos diferentes de regulación, y hacia alguno de ellos deberá aproximarse el legislador español a la hora de buscar una cercanía con lo que viene apareciendo como el modelo europeo de Ministerio Fiscal.

Para comenzar, en el Derecho comparado²³ hay que distinguir entre países en los que no existe una verdadera instrucción separada de la fase investigadora (Inglaterra, Estados Unidos), y países en los que existe un Juez de Instrucción (Francia, Portugal, Holanda o Grecia) o un Fiscal instructor (Alemania o Italia). En todos ellos –como hemos visto– el Ministerio Público posee el monopolio de la acción penal.

Hay sistemas (como el italiano) en los que existe una única carrera para Jueces o Fiscales, dependiente del Consejo Superior de la Magistratura, de la que el Fiscal General de la República es miembro nato. El modelo italiano concentra en el Fiscal instructor la persecución penal de todos los delitos. Se regula el instituto de la conformidad, que lleva aparejada una reducción de la pena, como sucede ahora en España.

En Francia se mantiene la figura del Juez de Instrucción, pero su intervención resulta obligatoria para los crímenes, facultativa en los delitos y excepcional en las contravenciones. El Juez no actúa de oficio, sino a instancia del Fiscal o de la víctima.

En Alemania el Fiscal se erige como auténtico instructor de la causa, con la policía bajo sus órdenes directas. Tras la denuncia policial (habitualmente), el Fiscal inicia una somera instrucción preparatoria, archiva el caso o redacta un acta provisional de acusación, y tras las correspondientes diligencias (que incluyen aspectos impensables hoy en nuestro sistema, como el registro domiciliario o el control de las comunicaciones), prepara la acusación o sobresee la causa. Las medidas privativas o restrictivas de derechos las solicita el Fiscal del Juez de Garantías, quien se limita a valorar si la medida resulta legalmente admisible, sin pronunciarse sobre su oportunidad.

También en Portugal se confiere al Ministerio Fiscal la instrucción. En el procedimiento se distinguen dos fases: la *inquérito*, de presencia necesaria y encomendada al Ministerio Público, y la *instrução*, a cargo del Juez.

El modelo Holandés supone también amplias facultades para el Fiscal: es él quien decide proceder judicialmente contra una persona, de forma que el Juez solo puede decidir sobre los hechos que presente el escrito de acusación del Ministerio Público. Rige el principio de oportunidad, de forma que por razones de interés general puede decidirse no proceder contra una persona concreta. Sin embargo, las intervenciones telefónicas son autorizadas por el Juez, a solicitud Fiscal.

²³ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: «Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro», en *El Juez de Instrucción y Juez de Garantías. Posibles alternativas*. CGPJ, Estudios de Derecho Judicial n.º 42, 2002.

Hoy por hoy resulta prematuro aventurar por cuál de las opciones posibles va a decantarse el legislador. La cuestión se difiere expresamente a la promulgación de la nueva LECrim.

V. PECULIARIDADES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La primera consideración que creo oportuno realizar es que no se me atisban razones para que el legislador trate de forma esencialmente distinta la investigación de los delitos ordinarios y la de los militares. El mismo papel que se acabe otorgando al Ministerio Fiscal en la jurisdicción ordinaria debe ser –en mi opinión– el que desempeñe la Fiscalía Jurídico Militar en el desempeño de sus funciones en el proceso penal.

No obstante, existen algunas peculiaridades propias de la jurisdicción militar que deben ser tenidas en cuenta a la hora de afrontar soluciones al tema que nos ocupa. Reseñaremos algunas de ellas:

A) El Ministerio Fiscal y la acción penal

«La acción penal consiste en acusar a alguien de la comisión de un delito solicitando, en consecuencia, la puesta en marcha del *ius puniendi* del Estado. (...) No parece exagerado afirmar que el modo en que un ordenamiento regula la titularidad y el ejercicio de la acción penal posee una innegable relevancia constitucional»²⁴.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el nuestro no consagra el monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Fiscal. El *ius puniendi* del Estado puede accionarse por la acusación pública, por el perjudicado por el delito (acusación particular) o incluso por cualquier ciudadano, aunque no haya resultado especialmente afectado por la acción delictiva.

Nuestro sistema ha querido consagrar así una ya larga tradición jurídica. Ahora bien, no deja de ser paradójica la forma en que se ha llevado a cabo: el aspecto más novedoso se ha introducido expresamente en el texto constitucional (art. 125: «Los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular...»), mientras que el reconocimiento explícito de la acusación particular brilla por su ausencia en nuestra Norma Suprema.

Algunos autores entienden incluida la facultad de ejercitar la acusación particular en el derecho de acceso al proceso, parte esencial de la tutela judicial efectiva. Si «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», parece que especialmente el perjudicado puede verse incluido en ese derecho, incluso en el proceso penal. Personalmente coincido con esa tesis, siempre que no se entienda que la posibilidad de ejercer la acusación particular forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Entiendo que formará parte de tal derecho cuando el legislador así lo decida, pero es un elemento contingente, y –por tanto– prescindible.

²⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *El poder de acusar*, Barcelona 2000 p. 11

Pues bien, en lo que aquí interesa, en la actual regulación de la jurisdicción militar se excluye la posibilidad de intervención de la acción popular. Siguiendo el tenor del art. 125 de la Norma Suprema, el legislador no lo considerado conveniente.

También en la regulación de la acusación particular existían peculiaridades en el seno de la jurisdicción militar, en los supuestos en que existiera una posición de subordinación (en uno u otro sentido) entre el acusado y la víctima o el perjudicado por el delito²⁵. Ahora bien, el Tribunal Constitucional se autoplanteó la constitucionalidad de tales restricciones²⁶ y decidió declararlas al texto fundamental y expulsarlas de nuestro ordenamiento jurídico²⁷.

Ahora bien, en la práctica el ejercicio de la acusación particular resulta estadísticamente mucho menos frecuente en la jurisdicción militar que en la ordinaria. Ello puede deberse fundamentalmente al hecho (que más tarde estudiaremos) de que una gran parte de los delitos militares que acaban siendo castigados lo son contra el deber de presencia, bien jurídico que hace innecesaria y dificulta en gran manera la intervención de un acusador particular.

Si uno de los factores que dificulta la introducción en España de la instrucción por el Ministerio Público es que éste no posee el monopolio de la acción penal, en la jurisdicción militar apenas existen tales inconvenientes. Aunque ello podría facilitar las cosas, veremos que existen otros factores que la dificultan enormemente.

B) Las cifras genéricas de la criminalidad militar

Según las estadísticas publicadas en la Memoria 2009²⁸, el número de procedimientos penales incoados por la jurisdicción militar durante 2008 fue de 1.648 (un 16'08 por ciento menos que en 2007).

Sin duda debería plantear una problemática mucho menor organizar la dirección la investigación por el Fiscal en un número de infracciones notablemente más reducido que el cualquiera de las Fiscalías Provinciales de España.

Por otra parte, el número de órganos jurisdiccionales que efectúan hoy en día la labor investigadora en materia criminal es de 20 Juzgado Togados Militares. Tampoco esta cifra debería resultar problemática a la hora de encarar una futura reforma en la misma línea que la efectuada en la jurisdicción ordinaria.

²⁵ El art. 108.2 LOCOJM disponía que «No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculcado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria». Por su parte, el art. 127.1 LPM disponía que «salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculcado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones».

²⁶ STC 115/2001, de 10 de mayo.

²⁷ STC 179/2004, de 21 de octubre.

²⁸ Página 418.

C) La demarcación de la jurisdicción militar

Conocidamente, existen en España cinco territorios a efectos jurisdiccionales militares²⁹:

Primero: comprende las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Extremadura, Región de Murcia, Madrid y Comunidad Valenciana.

Segundo: comprende Andalucía y las ciudades de Ceuta y Melilla.

Tercero: comprende Cataluña, Aragón, Illes Balears y la Comunidad Foral de Navarra.

Cuarto: comprende Galicia, Principado de Asturias, Castilla y León, Cantabria, País Vasco y La Rioja.

Quinto: comprende la Comunidad Autónoma de Canarias.

En cada uno de tales territorios existe un Tribunal Militar Territorial, al que hay que sumar el Tribunal Militar Central, con sede en Madrid y competencia en todo el territorio nacional.

Además del Tribunal Militar Central y los cinco Territoriales, hay que contar hasta 20 Juzgados Togados Militares, de los cuales dos son Centrales y los diez y ocho restantes territoriales³⁰.

D) La cercanía de la Fiscalía a los órganos judiciales

Una de las finalidades de la ley 24/2007 radica en plantear un nuevo despliegue territorial del Ministerio Público. Así, las antiguas Fiscalías de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia han sido sustituidas por las Fiscalías Superiores de las Comunidades Autónomas y las Fiscalías Provinciales. Además de ellas, existen ahora Fiscalías de Área (inicialmente 16³¹, que en 2008 han crecido hasta 27), en ciudades importantes por su número de habitantes o volumen de litigiosidad.

Además, se consolidan las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales³² (como pasan a denominarse las antiguas Adscripciones Permanentes de las Fiscalías de Audiencia Provincial) con sede propia pero con dependencia del Fiscal Provincial, que en la actualidad son ya 55³³.

Como puede observarse, el Gobierno apuesta por un efectivo esfuerzo de acercamiento de los Fiscales al ciudadano, y –en lo que aquí nos interesa– de las Fiscalías y sus sedes a las de los órganos judiciales. Aún así, hay 429 Partidas Judiciales en España, y en la mayoría de ellos no existe un Fiscal adscrito en igualdad de condicio-

²⁹ Ley 44/1988, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, art. 2.

³⁰ Sus sedes se encuentran (Orden de 3 de noviembre de 1999) en Madrid (3), Valencia, Cartagena, Sevilla, San Fernando, Granada, Málaga, Ceuta, Melilla, Barcelona, Zaragoza, Palma de Mallorca, A Coruña, Valladolid, Burgos, Santa Cruz de Tenerife y las Palmas.

³¹ Algeciras, Jerez de la Frontera, Ceuta, Melilla, Gijón, Mérida, Santiago de Compostela, Vigo, Cartagena, Elche/Elx, Alcalá de Henares, Móstoles, Getafe-Leganés, Sabadell, Granollers y Terrassa.

³² Art. 18.4 EOMF.

³³ Memoria 2009, pág. XV.

nes al Juez de Instrucción. Pero sin duda la tendencia va propiciando la posibilidad de que el Fiscal asuma (no sólo *de iure*, sino *de facto*) la dirección de la investigación criminal.

Sin duda es ésta una de las tareas pendientes en el ámbito de la jurisdicción militar. Sin entrar ahora a considerar las dificultades y disfunciones que plantea la lejanía de los Juzgados Togados Militares de muchos de los lugares de su circunscripción, queremos centrarnos en la distancia existente entre las sedes de las Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales (donde se sitúan ordinariamente los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar) y las sedes de los Juzgados Togados.

Salvo en aquellas ciudades en que la sede de la Fiscalía coincida con la del Juzgado Togado, la distancia que debe recorrer un miembro de la Fiscalía jurídico Militar para acudir personalmente a la práctica de una diligencia, a controlar el estado de la investigación o a celebrar una comparecencia de medidas cautelares puede ser notable: el traslado desde Sevilla a Melilla o desde Madrid a Cartagena no puede efectuarse con la habitualidad necesaria para personarse frecuentemente. Ello en el supuesto de que las diligencias o comparecencias no coincidan con las de otros Juzgados Togados, lo que vendría a imposibilitar *de facto* muchas veces la presencia física del Fiscal.

E) La falta de nuevas tecnologías

En la jurisdicción ordinaria, en todas las Fiscalías Superiores y en la práctica totalidad de las Provinciales existen equipos de videoconferencia. Son muchos los órganos jurisdiccionales que los poseen, haciendo posible así una interconexión virtual que ahorra mucho tiempo, esfuerzo y desplazamientos.

Sin embargo, según los datos que manejamos, no existen equipos de videoconferencia ni en los órganos jurisdiccionales militares ni en las sedes de las Fiscalías.

Nótese que el legislador se refiere a la posibilidad de existencia de medios técnicos que permitan la transmisión bidireccional de imagen y sonido. Es decir, con la actual generalización asequible de la banda ancha, en muchos supuestos podría bastar con una sencilla instalación de equipos de *webcam*, de un coste muy inferior y de una sencillez de manejo notables.

F) La naturaleza de los delitos militares perseguidos

Otro aspecto que puede arrojar luz para buscar soluciones al tema que nos ocupa es el relativo a la naturaleza de los delitos que son objeto de investigación y enjuiciamiento por parte de la jurisdicción militar. De los 1186 sumarios y diligencias preparatorias incoados en 2008, 967 de ellos corresponden a delitos de abandono de destino o de residencia (el 81'53 por ciento). Si a ello añadimos los delitos incoados por desertión, y por quiebra de especiales obligaciones de presencia, llegamos a la conclusión (como hace la Memoria de la Fiscalía Togada, recogida en la Memoria FGE 2008), que el 84'18 por ciento de los delitos militares durante el citado periodo lo eran contra el deber de presencia. En 2008 los sumarios y diligencias preparatorias

han descendido hasta 950, de los que 764 lo son contra el deber de presencia (80'42 por ciento) y 12 por delito de deserción, lo que arroja un 81'64 por ciento del total.

La ordinaria falta de complejidad de tales infracciones facilitaría una labor de dirección de su investigación por parte del Fiscal. *De lege data*, no resulta difícil establecer un patrón de las diligencias que ordinariamente deben constar en las actuaciones judiciales antes de su conclusión para solicitar o no la apertura del juicio oral. Incluso sin la presencia física del Fiscal se puede constatar la práctica o no de las actuaciones necesarias, y la unión de los documentos que deben aportarse. Y *de lege ferenda* no deberían existir dificultades para que todos o la mayor parte de las denuncias cursadas por tales tipos delictivos fuesen remitidas directamente a la Fiscalía, que desde la misma se incoasen Diligencias Informativas bajo la dirección directa del Ministerio Público, quien se encargaría de ordenar la práctica de las actuaciones y el acopio del material necesario para agotar la investigación preliminar y estar en condiciones de archivar el expediente o judicializarlo, solicitando de inmediato la apertura del plenario.

G) La plantilla de la Fiscalía Jurídico Militar

Los efectivos de la Carrera Fiscal han experimentado un aumento de plantilla cercano al veinte por ciento durante la última legislatura: de 1.700³⁴ Fiscales de Carrera se ha pasado a disponer de más de 2.000³⁵. La ampliación de plantilla correspondiente al año 2009 prevé ya un total de 2.307 efectivos. Por el contrario, la Fiscalía Jurídico Militar se integraba por 29 miembros, y su dotación actual ha prescindido de uno de ellos.

Si el Gobierno y el legislador quieren que la Fiscalía Jurídico Militar asuma un papel en la investigación penal similar al que el Ministerio Público desempeña ya en la jurisdicción ordinaria (y no digamos nada si el futuro nos depara un mayor protagonismo), resulta indispensable un aumento de plantilla y un acercamiento de los Fiscales a la sede de los órganos jurisdiccionales, paralelo al que hemos estudiado con anterioridad.

No puede pretenderse que 21 Fiscales abarquen la dirección de la investigación penal en todo el territorio nacional. Aunque el número de delitos no resulte en absoluto excesivo, la dispersión de los Juzgados Togados Militares y, sobre todo, de las Unidades donde suelen cometerse los hechos delictivos lo revela fuera de la realidad.

Aparte de medidas concretas que ayuden a paliar la situación (como la dotación de medios tecnológicos antes señalada), si los poderes públicos quieren potenciar el protagonismo del Fiscal en la jurisdicción militar, creo que resulta inevitable asumir la necesidad de una mayor dotación de medios personales.

A ello puede argüirse que las estadísticas –como hemos visto– reflejan un descenso de los procedimientos penales incoados. Ello puede obedecer, en parte, a la

³⁴ En octubre de 2003 había en España 1.720 Fiscales.

³⁵ El RD 1754/2007, de 28 de diciembre, fija la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para 2008 en 2.178 miembros de la Carrera Fiscal.

incidencia de la reforma operada por la L.O. 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, cuya Disposición Adicional cuarta dispone que modifica el Código Penal Militar, añadiendo un art. 7 bis, del siguiente tenor:

«Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares».

En consecuencia, será la jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la Guardia Civil en su labor de preservar la seguridad ciudadana, de acuerdo con la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Con ello la jurisdicción militar sufrirá una merma en sus anteriores competencias penales, aunque menos importante de lo que al principio podía suponerse, a la vista de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en su STS de 16 de junio de 2009, a cuyo tenor «el legislador para nada ha tratado de suprimir la condición de militar de los miembros del Instituto, y -por tanto- la aplicación general de la normativa penal castrense».

Esa tendencia a la disminución de asuntos penales en la jurisdicción militar debería compensarse con la intervención del Ministerio Fiscal en la dirección de la investigación de todos los procedimientos penales militares. Ello justificaría, además, el incremento de plantilla que reclamamos. Y no resultaría una medida demasiado costosa, dada que en tal caso no se harían necesarios tantos Juzgados Togados, con la posibilidad de trasvase entre funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo Jurídico Militar.

3. LA APLICACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 7 BIS DEL CODIGO PENAL MILITAR EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

*Francisco Luís Pascual Sarría
Teniente Coronel Auditor*

SUMARIO: I. Introducción: panorama legislativo. II. El régimen transitorio regulado en la ley orgánica 12/2007 y la interpretación del artículo 7 bis del CPM. III. La interpretación del artículo 7 bis en la jurisprudencia de la sala quinta del tribunal supremo. 3.1. La jurisprudencia de la Sala Quinta. 3.2. La sala de Conflictos de Jurisdicción. 3.3. Los votos disidentes

I. INTRODUCCIÓN: PANORAMA LEGISLATIVO

La Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LORDGC), ha venido a establecer una nueva regulación en el ámbito penal militar para los delitos cometidos por los miembros del Benemérito Instituto, quienes continuando con su condición de militares, no se verán, en todos los casos, sometidos a las disposiciones del Código Penal Militar (CPM), como venía sucediendo hasta la entrada en vigor de la nueva norma el día 23 de enero de 2008; estableciendo un régimen transitorio de aplicabilidad y la introducción de un nuevo artículo 7 bis en el CPM, sentando como criterio competencial, creemos con intencional falta de claridad, la función policial o militar desempeñada.

En el Preámbulo de la LRDGC, su apartado II, pareció dejar entrever cual era la intención del legislador al establecer que el ámbito de aplicación del texto punitivo castrense se limitaría a las actuaciones que realizaran en el cumplimiento de misiones de carácter militar, excluyendo las de naturaleza policial:

«la Ley ha precisado lo que ha de ser el ámbito material de aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil, al considerar que muchos de los tipos penales que éste recoge resultan, en circunstancias cotidianas, de nula o escasa aplicabilidad a los integrantes de un Cuerpo cuyas

funciones ordinarias están mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense.

De ahí que la aplicabilidad del Código Penal Militar, en su integridad, al Cuerpo de la Guardia Civil, pase a quedar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que, por su propia naturaleza, exigen dicha sujeción, como sucede en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio y en el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en Unidades Militares.»

Y en aplicación de dicho espíritu reformador, y con una evidente, a nuestro entender, intencional falta de claridad incluso en los debates parlamentarios, se introdujo en la Disposición Adicional Cuarta, bajo el epígrafe: «*Modificación del Código Penal Militar*», un nuevo artículo 7 bis, con el siguiente texto:

«Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares.»

Por si no resultara el nuevo precepto lo bastante impreciso al utilizar en lugar de «*funciones de naturaleza policial*», la confusa frase «*actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto*», se estableció un régimen transitorio y retroactivo que añade, si cabe, mayor confusión. Y así en la Disposición Transitoria Segunda, relativa al «*Régimen transitorio relativo a la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil*», se determinan las actuaciones a seguir por los Tribunales con respecto tanto a aquellos procedimientos penales militares que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, como con respecto a las sentencias ya dictadas que no hayan devenido firmes, en los siguientes términos:

«1. Los hechos punibles cometidos por los miembros de la Guardia Civil, en su condición de militares, hasta la entrada en vigor de esta Ley serán castigados conforme al Código Penal Militar, a menos que las disposiciones del Código Penal sean más favorables para el reo, en cuyo caso, previa audiencia del mismo y oído el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, la Jurisdicción Militar, de oficio o a instancia de cualquiera de los mencionados, se inhibirá a favor de los Tribunales o Juzgados de la jurisdicción ordinaria.

2. El Tribunal sentenciador revisará, de oficio o a instancia de parte, las sentencias firmes no ejecutadas totalmente que se hayan dictado antes de la vigencia de esta Ley, y respecto de las cuales hubiere correspondido la absolución o una

condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa del Código Penal y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

En las sentencias dictadas conforme al Código Penal Militar y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos del Código Penal, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo.

3. Los miembros de la Guardia Civil que por aplicación de lo dispuesto en el Código Penal Militar, o por revisión de la sentencia, estuvieren cumpliendo penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios militares, seguirán en ellos hasta la extinción de dichas penas».

II. EL RÉGIMEN TRANSITORIO REGULADO EN LA LEY ORGÁNICA 12/2007 Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 7 BIS DEL CPM

Si se analiza el nuevo artículo 7 bis del CPM y se relaciona con el contenido de la Disposición Transitoria Segunda en su apartado 1, se aprecia una grave disfunción que hace más compleja, si cabe, la labor del operador jurídico, al establecer para un mismo supuesto consecuencias jurídicas distintas. Así el nuevo precepto del CPM afirma la competencia de la jurisdicción militar y la aplicabilidad a los miembros de la Guardia Civil de las disposiciones del código penal castrense respecto de los hechos cometidos «*durante el cumplimiento de misiones de carácter militar*», sin establecer lógicamente limitación alguna, con independencia de cuál sea la pena establecida por el Código Penal común (CP) para el hecho. Pero ello, aparentemente parece no concordar con lo que se establece en la Disposición Transitoria Segunda (1) cuando se señala que «*Los hechos punibles cometidos por los miembros de la Guardia Civil, en su condición de militares, hasta la entrada en vigor de esta Ley serán castigados conforme al Código Penal Militar, a menos que las disposiciones del Código Penal sean más favorables para el reo*»; esto es, con independencia de que el hecho quedara atribuido a la jurisdicción castrense.

Confusión, la señalada, que ha llevado a evidentes problemas exegéticos en la aplicabilidad del régimen transitorio tanto al Ministerio Fiscal Jurídico-Militar, como a los Tribunales castrenses, hasta la interpretación auténtica por vía jurisprudencial que recientemente ha sentado el Tribunal Supremo.

Como hemos señalado al transcribir la Disposición Transitoria Segunda, existen diversos supuestos de revisión de las sentencias condenatorias que se hayan dictado por los Tribunales Militares contra miembros de la Guardia Civil, y que no hayan devenido firmes, han obligado a los Tribunales Militares a interpretar las disposiciones transitorias de aplicación y el artículo 7 bis del CPM.

La primera de las resoluciones dictadas en la jurisdicción militar en aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la LRDGC, lo fue el Auto núm. 116/2008, de 10 de abril de 2008, del Tribunal Militar Central en revisión de la sentencia recaída en el Sumario 2/2/03 contra un Teniente Coronel de la Guardia Civil, en situación militar de actividad y pendiente de asignación de destino en el momento de producirse los hechos. El TMC procedió a dictar resolución en orden a valorar si como consecuencia

de la entrada en vigor de la LORDGC podría considerarse ley penal más favorable el Código Penal y no el CPM, en aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley, concluyendo resolver la revisión en sentido desestimatorio por considerar que a la conducta del condenado no le correspondería la aplicación de los tipos del CP común; para ello, en primer lugar, procede a realizar una labor interpretativa del contenido del nuevo artículo 7 bis del CPM, en el que si bien de su primer párrafo se extrae la exclusión de aplicación del CPM a los miembros de la Guardia Civil, en el segundo se excepcionan cuatro situaciones (el tiempo de guerra, la vigencia del estado de sitio, el cumplimiento de misiones de carácter militar, y la integración en unidades militares).

