

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 64

JULIO  
DICIEMBRE  
1994

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR:

Francisco Blay Villasante,  
General Consejero Togado.

## CONSEJO EDITORIAL:

José Jiménez Villarejo, Presidente de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, Bruno Otero Deus, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General, Carlos García Lozano, General Consejero Togado, Fiscal Togado, Eugenio Sánchez Guzmán General Consejero Togado, presidente del Tribunal Militar Central, Miguel Torres Rojas, General Consejero Togado, Vicesecretario General Técnico.

## DELEGADO DEL CONSEJO DE REDACCION:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto,  
General Auditor, Vocal Togado del Tribunal Militar Central.

## CONSEJO DE REDACCION:

Luis Bernardo Alvarez Roldán, Coronel Auditor, Javier Aparicio Gallego, General Consejero Togado, Jesús Bello Gil, Teniente Coronel Auditor, José Luis Bermúdez de la Fuente, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, José Manuel Blanque Avilés, Agustín Corrales Etizondo, Coronel Auditor, Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Comandante Auditor, Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, Juan Manuel García Labajo, Teniente Coronel Auditor, Carlos Girgado Doce, General Auditor, Germán Martínez Aznar, Triente Coronel Auditor, José Leandro Martínez-Cardos Ruiz, Capitán auditor, Letrado del Consejo de Estado, Antonio Millán-Garrido, Comandante Auditor, Catedrático de la Universidad de Cádiz Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado, Antonio Mozo Seoane, Coronel Auditor, Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid, Juan Antonio Pérez Parente, Teniente Coronel Auditor, Fernando Pignatelli Meca, Teniente Coronel Auditor.

## SECRETARIO:

Francisco Menchén Herreros,  
Coronel Auditor

## SECRETARIOS ADJUNTOS:

José Manuel Salvador Temprano, Teniente Coronel Auditor, Alfonso Barrada Ferreirós, Comandante Auditor y M.ª Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología.

## CORRESPONSALES

Ministerio de Defensa: Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Comandante Auditor. Guardia Civil: José Luis Egidio Trillo-Figueroa, Coronel Auditor. R.M. Sur: José Rojas Caro, Coronel Auditor R.M. Levante: Manuel Eusebio Perucho Franco, Coronel Auditor. R.M. Pirineica O.: Jesús Otea Salas, Teniente Coronel Auditor R.M. Pirineica Occ.: Luis Miguel Maside Miranda, Coronel Auditor. Z.M. Canarias: Juan López-Montero Velasco, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Baleares: Eduardo Calderón Susin, Teniente Coronel Auditor.

C.G. Armada y Jur. Cent.: Alfredo de la Figuera López, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Estrecho: Javier Alvarez-Ossorio Benítez, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Cantábrico: Eugenio Pereira González, Teniente Coronel Auditor. Z.M. Canarias: José Federico Duret Argüello, Comandante Auditor.

1.ª R.A.: Manuel Rubio Sanromán, Teniente Coronel Auditor. 2.ª R.A.: Carlos Melón Muñoz, Comandante Auditor. 3.ª R.A.: Julián Peña Paradelá, Coronel Auditor. Z.A. Canarias: Juan Antonio Senén Ramírez, Coronel Auditor.

## REDACCION:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos. C/ Princesa, 32 - 28008 Madrid.  
Teléfs.: (91) 559 21 19 - 559 21 60

## SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.  
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléf.: (91) 320 25 00 (ext. 4222)  
Precio de este número: 1.000 Ptas.  
Suscripción anual: 1.600 ptas. (2 números).

Se ruega dirigir la correspondencia de colaboradores e intercambio a la redacción.  
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su Dirección

**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**64** JULIO  
DICIEMBRE  
1994

MADRID



## CATALOGACION DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA española de derecho militar.- N.1 (en-jun. 1956).  
-Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1956 .- V.; 24 cm  
Semestral.- A partir de 1984 el responsable de su elaboración es la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa. -N.41 - 43 publicados por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército.- A partir de 1987 publicada por el Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. -N. 44-50 publicados en un sólo v. en 1987 D.L.M. 523-1958. -ISSN 0034-9399

## CATALOGACION CORRESPONDIENTE AL AÑO 1994 (N. 64)

REVISTA española de derecho militar : 64, julio-diciembre [Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. - Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, [1994]. - p.; 24 cm  
NIPO 076 - 95 - 040 - 8.- D.L.M. 1958  
I. Escuela Militar de Estudios Jurídicos (Madrid)  
II. España. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, ed.

La responsabilidad por las opiniones emitidas en esta publicación corresponde exclusivamente al autor de la misma.



Edita: MINISTERIO DE DEFENSA  
Secretaría General Técnica

© Editor y Escuela Militar de Estudios Jurídicos

NIPO: 076 - 95 - 040 - 8  
ISSN: 0034-9399  
Depósito Legal. M. 523-1958

IMPRIME: CAMPILLO NEVADO. S.A.