Exclusión inicial que el TMC consideró concretada a las *«acciones u omisiones llevadas a cabo por dichos miembros en el desempeño de las funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa aplicable de dicha Institución»*. Concreción funcional, a los indicados efectos de exclusión de la aplicación del CPM, que a juicio de la Sala lleva, a *«poderse sostener que, a «sensu contrario», no ha de jugar dicha exclusión respecto de aquellas acciones u omisiones realizadas por los miembros del Cuerpo desconectadas de la realización de un acto propio del servicio (por ejemplo los insultos o agresiones a otro militar, sea o no del Cuerpo fuera del servicio) así como cuando se trata de actos de servicio ajenos al desempeño de las funciones de tal clase y naturaleza (por ejemplo la actuación como Instructor o Secretario de un Expediente disciplinario, Vocal de un Tribunal Militar, etc), al margen, naturalmente, de aquellos supuestos, por escasos que sean, en que el tipo de! Código Penal Militar se ha construido sin exigir la concurrencia en el sujeto activo de la condición de militar (por ejemplo la desobediencia, resistencia o maltrato de obra a centinela del artículo 88 del Código Penal Militar»*; de modo y manera que en dichos supuestos, considera que resulta de aplicación el CPM a los miembros de la Guardia Civil; y ello, continua razonando el TMC, porque de no ser así *«no se entendería bien por qué el legislador ha realizado en el párrafo primero del precepto aquella delimitación por vía de la naturaleza de las funciones a desempeñar, para luego excepcionar de tal delimitación excluyente las situaciones enunciadas, cuando bastaría haber utilizado más sencillamente una fórmula del siguiente o similar tenor: «Las disposiciones de éste Código no serán aplicables a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil salvo, en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares, y en aquellos casos en que el tipo penal castrense no exija para su comisión la condición de militar en el sujeto activo»*.

Interpretación que apoyó el Tribunal en la motivación que, en justificación de la reforma, había dejado el Legislador en el Preámbulo de la Ley, en concreto en los últimos párrafos del apartado II de dicho Preámbulo donde se indica que la precisión del nuevo ámbito material de la aplicación del CPM a los miembros de la Guardia Civil, está basada en la consideración de que *«muchos de los tipos penales que éste recoge resultan, en circunstancias cotidianas, de nula o escasa aplicabilidad a los integrantes de un Cuerpo cuyas funciones ordinarias están mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense»*. De ello extrae el TMC, a *sensu contrario* que al menos *«algunos»* de los tipos del CPM son considerados por el propio legislador como de aplicabilidad normal cuando el miembro de la Guardia Civil no realiza fun-

ciones en el ámbito policial, y precisamente por ello se dice a continuación que *«De ahí que la aplicabilidad del Código Penal Militar, en su integridad, al Cuerpo de la Guardia Civil, pase a quedar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que, por su propia naturaleza, exigen dicha sujeción, como sucede en tiempo de guerra, durante la vigencia detestado de sitio, en el cumplimiento de misiones de carácter militar .o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en Unidades Militares»*; *«La integridad»* a la que se alude considero que iba referida exclusivamente a las situaciones que se relacionan, pero no implica que, fuera de dichas situaciones, el Código no pueda, parcialmente, en alguno de sus tipos, ser igualmente aplicado a los miembros del Cuerpo, dada su condición de militares, cuando realicen funciones ajenas al ámbito policial, o simplemente se encuentren *«fuera de servicio»*, como era el caso, estableciendo con ello como elemento de aplicabilidad del CPM, entre otros, el hecho de encontrarse fuera de servicio.

Consecuente con dicha interpretación del artículo 7 bis del CPM, el TMC considero que la conducta observada por el ex Teniente Coronel condenado en la fecha de autos no guardaba relación alguna con el desempeño de las funciones a las que se refiere el nuevo artículo 7 bis del CPM, sino que se trataba de *«actos punibles llevados a cabo por el Oficia! condenado en su condición de militar, condición ésta derivada de la naturaleza militar de la Institución, por lo que su control ha de corresponder a los Órganos jurisdiccionales militares»*; y por ello, los delitos militares específicos por los que fue castigado, fueron adecuadamente tipificados, por la especialidad del Derecho penal sustantivo de este Código.

Concluye señalando que resulta *«palmario que la Disposición Transitoria Segunda de la repetida Ley 12/2007 sólo operará en aquellos casos en los que la condición de «aforado» del Guardia Civil condenado por delitos militares se haya perdido; entonces si cabe el juego de la revisión de dichas conductas a través de los tipos considerados de alguna manera «homólogos» del Código Penal. Pero en el caso ahora examinado, por el contrario, el condenado Sr. (...) lo hubiera sido actualmente por los mismos delitos militares, de acuerdo con la argumentación ut supra.»*

Criterio interpretativo de sostenimiento competencial que si bien no fue seguido, en todos los casos, por los Tribunales Militares Territoriales, quienes pendularon desde el criterio más amplio de aplicabilidad del CPM en casi todos los supuestos, salvo en las funciones estrictamente policiales, a la Guardia Civil, hasta el más restrictivo de aplicabilidad tan solo en los supuestos contemplados en el apartado segundo del precepto (guerra, estado de sitio, misiones de carácter militar o integración en Unidades Militares); parece haberse confirmado tras las recientes sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que vamos a analizar.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 7 BIS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Estas diferentes interpretaciones, no carentes todas ellas de fundamento, hacían necesario que por la Sala Quinta del TS se realizara la labor nomofiláctica que le es atribuida y precisara la interpretación auténtica del artículo 7 bis.

Y por fin, con fecha 16 de abril de 2009 se inició el camino que ha conducido a que en el momento actual contemos con una doctrina reiterada sobre esta materia de mano de la Sala Quinta, y dos Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, doctrina que si bien se aparece como una solución de compromiso, sin que se pueda olvidar que las resoluciones han sido adoptadas por la mayoría de la Sala, que no obstante, cuenta con importantes disidencias.

Así, en la fecha en la que se pronunciaron estas Sentencias, la Sala Quinta se mostraba mayoritariamente favorable a una interpretación amplia del precepto, excluyendo únicamente las funciones «*policiales*», en esta línea se pronunció la mayoría de la Sala en la constitución de dicho momento, estando a favor los Magistrados Calderón Cerezo, Julián Hernán, y Menchén Herrerros; y mostrando su disidencia, además de Juanes Peces que ya ha cesado en la Sala, los Magistrados: Calvo Cabello, y Pignatelly Meca, éste último mostrado su disidencia en los Votos Particulares emitidos no solo en las Sentencias de la Sala, sino en la distada con fecha 23 de julio de 2009 por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del artículo 39 de la LOPJ

No obstante esta situación en la actualidad puede verse modificada, y con ello la actual doctrina, toda vez que se han incorporado recientemente a la Sala los Magistrados Galvez Acosta, y Martínez de Careaga, de los que desconocemos su posición en esta materia, y que de apoyar a los disidentes formarían una nueva mayoría que haría cambiar la doctrina.

3.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA.

En esta primera Sentencia de fecha 16 de abril de 2009 (Ponente CALDERÓN CERESO) referida a la revisión en vía casacional de un Auto del TMT Primero acordando no haber lugar a revisar la sentencia condenatoria dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la LORDGC, contra un Guardia Civil por delito de «*insulto a superior*» en su modalidad de injurias, al entender que las conductas sometidas a revisión seguirían siendo en la actualidad enjuiciadas por los Tribunales Militares.

Los hechos, en síntesis, consistieron en que un Guardia Civil en situación de baja médica, mientras paseaba por la localidad en compañía de su familia, al ver al Sargento Comandante de Puesto, fuera de servicio, y que circulaba con su vehículo particular encontrándose parado en un «*ceda el paso*», le increpó gesticulando llamándole «*hijo de puta*», y al ser preguntado por el Suboficial sobre su comportamiento le espetó: «*tira cabrón, ya te pillaré*».

En la pionera Sentencia, por la Sala, en su Fundamento Jurídico Segundo, se procede a realizar la interpretación del artículo 7 bis del CPM, con las siguientes argumentaciones:

1.º) que ningún cambio representa el nuevo artículo 7 bis) en cuanto a la aplicación íntegra del Código Penal Militar en los casos expresamente enumerados en su párrafo segundo, sobre tiempo de guerra, vigencia del estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar, o bien cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades militares.

2.º) Por lo que se refiere al párrafo primero considera que introduce una exclusión aplicativa de dicho Código Penal Militar, referida a los supuestos de realización por los sujetos activos militares-Guardias Civiles de hechos típicos previstos en dicho cuerpo legal, cuando obren en la realización o desempeño de actos propios de las *«funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto»*. Precepto que no resulta más expresivo acerca de cuando se esté ante actos que deban considerarse propios del servicio que el sujeto activo preste en el desempeño de la función que tuviera encomendada.

Para la Sala Quinta el art. 7 bis), en su literalidad, no se refiere al supuesto de inexcusable planteamiento, en que los militares-Guardias Civiles no se encuentran incurso en los casos del párrafo segundo, ni tampoco se hallan en el desempeño de los actos propios de funciones *«policiales»* a que se contrae el párrafo primero.

3.º) Considera la Sala que de no aplicarse el CPM, cuando los miembros de dicho Cuerpo desde su condición de militares realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados sobre todo en la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, o al desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios *«policiales»*, ni abarcados tampoco por las situaciones enumeradas en el párrafo segundo del precepto, estos bienes jurídicos sin el menor fundamento que se ofrezca por el legislador dejarían de tener protección penal únicamente cuando resultaran afectados por hechos cometidos por militares-miembros de la Guardia Civil.

Se señala que el Preámbulo de la LO. 12/2007 no resulta esclarecedor para la labor hermenéutica, como elemento de interpretación decisiva de lo que haya de considerarse inequívoca voluntad de la ley. En efecto en el apartado II, párrafos cuarto y quinto se afirma que la definición del ámbito material de aplicación del Código Penal Militar en lo que nos interesa, parte de que muchas de sus tipologías *«resultan en circunstancias cotidianas de nula o escasa aplicabilidad a los integrantes del Cuerpo, cuyas funciones ordinarias están mayoritariamente asociadas al ámbito policial y no al castrense»*, razón por la cual *–sigue el párrafo quinto– la aplicabilidad del Código Penal Militar en su integridad al Cuerpo de la Guardia Civil, pasa a estar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que, por su propia naturaleza, exigen dicha sujeción»*, reproduciéndose seguidamente el texto del párrafo segundo del artículo 7 bis).

De las anteriores declaraciones se sigue:

- de una parte, que no todas las figuras del CPM son extrañas al desempeño de las misiones ordinarias o cotidianas de los miembros de dicho Cuerpo, y,
- de otro lado, la integridad aplicativa de los contenidos del texto punitivo a dichas situaciones extraordinarias, no excluye la aplicación parcial de sus previsiones en las situaciones que no revisten dicho carácter que se dice extraordinario.

4º) Concluye que al haberse cometido los hechos fuera de funciones policiales no procede hacer ninguna comparación de normas para determinar la más favorable para el reo, toda vez que de producirse los hechos en la actualidad continuarían siendo

conocimiento de la jurisdicción militar, las disposiciones transitorias se dictan cuando se operan cambios legislativos, cambios, que en el presente caso no se han producido.

– Sentencia de 20 de abril de 2009 (Ponente MENCHÉN HERREROS), también frente al recurso interpuesto contra el Auto del TMT Cuarto denegatorio de la revisión de la Sentencia condenatoria dictada por delito de «*Maltrato de obra a un superior*» del artículo 99.3 del CPM.

En este caso los hechos consistieron en que encontrándose un Guardia Civil de servicio de protección medioambiental se observó que se encontraba bajo el influjo de bebidas alcohólicas por lo que se procedió a dar aviso para que se acercara un Oficial al lugar, personándose un Capitán que se encontraba de servicio de control de carreteras. Al acercarse el Oficial con su uniforme reglamentario y observar el estado de embriaguez del Guardia le ordenó que subiera su vehículo oficial, mostrándose en una actitud insubordinada y chulesca. Una vez en el interior del vehículo que conducía el Oficial se mostró cada vez más agresivo profiriendo contra el Capitán expresiones tales como «*cabrón*», «*hijo de puta*», «*te voy a matar*», y «*eso solo se arregla matando al Capitán*», comenzando en un momento dado a golpear en la cara al Capitán por tres veces y luego el cuerpo lo que obligó en una brusca maniobra a aparcar el vehículo en la calzada, momento en el que el Guardia intentó, sin conseguirlo, quitarle el arma al Oficial,

Se señala por la Sala que «*Resulta evidente que el legislador ha querido excluir a los miembros de la Guardia Civil de la normativa castrense cuando realicen funciones de naturaleza policial propias de ese Cuerpo (...) pero en ningún momento se determina la pérdida de la condición de militar de los miembros del Instituto*»; y reitera las argumentaciones interpretativas de la Sentencia de 16 de abril, para concluir que de haberse producido los hechos hoy todo seguiría igual.

– Sentencia de 6 de mayo de 2009 (Ponente MENCHÉN HERREROS), frente al recurso interpuesto contra el Auto del TMT Segundo acordando mantener la condena por delito de «*Insulto a superior*», en su modalidad de injurias a un superior en su presencia, del artículo 101 del CPM.

Como hechos probados la Sentencia estableció que en el interior de un Bar y encontrándose francos de servicio un Guardia Civil llamó «*cabrón, hijo de puta y mentiroso*» a un Sargento, en presencia de terceros. La Sala reitera idénticos argumentos que en las resoluciones anteriores.

– Sentencia de 8 de mayo de 2009 (Ponente MENCHÉN HERREROS), frente al recurso interpuesto contra el Auto del TMT Primero acordando no haber lugar a la inhabilitación del procedimiento seguido por dos presuntos delitos de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra, previstos en el artículo 99. 3 del CPM y mantener la competencia de la jurisdicción militar.

Como hechos objeto de acusación se señalaban en el Auto, que al intentar introducir un Guardia Civil franco de servicio en el Pabellón del Acuartelamiento a una mujer de nacionalidad búlgara, y serle pedida y fotocopiada la documentación de la mujer por el Sargento Comandante de Puesto, el Guardia intentó quitarle las fotocopias al Sargento lanzándole expresiones como «*hijo de la gran puta*» y «*maricona*» mientras le empujaba dándole codazos y arañazos; al intentar intervenir una Cabo 1º el Guardia la cogió por los brazos y la lanzó contra un banco.

– Sentencia de 27 de mayo de 2009 (Ponente CALDERÓN CEREZO), en delito de *«Insulto a superior»*, del 101 del CPM, dictada en el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero acordando mantener la sentencia condenatoria dictada.

En el presente supuesto los hechos fueron protagonizados por un Guardia Civil durante la notificación de un expediente disciplinario, profiriendo contra el Sargento Jefe de Sección frases como *«eres un gilipollas y un tonto»*, *«eres un tonto y un capullo»*

La Sala consideró que los hechos protagonizados durante el preceptivo trámite de audiencia en un expediente disciplinario, no se integran en la realización de *«actos propios del servicio que prestan en el desempeño de las funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana»*; resultando relevante a dichos efectos: que la función que se cumple sea policial, y que la conducta activa u omisiva del sujeto agente forme parte de la realización de actos propios de dicho servicio.

Se señala ya la existencia de jurisprudencia de la Sala sobre la interpretación del artículo 7 bis,

– Sentencia de 16 de junio de 2009 (Ponente JULIANI HERNÁN), ante recurso de casación formalizado por la Fiscalía Togada, en un delito de Insulto a Superior en su modalidad de Injurias del artículo 101 del CPM, protagonizado en una vía pública, sin estar prestando servicio, que había sido revisado por el Tribunal Militar Territorial Tercero condenado por una falta de amenazas, mantiene la competencia de lo jurídico militar

Los hechos declarados probados en la sentencia que se revisó por el Tribunal, consistieron en que un Guardia Civil de paisano y franco de servicio coincidió en las calles de Pamplona con su Teniente, profiriendo expresiones como *«hijo de puta, estás muerto»* y *«cabrón, te voy a matar»*, siendo sujetado por quienes le acompañaban.

– Sentencia de 30 de junio de 2009 (Ponente JULIANI HERNÁN), por sendos delitos de abuso de autoridad del artículo 104 del CPM y de insulto a superior, del artículo 99.3 del mismo Código, por las agresiones realizadas en el interior de un Acuartelamiento; en el recurso de casación interpuesto contra el Auto del T.M.T. Cuarto acordando mantener la sentencia condenatoria impuesta.

Los hechos por los que fueron condenados consistieron en que en el interior del Acuartelamiento al encontrarse un Sargento pendiente de asignación de destino y un Guardia, franco de servicio. el Suboficial empujó al Guardia contra la pared diciéndolo *«¿tu tienes algo contra mí?»*, procediendo el Guardia a golpearle con el trípode de una cámara fotográfica, enzarzándose en una pelea en la que se lanzaron insultos. Mantine la competencia castrense reprouciendo los argumentos anteriores.

3.2. LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

Se han resuelto por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo (art. 39 de la LOPJ) dos supuestos en los que se ha planteado conflicto negativo de jurisdicción; en ambos procedimientos tanto la jurisdicción militar, como la ordinaria se declararon incompetentes para conocer de los delitos cometidos por miembros del

Benemérito Instituto atribuyendo la competencia a la otra jurisdicción. Desde la Fiscalía Togado se emitieron sendos informes favorables a la asunción de la competencia por la jurisdicción castrense.

Con fecha 16 de junio de junio, se ha dictado la Sentencia 01/2009 (Ponente BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), resolviendo la Sala de Conflictos de Jurisdicción la atribución de la competencia a la jurisdicción penal militar.

El supuesto se refiere a los presuntos mensajes injuriosos remitidos por un Guardia Civil en situación de de baja médica a un Sargento Primero del Cuerpo. En resumen por el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 41 se incoaron Diligencias Previas que fueron remitidas al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ferrol por las amenazas e injurias. El Juzgado de Instrucción se inhibió a su vez de las actuaciones a favor de la jurisdicción militar, acordando a su vez el Juzgado Togado no aceptar dicha inhibición, con lo que quedó planteado un conflicto negativo de jurisdicción.

La Sala de Conflictos procede a interpretar el nuevo artículo 7 bis del CPM señalando:

1.º– que el legislador no ha pretendido cambiar la naturaleza militar de la Guardia Civil y atribuir la competencia para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por sus integrantes a la jurisdicción ordinaria. Que el legislador *«para nada ha tratado de suprimir la condición de militar de los miembros del Instituto, y –por tanto– la aplicación general de la normativa penal castrense. Así, la L.O. 11/2007, de la misma fecha que la LORDGC, reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil, recuerda y reafirma la naturaleza militar del Instituto Armado ya en su art. 1.1. Por su parte, la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, confirma en su art. 1.3 «la naturaleza militar de dicho Instituto Armado y la condición militar de sus miembros». Y más recientemente, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en su art. 2.2 confirma con rotundidad la naturaleza militar del Instituto Armado y la condición militar de sus miembros. Todo ello resulta consecuente con la normativa anterior, y en concreto con lo previsto en el art. 9 b) de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que atribuye a la Guardia Civil la condición de Instituto Armado de naturaleza militar.»*

2.º– lo que debe inferirse es que el párrafo 1º de dicho art. 7 bis determina la aplicación del Código Penal común a los hechos delictivos concebidos *«cuando se encuentren realizando actos de servicio propios de las funciones de seguridad ciudadana o de naturaleza policial propias de ese Cuerpo, para igualarlos en el trato con otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad durante la prestación de idénticas funciones de naturaleza policial, manteniéndose para el resto de supuestos, la regla general a la aplicación del Código Penal militar.»*

En base a ello, y habida cuenta de que el Guardia Civil imputado no se encontraba prestando servicio alguno de seguridad ciudadana ni de ningún tipo, al encontrarse de baja por enfermedad, concluye que la atribución de la competencia debe ser acordada a la jurisdicción militar.

Una Segunda Sentencia resolviendo un conflicto de Jurisdicción negativo se dictó con fecha 23 de junio de 2009 (Ponente JULIANI HERNÁN); conflicto planteado

entre el Juzgado Togado Militar Central y el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Valencia.

Los hechos consistieron en la presentación de una querrela por un Cabo 1º de la Guardia Civil en los Juzgados civiles contra un Teniente Coronel del Cuerpo imputándole la comisión de unos delitos de «falsedad» del artículo 390 del CP, y de «*prevaricación*» del art. 404; como consecuencia de la redacción y suscripción de un escrito en el que en su condición de responsable de la Jefatura de Información y Policía Judicial de la 6ª Zona, y alegando falta de idoneidad en el desempeño de los cometidos propios de su destino, proponía el cese del Cabo 1º de la Sección de Información.

Merece ser destacado el informe del Fiscal de Valencia en el que con excelentes argumentos solicitó la inhibición de las actuaciones a favor de la jurisdicción castrense y que resumió: «*La aplicación o no del CPM a los actos de servicio de la GC no ofrecería duda en lo que pudiéramos llamar casos extremos de actuaciones inequívocamente militares o policiales. ... Respecto de todos aquellos actos cuya naturaleza no permita ubicarlos indudablemente en una de tales dos categorías –y este es el caso que nos ocupa–, la naturaleza básicamente militar del Instituto y los términos, excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, en que el art. 7 bis CPM presenta la no aplicación de éste a la GC, determinarían su aplicabilidad con las consecuencias competenciales ya reiteradamente dichas.*»

La Sala, fundamentándose en las Sentencias de 16 y 20 de abril, 6, 8, 12, y 27 de mayo de 2009, y con iguales argumentos concluye que la competencia debe atribuirse a la jurisdicción militar.

3.3. LOS VOTOS DISIDENTES.

La doctrina de la Sala Quinta, que como hemos señalado anteriormente, no ha sido sentada con la unanimidad de sus Magistrados, así y en todas las resoluciones mencionadas, se han emitido Votos Particulares con diversas justificaciones para el disenso.

Muestra de dicha falta de unanimidad lo constituye el que todas las resoluciones citadas cuentan con Votos Particulares; así la de 16 de abril de los Magistrados Juanes Peces y Calvo Cabello; la de 20 de abril también con la de los Magistrados Juanes Peces, Calvo Cabello y Pignatelli Meca; la de 6 de mayo del Magistrado Calvo Cabello; la de 8 de mayo de los Magistrados Pignatelli Meca y Calvo Cabello; la de 27 de mayo de 2009, cuenta con los Votos Particulares de los Magistrados Calvo Cabello y Pignatelli Meca; y las de 16 y 30 de junio de 2009, con Voto Particular del Magistrado Calvo Cabello.

Pasemos a analizar las motivaciones vertidas por los Magistrados en los disensos:

– El Sr. JUANES PECES mostró su disconformidad con el parecer mayoritario de la Sala, partiendo de la condición de militar de la Guardia Civil, si bien sostiene que dicha condición no puede erigirse en punto de partida para la exégesis del art. 7 bis del CPM, ni de su doble carácter funcional, policial de una parte y militar de otra, que constituye el principio inspirador de toda la Ley Disciplinaria, llegando a la conclusión de que en los hechos enjuiciados resulta más favorable para el reo la aplicación del Código Penal común.

Señala el Magistrado que para precisar los casos en que el CPM se debe seguir aplicando o no a la Guardia Civil, se deberá de partir de los elementos gramaticales, históricos, lógico-sistemáticos, y de la realidad social del tiempo en que debe aplicarse.; y así señala que si tenemos en cuenta el texto legal en su conjunto, concretamente el régimen disciplinario establecido, los antecedentes legislativos, en particular los trabajos preparatorios de la Ley y la realidad social vigente, resulta claro que el CPM (como expuso en su día el Ministro de interior en su defensa del por aquel entonces proyecto de Ley) ha de quedar circunscrita al supuesto de tiempo de Guerra, durante la vigencia del estado de sitio, en cumplimiento de misiones de carácter militar cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en Unidades Militares.

Del estudio de los debates parlamentarios sobre la que posteriormente sería la nueva ley disciplinaria de la Guardia Civil afirma se nos pone de manifiesto que todos los Grupos Parlamentarios coincidieron en contra de la tesis de la Sala en que la aplicación del CPM a la Guardia Civil pese a su carácter militar puesto de manifiesto en dichos debates (extremo este que cabe recordar), debía ser general. Como dijo el representante de un Grupo Parlamentario *«el CPM no se debía aplicar en el día a día de los Guardias Civiles»*. Esta frase, considera el Magistrado disidente, es reveladora de la voluntad del legislador: quién trató de limitar la aplicación del CPM a supuestos excepcionales de naturaleza *«estrictamente militar»* sin connotaciones policiales. Así se expresó igualmente el Ministro de Interior al afirmar que: *«muchos de los tipos penales que en este Código se recogen son de nula o escasa aplicabilidad a los integrantes de un Cuerpo, que repito una vez más están mayoritariamente dedicadas a tareas policiales y no militares»*.

Añade que en parecidos términos se expresó el portavoz del Grupo Parlamentario que presentó el Proyecto de Ley al significar que: *«como novedades de este proyecto tengo que destacar que el proyecto contempla la aplicación del CPM a la Guardia Civil en situaciones muy extraordinarias»*, e incluso aquellos grupos que se opusieron a la redacción del art. 7 bis y la Disposición Transitoria Segunda se mostraron de acuerdo en que el CPM no se aplicara a la Guardia Civil de forma general, si bien a su juicio, en cualquier circunstancia debían ser castigados como autores de un delito militar los miembros de la Guardia Civil que realizaran algunas de las acciones u omisiones previstas en los artículos. 89, 90, 99, 100, 162, 180 a 188. De esta voluntad del legislador extrae el Magistrado que la aplicabilidad excepcional del CPM a la Guardia Civil debe quedar circunscrita a los supuestos expresamente recogidos en la Ley, no a cualesquiera otras.