*Fin - Agosto - Diciembre - 1995*

# INDICE GENERAL DEL NUMERO 64 JULIO-DICIEMBRE 1994

## I. DOCTRINA

### 1. ESTUDIOS

- 1.1. Mozo Seoane, Antonio: La coordinación de la Defensa Nacional con las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo . . . 13
- 1.2. Pignatelli y Meca, Fernando: Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 . . . . . 41
- 1.3. Miguez Macho, Luis: la nueva regulación de los delitos militares de desertión y de abandono de destino o residencia . . . . . 147

### 2. NOTAS

- 2.1. Millan-Garrido, Antonio: El uso no autorizado de distintivos en la legislación disciplinaria militar . . . . . 203
- 2.2. Gómez del Castillo y Gómez, Manuel M. y Navas Cordoba, Juan Antonio: Elementos bibliográficos para el estudio del Derecho Militar . . . . . 215

## II. TEXTOS

### 1. LEGISLACION

- Real Decreto 2161/1993, de 10 de diciembre, por el que se establecen las condiciones para la asunción por el Ejército del Aire del control de la circulación aérea general en situaciones de emergencia o crisis, y se modifica el Real Decreto 3185/1978, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/1978, de 27 de abril . . . . . 273
- Real Decreto 1099/1994, de 27 de mayo, por el que se regula las investigaciones e informes técnicos sobre los accidentes de aeronaves militares. . . . . 273
- Orden 68/1994, de 28 junio, sobre la organización y actuación de la Seguridad de Vuelo en los accidentes de Aeronaves Militares Españolas. . . . . 273
- Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa . . . . . 273



— Orden 76/1994, 26 de julio, por la que se aprueba el procedimiento para formular reclamaciones los militares de reemplazo. . . . .	273
— Orden 77/1994, de 26 de julio, por la que se reconocen derechos y consideraciones anejas a la categoría de Encomienda, en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo. . . . .	273
— Real Decreto 1728/1994, de 29 de julio, por el que se adecua a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, los procedimientos relativos a determinados derechos económicos en materia de Seguridad Social y acción en el ámbito de la Administración Militar. . . . .	273
— Real Decreto 1770/1994, de 5 de agosto, por el que se adecua a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de clasificación y revisión de clasificación en materia de contratación administrativa. . . . .	274
— Orden 98/1994, de 10 de octubre, sobre Régimen del profesorado de los Centros Docentes Militares. . . . .	274
— Orden 100/1994, de 14 de octubre, sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares. . . . .	274
— Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. . . . .	274
— Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. . . . .	274

## 2. JURISPRUDENCIA

2.1 Penal y Procesal Militar. . . . .	277
2.2 Contencioso-Disciplinaria Militar . . . . .	317
2.3 Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro Hernández. . . . .	333

## 3. DOCUMENTACION

3.1 Responsabilidad disciplinaria judicial. Por José Luis Rodríguez Villasante y Prieto. . . . .	361
3.2 Doctrina Legal del Consejo de Estado. Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruíz. . . . .	373
3.3 Cuestión de la responsabilidad de los ataques contra el personal de las Naciones Unidas y personal conexo y medidas para que se someta a juicio los responsables de esos ataques. . . . .	387
3.4 Estado de aceptación de los Convenios Humanitarios, datos actualizados a 30 de Septiembre de 1994. . . . .	401

### III. BIBLIOGRAFIA

#### 1. RECENSION DE LIBROS

- 1.1 Ruiz Vadillo, Enrique: El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Madrid, Actualidad Editorial, 1994. Por Francisco Blay Villasante. . . . . 413
- 1.2 Gimeno Sendra, Vicente y Garbeli Llobregat, José: Los procesos de amparo (Ordinario, Constitucional e Internacional). Madrid, Colex, 1994. Por José Carlos Girgado Doce. . . . . 416
- 1.3 Salas López, Fernando de: Ordenanzas militares en España e Hispanoamericana. Madrid, Mapfre, 1992. Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruíz. . . . . 419
- 1.4 Perez González, Manuel, (coord.): Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudio en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco. Madrid, Tecnos, 1993. Por Fernando Pignatelli y Meca. . . . . 421
- 1.5 Díaz Pita, María del Mar: El dolo eventual. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994. Por Jesús Bello Gil. . . . . 427
- 1.6 Guerra, Moral y Derecho. Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, Actas, 1994. Por Ricardo Fortún Esquifino. . . . . 430
- 1.7 Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XVI: Delitos electorales. Responsabilidad civil derivada del delito. Delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Nueva regulación de la "corrupción" pública. Madrid, Edersa, 1994. Por Alfonso Barrada Ferreirós. . . . . 435

#### 2. RECENSION DE REVISTAS

- 2.1 Cuadernos de la Guardia Civil, núm 11, 1994. Por Luis B. Alvarez Roldán. . . . . 443
- 2.2 Revista de Administración Pública, núm 134, mayo-agosto, 1994. Por Antonio Mozo Seoane. . . . . 448
- 2.3 Cid Moliné, José: Notas a cerca de las definiciones dogmáticas del concurso de delitos. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVII, Fasc. I, enero-abril, 1994. Por Alfonso Barrada Ferreirós. . . . . 450

### IV. INFORMACION

- 1.1 III Jornada sobre Jurisprudencia Militar del Consejo General del Poder Judicial. . . . . 455
- 1.2 Cincuentenario del Convenio de Chicago y de la creación de la OACI 461
- 1.3 Apertura del año judicial 1994-1995. . . . . 463
- 1.4 Seminario para Asesores Jurídicos de la Fuerzas Armadas en Derecho Humanitario. . . . . 467
- 1.5 Seminario internacional sobre la aplicación de las normas y principios del Derecho de la Guerra, celebrado en Garmisch-Partenkirchen (Alemania). . . . . 471



# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

# LA COORDINACIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL CON LAS COMPETENCIAS SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO (\*)

Antonio Mozo Seoane  
*Coronel Auditor*  
*Profesor Titular D<sup>o</sup> Administrativo*

## SUMARIO:

I. ORDENACION URBANISTICA Y COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS SECTORIALES. 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS. A) CONCURRENCIA DE TITULOS. B) DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: NECESIDAD DE COORDINACION. 2. INEXISTENCIA DE MECANISMOS GENERALES DE ARTICULACION COMPETENCIAL.- II. LA INTEGRACION DE LAS NECESIDADES DE LA DEFENSA NACIONAL EN EL SISTEMA DE PLANEAMIENTO DE LA LEY DEL SUELO.- III. LA LEGISLACION DE ZONAS DE INTERES MILITAR: DESCOORDINACION CON EL PLANEAMIENTO URBANISTICO. A) ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL Y ZONAS DE SEGURIDAD. B) ZONAS DE ACCESO RESTRINGIDO A LA PROPIEDAD POR PARTE DE EXTRANJEROS.- IV. GESTION DEL PATRIMONIO DE LA DEFENSA NACIONAL Y COORDINACION URBANISTICA. 1. LA GERENCIA DE INFRAESTRUCTURA DE LA DEFENSA. NATURALEZA Y FINES GENERALES. 2. LAS "CONDICIONES URBANISTICAS" DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO MILITAR: ADECUACION AL PLANEAMIENTO FISICO.

---

### (\*) Abreviaturas utilizadas:

LOAPA: Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.

RAP: Revista de Administración Pública.

RDU: Revista de Derecho Urbanístico.

REALA: Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica.

REDEM: Revista Española de Derecho Militar.

TRLS: Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

## I. ORDENACION URBANISTICA Y COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS SECTORIALES.

### 1. *El marco constitucional de competencias*

#### A) *Concurrencia de títulos*

Las tradicionales tensiones entre planeamiento urbanístico, con vocación de ordenación integral, y planeamiento sectorial han cobrado una nueva dimensión con la estructura territorial y el consiguiente reparto de competencias derivados de la Constitución de 1978.

En efecto, como es sobradamente conocido, el art. 148.1.3º del Texto constitucional "regionaliza por entero la materia urbanística"(1) al posibilitar que las Comunidades Autónomas asuman las competencias sobre "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda", pudiendo hacerlo además con el carácter de "exclusivas", reservándose por ello tanto las competencias legislativas y reglamentarias como las ejecutivas o de gestión: lo que efectivamente ha ocurrido en los diecisiete Estatutos de Autonomía aprobados(2).

Es esta una de esas cuestiones de la que suele decirse que ha hecho correr ríos de tinta, desde las iniciales advertencias sobre la falta de diferencia clara entre los conceptos de ordenación del territorio y urbanismo hasta las consecuencias que para la distribución del poder público tenía la atribución constitucional de competencias en la materia (o materias).

En cuanto al segundo aspecto de la cuestión, que es el que ahora nos interesa, esa atribución *directa* a las Comunidades Autónomas de todas las facultades sobre ordenación territorial y urbanística, con la consiguiente privación "literal" de las mismas al Poder central, fue matizada también desde el principio en el sentido de que "no debe significar ello,

---

(1) García de Enterría y Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho urbanístico*, I, Madrid, 1979, pág. 103.