Según señala, un estudio completo del texto legislativo (interpretación sistemática) corrobora este criterio interpretativo. Al analizar el cuadro de las faltas y sanciones se comprueba como algunas faltas de la nueva norma constituyen conductas consideradas como delito en el CPM y ello por la sencilla razón de que el legislador a la hora de tipificar alguna de las faltas tuvo en cuenta a fin de mantener la disciplina y dotarse consecuentemente de un poder sancionador suficiente la no aplicabilidad el CPM a la Guardia Civil. En tal sentido, son esclarecedoras las palabras del portavoz de un determinado grupo parlamentario cuando dice: *«no entendíamos que pudiera seguir existiendo dos dualidades de Códigos»*.

Por todo ello, concluye *«en razón a la literalidad de los apartados 1 y 2 de la Disposición Transitoria Segunda de la LO 12/07 reguladora del Régimen Disciplina-*

rio de la Guardia Civil, del conjunto normativo de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, del elemento histórico y, porqué no decirlo, de la realidad social del tiempo presente que el CPM sólo cabe aplicarlo tratándose de la Guardia Civil en los supuestos taxativos establecidos en la Ley. Fuera de estos casos no procede su aplicabilidad.»

– CALVO CABELLO Señala que la regla contenida en el párrafo primero del artículo 7 bis es la inaplicabilidad del CPM, pues establece que no es aplicable en el ejercicio de las funciones diarias, que son las policiales, destinadas a proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y garantizar su seguridad. La excepción es la contenida en el párrafo segundo: la regla de la inaplicabilidad deja de operar, con la lógica consecuencia de ser aplicable el CPM, cuando los miembros de la Guardia Civil actúen en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares. Y señala que *la interpretación que hace la mayoría de la Sala ha invertido lo dispuesto por el legislador, pues al suprimir la inaplicabilidad allí donde los guardias civiles, sin estar en las situaciones extraordinarias descritas, ponen en peligro «bienes jurídicos propios del orden castrense», convierte en regla genera lo que es en el texto legal una excepción.»*

Conclusión que fundamenta el Magistrado en las siguientes razones:

1.^a– ninguna duda existe de que el legislador ordinario, al que el legislador constituyente dejó libertad para atribuir al Instituto de la Guardia Civil una u otra naturaleza, decidió atribuirle la naturaleza militar.

2.^a– se trata de un Cuerpo de Seguridad del Estado, como expresamente establece el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; Cuerpo de Seguridad que centra su actuación, como, con apoyo en la Constitución Española, dice la Exposición de Motivos de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, en el ejercicio de funciones propiamente de seguridad ciudadana, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo, en la actuación de cada día (la excepcional es la contemplada en el segundo párrafo del artículo 7 bis del CPM), es la que, en su opinión, fundamenta la significación que el Instituto de la Guardia Civil tiene para los ciudadanos.

3.^a– Que la importancia y significación del Instituto se basa en el ejercicio de las funciones dirigidas a proteger la vida y los bienes de los ciudadanos, y no en su naturaleza militar, de ahí que no comparta el criterio de la mayoría de la Sala, pues resulta ilógico que, en aplicación del primer párrafo del artículo 7 bis, el CPM no sea aplicable cuando los guardias civiles realicen algunas de esas esenciales funciones diarias, las que son su razón de ser, y sí lo sea cuando no realicen ninguna.

4.^a– La interpretación de la Sala deja al margen la razón de ser de la reforma, la finalidad perseguida por el legislador con la reforma introducida por la Ley Orgánica 12/2007.

– PIGNATELLI MECA aunque llega a igual solución desestimatoria de los Recursos, no comparte los argumentos de la mayoría, señalando que la competencia de la jurisdicción militar queda atribuida no por la aplicación del artículo 7 bis, sino por aplicación de la ley penal más favorable, que en los casos enjuiciados, lo es el CPM.

Considera que la regla general que introduce el párrafo primero del artículo 7 bis del CPM en dicho Cuerpo legal es –en coherencia con la «*nula o escasa aplicabilidad*» del Código punitivo marcial a los integrantes de un Cuerpo como el de la Guardia Civil cuyas «*funciones ordinarias*» están, como dice el Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007, «*mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense*»– la de la inaplicabilidad de éste a las acciones u omisiones punibles de los sujetos activos Guardias Civiles susceptibles de ser tipificadas –esencialmente por su condición de militares– con arreglo a las prescripciones de dicho Código y que la circunstancia excluyente de dicha inaplicabilidad general del CPM a los miembros de la Guardia Civil que contiene el párrafo primero del actual artículo 7 bis del citado texto legal no puede restringirse, a las acciones u omisiones punibles de los miembros del Instituto previstas en dicho CPM cuando, en su condición de sujetos activos de tales acciones u omisiones, aquellos «*obren en la realización o desempeño de actos propios de las «funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto*»». Estima Pignatelli Meca que de la dicción literal del precepto no puede reducirse a los sujetos activos militares-Guardias Civiles, ya que debe extenderse también al supuesto de que los sujetos pasivos-Guardias Civiles sobre los que eventualmente recaiga la actuación antijurídica de los primeros se encuentren, en su caso, en el desempeño de tales funciones «*policiales*» –entendiendo el verbo transitivo «*desempeñar*» como «*cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio*», lo que va más allá, sin duda, del significado del vocablo «*realización*», que se construye a la acción de efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción concreta–, y ello por cuanto que con aquella interpretación se enerva la aplicación del Código punitivo castrense en relación a cuantas acciones u omisiones delictivas puedan llevarse a cabo por miembros del Instituto Armado que no se encuentren en el desempeño de funciones «*policiales*» en relación con otros Guardias Civiles durante el desempeño de las funciones de aquella índole que la normativa del Instituto les atribuya, es decir, a lo larga todo el curso o tiempo de duración de las obligaciones inherentes a la profesión de miembro de la Guardia Civil de éstos últimos, de manera que la redacción que el legislador de 2007 ha dado al precepto penal, aun no siendo, ciertamente, inequívoca, pues puede entenderse o interpretarse en varios sentidos y dar ocasión a conclusiones diferentes, no puede dejar de interpretarse, en primer lugar, desde un punto de vista gramatical y contextúa!, y tal exégesis no puede limitarse o reducirse exclusivamente a un criterio hermenéutica «*funcional*», sino que dicho aspecto o consideración ha de combinarse con el criterio «*temporal*» que la preposición «*en*», unida a la frase «*el desempeño de las funciones...*», introduce, a su juicio, en el texto del párrafo primero del precepto.

Añade que la frase «*en la realización de los actos propios del servicio que presen en el desempeño de las funciones ...*» anuda indisolublemente una circunstancia o elemento «*temporal*» o de contexto al criterio meramente «*funcional*», resultando, en opinión de este Magistrado, tales dos circunstancias inescindibles o inseparables a la hora de proceder, aplicando un criterio lógico, a la recta hermeneúsis del artículo 7 bis, de manera que solo quedaría fuera de la cláusula general de exclusión de la aplicabilidad del Código Penal Militar, además de los cuatro supuestos previstos en el párrafo segundo de aquél precepto, las acciones u omisiones cometidas fuera del

tiempo que dure la realización, por el sujeto activo o el pasivo, de cuantos servicios resulten ser precisos para el desempeño, por uno u otro, de las funciones legalmente encomendadas que venimos denominando «*policiales*», sea cual fuere la naturaleza de tales acciones u omisiones, pues la frase «*en la realización de los actos propios del servicio que presten*» no se constriñe a los autores o sujetos activos de las acciones u omisiones miembros del Cuerpo sino que abarca a los aludidos miembros del Cuerpo «*en la realización de*» tales actos, es decir, tanto a los que tienen el dominio del hecho como a aquellos sobre los que, encontrándose en el desempeño de cualquier función «*policial*», recaiga la acción u omisión susceptible de ser incardinada en el CPM, quedando, pues, extramuros de esta cláusula de exclusión tan sólo las acciones u omisiones cometidas fuera del ámbito temporal de prestación o ejecución –por cualquiera o por ambos sujetos– de los servicios de que se trata por no encontrarse desempeñando –ni uno ni otro– funciones «*policiales*».

Considera que la regla general que introduce el párrafo primero del artículo 7 bis del CPM en dicho Cuerpo legal es .-en coherencia con la «*nula o escasa aplicabilidad*» del Código punitivo marcial a los integrantes de un Cuerpo como el de la Guardia Civil cuyas «*funciones ordinarias*» están, como dice el Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007, «*mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense*»– la de la inaplicabilidad de éste a las acciones u omisiones punibles de los sujetos activos Guardias Civiles susceptibles de ser tipificadas –esencialmente por su condición de militares– con arreglo a las prescripciones de dicho Código y que la circunstancia excluyente de dicha inaplicabilidad general del CPM a los miembros de la Guardia Civil que contiene el párrafo primero del actual artículo 7 bis del citado texto legal no puede restringirse, a las acciones u omisiones punibles de los miembros del Instituto previstas en dicho Código cuando, en su condición de sujetos activos de tales acciones u omisiones, aquellos «*obren en la realización o desempeño de actos propios de las «funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto»*», pues si bien eso es cierto, igualmente lo es que la dicción literal del precepto no puede reducirse a los sujetos activos militares-Guardias Civiles, ya que debe extenderse también al supuesto de que los sujetos pasivos-Guardias Civiles sobre los que eventualmente recaiga la actuación antijurídica de los primeros se encuentren, en su caso, en el desempeño de tales funciones «*policiales*» –entendiendo el verbo transitivo «*desempeñar*» como «*cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio*», lo que va más allá, sin duda, del significado del vocablo «*realización*», que se constriñe a la acción de efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción concreta–, y ello por cuanto que con aquella interpretación se enerva la aplicación del Código punitivo castrense en relación a cuantas acciones u omisiones delictivas puedan llevarse a cabo por miembros del Instituto Armado que no se encuentren en el desempeño de funciones «*policiales*» en relación con otros Guardias Civiles durante el desempeño de las funciones se aplicarla en su integridad a los Guardias Civiles, lo que, «*a contrario sensu*», viene a querer significar que en las circunstancias a que se refiere el párrafo primero del precepto el CPM será aplicable a los miembros del Instituto en la medida o forma parcial o limitada que en éste párrafo se determina– y la segunda cuando las acciones u omisiones punibles de los miembros del Benemérito Cuerpo, incluyendo las que

estos realicen sobre o en relación con otros miembros del Cuerpo, sea cual fuere su naturaleza, no tengan relación temporal alguna con los actos propios del servicio que, unos u otros, o ambos, presten en el desempeño de las funciones «*policiales*» que, en cada momento, les atribuya la normativa reguladora del Instituto –es decir, no se lleven a cabo durante todo el tiempo que dure o se prolongue el desempeño de dichas funciones–, o sea, con lo que el Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007 denomina «*circunstancias cotidianas*», concretadas en las «*funciones ordinarias*» de los integrantes del Cuerpo, «*que están mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense*».

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Fernando Del Val Esteban
Comandante Auditor.

SUMARIO: I. Concepto y naturaleza jurídica de la licencia. II. Tipos de licencias. III. Actos sujetos a licencia. IV. Sujetos obligados a solicitar licencia. V. Actos no sujetos a licencia. Especial referencia a las obras públicas de interés general en la legislación sectorial y en el Ministerio de Defensa. VI. Procedimiento de otorgamiento. VII. Aspectos fiscales. VIII. Conclusiones.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICENCIA.

Jordana de Pozas convirtió en clásica la sistematización de las tres modalidades fundamentales de la actuación material de la Administración Pública, distinguiendo la actividad de policía administrativa (acción de coacción, mediante la cual los particulares ajustan obligatoriamente su comportamiento al interés público), de la de fomento (estímulo) y la de servicio público. Como concreción de la primera, el artículo 84.1 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que las Corporaciones Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: Ordenanzas y Bandos, sometimiento a licencia y otros actos de control preventivo.

La licencia es acto de autorización municipal de carácter reglado que, sin perjuicio de tercero, permite la ejecución de obras o utilización del suelo que los instrumentos urbanísticos han previsto en cada terreno.

Las características más destacadas de la naturaleza de la licencia son las siguientes:

- a) Se trata de una autorización, al concederse por la Administración Local con objeto de controlar la actividad autorizada.
- b) Es de carácter objetivo, dado que resulta independiente, con carácter general, de las condiciones del solicitante, resultando determinante las circunstancias del terreno y la actividad a ejecutar.

- c) Es de carácter real, en tanto la licencia se trasmite junto con el terreno afectado.
- d) Es neutral, dado que conforme al artículo 12 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, «las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y si perjuicio de terceros».
- e) Es reglada, en cuanto la Administración carece de margen de discrecionalidad para su otorgamiento, debiendo conceder las que se acomoden a la legalidad urbanística y rechazar las restantes.
- f) Es un acto que debe ser en todo caso motivado.

Condensa toda esta definición, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1999, a señalar que: «La licencia urbanística, de carácter absolutamente reglado, no es sino un acto declarativo de un derecho preexistente que tiene por finalidad la simple comprobación que el acto o uso del suelo pretendido se ajusta a la normativa jurídica aplicable y de ahí que la licencia haya de ser exigida para cualquier uso del suelo que implique una variación respecto de su legal estado anterior, al necesitar comprobar si tal variación se ajusta a la legalidad vigente».

Por lo que respecta a la normativa aplicable, tenemos que señalar que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, al declarar que esta materia es competencia de las Comunidades Autónomas¹, la mayoría de éstas han regulado la protección de la legalidad urbanística y, en concreto, el régimen de concesión de las licencias urbanísticas.

Como normas estatales, cabe destacar el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

No obstante, queda vigente el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (de aplicación supletoria).

¹ Andalucía: art. 172.1 LOUA.

Aragón: art. 166 y 172 Ley 5/1999, de 25 de marzo.

Asturias: Decreto Legislativo asturiano 1/2004, de 22 de abril, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (art. 228).

Canarias: Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (art.188.1).

Cantabria: Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación del Territorio y Régimen Urbanístico del suelo de Cantabria (art. 183.1).

Castilla-La Mancha: Art. 161.

Castilla y León: Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo, art. 42.2 y 44.2.

Cataluña: Art. 180.

Extremadura: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial (art. 175.1).

Galicia: Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural (art. 194).

Madrid: Art. 152.a) LSM.

Murcia: Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo (art. 221).

Navarra: Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del territorio y Urbanismo (art. 189.1).

La Rioja: Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del territorio y Urbanismo (art. 192).

País Vasco: Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo (art. 206.2.b y 211).

Valencia: Ley Urbanística de Valencia de 30 de diciembre de 2005 (art. 192.2).

En defecto de legislación autonómica son de aplicación supletoria la Ley del Suelo de 1976 y el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

II. TIPOS DE LICENCIAS.

Podemos distinguir, conforme a las distintas legislaciones autonómicas, los siguientes tipos de licencia:

2.1. De parcelación

Se considera parcelación urbanística toda división o subdivisión simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, que se lleve a cabo en suelos clasificados como urbanos.

La solicitud de licencia de parcelación urbanística deberá acompañarse de Proyecto, redactado por técnico competente, que incluya: Memoria justificativa de las razones de la parcelación y sus características en función de las determinaciones del Plan sobre el que se fundamente.

2.2. De obras ordinarias de urbanización

Los proyectos de obras ordinarias de urbanización se tramitarán y aprobarán de acuerdo con lo establecido en la legislación urbanística. Una vez cumplimentadas las obligaciones derivadas de la aprobación definitiva y en especial la constitución de las garantías exigidas por la legislación urbanística, el Órgano Municipal competente autorizará el inicio de obras, con entrega al interesado de un ejemplar del Proyecto de Urbanización, debidamente diligenciado. Notificada por el promotor su intención de iniciar las obras, se fijará día para la firma del Acta de comprobación del replanteo. Durante la ejecución de las obras, el Ayuntamiento ejercerá las funciones de inspección técnica y urbanística, vigilancia y control de las mismas.

2.3. De obras de edificación

Cuando se soliciten obras de nueva edificación o demolición, el promotor, constructor o solicitante de la licencia deberá afianzar la correcta ejecución de las obras en relación con los servicios públicos y la vía pública, mediante la constitución de garantías en cualquiera de las formas legalmente establecidas.

2.4. De otras actuaciones urbanísticas

Bajo este título se regulan todas las licencias que tienen por objeto construcciones, ocupaciones, actos y formas de afectación del suelo, del vuelo o del subsuelo, no incluidos en los anteriores.

2.5. De instalación de actividades

Están sujetas a licencia previa las actividades con o sin instalaciones que se implanten y desarrollen en el término municipal, así como las ampliaciones y modificaciones sustanciales que se realicen en las mismas.

2.6. De primera ocupación

Están sujetas a licencia de primera ocupación o utilización, las edificaciones resultantes de obras de nueva edificación y restauración general de edificios con uso residencial. Tienen por objeto acreditar que las obras e instalaciones han sido ejecutadas de conformidad con el proyecto y condiciones en que las licencias fueron concedidas y que se encuentran debidamente terminados y aptos, según las determinaciones urbanísticas de su destino específico. Una vez finalizada la obra, se acreditará el cumplimiento de la condición a los efectos de la eficacia de la licencia de primera ocupación, presentándose a la Administración municipal certificación final de obras suscrita por el técnico directos de la misma, donde además se declare la conformidad de lo construido a la licencia en su día otorgada.

2.7. De funcionamiento

Con carácter previo a la apertura o puesta en marcha de los edificios y locales destinados a usos no residenciales o de las instalaciones sujetas a licencia de actividad, el titular de la misma deberá solicitar licencia de funcionamiento al Ayuntamiento.

Tiene por objeto constatar que las obras e instalaciones han sido ejecutadas de conformidad a las condiciones de las licencias de instalación de actividades, y que se encuentran debidamente terminados y aptos, según las condiciones urbanísticas, ambientales y de seguridad de su destino específico. Esta engloba, en su caso, la de primera ocupación de los edificios en los que se han implantado las actividades y/o instalaciones. La licencia de funcionamiento o puesta en marcha se solicitará por los titulares de las licencias de instalaciones de actividades, con carácter previo al ejercicio de las mismas.

III. ACTOS SUJETOS A LICENCIA.

En cuanto a los actos sujetos a licencia urbanística no existe una regulación uniforme.

Cada legislación autonómica regula en su ámbito territorial los actos de los administrados que requieren de la previa intervención administrativa para comprobar la observancia del ordenamiento jurídico urbanístico.

No obstante, hay que partir de varios preceptos estatales, de aplicación directa a las Comunidades Autónomas: el artículo 8.1 b) del Real Decreto Legislativo 2/2008 y el artículo 5 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, donde se señala que

están sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, de acuerdo con lo preceptuado en la legislación urbanística y normas generales reglamentarias.

Por su parte, el artículo 178 de la Ley de 1976, requiere licencia urbanística «todo acto de edificación y uso de suelo», y se enumera algunos supuestos: «parcelaciones urbanas, movimientos de tierra, obras de nueva planta, modificaciones de la estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios, y la modificación de los usos de los mismos, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y demás actos que señalen los planes». Sin embargo, el legislador estatal no ha cerrado la lista, habilitando a los Planes a que puedan señalar otros actos que requieran licencia municipal.

Todo acto de edificación requiere la preceptiva licencia municipal. En ningún caso se han de entender adquiridas por silencio administrativo las licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

En el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, señala que están sujetos a licencia los usos del suelo y del subsuelo, y sin enumeración cerrada:

- Las parcelaciones urbanas.
- Las obras de nueva planta (licencia de apertura previa a la de obras).
- Las modificaciones de estructura, aspecto exterior (cerramiento terrazas).
- La primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos (ascensores).
- Los usos y obras de carácter provisional.
- Las instalaciones subterráneas.
- La demolición de construcciones, salvo la declaración de ruina inminente.
- Las obras de instalación de servicios públicos.
- Los movimientos de tierra.
- La corta de árboles.
- La colocación de carteles de propaganda en la vía pública; y
- Los demás actos que señalen los planes, normas u ordenanzas.

IV. SUJETOS OBLIGADOS A SOLICITAR LICENCIA.

En cuanto a los sujetos obligados a solicitar licencia municipal, como presupuesto indispensable de legalidad en la realización de una obra, son todas las personas, públicas o privadas.

Ello se desprende del artículo 180 de la Ley de 1976 (de aplicación supletoria) al establecer que «los actos relacionados en el artículo 178, que sean promovidos por órganos del estado o entidades de Derecho Público que administren bienes estatales estarán igualmente sujetos a la licencia municipal».

A partir, pues, de la reforma operada por la Ley de 1976, se sienta como criterio general, la necesaria intervención municipal, a través de la licencia, de las obras de iniciativa pública.

En efecto, el artículo 57 de la Ley de 1976 declaraba que:

«...los particulares, al igual que la Administración quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente ley y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma.»

Ahora bien, el artículo 180, apartado 2.º de la Ley de 1976 establecía un procedimiento especial de excepción de licencia municipal cuando «razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan»².

Fue la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1982³, la que inició la teoría contraria a la intervención municipal en el campo de las grandes obras públicas de marcado interés general. Para el Tribunal Supremo es obligado rehacer la tesis de la exigencia de la licencia municipal, ya que cualquier actuación que pretenda un órgano del estado «puede quedar sin efecto si a ella se opusiera un Ayuntamiento denegando la licencia municipal para dicha obra, por primacía absoluta de las facultades municipales sobre las estatales, y ello aunque se trate del desarrollo de una gran obra de marcado interés general... lo que ..., no puede ser aceptado».

Pero es en la Sentencia de 28 de mayo de 1986⁴ donde se establece que los artículos 178 y 180 de la Ley del Suelo regulan los actos de control municipal en el exclusivo ámbito del urbanismo y no es aplicable a los actos que corresponde a la ordenación del territorio. El objeto de discusión era resolver si la construcción de una autopista estatal debía sujetarse a licencia municipal, y es entonces, cuando el Tribunal Supremo entiende que, «son de competencia de los Ayuntamientos todos los aspectos urbanísticos cuyos efectos se limiten a su propio término municipal, careciendo de sentido, por ende, atribuirles competencias para afectar amplias zonas del territorio nacional, no pueden, en modo alguno, ser configuradas como de índole local; razones todas ellas que llevan a la conclusión de que no puede extenderse la exigencia de la previa licencia municipal a los grandes proyectos encaminados a la ejecución de los sistemas generales de la ordenación urbanística del territorio».

Ahora bien, sobre esta cuestión no puede dejar de citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1986,⁵ que al resolver un conflicto de competencia promovido por el Gobierno Vasco sobre ejecución de obras del Estado y aplicación del artículo 180 de la Ley del Suelo de 1976, estableció lo siguiente:

«Téngase en cuenta, también, para fijar con más precisión las facultades que el Estado (y, en su caso, la Comunidad Autónoma) puede asumir conforma al artículo 180.2 LS que tales facultades no pueden ser interpretadas como la po-

² Los párrafos 2.º y siguientes del artículo 180 de la LS/76 fueron derogados por el artículo 244. 2, 3 y 4 de la LS/92, cuya vigencia mantiene la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, hasta su derogación por la Disposición Derogatoria Única del Texto Refundido de la Ley de Suelo (RDL 2/2008).

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1982 (R. J. Aranzadi 1982/774), Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: Excmo. Sr. José María Ruiz-Jarabo Ferrán.

⁴ R. J. Aranzadi 1986/4471. Ponente: Excmo. Sr. José Ignacio Jiménez Hernández.

⁵ RTC Aranzadi 1986/56. BOE de 13 de junio de 1986. Ponente: Don Ángel Latorre Segura.

sibilidad de realizar actos urbanísticos libremente y sin respetar el planeamiento previsto... (pues)...conviene recordar que el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 CE). El Estado tendrá que conformar, en principio, los actos que pretenda realizar con el planeamiento existente: Sólo cuando esto no resulte posible y el excepcional interés público exija no sólo proceder por vía de urgencia... sino no respetar el planeamiento establecido cabrá apartarse de éste y ordenar la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento previsto en el mismo artículo 180.2».

Hoy, tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, su Disposición Adicional Décima, establece respecto de estas obras públicas que: «cuando la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor. En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministerio de Vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que deberá emitir en el plazo de un mes. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la incoación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda, conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora. El Ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el apartado 1 de este artículo cuando se pretendiese llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación de conformidad con la ordenación urbanística y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano rector del proyecto y al Ministerio de Vivienda, a los efectos prevenidos en el mismo. Se exceptúa de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Vivienda, previa solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa».

A este respecto, es preciso resaltar que ni la Ley 8/1975, de 12 de marzo, sobre Zonas e instalaciones de interés para La Defensa Nacional, ni el Reglamento para su aplicación aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, disponen en pasaje alguno que para la redacción de un Plan General de Ordenación Urbana haya de obtenerse la autorización del Ministerio de Defensa cuando el mismo afecte a zonas de interés para la Defensa Nacional, de seguridad de las instalaciones militares, o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros; lo único que conforme a tales disposiciones está sometido a previa autorización son los proyectos de obras, trabajos e instalaciones, lo que se corresponde, no con la aprobación de un Plan General, sino con la ejecución del mismo, y llegado el momento correspondiente, será cuando el Ayuntamiento tendrá que proveerse de las pertinentes autorizaciones para llevar a la realidad lo previsto en el planeamiento si las mismas fuesen exigibles.

Sí es exigible por contra, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Suelo (RDL 2/2008), que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que su clase y denominación, que incida sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional, se sometan, respecto de esta incidencia, a informe vinculante del Ministerio de Defensa (Subdirección General de Patrimonio) con carácter previo a su aprobación. Este carácter preceptivo del informe, que la Administración redactora plan deberá solicitarlo en el plazo de un mes⁶, implica que si no lo hace, el plan incurrirá en causa de anulabilidad⁷. Asimismo, debemos señalar, si bien nada se nos dice sobre el particular en la referida Disposición Adicional Segunda, que una interpretación lógica y coherente de la misma permite sostener en relación con los instrumentos de planeamiento sobre ordenación del territorio y urbanismo que la obligatoriedad de emitir informe por el Ministerio de Defensa cuando los mismos incidan sobre zonas afectas a la Defensa Nacional, no se limita o debe limitarse única y exclusivamente a cuando dichos instrumentos se elaboren, redacten y tramiten por primera vez, sino también y de igual forma a cuando se lleven a cabo modificaciones o revisiones de los mismos.

V. ACTOS NO SUJETOS A LICENCIA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS OBRAS PÚBLICAS DE INTERÉS GENERAL EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL Y EN EL MINISTERIO DE DEFENSA.

4.1. ACTOS NO SUJETOS A LICENCIA.

No existe una norma estatal que delimite los actos que quedan exentos de licencia. Sin embargo, desde hace tiempo, la jurisprudencia ha venido señalando que cuando las actuaciones afectaran a la ordenación del territorio, entendiéndose por tales aquellas obras públicas de gran envergadura, y no tanto a la ordenación urbanística, quedan fuera del control municipal, por existir un interés general prevalente al local, que representaba, fundamental, el Estado.

En este sentido, la jurisprudencia considera actos no sujetos a licencia:

1. Determinadas obras de interés general. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido delimitando determinadas obras que no precisan de licencia municipal. Por ejemplo la construcción de autopistas de peaje (STS de 28 de mayo de 1986); las obras realizadas en dominio público portuario, por ser obras ajenas a la competencia municipal (STS de 24 de enero de 1997); obras hidráulicas, por su alcance e interés general (STS de 28 de diciembre de 1987).

⁶ Plazo de 30 días que menciona el artículo 50.2 del reglamento de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

⁷ Por ejemplo, la anulación del Plan Especial de Protección del Medio Físico del Espacio natural del Garraf (Gavá), en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2007, al no ser informado el Ministerio de Defensa de la inicial tramitación del Plan.

El mismo criterio, en cuanto a la necesidad de notificación al Ministerio de Defensa, se mantuvo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004, sobre el Parque Natural de Doñana, donde se encontraba la finca denominada «Médano del Loro», destinada a campo antiaéreo y grupo Hawk.

2. La obras de Ordenación del Territorio, por no tratarse de una obra meramente «urbanística» (por ejemplo, las obras para la construcción de aeropuertos, STS de 29 de mayo de 1997), o las sentencias de 3 de diciembre de 1982 (R. J. Ar. 1982/7774),⁸ 20 de febrero de 1984 (R. J. Ar. 1984/1078)⁹, de 28 de febrero de 1986 (R. J. Ar. 1986/4471)¹⁰, 17 de junio de 1987 (R. J. Ar. 1987/7524)¹¹, 30 de noviembre de 1987 (R. J. Ar. 1987/7297),¹² 28 de septiembre de 1990 (R. J. Ar. 1990/7297)¹³, 17 de mayo de 1993 (R. J. Ar. 1993/3488)¹⁴ y 11 de octubre de 1994 (R. J. Ar. 1994/7810)¹⁵, la mayor parte de ellas referidas a la construcción de autopistas.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2000 (R. J. Ar. 2000/1647¹⁶), fija que el principio general del sometimiento a la licencia de todas las obras que se realicen en el término municipal, incluso cuando se llevan a cabo por los órganos del estado o determinadas entidades de Derecho Público, admite diversas modulaciones. Estas modulaciones han terminado por abrirse camino en las grandes obras públicas de competencia estatal, cediendo la necesidad de licencia municipal cuando se trata de obras no propiamente urbanísticas sino de ordenación del territorio, en cuanto a los criterios que resultan de la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad, que define la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983¹⁷.

3. Las obras de urbanización incluidas en un proyecto de urbanización, entendiéndose por tales las tendentes a dotar a los terrenos de las infraestructuras necesarias para alcanzar la condición de solar. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994 (R. J. Ar. 9250)¹⁸, entiende que se «consideran existentes y autorizadas en los proyectos de urbanización, por lo que la aprobación definitiva de éstos, una vez publicados, son actos inmediatamente ejecutivos, legitimando su actuación sin necesidad de otras autorizaciones, como es el de la obtención de licencia.
4. Determinados movimientos de tierra, siempre que estén detallados y programados como obras a ejecutar en un proyecto de urbanización o edificación aprobado o autorizado. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1992 (R. J. Ar. 4811¹⁹), sobre la licencia de actividad para la explotación de una cantera.

⁸ (R. J. Ar. 1982/7774). STS de 3 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. José. M. Ruiz-Jarabo Ferrán.

⁹ (R. J. Ar. 1984/1078). STS de 20 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Paulino Martín Martín.

¹⁰ (R. J. Ar. 1986/4471). STS de 28 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. José Ignacio Jiménez Hernández.

¹¹ (R. J. Ar. 1987/7524). STS de 17 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Delgado Barrio.

¹² (R. J. Ar. 1987/7297). STS. Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Amarade.

¹³ (R. J. Ar. 1990/7297). STS. Sección 5ª. Ponente: Excmo. Sr. José Ignacio Jiménez Hernández.

¹⁴ (R. J. Ar. 1993/3488). STS. Sección 5ª. Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López.

¹⁵ (R. J. Ar. 1994/7810). STS. Sección 5ª. Ponente: Excmo. Sr. Pedro Esteban Alamo.

¹⁶ STS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª. Ponente: Excmo. Sr. José Mateo Díaz.

¹⁷ Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por los Ministros de los Estados miembros el 23 de mayo de 1983.

¹⁸ (R. J. Ar. 1994/9250). STS. Sección 5ª. Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro-Pulido y López.

¹⁹ (R. J. Ar. 1992/4811) STS de 2 de junio de 1992. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.

4.2. LEGISLACIÓN SECTORIAL.

Ahora bien, la excepción a la regla general del deber de solicitar licencia se recoge en las distintas leyes sectoriales:

- La Ley de Carreteras (Ley 25/1988, de 29 de julio) en su artículo 12, exime al Estado de la obligación de obtener licencia en la ejecución de carreteras que pertenezcan a la Red de Carreteras del Estado.
- El artículo 111.2 de la Ley reguladora de las Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio) estableció que la ejecución de las obras de interés general que en el propio texto legal se especifican, no podrán ser suspendidas por otras Administraciones públicas, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan.
- La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Ley 27/1992, de 24 de noviembre) establece en su artículo 19.3 que: «Las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el dominio público portuario por las Autoridades Portuarias no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal, a los que se refiere el artículo 84. 1. b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, por constituir obras de interés general».
- El artículo 166.3 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece que: «Las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y en la zona de servicio por AENA no estarán sometidas a los actos de control preventivo a que se refiere el artículo 84. 1. b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local. Por constituir obras públicas de interés general».
- El artículo 160²⁰ de la Ley 13 /1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, creó el Ente Público «Gestor de Infraestructuras Ferroviarias» (GIF), y en su apartado 4 e), estableció que para llevar a cabo obras de infraestructura ferroviaria, el GIF no precisará de licencia municipal, sin perjuicio de la aplicación a las mismas de lo dispuesto en el artículo 244, apartado 2 y 3 de la Ley del Suelo de 1992.

Con posterioridad, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre del Sector Ferroviario, determina que las obras de construcción, reparación o conservación de líneas ferroviarias, de tramos de las mismas o de otros elementos de la infraestructura tendrán la consideración de obras de interés general y sus proyectos serán previamente a su aprobación, comunicados a la administración urbanística competente, a efectos de que compruebe su adecuación al correspondiente estudio informativo y emita el oportuno informe, que se entenderá favorable si transcurre un mes desde la presentación de la oportuna documentación sin que se hubiere remitido.

Dichas obras no estarán sometidas al control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

- La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, en su Disposición Adicional Tercera, dispone que: «Los pro-

²⁰ La Disposición Derogatoria Única de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre del Sector Ferroviario, derogó el artículo 160 de la Ley 13/1996.

yectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración Urbanística competente, al objeto de que informe sobre la adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico que resulte de aplicación. Este informe se emitirá en el plazo de un mes pasado el cual se entenderá evacuado en sentido favorable. En el supuesto de que tales obras vayan a construirse sobre terrenos no reservados por el planeamientos urbanístico, y siempre que no sea posible resolver las eventuales discrepancias mediante acuerdo, de conformidad con la normativa de aplicación, la decisión estatal respecto a la ejecución del proyecto prevalecerá sobre el planeamiento urbanístico, cuyo contenido deberá acomodarse a las determinaciones de aquélla». Además se añade en sus apartados 3º y 4º de esta Disposición Adicional Tercera que: «La construcción, modificación y ampliación de las obras públicas de interés general no estarán sometidas a licencia o a cualquier otro acto de control preventivo municipal, siempre que se siga lo previsto en el apartado 1º de esta disposición.» «No procederá la suspensión de la ejecución de las obras públicas de interés general por los órganos urbanísticos cuando éstas se realicen en cumplimiento de los planes y proyectos de obras aprobados por los órganos competentes por el procedimiento establecido o se trate de obras de emergencia.»

- El artículo 85 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifica la Disposición Adicional Novena de la Ley 62/2002, de 30 de diciembre, ha dispuesto para las obras de la Defensa Nacional, que:

«Las obras de nueva construcción, reparación, conservación y demolición, así como las agrupaciones y segregaciones de fincas, llevadas a cabo en zonas declaradas de interés para la defensa nacional o en las instalaciones militares señaladas en el artículo 8 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 6/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional y calificadas como obras públicas que afecten directamente a la defensa nacional, no estarán sometidas a la obtención de licencias y demás actos de control preventivo municipal, sin perjuicio de agotar antes, en cuanto a estos últimos, los mecanismos de cooperación entre Administraciones Públicas.

El Ministro de Defensa, a propuesta de los Jefes de Estado Mayor, señalará aquellas obras de nueva construcción, reparación y conservación que afecten directamente a la defensa nacional y que serán calificadas como de interés general».

De este precepto legal se desprende, en primer lugar, un deber de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y en segundo lugar, y específicamente en el ámbito del Ministerio de Defensa, que habrá de ser, únicamente, a través de las correspondientes Ordenes Ministeriales, el cauce reglamentario en virtud del cual habrá de determinarse qué obras afectan directamente a la Defensa Nacional y que serán calificadas como de interés general, a efectos de quedar excluidas de las licencias y demás actos de control preventivo municipal.

Ahora bien, de este precepto, entiendo que no parece jurídicamente factible que pueda dictarse una Orden Ministerial que, de forma genérica, califique todas las obras de nueva construcción, reparación y conservación que ejecute el Ministerio de Defensa como directamente afectas a la Defensa Nacional, con la finalidad de sustraerlas de cualquier control preventivo de los Ayuntamientos; sino que más bien, la intención del legislador es la de que precisamente se utilice la vía reglamentaria para que el Ministro de Defensa determine las obras que, en concreto, afectan directamente a la Defensa Nacional, sin perjuicio de que en una misma Orden Ministerial puedan contemplarse más de una.

Como ejemplos prácticos de obras públicas que afectan a la Defensa Nacional, podemos citar la Orden DEF/2611/2006, de 20 de julio, por la que se califica como de interés general, por afectar directamente a la Defensa Nacional, las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realizaron en el asentamiento de Llanos de Juncal, en el término municipal de Tarifa (Cádiz). Así como la Orden del Ministro de Defensa de 29 de septiembre de 2006, que calificó como de interés general, por afectar directamente a la Defensa Nacional, las obras del acuartelamiento de «Las Canteras», amparado en razones de colaboración con la inmigración, en el término municipal de San Cristóbal de la Laguna (Tenerife). En este caso, el Ayuntamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra la expresada Orden Ministerial, siendo desestimado por Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2006, por considerar que las obras de acondicionamiento se enmarcan en la colaboración prevista en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional.²¹

VI. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO.

El procedimiento de otorgamiento de licencia ha de ajustarse a lo prevenido en la legislación de régimen local que resulte aplicable.

Brevemente: la licencia de ser presentada en el Registro General de la Corporación local y se ha de acompañar un proyecto de la obra proyectada. La obligatoriedad del proyecto técnico se circunscribe tan sólo a las obras mayores. Los proyectos técnicos deben ser firmados por el profesional competente con el visado del colegio al que pertenezca. Como técnico habilitado en el ámbito del Ministerio de Defensa, lo son los miembros de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, conforme se refiere a su capacidad profesional en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; por tratarse de un régimen específico, no será necesaria la aportación del visado del colegio correspondiente.

Las licencias habrán de otorgarse o denegarse en los plazos siguientes:

1. En el plazo de un mes, para obras menores.
2. En el plazo de dos meses, para las obras mayores.

El silencio administrativo, como regla general, juega en sentido positivo. Sin embargo, cuando la solicitud de licencia o el proyecto en el que se apoye sean contrarios a la ordenación urbanística, el silencio será siempre negativo.

²¹ S Audiencia Nacional, Sección 5ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21-11-2007. Ponente: Lucía Acín Aguado.

VII. ASPECTOS FISCALES.

El impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO), es un impuesto de titularidad municipal que grava la realización de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija la correspondiente licencia de obra (art. 101 Ley de Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

Están exentos del impuesto la realización de cualquier construcción, instalación u obra de la que sean dueños el Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales destinadas directamente a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación.

La redacción del precepto legal, resulta inequívoca, de manera que no incluye, dentro de las causas de exención del impuesto, aquéllas construcciones u obras que ejecute el Ministerio de Defensa, sin contemplar, siquiera, aquéllas que afecten directamente a la Defensa Nacional.

Las obras no sometidas a licencia urbanística previa, no constituyen hecho imponible del ICIO.

Es importante mencionar la vigencia de la Instrucción Permanente DIN 02/06 del Almirante Jefe de Apoyo Logístico, sobre licencias, tasas e impuestos por obras realizadas en bienes inmuebles afectos al Ministerio de Defensa (Armada), de 13 de junio de 2006, en la que se recomienda que en los Pliegos de Cláusulas Administrativas se prevea el abono de las tasas por licencias de obras y el ICIO (cuando corresponda) a cargo del Contratista.

VIII. CONCLUSIONES.

Es principio general el que todo acto de edificación, uso del suelo y del subsuelo requiere la preceptiva licencia municipal. Este principio, que no encuentra excepción cuando se trata de las obras ejecutadas por particulares, se invierte cuando dichos actos de edificación o uso del suelo son llevadas a cabo por órganos de las Administraciones Públicas o Entidades de derecho público que administren bienes de aquella, pues en este caso solo estarán sujetos a licencia municipal si así se requiere por la legislación aplicable.

En la práctica supone que será la legislación sectorial, cuando se trate de actuaciones urbanísticas llevadas a cabo por sujetos públicos, la que determinará si es o no precisa la solicitud y previa obtención de licencia que autorice la realización de las obras proyectadas.

Por lo tanto, se pueden formular las siguientes conclusiones en el ámbito del Ministerio de Defensa:

1.º) En principio, toda actuación urbanística llevada a cabo por la Administración Militar exige la solicitud y obtención de licencia.

2.º) Conforme a la Disposición Adicional Décima de la nueva Ley del Suelo de 2008, cuando, por razones de urgencia o excepcional interés público por afectar a una actividad de ordenación del territorio, pueden evitar la necesaria autorización de la Administración local, si bien esta última retiene el mecanismo de control concretado en su valoración sobre si es o no conforme con el planeamiento con la consecuencia de la posibilidad de modificación o revisión de éste si el proyecto no se adecua a sus previsiones iniciales.

3.º) Por Orden Ministerial se calificará cada obra como de interés general por afectar directamente a la Defensa Nacional, en cuyo caso dicha obra no estará sometida a la obtención de licencias y demás actos de control preventivo municipal, sin perjuicio de agotar antes, en cuanto a estos últimos, los mecanismos de cooperación entre Administraciones Públicas.

4.º) Para la protección de los intereses del Ministerio de Defensa, y habida cuenta de la naturaleza y fines de las instalaciones y obras que debe ejecutar aquél, se plantea la necesidad de instar todas aquéllas propuesta legislativas que permitan excluir a este Departamento, tanto de la obligación de solicitar las correspondientes licencias de obras, como de satisfacer el ICIO, propuestas ésta que, obviamente, dependerán de la voluntad del legislador o del Gobierno, en su caso, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria legalmente atribuida.

5. LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL DE CARÁCTER MERCANTIL O INDUSTRIAL COMO REQUISITO DIFERENCIADOR ENTRE ENTIDADES SUJETAS A LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

*Carlos Rodríguez-Villasante González
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. La nueva delimitación del Sector Público en la Ley de Contratos del Sector Público. III. Niveles de aplicación de la Ley. IV. Los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas y el resto de entidades del sector público que no son poderes adjudicadores. V. El requisito diferenciador entre los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas y las demás entidades del sector público que no son poderes adjudicadores. Las actividades de carácter industrial o mercantil. VI. los criterios del TJCE para la atribución de naturaleza mercantil o industrial de una entidad a efectos de la contratación pública. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo tiene por objeto realizar un estudio de los criterios definitorios de lo que constituyen actividades mercantiles e industriales como elemento esencial que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, utiliza para la adscripción de determinadas entidades a los distintos niveles de aplicación del régimen jurídico contractual establecido en dicha ley, con especial referencia a los criterios que la jurisprudencia comunitaria utiliza a la hora de definir la realización de actividades de naturaleza mercantil o industrial por parte de las entidades que forman parte del denominado sector público. Esta perspectiva comunitaria resulta decisiva a la hora de aplicar la nueva Ley 30/2007, ya que dicha ley, en palabras de su propia exposición de motivos, busca «...una identificación funcional precisa del área normativa vinculada a las directivas europeas sobre contratos públicos, teniendo en

cuenta que se trata de una Ley que ha operado en un contexto jurídico fuertemente mediatizado por normas supranacionales y en relación con una variada tipología de sujetos».

Para alcanzar el objetivo principal de este estudio es preciso entender las notas básicas del ámbito subjetivo de la nueva norma, motivo por el que se dedica la primera parte a realizar una breve referencia a la configuración del sector público y los niveles de aplicación en la nueva ley, al objeto de determinar el verdadero alcance y significado de la realización de las actividades de naturaleza mercantil o industrial, características que anteriormente no resultaban, en apariencia, tan decisivas en la aplicación del régimen jurídico contractual de algunas entidades del sector público, ya que parecía existir una clara identificación entre el sector público empresarial y las entidades no sujetas a la normativa pública de contratación, excepto en la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, conforme a la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

II. LA NUEVA DELIMITACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La nueva delimitación del sector público al que se aplica, en mayor o menor extensión, la normativa contractual pública, parece constituir, por su amplitud, una de las novedades más relevantes de la nueva ley. La propia LCSP afirma en su Exposición de Motivos que *«a fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios».*

Decimos «parece» porque las últimas modificaciones operadas en el TRLCAP como consecuencia de las sentencias del TJUE fueron ampliando progresivamente el ámbito subjetivo de aplicación de dicha norma, por lo que la redacción inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LCSP, si bien no tan amplia como está última, si que permitía aplicar determinadas normas contractuales públicas a un buen número de entidades, por lo menos en los aspectos que las Directivas comunitarias consideran básicos, fundamentalmente los actos de preparación y adjudicación de determinados contratos, actualmente denominados contratos sujetos a regulación armonizada, y que sin aplicar dicha denominación si coincidían en cuanto el umbral económico aplicable.

Efectivamente, la ampliación subjetiva en el ámbito de nuestra contratación pública se encuentra en el acogimiento de la doctrina emanada de la Unión Europea acerca de los principios relativos a la contratación de las entidades que con mayor o menor intensidad puedan considerarse dependientes o integrantes del sector público. Este proceso se inicia con las Directivas 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993 y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.

Continúa más recientemente el proceso con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que refunde las anteriores Directivas e introduce importantes novedades en la regulación contractual pública.

El antecedente más reciente de la nueva ley lo podemos encontrar en la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento la indicada Directiva, así como en la condena a España por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹ (Asunto C-84/03 Comisión/España), de fecha 13 de enero de 2005 por no transponer correctamente las Directivas 93/36 y 93/37, particularmente por la exclusión del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las entidades de derecho privado que reunían los requisitos de dichas Directivas, por excluir los convenios de colaboración entre administraciones Públicas y resto de entidades pública y, finalmente, por la extensión del procedimiento negociado sin publicidad a supuestos no contemplados en las citadas Directivas.

A resultas de lo anterior se dictó el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública que supuso importantes cambios en el régimen jurídico de los convenios de colaboración y acuerdos de encomienda de gestión. Finalmente, en fecha 31 de octubre de 2007 se publicó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor, de acuerdo con su disposición final duodécima tuvo lugar en el plazo de seis meses desde su publicación, es decir, el 1 de mayo de 2008.

III. NIVELES DE APLICACIÓN DE LA LEY.

En este apartado no pretendemos un estudio exhaustivo de los niveles subjetivos de aplicación², sino mostrar la relevancia que la realización de actividades de naturaleza industrial o mercantil tiene en la nueva LCSP a efectos de la adscripción de una entidad determinada en una de las categorías establecidas en dicha norma.

Sentado lo anterior, la propia Exposición de Motivos de la Ley nos adelanta que existen tres niveles de aplicación de la Ley: *«dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva»*.

Debe recordarse que la categorización del sector público de la LCSP se fundamenta en la clasificación del sector público estatal llevada a cabo por el artículo 3

¹ No debemos olvidar el precedente de la condena a España, también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de fecha 15 de mayo de 2003, por no adaptarse su sistema de recursos a la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989), y que tuvo como consecuencia la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

² Para un estudio más profundo vid. POZO VILCHES, J. *«Significación y ámbito de aplicación de la LCSP»* en Jornadas del CJM sobre la Ley de Contratos del sector Público. Ministerio de Defensa. Asesoría Jurídica General. EMEJ. 2008. Ed. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. 2008.

de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, tal y como advierte la propia exposición de motivos de la LCSP (apartado IV.1) al señalar que la lista de entidades sujetas a la legislación de contratos del sector público está inspirada en la definición del sector Público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local.

Por su parte, la LGP establece la siguiente sistematización del sector público estatal:

– *Sector público administrativo*. Forman parte del sector público administrativo, los sujetos mencionados en los párrafos a, b y d del apartado 1 del artículo 2 (Administración General del Estado, organismos autónomos y entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social), y en el apartado 3 del artículo 2 (órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado) y las entidades mencionadas en los párrafos g y h del apartado 1 del artículo 2 (entidades estatales de derecho público distintas a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales y los consorcios dotados de personalidad jurídica propia), que cumplan alguna de las dos características siguientes:

- O bien que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo,
- O que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o bien que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entregas de bienes o prestaciones de servicios.

– *Sector público empresarial*. Forman parte del sector público empresarial las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales y las entidades mencionadas en los párrafos g y h del apartado 1 del artículo 2 no incluidas en el sector público administrativo (entidades estatales de derecho público distintas a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales y los consorcios dotados de personalidad jurídica propia)

– *Sector público fundacional*. Integrado por las fundaciones del sector público estatal.

En este ámbito, y combinando los criterios de delimitación del sector público interno –estatal– y las directivas comunitarias, la LCSP distingue tres categorías de sujetos a efectos de la aplicación de la misma, presentando un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones:

1. Las Administraciones Públicas. Nivel Máximo.
2. Poderes adjudicadores que no son administración pública. Nivel Intermedio.
3. Entidades del Sector Público que no son Poderes Adjudicadores. Nivel Mínimo.

Además de las Administraciones Públicas del artículo 3.2, la LCSP considera «Poderes adjudicadores»³ a una serie de Entidades del Sector Público, que, a los efectos de dicha Ley, no forman parte de las Administraciones Públicas. Estas Entidades vienen determinadas en el artículo 3.3 LCSP, letras b) y c):

a) Entes, organismos o entidades que reúnan los siguientes requisitos:

- No ser Administración Pública conforme al art. 3.2 LCSP.
- Tener personalidad jurídica propia.
- Haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- Que un poder adjudicador (o varios) financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

b) Las asociaciones constituidas por las Administraciones Públicas o por los entes, organismos y entidades mencionados en el apartado anterior.

Finalmente, y respecto al resto de entidades del sector público, la LCSP ni define, ni enumera, ni regula los requisitos que deben reunir estas Entidades. Por contraposición con lo expresado con respecto a los Poderes adjudicadores que no son Administración Pública, podemos afirmar que son Entidades del Sector Público que no ostentan la condición de Poderes adjudicadores, aquellas que reúnan los siguientes requisitos:

- No ser Administración Pública conforme al art. 3.2 LCSP.
- Tener personalidad jurídica propia.
- Haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.
- Que un poder adjudicador (o varios) financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

La diferencia entre las entidades del Nivel Intermedio y las del Nivel Mínimo consiste en que estas últimas han sido creadas para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil. La duda acerca de si el resto de los requisitos son exigibles se resuelve considerando que, de no cumplirse, dichas entidades no formarían parte del Sector Público y, por tanto, no les sería de aplicación la LCSP.

Ciertamente, este requisito también se asemeja al utilizado para definir a las entidades del artículo 3.2 e) LCSP⁴, no obstante y a efectos del presente artículo, nos centraremos en la distinción entre las dos últimas categorías de la ley.

³ El concepto de poder adjudicador debe delimitarse a la luz de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, tanto de las Directivas de la Unión Europea (Directivas 93/36 y 93/37 CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 y 89/665 CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989), y más recientemente, con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que refunde las anteriores Directivas, como de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 15 de enero de 1998 –Asunto C-44/96. Annesman Austria– y de 10 de noviembre de 1998 –Asunto C-360/96. Gemeente Arnhem–)

⁴ e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin

IV. LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO SON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL RESTO DE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODERES ADJUDICADORES.

De acuerdo con la amplia definición de poder adjudicador que no es administración pública establecida en la LCSP, y la definición «por exclusión» de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, encontramos unas notas comunes a dichas entidades, que a continuación procederemos a analizar, y ello al objeto de establecer los criterios necesarios para encuadrar un organismo determinado en el sector público. A continuación, y por su trascendencia, se analizará el concepto de actividades mercantiles o industriales al constituir la diferencia esencial entre las entidades del sector público pertenecientes al nivel intermedio (poderes adjudicadores que no son administración pública) y al nivel mínimo de sujeción (otros entes del sector público que no son poderes adjudicadores).

4.1. La realización de actividades de interés general.

En este punto tiene especial relevancia el dictamen del Comité Económico y Social Europeo (1999/C 368/17) sobre los servicios de interés general⁵, en el que se pone de manifiesto que el concepto de servicio de interés general es entendido de diversas formas en el ámbito de la Unión Europea, debido a las distintas concepciones de los ordenamientos jurídicos existentes en los países de la Unión (germánica, nórdica, latina y anglosajona). Una primera distinción diferencia entre «servicios de interés general» como aquellos que cubren tanto las actividades mercantiles como no mercantiles o «extra-comercium», mientras que los «servicios de interés económico-general» sólo abarcan las actividades mercantiles, es decir, las que se ejercitan o son susceptibles de ejercitarse en un mercado y caracterizan la actividad de una empresa. Esta última categoría de servicios se somete a las reglas de la competencia, y es susceptible de aplicársele el artículo 86 del Tratado⁶. Por otro lado, la categoría de servicios de interés general se caracteriza por el objeto de la actividad que desempeñan, en el sentido de que debe satisfacer una necesidad «general» y «fundamental» de la colectividad, es decir, para un grupo de personas ligado por las relaciones de igualdad y solidaridad. La jurisprudencia del TJCE ha reconocido como necesidades de esta índole la seguridad, la defensa, la protección y/o la cohesión social de la colectividad, entre otras.

Los servicios de interés general deben responder a necesidades como la enseñanza, la salud, las comunicaciones, la información, el suministro de agua potable, los transportes, etc, que revisten una importancia esencial para la protección de las libertades fundamentales de las personas y mejoran la vida de la sociedad. Se trata de actividades económicas y sociales que no suelen ser dejadas sólo a las fuerzas

ánimo de lucro, o 2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

⁵ Aprobado en el 367º Pleno del Comité, de los días 20 y 21 de octubre de 1999 (sesión del 21 de octubre de 1999).

⁶ STJCE de 15.2.1993 (Poucet et Pistre C-159 y 160/91)

del mercado, al existir alguna intervención de las facultades administrativas en su regulación y control. Los «fallos del mercado» son uno de los principales motivos justificativos de la existencia de empresas públicas o de la adopción de disposiciones reguladoras por los Estados. Estas carencias, debidas en parte a la falta de eficacia de los mecanismos del mercado en la asignación de servicios y bienes, hacen necesario que dependan de estos servicios un buen número de personas que disponen de rentas muy bajas para que puedan consumir los productos que no les son accesibles solamente por los circuitos comerciales.

Ahondando en la cuestión, la Comunicación de la Comisión, de 11 de septiembre de 1996, sobre servicios de interés general en Europa, al objeto de clarificar los diversos conceptos de servicio de interés general en la Unión, realizó la siguiente definición:

- Servicio de interés general, es la actividad de servicio, comercial o no, calificada de interés general por la autoridad pública competente y sujeta por ello a obligaciones específicas de servicio público.
- Servicio de interés económico general, es la actividad de servicio comercial que cumple un cometido de interés general y está sometido por ello, por los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público.
- Servicio público, posee un doble sentido designando tanto el organismo de producción del servicio como el cometido o el fin de interés general que se confía a éste, al que se imponen específicas obligaciones de servicio público para favorecer o permitir la realización del fin de interés general.
- Servicio universal, lo define como un conjunto de exigencias de interés general a las que deben someterse en toda la Comunidad determinadas actividades, teniendo por objeto las obligaciones que comporta garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales de calidad y a un precio asequible.

Como veremos, la jurisprudencia comunitaria determina de manera muy amplia el concepto de necesidades de interés general en el ámbito de la contratación y los denominados poderes adjudicadores, incluyendo en el mismo tanto las que satisfacen a un amplio grupo de personas, como a las que se dirigen en beneficio de una entidad pública.

Como ejemplo de actividades de interés general en beneficio de una pluralidad de personas puede citarse el caso de la Sentencia «Feria de Milán», de 10 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99), en la cual, el Tribunal, valorando las actividades desempeñadas por el «Ente Autónomo Fiera Internazionale di Milano» (organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares), reuniendo en un mismo lugar geográfico a fabricantes y comerciantes y procurando a los consumidores una información que permite elegir en condiciones óptimas, considera que forma parte del interés general el impulso que se proporciona mediante estos intercambios.

Como ejemplo de actividades de interés general en beneficio de un ente público, la Sentencia «Korhonen», de 22 de mayo de 2003 (asunto C-18/01), además de ratificar el criterio de la transcendencia de los intereses afectados, añade como criterio

relevante el hecho de que la actividad estuviera promovida por un Ayuntamiento y que éste se beneficiara de ella, habiendo considerado que dichas actividades (en este caso la realización de actividades inmobiliarias para la promoción de centros empresariales) tenía interés general. Por otro lado, también constituye un criterio para calificar una actividad de interés general la presencia de un poder público auspiciando, encomendando o disciplinando una concreta actividad (Sentencia «Mannesmann», de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96)

En definitiva, la existencia por parte de los poderes públicos de un interés manifiesto en organizar, impulsar o promover aspectos económicos o sociales relevantes, o en controlar actividades de especial relevancia por motivos de interés público (STJCE, de 27 de febrero de 2003, asunto «Adolf Truley», a propósito del servicio mortuorio y de pompas fúnebres) permite calificar, cuando se den dichas circunstancias, la actividad principal de este tipo de entidades como de interés general.

A pesar de que la Jurisprudencia del TJCE en ocasiones ha parecido identificar el concepto de necesidades de interés general con las actividades no mercantiles o industriales, lo cierto es que, finalmente, al no constituir una doctrina uniforme, y por la dicción literal de las Directivas Comunitarias, así como del propio texto de la LCSP, debe reconocerse, a nuestro entender, la compatibilidad de la satisfacción de actividades de interés general con la realización de actividades mercantiles o industriales.

4.2. Que un poder adjudicador (o varios) financien mayoritariamente su actividad.

Para delimitar este requisito, el referente jurisprudencial lo encontramos en la Sentencia del TJCE «Universidad de Cambridge», de 3 de octubre de 2000 (asunto C-380/98), que determina el concepto de *estrecha dependencia* que subyace sobre el requisito de la financiación mayoritaria. Efectivamente, aunque la financiación revele la estrecha dependencia de un organismo respecto a un poder público, este criterio no tiene carácter absoluto, pues «*no toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia*».

Por otro lado, el concepto de financiación debe restringirse a aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad mediante una ayuda económica otorgada sin contraprestación específica. En este sentido, la dependencia financiera puede ser pública o comercial. La primera se caracteriza por no resultar de contratos sinalagmáticos, esto es, no es el resultado de contratos libremente negociados por las partes, sino que se trata de medidas de apoyo por parte de los poderes públicos. En este sentido, reconoce el TJCE «que una relación contractual de ese tipo (comercial) puede también tener como consecuencia una dependencia del organismo de que se trate respecto a la entidad adjudicadora; no obstante ...()... la naturaleza de esa dependencia es distinta de la que resulta de una mera medida de apoyo», considerando que «tal dependencia debe equipararse más bien a la que existe en las relaciones comerciales normales, que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalag-

mático negociados libremente por las partes». El TJCE incluyó en tal concepto, de manera amplia (medidas de apoyo no sinalagmáticas ni libremente negociadas), las becas o subvenciones concedidas por otros poderes públicos distintos de la Universidad para apoyar la investigación.

Así pues, por financiación pública deben entenderse las aportaciones que una Administración Pública realice en concepto de aportación sin contraprestación, no incluyéndose en tal concepto las sumas abonadas por una administración en el marco de un contrato de prestación de servicios (vgr. Servicios prestados por una universidad a una administración como asesoramiento u organización de conferencias).

Más sencillo resulta el criterio de la exigencia de que la financiación pública sea mayoritaria, ya que se interpreta como aquella «que sea superior a la mitad».

A la hora de realizar una correcta valoración del porcentaje de financiación pública que un organismo determinado debe recibir para que se entienda cumplido este requisito es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, por lo que deben computarse todos los ingresos, incluidos los que resulten de la actividad propiamente mercantil.

Finalmente, y en cuanto al sistema de cómputo, y a efectos de examinar la situación de una entidad en relación con la financiación pública, se debe utilizar un criterio anual, considerándose el ejercicio presupuestario como el período más adecuado.

4.3. Que se encuentre controlada por una Administración Pública.

Para ello se debe examinar si los eventuales controles a que se somete a la entidad establecen una dependencia de éstas con respecto a los poderes públicos que les permita influir en sus decisiones en materia de contratos públicos. En la STJCE, de 17 de diciembre de 1998 (Comisión contra Irlanda), se entendió que aunque ninguna disposición prevea expresamente que el control del poder público se extienda específicamente a la celebración de los contratos de la entidad, el hecho de que el poder público pudiera ejercer un control indirecto al corresponderle la facultad de nombrar a sus principales directivos o de dictar instrucciones, permitía concluir la existencia de un poder adjudicador.

4.4. Que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia se nombren por la Administración Pública.

Este requisito se aplica tanto de la presencia en los órganos de gobierno (para la concurrencia de este requisito es suficiente con que los órganos de la administración, dirección o vigilancia de la entidad se encuentren integrados por miembros, más de la mitad de los cuales, sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de derecho público). Se asimila a lo anterior, el hecho de que los representantes designados ostenten una posición mayoritaria por razón de la ponderación en el órgano colegiado, aun cuando numéricamente no alcancen la mitad más uno.

V. EL REQUISITO DIFERENCIADOR ENTRE LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO SON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS DEMÁS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODERES ADJUDICADORES. LAS ACTIVIDADES DE CARÁCTER INDUSTRIAL O MERCANTIL.⁷

A falta de una definición legal, tanto a nivel de las Directivas Comunitarias como en la normativa interna española, de lo que pueda entenderse como necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, habrá que acudir a la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación pública⁸ al objeto de interpretar dicho concepto, ya que resulta difícil establecer cuando nos encontramos ante una entidad que, aun realizando actividades de interés general, por la naturaleza mercantil o industrial de su actividad pueda ser excluido de la consideración de poder adjudicador en la LCSP. Para ello debe analizarse la jurisprudencia del TJCE en esta materia, si bien ya anticipamos que esta doctrina, al mismo tiempo que introduce relevantes parámetros sobre el criterio de la mercantilidad, en ocasiones no resulta totalmente coherente a la hora de analizar situaciones aparentemente similares (vgr. Sentencia «Korhonen» y Sentencia «Ferias de Milán»).

Al objeto de sistematizar la cuestión comenzaremos por analizar la compatibilidad de la realización de actividades de interés general con la actividad mercantil y, a continuación, abordaremos el concepto de actividad mercantil propiamente dicho.

De acuerdo con las Directivas comunitarias, quedan excluidas de su ámbito de aplicación dos categorías de entidades. Las que desarrollen actividades mercantiles de interés particular (ajenas pues a la idea de necesidades de interés general) y las que realizan actividades mercantiles, aunque sean de interés general.

Esta idea central de la compatibilidad entre las actividades de interés general y la mercantilidad es reconocida tanto por las propias Directivas como por el TJCE, si bien, la jurisprudencia de éste último en ocasiones parece identificar la realización de actividades de interés general con la ausencia de mercantilidad. En cualquier caso, esta compatibilidad se ha trasladado sin dudas a la nueva LCSP en cuanto que reconoce en su art. 3.3. b) la posibilidad de que una entidad pueda haber sido creada para satisfacer necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil. De hecho, el TJCE (Sentencia «Gemeente Arnhem») establece que las actividades de interés general pueden dividirse en dos categorías: las de interés general puro y otras actividades de interés general y también de naturaleza mercantil, de tal forma que la exclusión de las normas europeas de contratación se predica de aquellas entidades que tengan un objeto exclusivo de la categoría de necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil.

A la vista de lo anterior, así como del conjunto de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, podemos sentar los siguientes criterios:

⁷ GIMENO FELIÚ, J. M^a «La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública», Revista de Administración Pública, 2000; (151), págs 425-440.

⁸ STJCE: Adolf Truley, de 7 de febrero de 2003, C-373/00; Feria de Milán, de 10 de mayo de 2001, Ac C233/99 y C260/99; Gemeente Arnhem, de 10 de noviembre de 1998, C 360/96; Korhonen, de 22 de mayo de 2003, C 18/01; BFI Holding, de 10 de noviembre de 1998, C 360/96, entre otras.

a) Clasificación de las actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general.

Como se ha anticipado, pudiera pensarse inicialmente que las actividades dirigidas a satisfacer necesidades de interés general excluyen el carácter industrial o mercantil de las mismas. Sin embargo, tanto a nivel interno como comunitario, se reconoce el derecho de los poderes públicos a promover la creación de bienes o servicios que por ser de un interés general no dejan de ser actividades mercantiles o industriales en sí mismas (Directivas 2004/17 y 2004/18 y artículo 128 CE).

Así, las actividades de interés general pueden clasificarse en dos grupos, las que tienen carácter industrial o mercantil y las que no lo tienen. (Sentencia BFI Holding, asunto C-390/96, Ferias de Milán, asuntos C223/99 y C-260/99). De este modo, la mera circunstancia de que se realicen actividades de interés general no excluye el carácter industrial o mercantil de la actividad.

b) El término «específicamente» no debe ser interpretado en el sentido de que la entidad solamente realice tal tipo de actividad.

En este caso, nos encontramos ante una entidad que ha sido creada ordinariamente con la finalidad de realizar actividades de interés general, mercantiles o públicas, diversifica sus actividades de manera que realiza ambas (mercantiles y públicas) de manera simultánea. En la Sentencia «Mannesmann» el TJCE reconoce que una entidad puede realizar una doble actividad, una de interés general y otra mercantil, sin perder por ello su consideración de poder adjudicador. Lo relevante en este caso es que la entidad «...sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer», esto es, si las actividades que debe satisfacer necesariamente no tienen naturaleza mercantil, el hecho de que conjuntamente realice actividades de naturaleza mercantil no altera su condición a efectos de la contratación pública.

Todavía más, ante la duda del régimen jurídico aplicable a cada una de las actividades, esto es, contratación pública a las de naturaleza no mercantil y exclusión para las que sí tienen dicho carácter, el TJCE ha sentado el criterio de que, no obstante esta dualidad, si la entidad es considerada poder adjudicador, toda su contratación se someterá a la normativa de contratación pública, no pudiendo separar unas y otras actividades para evadir dicha normativa (Sentencia Mannesmann). En concreto, y ante la ausencia de mención de las Directivas sobre una eventual exclusión de los contratos vinculados a la actividad mercantil, considera el TJCE que «los contratos públicos de obras [mercantiles] celebrados por dicha entidad, sea cual fuere su naturaleza, deben ser considerados contratos públicos de obras a efectos de la letra a) del art. 1 de dicha Directiva [93/37]».

c) Prevalencia de actividades.

Otra cuestión esencial es la relevancia o prevalencia de actividades, ya que, en el apartado anterior ha quedado claro que la dualidad de actividades no es óbice para la aplicación de las normas públicas de contratación, siempre y cuando la entidad sea

considerado poder adjudicador, lo cual nos obliga de determinar si la actividad prevalente define la naturaleza de la entidad.

Pues bien, el TJCE ha entendido (Mannesmann), que el hecho de que la actividad de interés general (entendida como no mercantil) fuera poco relevante en comparación con la mercantil, tampoco impide el sometimiento a las reglas comunitarias de contratación «puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer».

Así pues, el criterio del TJCE ha sido el de que, en el caso de concurrencia entre actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con otras que si tengan dicho carácter, prevalece lo primero, al producirse una «vis atractiva» del primer supuesto sobre el segundo.

d) Actividades simultáneas.

En relación directa con lo anterior, si una misma entidad realiza simultáneamente actividades que puedan calificarse como actividades públicas y actividades mercantiles, el Tribunal de Justicia ha considerado (Mannesmann C 44/96) que ello no exime a la entidad de la observancia de las directivas comunitarias sobre contratación pública, por lo que la aplicación de dichas directivas se extiende, tanto a los contratos públicos como a los contratos relacionados con las actividades puramente mercantiles, aunque estas últimas sean económicamente preponderantes.⁹

e) Incidencia de la forma jurídica de la entidad.

La naturaleza industrial o mercantil de la actividad o su ausencia, deben ser interpretados con independencia de la forma jurídica de la Entidad y de las disposiciones que la especifique, teniendo en cuenta la que efectivamente se realiza y valorando todos los elementos tanto de hecho como de derecho y, entre ellos, las circunstancias de la creación de la entidad, las condiciones de creación, la falta de competencia en el mercado, el animo de lucro, la asunción de pérdidas y riesgos, etc (Sentencias de 17 de diciembre de 1998, Servicio de Bosques, asuntos C-353/96 y C-306/97, entre otras muchas).

⁹ En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 8/2008, de 10 de julio, señala que «Por otra parte GEDESMA, según la documentación aportada, realiza también actividades que tienen carácter mercantil. A estos efectos es preciso citar la sentencia de TJCE, de 15 de enero de 1998, en el asunto C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG y otros, relativa a la contratación de una imprenta estatal que ejerce actividades mercantiles, en el apartado 26, señala que, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer «específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil», no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades. Aclara en los apartados 30 y 32 que el propio texto del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva no excluye que un poder adjudicador pueda ejercer otras actividades, aparte de su función de satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Finalmente señala que como poder adjudicador los contratos públicos de obras celebrados por la entidad, sea cual fuere su naturaleza, deben ser considerados contratos públicos de obras a efectos de la letra a) del artículo 1 de dicha Directiva.»

f) Distinción entre actividad material y finalidad.

Debe diferenciarse la actividad material de la entidad de la finalidad que persigue dicha entidad, debiendo tenerse en cuenta este último aspecto para determinar la sujeción o no de la entidad a la normativa comunitaria. Así se ha pronunciado el TJCE (Sentencia SIEPSA), al señalar que si bien la actividad de construcción de centros penitenciarios es una actividad mercantil en abstracto, ello no puede desligarse de la finalidad última de la entidad, que era la de llevar a cabo la política penitenciaria del Estado.

VI. LOS CRITERIOS DEL TJCE PARA LA ATRIBUCIÓN DE NATURALEZA MERCANTIL O INDUSTRIAL DE UNA ENTIDAD A EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Como criterios que la jurisprudencia comunitaria ha utilizado, aunque sin formar un cuerpo de doctrina uniforme, por lo que habrá de estarse a cada caso, pueden señalarse los siguientes:

a) Las necesidades a satisfacer por la entidad.

Este criterio resulta el más trascendente, en principio, para determinar la naturaleza de la entidad, ya que si esta fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, no sería trascendente que dicha actividad se desarrollase cumpliendo los demás criterios de «mercantilidad».

Este es el criterio más relevante seguido por el TJCE en su jurisprudencia, y así lo señaló también a nivel interno el Consejo de Estado en su Dictamen de 14 de diciembre de 1995, al señalar que «... el precepto que aquí se examina tiene un claro sentido literal y es que lo del carácter industrial o mercantil se predica de las necesidades, como sujeto próximo, no de las entidades que figuran en otra fase anterior».

Este criterio, sobre el que se aplica la señalada anteriormente «vis atractiva» de determinadas actividades, se refiere a «obligaciones de servicio público», al margen de que dicha actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, por lo que debe tenerse siempre presente que existe una diferencia entre actividades de interés general y obligaciones de servicio público a satisfacer por la entidad.

En definitiva, se trata de diferenciar, a la hora de analizar las circunstancias de creación de la entidad, si se trataba de satisfacer «fines» de interés general o «necesidades» de interés general, por cuanto las primeras no tienen carácter industrial o mercantil y las segundas pueden tener dicho carácter.

b) La sujeción a las reglas de mercado.

Como regla general, el TJCE califica como mercantiles aquellas entidades que en su actividad se sujetan a las reglas del mercado. En la tantas veces citada sentencia «Mannesmann», se negó la calificación de mercantil a una actividad, aunque se desa-

rollase en el mercado, cuando, por ejemplo, la fijación de los precios de los productos era decidida por órganos de composición pública. Esta idea de la sujeción al mercado subyace con especial claridad en la Sentencia «Ferias de Milán», al girar la actividad de la entidad bajo criterios de «...rendimiento, eficacia y rentabilidad», sin preverse mecanismos de compensación de pérdidas financieras y soportar el riesgo económico de su actividad.¹⁰

c) La existencia de competencia.

Esta circunstancia constituye simplemente un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (STJCE, de 10 de noviembre de 1998, asunto BFI Holding mercantil, sobre recogida y tratamiento de basuras). Como afirma el TJCE en la Sentencia «Gemeente Arnhem» «la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir un organismo de Derecho Público [organismo público como poder adjudicador]».

A *contrario sensu*, el TJCE estima que el hecho de que haya competencia tampoco excluye la posibilidad de que la entidad se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico, ya que tal organismo «podría verse inducido, por ejemplo, a sufrir pérdidas económicas con el fin de seguir una determinada política de compras de la entidad de la que depende estrechamente». En este punto, la tesis del TJCE se fundamenta en el abuso que las entidades de control pueden hacer sobre sus entes instrumentales, cuando lo cierto es que esa utilización no excluye que la entidad instrumental pueda realizar actividades mercantiles.

Desde otro punto de vista, el TJCE, considera difícil compatibilizar la «reserva de ciertas actividades» al sector público con la actividad propiamente mercantil (Gemeente Arnhem), cuando se trata de una actividad sobre la que los poderes públicos puedan decidir que deba ser realizada por autoridades públicas o sobre las que el poder público quiera conservar una influencia dominante.

Si bien como se ha dicho anteriormente, la competencia puede ser un indicio del posible carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general, deben tenerse en cuenta en todo caso otros factores, tales como si la actividad se desarrolla en condiciones normales de mercado, si tiene ánimo de lucro y si soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, ya que en estos casos es fácil considerar el carácter industrial o mercantil de la actividad. Puede utilizarse a estos efectos el parámetro de la existencia de una competencia considerada «normal» en el mercado en

¹⁰ GARCÍA-TREVIJANO RODRÍGUEZ, Luis y NOGUERAS MATAS, Leticia, «Ley de Contratos del Sector Público, su incidencia en el giro contractual de las sociedades mercantiles de capital mayoritario de titularidad de las entidades que integran la Administración Local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* N° 9, Quincena 15 – 29 May. 2008, Ref.º 1639/2008, pág. 1639, Tomo 2.): «Si tales características las relacionamos, por un lado, con la práctica de las entidades locales en la constitución y participación de sociedades mercantiles; y, por otro, con la normativa de régimen local en materia de gestión de servicios, podremos convenir que casi con carácter general las sociedades constituidas o participadas mayoritariamente por entidades locales, difícilmente van a tener carácter industrial o mercantil. Pues normalmente el ánimo de lucro no será su objetivo fundamental y, sobre todo, no asumirán con carácter general los riesgos derivados de su gestión»

que se desenvuelve la entidad como otro indicio de que se trataría de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.

d) El objeto de la entidad.

La vinculación del objeto a potestades públicas (los denominados «fines» de interés general) y por tanto, la inexistencia de un mercado para los bienes y servicios que proporciona la entidad sirven de parámetro para establecer la naturaleza mercantil o industrial de su actividad. Asimismo, y en forma coherente a su objeto, deben tenerse en cuenta las razones y circunstancias que el poder público consideró para la creación de la propia entidad u organismo.

e) La política de fijación de precios.

La existencia de unos precios de los bienes o servicios fijados por órganos de los poderes públicos resulta relevante para la determinación de su naturaleza, en la medida en que la existencia de una fijación «pública» de precios dificulta su consideración como entidad creada «para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil».

f) La existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas.

La utilización de este tipo de «ayudas» (ej. vía transferencia presupuestaria por parte de las administraciones públicas), sirve también como elemento para determinar la naturaleza de la actividad, ya que si esta no soporta el riesgo de sus actividades y el poder público de creación podría llegar a recapitalizarla para evitar situaciones concursales, resulta difícil sostener la naturaleza mercantil o industrial de la actividad. No obstante, este criterio, mantenido en el caso «Korhonen», parece contradecir en cierto modo el sentado en el asunto «Ferias de Milán», con el que guardaba muchas similitudes, ya que ambas entidades soportaban los mismos riesgos económicos y perseguían un ánimo de lucro

No obstante, y a excepción del señalado en la letra a), estos criterios deben ponderarse conjuntamente, ya que, como se ha dicho, el TJCE no los ha aplicado conjuntamente en los casos enjuiciados por dicho Tribunal.

VII. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sentado unos criterios sobre la mercantilidad de determinadas actividades desempeñadas por entidades del sector público que deben interpretarse de manera homogénea en la Unión Europea. Sin embargo, la falta de unos criterios indubitados respecto al concepto de mercantilidad obliga a realizar un análisis caso por caso, que debe tener presentes tanto las circunstancias de creación de la entidad, sus fines, carácter «público

reservado» de su actividad y forma de desarrollarla, teniendo presente que la LCSP reconoce la compatibilidad de la satisfacción del interés general mediante la realización de actividades mercantiles.

Ciertamente, ello nos lleva a considerar que la articulación del concepto de poder adjudicador en la LCSP puede tener un carácter variable en función de la actividad que desarrolle la entidad en un momento determinado (como parámetro puede utilizarse la anualidad presupuestaria), por lo que consideramos que una modificación de las funciones públicas a desarrollar por una entidad con carácter «necesario» y la manera que tenga de desarrollarlas puede influir en la naturaleza jurídica a efectos de la LCSP en un momento determinado.

En todo caso se precisa una ponderación de los criterios señalados, ya que una aplicación estricta de los conceptos puede llevar a vaciar de contenido el reconocimiento legal de la propia existencia de las entidades del sector público creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil, identificándose la satisfacción de necesidades de interés general con las actividades de naturaleza no mercantil o industrial e incluso con los fines de interés general.

En definitiva, para definir el concepto de organismo de derecho público debe atenderse a la naturaleza de la actividad, esto es, la de satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado. Si hay una obligación de servicio público y al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública, entendidas estas en nuestro ordenamiento como las normas aplicables a la contratación de los poderes adjudicadores.

6. DESARROLLO SOSTENIBLE Y CONFLICTO ARMADO

*Juan Paulo Vera Montero,
Teniente Coronel del Servicio de Justicia del Ejército Chile*

SUMARIO: I. Introducción. 1. Cuestiones preliminares. 2. La moderna concepción de la paz y su relación con el conflicto. 3. La paz y conflicto. II. La prohibición de utilizar el medio ambiente como arma. 4. La Convención ENMOD de 1976. 5. Aspectos fundamentales de la Convención ENMOD de 1976. 6. Obligaciones fundamentales establecidas para las partes en la Convención ENMOD de 1976. III. Normas de protección ambiental establecidas en el Protocolo I anexo a las Convenciones de Ginebra. 7. Artículo 35° número 3 del Protocolo I y el artículo 1 de la Convención ENMOD. Una aparente contradicción. 8. Artículo 55° del Protocolo I. La protección del medio ambiente natural. 9. Normas de protección indirecta del medio ambiente en el Protocolo I. 10. A modo de colofón.

I INTRODUCCIÓN

«Hay un acuerdo casi universal en que más vale prevenir que curar, y que las estrategias de prevención deben centrarse en las causas básicas de los conflictos y no sólo en sus síntomas violentos.»

(Nosotros los pueblos. ONU, Informe del Milenio)

1. Cuestiones preliminares.

Conflicto armado y desarrollo sostenible sin duda alguna constituyen dos marcos conceptuales divergentes los cuales, *prima facie*, no contendrían puntos de contacto que nos permitiera elaborar un estudio razonado en búsqueda de sus interrelaciones. Frente a esta realidad objetiva y de extremos, es sin embargo posible entender la existencia de un concepto intermedio, aglutinador de los dos anteriores; la paz. Desde luego reafirma lo anterior, la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo

de 1992¹, la que proclamó 27 principios, entre los cuales se encuentran los principios 24 y 25 que evidencian, con sencillez y a la vez con profundidad, esta correlación conceptual:

«PRINCIPIO 24

La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario.»

«PRINCIPIO 25

La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.»

En un análisis meramente lineal del Principio 24, nos encontramos con dos sub elementos que ameritan más que una reflexión; un examen más detenido. En efecto, no es posible conciliar guerra y sustentabilidad, sin embargo, en la segunda parte del principio se llama a los Estados a respetar las normas que protegen el medio ambiente en período de conflicto armado. Conforme ello, el punto de inflexión inicial entre ambos marcos conceptuales, se une en la necesidad de limitar el conflicto armado, considerando que su desarrollo natural lo es en la triple dimensión terrestre, marítima y aérea, pero desde aquella perspectiva. Entonces, es posible plantear, en contraste con el conflicto bélico, que la dimensión última del concepto de desarrollo sostenible tiene que ver con los estilos de desarrollo de los países, proponiendo directrices, tanto a nivel de las políticas económicas que importen una orientación hacia un desarrollo armónico con el medio ambiente como también en toda la amplia gama que corresponde a la arquitectura del concepto de desarrollo. Por el contrario, la guerra, representa la manifestación cinética más extrema y material del concepto conflicto, cuya dimensión jurídica son las limitaciones a ésta en virtud del derecho internacional, particularizado en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados (en adelante DICA) cuya elaboración se hace durante la paz pero recogiendo las experiencias, necesidades y costumbres de los períodos de conflicto armado desde la perspectiva ambiental.

En ambos caso, conforme el Principio 24 en comento, el punto de unión para su examen es necesariamente la paz y en este sentido, en línea secuencial, el Principio 25 representa la base de la condición para exponer un concepto de «desarrollo» en su más amplia concepción como también las necesarias regulaciones normativas de los conflictos armados. En definitiva, la importancia del Principio 25 es que nos indica que desde la paz se puede establecer tanto las condiciones y mecanismos necesarios para resolver y/o contener conflictos tales como la sostenibilidad de un desarrollo que satisfaga las necesidades presentes sin compromiso de las futuras, como también delinear las limitaciones de los conflictos armados, mediante la distinción de tipos de violencia y sus destinatarios, cuyo sustrato conceptual son las limitaciones a los medios y métodos de combate. Por tanto si se arriba al conflicto armado, se constata la

¹ ONU, ASAMBLEA GENERAL A/CONF.151/26 (Vol.I) 14 de agosto de 1992. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil, 3 al 14 de junio de 1992.

primera premisa del Principio 24. Y, la segunda premisa se encarga de dejar al DICA la tarea de regularlo o limitarlo.

De lo anterior resulta evidente entender que el conflicto, cualquiera sea su naturaleza, no es ajeno a la paz y ésta, a su vez, no lo puede desconocer. Así, la definición de desarrollo sostenible, como el establecido por la Comisión Mundial el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) en 1987, por la Comisión Brundtland 1987, desde luego plantea un conflicto, tal cual se señala al respecto:

«...el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.»²

Desde esta perspectiva, el análisis de la dicotomía conceptual, entre desarrollo sostenible en relación con el conflicto armado, no se puede abordar sin tomar en cuenta el concepto de paz, pues resulta relevante que el punto de partida normativo de ambos conceptos nacen durante la paz, intentando solventar conflictos de diversa naturaleza, cuyo punto de unión jurídico es el derecho y, el material, el planeta tierra. Desde esta óptica, el derecho internacional público no podría, y de hecho no lo hace, desatender el hecho de la guerra y la protección ambiental por un lado, y la capacidad teórica y práctica de la limitación de conflictos presentes y futuros. De lo anteriormente expuesto se evidencia además, que la relación entre desarrollo sostenible, paz y guerra es unidireccional, esto es, desde el concepto paz hacia el desarrollo sostenible, es posible impedir, limitarlo o morigerar un conflicto armado, lo cual depende de la robustez de la paz y sus mecanismos de contención de conflictos.

Teniendo presente lo anteriormente expuesto, los principios 24 y 25 de la Declaración de Río alimentan el Principio de distinción³ pero desde una dimensión distinta, esto es, el medio ambiente debe ser concebido, dentro del marco conceptual del *Jus in bello*, como una víctima más del conflicto y desde esa perspectiva, ser beneficiado con un estatuto de protección especial.

2. La moderna concepción de la paz y su relación con el conflicto.

De modo general, la paz se nos plantea como uno de los objetivos más fundamentales de la humanidad, asociándose usualmente a una ausencia de guerra. Sin embargo, la paz constituye un concepto bastante más amplio que una mera ausencia de guerra lo que comúnmente denominada una paz negativa. En efecto, desde la perspectiva de la fundamentación jurídica de la paz, ésta encuentra sus raíces en los esfuerzos de la comunidad internacional por limitar el recurso de la fuerza armada para la solución de los conflictos entre las naciones construido bajo el concepto del *Jus ad*

² NACIONES UNIDAS. Cumbre de Johannesburgo 2002. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>> [consulta: 21 enero de 2008].

³ El principio de distinción es de capital importancia dentro del marco normativo del Derecho de los Conflictos Armados el cual se encuentra recogido en el artículo 48 del Protocolo I Anexo a las Convenciones de Ginebra en los siguientes términos: *A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.*

bellum cuya moderna concepción se encuentra establecida en la Carta de Naciones Unidas de 1945.

En tal sentido, a nivel teórico, siguiendo a DEL ARENAL⁴ el cual analiza el trabajo de Johan Galtung⁵, divide el concepto de paz, en negativa (ausencia de conflicto) y paz positiva (incluye el conflicto), entiendo por conflicto incluso el de naturaleza armada. En este último concepto, se señala que la paz positiva es de integración de la sociedad humana, el desarrollo y la justicia social. Se destaca en este trabajo que lo importante no es concebir una paz negativa sino más bien ésta debe comprender el conflicto como un hecho siempre presente y, se deben diseñar estructuras para desmascarar situaciones de violencia con el objeto de neutralizarlas. Luego, la paz debe ser capaz de identificar y contener los conflictos, partiendo de la premisa de que en sociedad el conflicto existe, pero no así la violencia, debiéndose poner énfasis en que si el conflicto no llega a solución podría eventualmente degenerar en violencia. Respecto de esto último, la violencia, como afirma DEL ARENAL⁶ siguiendo al autor en examen, entiende por paz no sólo el control y reducción de violencia, sea ésta considerada como estructural –de naturaleza social–, sino que agrega que la investigación sobre la paz, representa una cuestión de «desarrollo vertical», esto es relacionado no sólo con la teoría del conflicto sino que además, con la teoría del desarrollo la cual se imbrica con la paz, la cual conectada de este modo con el desarrollo, se consigue previniendo la violencia o, según del caso, reducirla si ésta aparece. En suma, la idea central en la arquitectura conceptual de Galtung, es precisamente insertar el desarrollo o una teoría del desarrollo como la forma eficaz de manejar los conflictos o reorientarlos de forma no violenta. Por ello, la paz no excluye ni rehúye el conflicto, más bien lo acoge como un hecho social y cierto el cual queda en permanente observación y análisis, según el autor.

Desde esta óptica, la actual concepción del *Jus ad bellum* establecida en los artículos 1.1º ⁷, 2.4º ⁸ y 51º ⁹ de la Carta de Naciones Unidas, articulan los meca-

⁴ DEL ARENAL., Celestino. 1987. La investigación sobre la paz: pasado, presente y futuro. En: Congreso Internacional sobre la Paz. 1987, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, núm 37, Tomo II, 917pp. 571-575.pp.

⁵ v. «Violence, Peace and Peace Research», Journal of Peace Research, vol. 6, 1969, 117-167.pp.

⁶ *Ibid.* 575p.

⁷ Carta de Naciones Unidas, artículo 1.1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

⁸ Carta de Naciones Unidas, artículo 2.4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

⁹ Carta de Naciones Unidas, artículo 51. Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

nismos de resolución de conflictos internacionales. Por un lado, queda prohibida la guerra y por el otro, desarrolla un mecanismo de encausamiento del mismo, incluso ante un *casus bellis*. En suma, no se rehúye del conflicto, se reconoce su existencia pero implementa los remedios políticos y jurídicos para neutralizarlo. Lo anterior se manifiesta claramente en el Principio 26 de la Declaración de Río el cual expresa que «Los Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

3. La paz y conflicto.

Relacionada la paz con el concepto de desarrollo vertical conforme la obra de Galtung expuesta por DEL ARENAL, el Principio 25 de la Declaración de Río es plenamente coherente, si se asume el concepto de paz positiva. BECERRA¹⁰ es claro en señalar que paz y desarrollo están mutuamente condicionados, agrega «sin paz no hay desarrollo y sin desarrollo no hay paz». En la idea del autor, desarrollo debe ser entendido en su amplia dimensión, social, cultural, política, derechos humanos, económica, entre otros aspectos. Agrega el autor que el estudio sobre la paz no debe centrarse en la creación de un derecho que prohíba o limite las guerras, sino más bien, la paz amerita un análisis que importe investigar las causas que originan los conflictos internacionales. En otras palabras, buscar las áreas débiles o imperfecciones de la paz que han permitido desembocar en una guerra o al menos no poder contener un conflicto antes de su punto de no retorno.

En tal sentido, el desarrollo en su concepción amplia antes referida, constituye el eslabón para identificar sectores de la paz vulnerable o propiciadora de conflictos incluso de aquellos armados. Lo anterior conlleva a que la paz debe ser proactiva y dinámica en su esencia para que sea eficaz en sus propósitos. En este aspecto, conforme los conceptos expuestos en la Cumbre de Río, los temas ambientales no pueden ir separados de las dificultades del desarrollo cuyo principal problema corresponden a estilos de desarrollo, la cual genera, entre otros hechos, pobreza y desigualdad social y es justamente estas áreas marginales las que fundamentan en la mayoría de las ocasiones las guerras, tanto de carácter internacional como internas. Atento al Principio en estudio, éste se acomoda naturalmente al concepto de paz positiva en su doble dimensión, puesto que en la concepción misma de la Declaración de Río, el complejo tema del desarrollo sostenible representan un conflicto que necesariamente debe ser abordado hoy y al mismo tiempo con su proyecciones en las generaciones venideras.

Es así que el Principio 24 de la Declaración de Río, en su segunda premisa, dispone imperativamente el respeto del medio ambiente en época de conflicto armado. Este recordatorio se inserta dentro del concepto de paz positiva pues, estableciendo el punto de inflexión entre desarrollo sostenible y guerra, recurre a aquellas normas propias del *Jus in bello*, particularizado en las normas de protección ambiental estatuidas en las Convenciones de Ginebra y otros instrumentos internacionales. Este reconocimiento

¹⁰ BECERRA B., Manuel. 1987. El derecho a la paz y el derecho internacional del desarrollo. En: Congreso Internacional sobre la Paz. 1987, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, núm 37, Tomo I, 917 pp. 13p.

sin embargo, necesariamente debe comprender el marco conceptual del derecho de guerra e interrelacionar este mandato con sus propios y particulares principios operativos.

En este aspecto y a modo de aproximación, suele entenderse erróneamente, que el DICA¹¹ «regula la guerra», lo que no es efectivo pues el actual orden internacional no permite hoy el recurso del uso de la fuerza en la solución de las controversias internacionales y por consiguiente, seguir tal afirmación el *Jus in bello* debiera entenderse como norma reguladora de un hecho ilícito. Así, el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas nos recuerda el compromiso de las naciones en cuanto a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. Por su parte, el artículo 2.4º de la Carta, es de una gran amplitud conceptual la cual no sólo abarca la prohibición de la guerra en su sentido material sino que además incluye la amenaza del uso de la fuerza.¹² Sin embargo, la misma Carta reconoce el hecho de la guerra y dispone de mecanismos jurídicos y políticos para encausarlos y cuyo análisis escapan al propósito de este trabajo.

Ahora bien, el término «guerra» –hoy superado por el de conflicto armado por su amplitud conceptual e indeterminismo¹³– es ante todo un hecho cuya consecuencias jurídicas es el DICA referido a derechos y deberes entre las Partes contendientes. Como ilustra FERNÁNDEZ¹⁴, el DICA no puede prescindir de la realidad de la violencia, connatural a la guerra, y sobre dicha realidad, construye sus normas aspirando sólo a vetar cierta violencia mediante distinciones dentro de la violencia misma, fundamentado entre lo inevitable y lo evitable. Por ende, las normas están dirigidas al combatiente y su comportamiento e indirectamente regulando la hostilidad. Esta observación que se hace al tratar en profundidad el *Jus in bello*, cuya base es la objeción de fondo a la existencia del Derecho de los Conflictos Armados¹⁵, dice relación con

¹¹ Para el presente trabajo, el DIH corresponde a la normativa internacional establecida en las cuatro Convenciones de Ginebra, y parte del Protocolo I, cuyo propósito fundamental es aliviar la suerte de los heridos, enfermos, náufragos, regular la situación de los prisioneros de guerra y la protección de las personas civiles. En cambio el DICA dice relación con la conducción de las hostilidades, en el sentido de disponer de normas que limitan los métodos y medios para realizar las hostilidades. En este último sentido, desde el punto de vista militar, se habla de derecho operativo, operacional o de conducción de hostilidades.

¹² Art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas expresa: Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

¹³ NAHLIK, Stanislaw E. señala, muy precisamente, en su libro *Compendio de Derecho Internacional Humanitario*, CICR, 1984, 7p. que «El término «guerra», conocido desde hace siglos, sigue ejerciendo su influencia en el lenguaje corriente; pero, desde el punto de vista jurídico, ya la perdió hace algunos decenios, dado que la «guerra» como tal ha sido puesta gradualmente fuera de la ley, aunque, llámese «guerra» o no, el recurso a la fuerza no desaparece. Así, los términos «conflicto armados» son, en la actualidad, más correctos y la ventaja de su uso consiste precisamente en su falta de precisión jurídica. Como, no obstante, se trata de un neologismo, será a menudo conveniente, e incluso necesario, utilizar uno u otro de estos términos.

¹⁴ FERNANDEZ-FLORES y de Funes, José Luis. *El Derecho de los Conflictos Armados; De Jure Belli. El Derecho de la Guerra. El Derecho Internacional Humanitario. El Derecho Humanitario Bélico* Madrid España: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2001, 172p.

¹⁵ Existen algunas doctrinas que estiman que el DICA sería injustificado pero en el orden semántico, pues «derecho de la guerra» pareciera indicar la efectiva regulación de ésta, lo cual, para nosotros no tiene asidero en razón de lo expuesto.

la prohibición de «la guerra» o el «recurso de la guerra» como método de solución de conflictos internacionales tal cual ya se expuso, constituyendo ésta un delito internacional generador de responsabilidad internacional del Estado. Luego, constituyendo la «guerra» un «delito», mal puede estructurarse un «derecho» que reglamente tal ilícito. Lo anterior no es efectivo pues la tarea del DICA es en definitiva vetar o restringir ciertas agresiones o violencias a determinadas personas o bienes las cuales, abstra-yéndolas de la guerra misma por parte de este derecho, las reviste de determinados estatutos de protección en base a ciertas y determinadas condiciones y requisitos y, al mismo tiempo, les asigna un valor de reproche en caso de violaciones a dichos estatutos bajo las figuras de crímenes de guerra o infracciones graves y otras infracciones a las Convenciones de Ginebra y su Protocolo I Anexo. Conforme lo expuesto, el *Jus in bello* se aboca a la limitación de los medios y métodos de combate al alero de sus propios principios y normas.

II

LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EL MEDIO AMBIENTE COMO ARMA

«En Kuwait, los soldados iraquíes incendiaron más de 600 pozos petrolíferos que vertían bolas de fuego rojas y naranjas, y rugían como bestias salvajes. El humo era tan espeso y negro que, cuando no soplaban el viento, a las 10 de la mañana era como medianoche. La grasa goteaba del cielo y el hollín caía como copos de nieve del infierno. Todo lo que era blanco se tornó gris carbón: los gatos, las ovejas, los cadáveres de las gaviotas con caían del cielo mientras sobrevolaban el país.»

(Robert Blok, a propósito de los incendios intencionales causados a los pozos petrolíferos en 1991 en Kuwait, durante la invasión por parte de las FFAA de Iraq.)

Entre los años 1960 y 1975 fueron vertidos en la jungla de Laos, Laos y Camboya y Viet Nam, por parte de las fuerzas militares estadounidenses, millones de toneladas de agente naranja, herbicida defoliante cuyo objeto era eliminar la capa vegetal y/o las cosechas del adversario (fuerzas militares del Vietcong y el ejército de Vietnam del Norte) según nos relata Mark Perry y Ed Miles¹⁶ Una vez regresadas las tropas norteamericanas a su país, los autores agregan que, se detectó en los veteranos de guerra un gran número de decesos por linfomas y sarcomas de piel, determinándose finalmente que estas muertes eran producidas por la dioxina¹⁷ que contiene el agente na-

¹⁶ PERRY, Mark and MILES, Guerra Medioambiental. En: GUTMAN Roy y RIEFF David. Crímenes de Guerra. Lo que debemos saber. Ed. Grupo Editorial RandomMandadori, S.L., 2003., 238 p.

¹⁷ RESPUESTA de la salud pública a las armas químicas y biológicas. 2ª Ed. Washington, D.C.:OPS, © 2003, de Health aspects of chemical and biological weapons: report of WHO Group of Consultants, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1970. En su página 36 expresa respecto del peligro de este compuesto químico, lo siguiente: «Las investigaciones le han puesto especial atención al contaminante 2, 3, 7, 8-tetraclorodibenzo-p-dioxina (TCDD), que se produce durante su fabricación y permanece en el ambiente, es detectable a niveles elevados en muestras de lípidos y grasa corporal y es altamente tóxico para ciertos animales de experimentación. En un ejemplo más reciente, y con menos evidencia científica sobre una relación causa-efecto, la exposición a varios tipos de químicos se cuenta entre los muchos factores sugeridos como causa potencial del así llamado «síndrome de la guerra del Golfo». En ambos casos se aduce

ranja. Dicha dioxina perturba las funciones hormonales, inmunitarias y reproductivas del organismos, alterando la calidad del esperma en el hombre. Por su parte, la leche materna contiene 10 veces más dioxina, proveniente del mencionado agente químico. Resulta interesante indicar además, conforme nos relatan Mark Perry y Ed Miles en la obra citada, cómo quedó el medio ambiente afectado por este químico, señalando: «Aunque no se ha llevado a cabo ningún estudio sistemático de las zonas desfoliadas en el Sureste asiático, la evidencia anecdótica es enorme. Vasta extensiones de las provincias de Quang Tri y Tay Ninh parecen paisajes lunares y permanecen inservibles para la agricultura. Los médicos vietnamitas han informado de un notable aumento de las malformaciones congénitas entre la población de las regiones afectadas.»¹⁸ En este sentido, la UNESCO informa¹⁹ que al término de la guerra una quinta parte de los bosques de Vietnam del Sur habían sido destruidas químicamente y más de un tercio de los manglares había desaparecido. Agrega que si bien algunos bosques han logrado recuperarse, éstos, en su mayoría se han convertido en matorrales.

Ahora bien, la protección del medio ambiente en período de conflicto armado, como objeto de protección particular por parte del DICA no habría sido posible en los años venideros sin que hubiera existido, ya en los albores de 1970, la incipiente preocupación del medio ambiente señalada en la Declaración de Founex de 1971 sobre «El Medio Humano» y naturalmente la Conferencia de Estocolmo de 1972. Estos hitos más el vertimiento de agente naranja en Vietnam, influenciaron en parte, aquella normativa del DICA actual, referida a la protección del medio ambiente, quedando demostrado en forma particular, en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación del Medio Ambiente con Fines Militares u otros Fines Hostiles, conocida por sus siglas (ENMOD)²⁰ y algunas normas del Protocolo I Anexo a las Convenciones de Ginebra. En el preámbulo de este instrumento se señala:

«Convencida de que la Convención no debería afectar la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, que podrían contribuir a preservar y mejorar el medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras. Recordando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, Conscientes de que la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos podría mejorar la interrelación hombre-naturaleza y contribuir a preservar y mejorar el medio ambiente para el bienestar del ser humano,

que un amplio rango de síntomas y efectos adversos a largo plazo (inclusive carcinogénesis, teratogénesis y una amplia gama de síntomas somáticos y psicológicos inespecíficos) se explican por la exposición a agentes químicos, entre otras posibles causas.»

¹⁸ PEARCE, Fred. Guerra y Medio ambiente: reacciones en cadena. El Correo de la UNESCO. La Biodiversidad: fuente de toda vida. (LIII): 9, mayo 2000. 238p.

¹⁹ Op.Cit. PEARCE, Fred. Guerra y Medio ambiente: reacciones en cadena. El Correo de la UNESCO. 9p.

²⁰ Dicha Convención ha sido aprobada por el Congreso Nacional, sin reservas, el 9 de marzo de 1994. El Instrumento de Adhesión se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 26 de abril de 1994. Fue publicada en el Diario Oficial el 29 de agosto de 1994 mediante la expedición del Decreto N°772 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Información extraída de la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl [en línea]

<http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani432.pdf> [consulta: 2 de mayo de 2008].

Reconociendo, sin embargo, que la utilización de esas técnicas con fines militares u otros fines hostiles podría tener efectos sumamente perjudiciales para el bienestar del ser humano.»

4. La Convención ENMOD de 1976.

La Convención ENMOD se inscribe en aquellos tratados de desarme muy propios de la época. Sin embargo, y como se verá, a nuestro juicio este instrumento es bastante más que eso. Si bien es imposible abstraer de la guerra al medio ambiente y los daños colaterales a éste por ser el escenario natural de desarrollo de las acciones bélicas, en virtud de este convenio se acota la violencia en particular a ciertos medios y métodos, incluyendo aquellos lícitos, los cuales podrían utilizar al medio ambiente natural como arma o modificar ciertos procesos naturales para tal fin. Para algunas ONG, como la *Sunshine Project*²¹ el tema va mucho más allá, entendiendo que las técnicas de modificación ambiental con fines hostiles serían armas ADM. No deja de tener razón por cuanto necesariamente se debe recurrir a otros tipos de armas tales como artefactos nucleares y agentes químicos para, eventualmente, producir o manejar ciertos factores ambientales.

Como quiera que sea el enfoque y el alcance de este instrumento, es innegable su espíritu preventivo puesto que a la época en que se articuló, la tecnología no era lo suficientemente capaz para desarrollar cierto tipo de medios y/o métodos para manejar y dirigir la naturaleza en un sentido determinado, salvo las disponibles; artefactos nucleares y agentes químicos y biológicos. En todo caso, desconocemos el actual avance de la ciencia y la tecnología capaz de realizar tales modificaciones.

En general la convención ENMOD prohíbe modificar el medio ambiente, entendiéndola como un medio de guerra. En otras palabras, lo que se prohíbe es utilizar la naturaleza como un medio en sí para lograr un fin militar, no así el arma usada para desencadenar los efectos y cambios en la naturaleza misma. Por ejemplo, la detonación de un artefacto nuclear en una falla geológica con el propósito de activar un terremoto en el país adversario, siembra de nubes con agentes químicos para acentuar las inundaciones en el país adversario, ocupar defoliantes como aquellos utilizados en Viet Nam, cambio deliberado de patrones climáticos, entre otros ejemplos. Esta convención nace por iniciativa del Senado como la Cámara de Representantes de los EE.UU. en 1972 por resolución N°1973, la que, conforme la información contenida en la página web oficial del Departamento de Estado del gobierno de los Estados Unidos,²² se pide un acuerdo internacional que prohíba la utilización de cualquier medio ambiente o la modificación geofísica, como arma de guerra. En tal sentido, según la información que

²¹ *Sunshine Project* es una organización internacional no gubernamental (ONG) cuyo objeto es fortalecer el consenso internacional contra el desarrollo y uso de armas biológicas. El proyecto tiene oficinas en Austin (Texas) en los EE.UU. y Hamburgo, Alemania. Su página web <http://www.sunshine-project.org> Resulta ser una fuente de información valiosa y muy confiable sobre la historia de la negociación de la Convención ENMOD.

²² U.S. Department of State. Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques. Bureau of Verification, Compliance, and Implementation. [en línea] < <http://www.state.gov/t/ac/trt/4783.htm> > [consulta: 2 de mayo de 2008].

entrega el Departamento de Estado contenida en la citada página web, en respuesta a dicha resolución el Presidente de la época, Richard M. Nixon, dispone al Departamento de Defensa, la revisión completa y detallada de aquellos aspectos militares involucrados tales como las condiciones meteorológicas y otras técnicas de modificación ambiental. Concluidos tales estudios, los EE.UU. buscó un acuerdo con la Unión Soviética para explorar las posibilidades de un acuerdo de carácter internacional. En 1974, durante la Cumbre de Moscú, Nixon y Brezhnev se comprometen formalmente a la celebración de conversaciones bilaterales para lograr *«the most effective measures possible to overcome the dangers of the use of environmental modification techniques for military purposes.»* Entre 1974 y 1975, se realizaron las negociaciones entre ambos Estados, no exentos de problemas²³ concluyéndose con el actual texto.

5. Aspectos conceptuales fundamentales de la Convención ENMOD de 1976.

A modo preliminar, el Artículo II letra A de la ENMOD, entiende por «Técnica de Modificación Ambiental»:

«Art. II. A los efectos del artículo I, la expresión «técnicas de modificación ambiental» comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar - mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.»²⁴

Conforme los antecedentes aportados por la ONG *Sunshine Project*²⁵ respecto de las negociaciones a esta norma, hubo dos posturas; la primera, en cuanto a que ésta debía especificar, en base a una lista descriptiva, todos los fenómenos naturales

²³ En las negociaciones, la ex Unión Soviética presentó un texto de definición amplio del marco de prohibición el cual señalaba: *«The Parties would undertake never under any circumstance to resort to any means of influencing the environment, the climate or to carry out preparations for their use.»* Dicha proposición quedó en el proyecto de texto presentado por la dicho país en la Resolución de la Asamblea General 3264 (XXIX) en los siguientes términos: «Cada una de las partes en la Convención se comprometen a no elaborar ningún procedimiento meteorológico, geofísico o cualquier otros procedimiento científico o técnico para influir en el medio ambiente, inclusive las condiciones meteorológicas y el clima, con fines militares y de otra índole que sean incompatibles con el mantenimiento de la seguridad internacional, con el bienestar y con la salud de los seres humanos, y a no recurrir jamás, en ninguna circunstancia, a tales procedimientos de influir en el medio ambiente y en el clima ni a prepararse para su utilización.» Esta resolución, fue probada por la Asamblea General con la abstención, entre otros países, de los EE.UU. Esta Resolución conjuntamente con el proyecto pasó a la Conferencia de la Comisión de Desarme (CCD) con la tarea de negociar un texto definitivo. En forma posterior, durante 1975, las dos superpotencias realizan negociaciones tendientes a lograr un acuerdo en base a un proyecto más acotado, no tan amplio con era la propuesta de la ex Unión Soviética.

El texto de la Resolución de la Asamblea General 3264 (XXIX) como la proposición de la ex Unión Soviética se encuentra en la página web de las Naciones Unidas www.un.org [en línea] <<http://www.daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/43/IMG/NR074343.pdf?OpenElement>> [consulta: 2 de mayo de 2008]

²⁴ El texto de la ENMOD que sirve de referencia, fue consultado del libro Derecho Internacional relativo a la conducción de las Hostilidades. Compilación de Convenios de La Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos. *Ob. Cit.* 187p. y ss.

²⁵ Extracto de debates al Artículo II de la ENMOD [en línea] <<http://www.sunshine-project.org/en-mod/primer.html>> [consulta: 3 de mayo de 2008]

que pudieran ser alterados a través de técnicas de modificación ambiental y la segunda, la cual primó finalmente, consistía en redactar, a modo de ejemplo o ilustrativo, en base a una lista no exhaustiva, tales fenómenos. La primera fórmula tiene la doble desventaja de que pueden quedar fenómenos al margen y por ende, no comprendidos en el instrumento internacional y además obliga a las partes a reuniones periódicas para actualizar el listado. Esto fue reafirmado en la II Conferencia de Revisión de la ENMOD celebrada en Génova en 1992.²⁶ En este sentido, una lista general y descriptiva tiene la ventaja de que abarcaría tanto las actuales como las futuras técnicas de modificación.

Ahora bien, no existe consenso actual respecto del verdadero alcance de la frase «mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales». En efecto, durante la Segunda Conferencia de Examen de la ENMOD realizada en Génova entre el 14 y 21 de septiembre de 1992 tiene por objeto clarificar definitivamente qué es exactamente lo que se está prohibiendo por esta Convención. Si bien no existe una respuesta única ni consensos sobre el párrafo, sí en cambio se logró acuerdos en cuanto a considerar que el uso de baja tecnología como técnica de modificación ambiental tales como herbicidas y la provocación de incendios en cuanto al daño que genera el hollín. En cambio, no hubo consenso dentro del contexto de la ENMOD, entre otros, afirmar que en virtud del actual derecho internacional consuetudinario, ya está prohibido infligir daños importantes al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, afirmar que el vertimiento de desechos nucleares en los países en desarrollo, aun cuando no sean utilizados deliberadamente con fines militares o actividades hostiles, es ilegal en virtud de ENMOD, y llevar a éste instrumento en armonía con las exigencias de la ley de la guerra, en particular el Protocolo I para los Convenios de Ginebra de 1949.²⁷

Establecida la definición fundamental, se debe analizar el artículo I 1. de la convención la cual señala:

«Art. I. 1. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte.»

Esta definición importa dos conceptos esenciales, la primera referida a la magnitud de la modificación ambiental en sí, la cual se le denomina «Troika»²⁸ y la segunda, corresponde a la intención o el propósito de tal modificación. En cuanto a la magnitud o «Troika» se establecen tres parámetros, no exentos de polémica, los cuales determinan el umbral de violación o la frontera entre lo permisible y no permisible, siendo éstos los «efectos vastos, duraderos o graves.» El objeto de tales criterios se fundamentan en un sistema de verificación objetiva del daño con el propósito de ex-

²⁶ SECOND Review Conference of the Parties to the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques. FINAL DOCUMENT. ENMOD/CONF. II/12 PART. 2 11-12pp. [en línea] < <http://www.sunshine-project.org/enmod/primer.html> > [consulta: 5 de mayo de 2008].

²⁷ Este punto será analizado al tratar la norma particular de protección del medio ambiente en el Protocolo I Anexo a las Convenciones de Ginebra.

²⁸ En razón de que se establecen tres criterios.

cluir otros tipos de daño estimados menores, los que pudieren llevar a abuso de este instrumento. Ahora bien, el problema que se presenta con estos criterios es saber su verdadera extensión e interpretación. Conforme ello, existen declaraciones interpretativas, las cuales no forman parte de la Convención ENMOD, pero ilustran de algún modo su sentido y alcance. Es así que por vasto se entiende que cubre varios cientos de kilómetros cuadrados y no necesariamente contiguos. Por duraderos va de meses a una estación y, por graves provocan una perturbación o un daño grave o notorio para la vida humana, los recursos naturales y económicos u otras riquezas.²⁹ Se debe tener presente que tales criterios no son de concurrencia copulativa, sino más bien independientes entre sí, necesitando la ocurrencia de uno de éstos para cruzar el umbral de violación y aplicar la convención. A mayor abundamiento, en lo referido al término duradero, se dejó constancia en acta³⁰ que tal efecto podría ser el resultado acumulativo de las operaciones mismas por meses o años.

La frase «con fines militares u otros fines hostiles» que ocupa el artículo I 1, se debe entender en el contexto del Convenio mismo y, en particular, con la última frase de dicha norma la cual establece la relación causa-efecto al disponer «...como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte.» En tal sentido³¹ la frase conlleva una extensión amplia al convenio por cuanto, se prohíben tanto aquellas técnicas de modificación ambiental con fines exclusivamente militares como también aquellas que no son de origen propiamente militar o bajo autoridad de las fuerzas armadas o sin que exista conflicto armado. Por consiguiente, la amplitud del marco de aplicación es amplio, rigiendo tanto en tiempo de paz como de guerra. Además, el convenio excluye aquellas técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos tal como queda establecido el artículo III N°3:

«Art. III. 1. Las disposiciones de la presente Convención no impedirán la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos ni contravendrán los principios generalmente reconocidos y las normas aplicables del derecho internacional relativos a esa utilización.»

Resulta interesante lo señalado por la delegación Sueca³² que sostiene que no es redundante utilizar la frase «militar» y «hostil» ya que este último concepto comprende la prohibición de la «amenaza» del uso de técnicas de modificación ambiental y por consiguiente violatorio de la carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, se discutió³³ la eficacia de entender de aquella manera, el concepto antes señalado, pues podría conllevar a debilitar el convenio mismo, en razón de pudiera resultar difícil determinar la procedencia de una amenaza en el contexto de las normas de la propia ENMOD considerando además, la ambigüedad en que éstas pudieran darse. Por último, se planteó la posibilidad de hacer extensivo este convenio a los Estados no Partes, teniendo en cuenta los efectos transfronterizos que pudieran darse como consecuencia de la utilización de técnicas de modificación ambiental, como por ejemplo una

²⁹ Extracto de los debates al Artículo I de la ENMOD [en línea] <<http://www.sunshine-project.org/enmod/primer.html>> [consulta: 5 de mayo de 2008]

³⁰ *Ibid.* Cuya referencia es el documento CCD/PV.703, 20 de abril de 1976, 8p.

³¹ *Ibid.* cuya referencia es el documento CCD/PV.691, 4 de marzo de 1976, 14p.

³² *Ibid.* cuya referencia es el documento CCD/PV.691, 4 de marzo de 1976, 14p.

³³ *Ibid.* cuya referencia es el documento CCD/PV.691, 4 de marzo de 1976, 14p.

guerra geofísica (desencadenar un terremoto). Sin embargo tales proposiciones no arribaron a una estipulación convencional expresa, fundamentalmente por oposición de los EE.UU. y la ex URSS los cuales argumentaron que era un incentivo a los demás Estados para adherirse a la ENMOD.³⁴

6. Obligaciones fundamentales establecidas para las partes en la Convención ENMOD de 1976.

Al igual que en la CAQ y CAB, la primera obligación establecida en el artículo I N°2 es que cada Estado Parte de la ENMOD se compromete a no ayudar, ni alentar ni incitar a ningún Estado o grupo de Estado u organización internacional a realizar actividades de aquellas descritas en el número 1 del artículo I. En relación a la exclusión de investigación de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, el artículo III N°2 establece el compromiso que asumen los Estados Partes para facilitar el intercambio más amplio posible de información científica y tecnológica sobre la utilización de técnicas de modificación ambiental, siempre con fines pacíficos. Además, se asume el compromiso de contribuir conjuntamente con otros Estados u organizaciones internacionales, en dicho intercambio. En este sentido, se establece una norma de control que, a nuestro juicio, resulta básica. El artículo IV señala que cada Estado Parte se compromete a tomar las medidas que considere necesarias de conformidad con sus procedimientos constitucionales, para prohibir y prevenir toda actividad a las disposiciones de la Convención, en cualquier lugar situado bajo su jurisdicción o control.

En relación a la institucionalidad de la ENMOD, ésta se configura en base a un Comité Consultivo de Expertos y las Partes podrán designar a un experto para que preste sus servicios en dicho Comité, y cuyas funciones y reglamento se formulan en el anexo a este instrumento.³⁵ Por último, en relación a la denuncia de la convención, el artículo V N°3 establece que el Estado podrá presentarla al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

³⁴ *Ibid.* cuyas referencias son los documentos CCD/PV.692, 9 de marzo de 1976, 31p y CCD/PV.698, 30 de marzo de 1976, 17p.

³⁵ El Anexo de la ENMOD indica al efecto:

1. El Comité Consultivo de Expertos se encargará de establecer las conclusiones fácticas pertinentes y de facilitar opiniones de expertos en relación con cualquier problema que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención, plantee el Estado Parte que solicite la convocación del Comité.
2. Los trabajos del Comité Consultivo de Expertos se organizarán de modo que le permita desempeñar las funciones establecidas en el párrafo 1 del presente anexo. Cuando sea posible, el Comité tomará por consenso decisiones sobre las cuestiones de procedimiento relativas a la organización de sus trabajos; si no es posible, las decisiones se tomarán por mayoría de los miembros presentes y votantes. No se someterán a votación las cuestiones de fondo.
3. El Presidente del Comité será el Depositario o su representante.
4. Cada experto podrá estar asesorado en las reuniones por uno o varios consejeros.
5. Cada experto tendrá derecho a recabar de los Estados y de las organizaciones internacionales, por conducto del Presidente, la información y la asistencia que estime conveniente para el desempeño de la labor del Comité.

III

NORMAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL ESTABLECIDAS EN EL PROTOCOLO I ANEXO A LAS CONVENCIONES DE GINEBRA

«Los depósitos de amoníaco, necesarios para la fabricación de abonos, también fueron blanco de los ataques. Si no hubieran sido vaciados poco antes como precaución, habrían eliminado al estallar toda forma de vida, incluso humana, en un radio de diez kilómetros, ya que la exposición a los gases de amoníaco es fatal. Se evitó lo peor, pero la fauna del Danubio, donde se vertió ese líquido, ha quedado aniquilada hasta 30 kilómetros río arriba. Además, «más de 1.000 toneladas de hidróxido sódico (soda cáustica) se derramaron en él», según el informe del Centro Regional de Europa del Este para el Medio Ambiente (REC).»
(Extracto del artículo publicado por Jasmina Sopova y Nevena Popovska titulado Postguerra contaminada en los Balcanes, en el Correo de la UNESCO de mayo de 2000, y en la cual se describe el desastre ecológico producido por los bombardeos de la OTAN a la planta petroquímica de Pancevo en 1999, la cual se encuentra a 20 kilómetros de Belgrado.)

El Protocolo I anexo a las Convenciones de Ginebra, dispone de dos normas que se refieren en forma expresa al medio ambiente, otorgándole un marco de protección particular y especial, siendo los artículos 35º N°3 y el 55º. Además existe otro conjunto normativo que en mayor o menor medida están dispuestas a la protección del medio natural tales como aquellas referidas a la protección de cierta infraestructura que contiene fuerzas ingobernables. Sin embargo, se deben tener presente que éstas no impiden el daño al medio ambiente, más bien se persigue que el medio ambiente no sea considerado como un objetivo militar como tal o causarle daños considerables sin que exista una justificación, ponderando siempre la delicada ecuación entre el imperativo de la victoria y los daños colaterales. El espíritu mismo de la norma, como se indica en los comentarios a ésta, es proteger al medio ambiente como tal de los efectos de las hostilidades.

Por ello, resulta evidente que los principios rectores del DICA, juegan un rol preponderante para encausar la interpretación de estas normas y comprender su contexto de aplicación. Lo que para el profano pudiera aparecer un daño inaceptable al medio ambiente producto de una acción bélica, para la norma bélica tal vez esté justificado o no, dependiendo del conocimiento y aplicación de estos instrumentos y aquellos principios particulares del DICA. Sin embargo, no podemos olvidar que el hecho de la guerra conlleva una consecuencia jurídica cual es la aplicación de éste y otros instrumentos internacionales sobre la materia y, en caso de resultar injustificado o inaceptable un ataque o una acción con consecuencias para el medio ambiente, se han tipificado ciertas y determinadas conductas punibles en este Protocolo I como también en el actual Estatuto de Roma.

7. Artículo 35º número 3 del Protocolo I y el artículo 1 de la convención ENMOD. Una aparente contradicción.

En general el artículo 35º del Protocolo I constituye la norma madre en la cual se vierten algunos de los principios cardinales del DICA. En tal sentido, se debe resaltar

la importancia que ocupa el numeral 3º de dicha norma que reza: «Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.» Lo anterior importa comprometer la variable ambiental en la planificación militar. En este sentido, existen diversos instrumentos internacionales que se refieren a las limitaciones a los métodos y medios para hacer la guerra, y este párrafo toma especial relevancia al tratar de las armas específicas que pudieran afectar al medio natural tales como las armas ABQ, ADM, las minas antipersonales, las técnicas de modificación ambiental que trata las normas de la ENMOD, resultando ésta fundamental para comprender el contexto en que se desenvuelven tales instrumentos. Sin embargo, la utilización de ciertos términos y conceptos tanto en las normas de Protocolo I como en otros instrumentos presentan aparentemente ciertos divorcios conceptuales, tales como el artículo 1º de la ENMOD y el párrafo en comento el cual será objeto de nuestro análisis.

En el siguiente gráfico comparativo, se colocan los dos textos para su debido examen.

ART. 35 N°3 PROTOCOLO I (1977)	ART. 1.1. ENMOD (1976)
Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.	Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte.

CUADRO 1º: Comparado de conceptos del artículo 1 Protocolo I y la ENMOD.

En primer término, se debe tener presente que el objeto y fin del párrafo 3 en comento es oponer una limitación genérica a todo tipo de armas concebida y que se prevea que pueda causar daños al medio ambiente. En cambio, la Convención ENMOD tiene por objeto limitar las «técnicas de modificación ambiental» considerando al medio ambiente como un arma. En este mismo sentido, las normas del Protocolo I se aplican en período de conflicto armado internacional. En cambio las normas de la ENMOD no requieren incluso, la existencia de un conflicto armado para regular. En los *Commentaires*³⁶ a esta norma, se indica dos aspectos fundamentales, el primero en cuanto que las disposiciones de la ENMOD son de alcances más amplias que las del Protocolo I como queda demostrado y, en segundo término, que las normas de este último deben considerarse complementarias a la Convención. En esta idea, conforme los *Commentaires*³⁷ los aspectos comunes a ambas normas son tres a saber; 1) que en tiempo de conflicto armados ambos instrumentos prohíben todo método directo de acción sobre los fenómenos naturales y cuyos efectos pudieran extenderse más allá de 3 meses o una temporada; 2) ambos instrumentos intentan proteger al medio natural de aquellos método directo de acción sobre los fenómenos naturales y cuyos efectos serían duraderos o graves, y 3) se prohíbe todo método de guerra sea clásico o no, que producto de los efectos colaterales de las hostilidades causaren daños extensos y graves, evaluándos-

³⁶ SANDOZ Y. Swinarski C., Zimmermann B. *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. pr. 1.450. 416-417pp.

³⁷ *Ibid.* pr. 1.452. 418p.

se dichos daños en décadas y en cualquier lugar. Por su parte, la frase «los que quepa prever» importa el grado de conocimiento que una Parte tenga del arma y los efectos dañosos de ésta al medio ambiente, aun considerando todas las precauciones en el ataque. Por ende, el riesgo de daño y el daño mismo debe ser determinado de manera objetiva considerando el grado de conocimiento que se tenga respecto del medio utilizado.

Sin embargo, lo ideal sería haber unificado, en ambos instrumentos, una terminología común y es aquí donde existen algunas dificultades. En el siguiente cuadro se exponen las magnitudes o Troika de ambos instrumentos y su respectivo alcance:

TROIKA O MAGNITUD	PROTOCOLO I	ENMOD
EXTENSOS	Se considera de una extensión considerable teniendo presente que se toma en cuenta el problema trasnacional de los daños al medio ambiente	-----
VASTOS	-----	Cubre varios cientos de kilómetros cuadrados y no necesariamente contiguos
DURADEROS	Décadas o a largo plazo (20 años o más)	De meses a una estación.
GRAVES	Perturbación seria de los equilibrios naturales que permiten la vida y la expansión del hombre y de todo organismo vivo	Perturbación o un daño grave o notorio para la vida humana, los recursos naturales y económicos u otras riquezas

CUADRO 2°: Comparado conceptual de magnitudes o Troika del artículo 1 Protocolo I y la ENMOD.

Resulta evidente la mayor o menor extensión de la magnitud en uno u otro instrumento, pero es preciso indicar, como se hace en los *Commentaires*³⁸ que los conceptos entre sí no son intercambiables en razón del objeto y fin de cada uno de éstos como se indicó. Es así que, tal como se expuso en su momento, para la ENMOD no se requiere la concurrencia del conjunto de todos elementos de la Troika para satisfacer una violación a la misma. En cambio, la Troika del párrafo 3 del artículo 35° deben concurrir copulativamente para estar ante una infracción al Protocolo. Conforme lo expuesto, al menos desde el punto de vista teórico, se deberá distinguir el contexto y el fin que se ha tenido en vista para afectar el medio ambiente. Si bien lo anterior resulta incierto, la oportunidad que se tuvo para haberla aplicado fue cuando las Fuerzas Armadas de Irak vertieron en forma intencional, millones de toneladas de petróleo al Golfo Pérsico en 1991 y se les prendió fuego a los pozos de petróleo, pero hasta hoy no ha habido ninguna acusación en tal sentido y estimamos que ya es tarde para ello. En síntesis, ocupando los conceptos de los *Commentaires*³⁹ la guerra geofísica, esto es, aquellas relacionadas con modificaciones medioambiental con fines hostiles u otros fines y la guerra ecológica señalada en el artículo 35 N°3 del Protocolo en comento, son dos aspectos de un mismo tema; la problemática de protección del medio ambiente en período de conflicto armado y su utilización o afectación en contravención a tales normas.

³⁸ *Ibid.* pr. 1.456. 420p.

³⁹ *Ibid.* pr. 1460. 422p. expresa: «La guerre géophysique et la guerre écologique sont deux aspects d'un même sujet»

8. Artículo 55° del Protocolo I. La protección del medio ambiente natural.

Si el artículo 35 número 3 del Protocolo tiene por objeto la protección del medio ambiente en cuanto a tal y desde el punto de vista de las limitaciones a los medios y métodos de combate, el artículo 55° en cambio, tiene como propósito dar protección al medio humano, en definitiva a la población civil, garantizándoles su supervivencia. Conforme ello, como aspecto previo, no existe duplicidad de concepto con la primera norma, pero deben entenderse complementarias. El artículo 55° señala al efecto:

«Artículo 55 - Protección del medio ambiente natural

1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.
2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.»

La primera parte del número 1 del artículo 55 utiliza la palabra «velará» por la protección del medio ambiente. Lo anterior debe necesariamente vincularse con el artículo 57° que trata sobre las precauciones en el ataque al expresar que «Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.» En tal sentido, «velar» y «cuidado constante» no es más que la materialización del deber de vigilancia y observancia de las normas del Derecho de los Conflictos Armados en cuanto al tema que nos ocupa; medio ambiente. Lo que constituye, en definitiva, una parte del complejo entramado jurídico y de hecho que conlleva las hostilidades. La Troika establecida en esta norma debe interpretarse conforme el mismo alcance y sentido de lo señalado en el artículo 35° N°3 antes visto.

La segunda parte del párrafo 1 del artículo en comento refuerza la norma a la vez que la direcciona al ámbito propio de su aplicación. En este aspecto, siguiendo los *Commentaires*⁴⁰ es dable señalar que la palabra «salud» está establecida con el propósito de cubrir no solo los actos que comprometan la supervivencia de la población, sino que además, las implicancias médicas que conllevarían tales ataques como ser las deformaciones congénitas, malformaciones y otros aspectos médicos. Se debe tener presente, y así quedó establecido en las discusiones a este párrafo 1° que, las incidencias temporales a la salud humana o de corta duración, no se encuentran previstas dentro del marco de prohibiciones que tal norma expresa.⁴¹ Por su parte, la última frase del párrafo 1° la cual utiliza la «supervivencia de la población» omite la frase «civil», ésta última, recurrente en todos los textos de las Convenciones de Ginebra y el

⁴⁰ *Ibid.* pr. 2.133, 2.134 y 2.135. 682p. respecto del artículo 55°.

⁴¹ *Ibid.* pr. 2.135 señala textual: «2135 Le mot «santé» a été employé pour marquer que l'on vise non seulement les actes qui compromettraient la survie de la population, mais aussi ceux qui entraîneraient des atteintes graves à la santé, telles que des tares congénitales, des dégénérescences ou des malformations. Les incidences temporaires ou de courte durée n'ont pas été envisagées dans le cadre des interdictions énoncées par cet article.»

Protocolo I, fue una omisión deliberada en razón de que los daños al medio ambiente pueden prolongarse en el tiempo, pudiendo afectar en forma futura, al conjunto de una población sin hacer distinción.

Desde luego, se debe señalar que la población civil tiene una connotación conceptual muy bien definida en las normas del DICA, siendo ésta, aquella que no es militar. De consiguiente, la afectación de la salud de los «no civiles» o «combatientes» es lícita en cualquiera de sus grados. De tal suerte que al hablar de «población» a secas, la norma tiene una aplicación más allá del conflicto bélico mismo en la cual se incluyen a los combatientes desmovilizados, que son parte de la «población.» Un ejemplo de esta aplicación post conflicto, es la preocupación de los efectos ambientales que pudieran producir las municiones de uranio empobrecido, cuyos resultados hasta el momento han sido negativos.

El párrafo 2 prohíbe los ataques al medio ambiente como represalias⁴², las cuales constituyen un método de conducta bélica consistente en medidas extraordinarias derogatorias de las leyes de la guerra que, en período de guerra, un Estado víctima de reiteradas o sistemáticas infracciones a las normas del derecho de guerra, adopta como respuesta contra la Potencia adversaria que viola tales leyes. La represalia importa violar la misma ley violada o aquella parecida como también una ley de diferente naturaleza o no relacionada. Nos hemos querido detener un momento en este concepto puesto que existen reservas formuladas por diversos países a las disposiciones del Protocolo I que tratan de esta institución, en particular aquella que se formula en el artículo 55° en examen.

Como aspecto previo, no se admiten las represalias contra inocentes o las víctimas de la guerra, ello es absoluto y, la prohibición de las represalias contra el medio ambiente aparece claramente contenida en el artículo 55° N°2 pues que está vinculada con la salud y la supervivencia de la población. Sin embargo, existen algunas reservas formuladas por Alemania, Egipto, Francia, Reino Unido, Italia que convierten este concepto en interpretable. En tal sentido Egipto expresó que el medio ambiente pudiera ser objeto de represalias.⁴³ Agrega que, desde el punto de vista del principio de reciprocidad, tiene derecho a utilizar todos los medios autorizados por el derecho internacional para reaccionar contra toda violación de estas leyes y prevenir cualquier otra infracción. Francia, por su parte, en forma muy ambigua y confusa señaló que aplicará las disposiciones del apartado 8 del artículo 51⁴⁴ en la medida en que la interpretación de éstas no suponga un obstáculo al empleo, de acuerdo con el derecho internacional, de los medios que consideraría indispensables para proteger a su población civil de graves violaciones, manifiestas y deliberadas de los Convenios de

⁴² Se conoce también como el «Derecho de Respuesta.»

⁴³ AUDREAU, Julie E. Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Geneve pour la protection des victimes de la guerre, *Revue internationale de la Croix-Rouge* N°849. CICR. Ginebra, 2003. 168p. [en línea]

< [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5LPLC3/\\$File/irrc_849_Gaudreau.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5LPLC3/$File/irrc_849_Gaudreau.pdf) > [consulta: 30 de mayo de 2008]

⁴⁴ Norma relacionada con las normas de protección de la población civil en cuanto a las precauciones en el ataque. El numeral 8° señala: «Ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57.»

Ginebra y el Protocolo por el adversario.⁴⁵ Italia, a su vez, indica en su reserva que reaccionará a las graves y sistemáticas violaciones, realizadas por un enemigo, de las obligaciones que se derivan del Protocolo adicional I, en particular de sus artículos 51º y 52º, por todos los medios admisibles en virtud del derecho internacional con el fin de prevenir toda nueva violación.

El Reino Unido, por su parte, en forma extraordinariamente clara expresa que las obligaciones de los artículos 5º1 y 55º se aceptan sobre la base de que cualquiera parte adversaria observe escrupulosamente esas obligaciones. Pero, si una parte adversaria realizare ataques graves y deliberados en violación del artículo 51º, contra los civiles o bienes civiles o viola las obligaciones de los artículos 53º, 54º y 55º respecto de los objetos o elementos protegidos por dichas normas, el Reino Unido tiene derecho a tomar medidas prohibidas por los artículos en cuestión, en la medida que éstas son necesarias con el único propósito de obligar a la parte adversaria a cesar la comisión de violaciones en virtud de tales artículos. Agrega que, lo anterior se adoptará sólo después de una advertencia formal a la parte adversaria exigiéndole el cese de las violaciones. Por último, la represalia se adoptará al más alto nivel de gobierno. Cábenos destacar, en la reserva del Reino Unido, un aspecto de primer orden en cuanto a que, el ejercicio del derecho de respuesta a las violaciones, aplicará los principios fundamentales del Derecho de los Conflictos Armados al señalar que ésta no será desproporcionada en relación con las violaciones.

Conforme lo expuesto, si bien las represalias están en principio prohibidas por las actuales normas del derecho de guerra, las reservas antes anotadas, para algunos países se considera legítimo el denominado «derecho de respuesta», y por tanto, el párrafo 2º del artículo 55º podría sólo entenderse como una norma que contienen buenas intenciones, sin efecto práctico. Para complemento de lo anterior, es útil considerar que, conforme la costumbre de la guerra, las represalias o el derecho de respuesta tiene los siguientes presupuestos de procedencia, conforme expone KALSHOVEN⁴⁶; la subsidiaridad (fracaso de todos los medios disponibles), la notificación (advertencia formal de la acción prevista), la proporcionalidad (los daños y sufrimientos inflingidos al adversario no deben exceder el nivel de daños y sufrimientos que resulten de su conducta ilegítima y, por último, su carácter temporal (fin de la represalia cuando el adversario haya cesado de violar la ley).

9. Normas de protección indirecta del medio ambiente en el Protocolo I.

Existe un conjunto de normas en el Protocolo I que disponen mecanismos de protección y establecen ciertos y determinados estatutos de protección cuyo principal objetivo es materializar el principio de distinción y, a la vez, armonizar las normas

⁴⁵ El texto literal de la reserva señala: «*Le Gouvernement de la République française déclare qu'il appliquera les dispositions du paragraphe 8 de l'article 51 dans la mesure ou l'interprétation de celles-ci ne fait pas obstacle à l'emploi, conformément au droit international, des moyens qu'il estimerait indispensables pour protéger sa population civile de violations graves, manifestes et délibérées des Conventions de Genève et du Protocole par l'ennemi*»

⁴⁶ KALSHOVE, Frits. Represalias. En: GUTMAN Roy y RIEFF David. Crímenes de Guerra. Lo que debemos saber. 386p.

sobre precaución de los ataques respecto a diferentes situaciones y bienes. Tales normas ofrecen además, y en forma indirecta, una protección del medio ambiente, pero se debe considerar que el objetivo último es la protección de los civiles frente a las hostilidades.

9.1 La protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.

El artículo 54^o del protocolo I trata de la protección de ciertos bienes de carácter civil que son considerados indispensables para la supervivencia de la población civil, no así para las tropas adversarias. Hacemos esta distinción, por cuanto la frontera entre uno y otro es sutil e incluso muy compleja de definir habida consideración de la naturaleza de tales bienes. En este sentido, la premisa fundamental de esta norma está dada por el primer párrafo, el cual establece la prohibición general del método: «Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.» el cual es constitutivo de crimen de guerra. Al contrario, hacer padecer de hambre con intención de matar a los combatientes adversarios, es legítimo. El segundo párrafo desarrolla el método antes señalado, al disponer:

«Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.»

Conforme nos ilustran los *Commentaires*⁴⁷ los verbos «atacar, destruir, sustraer o inutilizar» que se ocupan acumulativamente, tienen por objeto cubrir toda forma o posibilidades de daño o afectación a tales bienes incluidas la contaminación por agentes químicos de las reservas de agua como también la destrucción de cosechas por defoliantes, aspectos que ya vimos al tratar las armas ABQ y la CACC. Por su parte, la fórmula que utiliza la norma «tales como» tiene por objeto dar cuenta que el listado es a modo ejemplar de aquellos bienes que se estiman más importantes y básicos para la supervivencia humana. Tales bienes, conforme el párrafo 4, no podrán ser objetos de represalias. Hacemos presente sin embargo, las reservas realizadas a éstas y otras normas similares por algunos países, al momento de adoptar el Protocolo I.

En relación al desplazamiento forzado, a consecuencia de la utilización de este método prohibido, el cual es muy recurrido por los beligerantes en regiones de África y Medio Oriente azotadas por interminables guerra. La situación de los desplazamientos forzados de población civil desde sus lugares de origen pueden devenir en refugiados y/o desplazados internamente. Dejando de lado algunos tecnicismos sobre los aspectos jurídicos y sus respectivos estatutos de protección, es dable puntualizar el tremendo impacto al medio ambiente, particularmente la deforestación de los territorios donde se encuentran asentados. PEARCE⁴⁸ nos ilustra con pasmosa claridad el

⁴⁷ SANDOZ Y. Swinarski C., Zimmermann B pr. 2.098 . 672-673pp.

⁴⁸ PEARCE, Fred. Guerra y Medio ambiente: reacciones en cadena. El Correo de la UNESCO. La Biodiversidad: fuente de toda vida. *Ob.Cit.* 10p. El artículo agrega las consecuencias de los daños ambientales

daño ambiental que produjeron los refugiados Rwandeses, durante el conflicto interno vivido, al señalar:

«El Parque Nacional de Virunga, primer parque africano de ese tipo establecido en la frontera entre la República Democrática del Congo (RDC) y Rwanda, ha sufrido las consecuencias. La Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) informó de que en seis meses los refugiados rwandeses y los soldados hutus de los campamentos situados en torno a la ciudad de Goma (RDC) habían destruido 300 km² del parque en busca de leña y de algo de comer. La UICN estimó que en los momentos cruciales de la crisis unos 850.000 refugiados que vivían en el parque o en sus inmediaciones retiraban diariamente entre 410 y 770 toneladas de productos forestales. Los soldados zaireños aprovecharon la confusión para vender la madera del parque a los refugiados y a los organismos de socorro.»

El párrafo 3 del artículo 54^o establece la primera excepción relativa al uso militar que referido al uso que se les pudieran dar, pudiendo ser objetos de acciones hostiles si son utilizados, en síntesis, en beneficio para las propias tropas y/o al esfuerzo militar.⁴⁹ Existe una importante excepción establecida en el párrafo 5 del artículo en comento, cuya incidencia en el medio ambiente es directa y se relaciona directamente con el principio de la necesidad militar. Dicho párrafo señala:

«Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa.»

En primer lugar, esta norma autoriza atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil siempre dentro de su propio territorio y bajo su control efectivo ante la inminencia de una invasión por parte del adversario, con el objeto de retrasar tal invasión o hacerla más dificultosa, con el propósito de restar el uso de ciertos bienes a las tropas adversarias, entre ellos, aquellos indispensables para la supervivencia de la población civil. En definitiva, puede recurrir a la política de tierra arrasada o quemada para ello. Las limitaciones de esta norma es en el sentido que no se puede recurrir a lo anterior por parte de la potencia invasora u ocupante, sólo se autoriza a la Potencia que se ve enfrentada a la inminencia de una invasión y siempre dentro de su territorio. Por consiguiente, la protección del medio ambiente incluido el patrimonial cede ante la necesidad militar, que es imperiosa en este caso, ya que se trata de un verdadero estado de necesidad y de supervivencia de un Estado.

producidos en Nueva Guinea, al exponer: «En marzo de 2000, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente señaló, en el sur de Guinea, una «transformación de las zonas salvajes y forestales», con «graves consecuencias para la biodiversidad y la red hidrográfica», a raíz de la llegada de unos 600.000 refugiados que escapaban de los recientes conflictos en los vecinos países de Sierra Leona y Liberia.»

⁴⁹ El párrafo 3 del artículo 54^o: Las prohibiciones establecidas en el párrafo 2 no se aplicarán a los bienes en él mencionados cuando una Parte adversa cuando las;

a) utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas; o

b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, a condición, no obstante, de que en ningún caso se tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.

9.2 La protección de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

El artículo 56° está destinado a otorgar un estatuto de protección especial, a aquellas obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas o ingobernables. Tales obras son las presas o diques, las centrales nucleares de energía eléctrica y otros objetivos aledaños a las obras anteriores o en la misma, cuya destrucción o daño pueda causar o afectar la obra principal y con ello los civiles y el medio ambiente. El párrafo 1 del artículo 56° indica al respecto:

«Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil. Los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.»

Tal como está definido en el párrafo 1, su objetivo principal es la protección de la población civil, pero se debe indicar al respecto que además, esa protección incluye la limitación de no afectar el medio ambiente a consecuencia de una acción hostil contra aquellos bienes. Centrándonos en este punto, siguiendo los *Commentaires*⁵⁰ el ámbito de protección es limitado a dicha relación nominal de instalaciones, habiéndose excluido, como fue propuesto por algunas delegaciones, ampliarlo a otros bienes tales como las plataformas de extracción de petróleo situadas en el mar y cuya ataque naturalmente causaría un daño ecológico importante. Pero en tal situación es dable aplicar el párrafo 3 del artículo 35° del Protocolo I, aun cuando debemos entender que el ataque a dicha instalación contiene fuerzas peligrosas y, en tal sentido, podría caber perfectamente en el artículo 56°, pero no hubo acuerdo al respecto. En relación al concepto de ataque, éste excluye acciones tales como la puesta fuera de servicio de la instalación y, tal como se señala en los *Commentaires*⁵¹ en relación a la excepción establecida en el párrafo 5 del artículo 54°, tales instalaciones pueden ser destruidas o atacadas si éstas se encuentran en su propio territorio y bajo su control efectivo, debiendo adoptar las medidas de resguardo para proteger a la población civil, siempre que exista la necesidad militar imperiosa.

La protección de dichas instalaciones cesan para las presas o diques, centrales nucleares de energía eléctrica y los otros objetivos «...si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo.» Por ejemplo, el camino de la parte superior de una presa se utiliza como puente y vía de transporte de fuerzas regulares y apoyo logístico, la presa se está ocupando para fines militares y no sólo de contención del agua para fines de regadío o de generación de energía eléctrica, ya que se utiliza como puente. En otras palabras, existe una desnaturalización de la función de la represa o dique. Por su parte, la

⁵⁰ SANDOZ Y. Swinarski C., Zimmermann B. *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Ob.Cit.* pr. 2.149 . 687p.

⁵¹ *Ibid.* pr. 2.152 . 687-688pp.

frase «apoyo regular» importa entender que el apoyo a las operaciones militares debe ser constante, continua, excluyéndose los actos esporádicos o accidentales.⁵² A su vez, la palabra «importante» significa que el apoyo a costa de la instalación que se ocupa, sea eficaz en sus resultados como ser el tiempo que se ocuparía en rodear un lago *versus* cruzar por la vía de la represa o el corte de luz que daña las comunicaciones de las fuerzas adversarias. Por último, el término «directo» significa sin intermediario ni rodeo⁵³, como señalan los *Commentaires* a este artículo, «...la relación entre el acto y su efecto debe ser cercana, inmediata.» Las tres condiciones de cese de inmunidad deben entenderse además, copulativas.

10. A modo de colofón.

Lo anteriormente expuesto es un breve resumen de aquellos aspectos conceptuales más relevantes del cómo el DICA se ha hecho cargo del otorgamiento de un sistema protectorio del medio ambiente en período de conflicto armado como una víctima más del conflicto equiparables a aquellos estatutos de los Convenios de Ginebra. Al respecto se encontrará alguna literatura que abogará por la creación de más normas sobre la protección del medio ambiente y otras corrientes de opinión se conformarán con la existentes por ser ya suficientes. En mi concepto particular, estimo que en general las normas del DICA son lo suficientemente claras y precisas como para no obviar su cumplimiento, restando la buena fe de las Partes en imponer su cumplimiento.

⁵² *Ibid.* pr. 2.152 . 687-688pp.

⁵³ *Ibid.* pr. 2.152 . 687-688pp.

7. NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

El pasado 17 de diciembre se celebró el acto solemne de entrega de los Diplomas en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar a aquellos Oficiales Auditores que en 2009 superaron los respectivos Cursos de especialización convocados por la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar en el año 2008.

Como es habitual, la ceremonia se desarrolló en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ) y tuvo un contenido estrictamente académico. Presidió el Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, acompañado por el General Consejero Togado Asesor Jurídico General, el Subdirector General de Gestión de Enseñanza y Desarrollo Profesional del Ministerio de Defensa, y otras autoridades del Cuerpo Jurídico Militar.

Además de los Diplomados, asistieron al acto los Directores de otras Escuelas Militares de Formación y de Perfeccionamiento y un buen número de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar.

Intervino, en primer lugar, el Teniente Coronel Auditor D. José Alfredo Fernández Pérez, como más caracterizado de los nuevos diplomados, para expresar la satisfacción de todos por haber visto coronados sus esfuerzos con la consecución de las respectivas especialidades.

A continuación, el Coronel Auditor Director de la EMEJ pronunció una alocución en la que destacó el carácter central del acto dentro del conjunto de las actividades de la Escuela en el ámbito de la enseñanza de perfeccionamiento, por cuanto simboliza la puesta a disposición del Cuerpo Jurídico Militar y, por ende, de las Fuerzas Armadas, de un conjunto de Oficiales que se han convertido en especialistas en las diversas ramas del derecho Militar, a través de un proceso largo y exigente; felicitó a los que iban a recibir sus Diplomas por su esfuerzo y la brillantez de su trabajo; y se refirió a las perspectivas de futuro de los Cursos de especialización, señalando como objetivo el de llevarlos a la categoría de master universitario.

Tomó, por último la palabra el Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, que, tras dar su enhorabuena a los Diplomados, puso de relieve la entidad docente de los cursos de especialización e indicó la situación, no exenta de dificultades, en que se halla el proceso de desarrollo del sistema de enseñanza diseñado por la Ley de la Carrera Militar.

Los nuevos Diplomados, reconocidos como tales por las pertinentes resoluciones, publicadas en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, fueron los Oficiales que seguidamente se relacionarán, con indicación del título del Trabajo Académico de Investigación Jurídica por cada uno de ellos elaborado:

Derecho Penal Militar

- Teniente Coronel Auditor D. José Alfredo Fernández Pérez, “*Sistema de recursos, doble instancia y proceso penal militar*”.
- Comandante Auditor D. Lorenzo Marroig Pol, “*Las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal militar*”.
- Comandante Auditor D. José Antonio López Arauzo, “*El guardia civil frente a las leyes penales y disciplinarias*”.
- Capitán Auditor D^a María Almudena Martínez Conde, “*Aspectos penales de las operaciones de mantenimiento de la paz*”.

Derecho Administrativo Militar

- Capitán, hoy Comandante, Auditor D^a María Mercedes Alba Rodríguez, “*Las condiciones de aptitud del militar profesional*”.
- Capitán Auditor D^a María Dolores Arocas Nogales, “*La protección de datos de carácter personal y el secreto oficial en las Fuerzas Armadas*”.
- Capitán Auditor D. David Labajos Fernández, “*La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas*”.

Derecho Internacional Militar

- Comandante Auditor D. Ramón Martínez Guillem, “*La detención y otros aspectos parapoliciales de las operaciones militares internacionales*”.
- Capitán Auditor D. José Vázquez Pedreño, “*Las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*”.
- Capitán Auditor D^a Esther Natalia Comis Díez, “*De la piratería marítima*”

Todos los trabajos de previa mención se encuentran depositados en la Biblioteca de la EMEJ, a disposición de quien pudiera estar en ellos interesado.

Redacción.