(2) Arts. 10.31 del Estatuto del País Vasco, 9.9 del Estatuto de Cataluña, 27.3 del Estatuto de Galicia, 13.8 del Estatuto de Andalucía, 10.1.b) del Estatuto de Asturias, 22.3 del Estatuto de Cantabria, 8.1.8 del Estatuto de La Rioja, 10.1.b) del Estatuto de Murcia, 31.9 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, 35.1.3º del Estatuto de Aragón, 31.1.b) del Estatuto de Castilla-La Mancha, 29.11 del Estatuto de Canarias, 44.1 del Estatuto de Navarra, 7.1.2) del Estatuto de Extremadura, 10.3 del Estatuto de Baleares, 26.3 del Estatuto de Madrid, 26.1.2º del Estatuto de Castilla-León.

sin embargo, un desapoderamiento total del Estado”(3); pudiendo suscribirse ya hoy la conclusión de que “la atribución de competencias en exclusiva a las Comunidades Autónomas en estas materias *no es intrínsecamente cierta*”(4). Por el contrario, en este como en otros muchos casos - por no decir que virtualmente en todos, por el juego de los diversos títulos competenciales y técnicas de “reducción a la unidad” del ordenamiento jurídico- se trata realmente de competencias compartidas o concurrentes, como ha tenido ocasión de ir precisando el Tribunal Constitucional, a cuya doctrina nos referiremos más abajo.

La supuesta competencia privativa de las Autonomías en materia de ordenación territorial y urbanística, se ve contrarrestada por diversidad de competencias estatales con incidencia exactamente en este mismo ámbito. Títulos competenciales o técnicas no propiamente de reparto competencial pero que, a la postre, producen el mismo efecto. Han sido reiteradamente sistematizadas por la doctrina(5):

a) Como títulos competenciales exclusivos del Estado aparecen en el art. 149.1 los relativos a defensa, puertos y aeropuertos de interés general, ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por más de una Comunidad Autónoma, recursos y aprovechamientos hidráulicos que asimismo discurran por más de una Comunidad, legislación básica sobre protección del medio ambiente, obras públicas de interés general o que afecten al territorio en más de una Comunidad Autónoma, bases del régimen minero y energético, defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español.

b) Virtualidad propia tiene el título genérico del art. 149.1.1ª, que atribuye al Estado “la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos” y

---

(3) García de Enterría y Parejo, *op. cit.*, pág. 103. En el mismo sentido, Sala Arquer, *Aspectos jurídicos de la ordenación del terrorismo*, Madrid, 1980 págs. 46 y ss. Cosculluela Montaner, “La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, págs. 546-547, entre otros.

(4) Perales Madueño, “Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: Proyecto de Ley de Costas”, *RDU*, nº 108 (mayo-junio, 1988), pág. 117 (subrayado no original), quien añade: “No hay correspondencia entre la expresión formal -semántica- y el contenido real. Cuando se habla de competencia exclusiva sobre ordenación del territorio de la Comunidad, hay que ser consciente de que una parte sustancial de la misma escapa a las decisiones de la Comunidad”.

(5) Por ejemplo, García de Enterría y Parejo, *op. cit.*, págs. 103-104; o más recientemente, López Ramón, “Planificación territorial”, *RAP* Nº 114 (septbre.-dicbre., 1987), pág. 143.

su incidencia, por lo que a nuestro tema se refiere, en el derecho de propiedad (art. 33).

c) Aunque reseñado también en la lista del an. 149.1, especial relevancia a nuestros efectos, según destaca la mayoría de la doctrina, tiene la competencia estatal sobre “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (núm. 13 de dicho precepto) en relación con el art. 131 de la propia Constitución (aunque el tenor de ambos preceptos es ligeramente distinto, según se ha notado).

d) En fin, todavía cabe advertir, al margen del estricto reparto competencial, como ya se ha dicho, la presencia de otras técnicas de posible “inmisión” estatal, como las leyes armonizadoras del art. 150.3, o, simplemente, la ineludible trascendencia espacial, más allá de su estricto marco físico, de toda acción de ordenación territorial que, por definición, proyecta sus efectos a un ámbito superior(6), siendo necesario, en cualquier caso, garantizar el principio de solidaridad entre las diversas regiones del Estado (arts. 2 y 138 de la Constitución Española).

Ahora bien, este complejo panorama constitucional de distribución de competencias no hace más que plantear el problema. Es decir, de lo que se trata justamente es de establecer unos criterios que permitan compatibilizar las distintas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas: para ello no basta, en modo alguno, la distribución realizada por la Constitución o, incluso, por sus normas de desarrollo.

Principio esencial a ese reparto competencial es el de la “igualdad formal” de las atribuidas a las distintas instancias territoriales(7), esto es, la ausencia de jerarquización entre ellas, sin que ninguna pueda abstractamente prevalecer sobre las otras. Pues la llamada “regla de prevalencia” del Derecho estatal contenida en el art. 149.3 de la Constitución Española no suministra ningún criterio al efecto, por tratarse propiamente de una “norma conflictual”, es decir, que requiere como presupuesto concurrencia real de competencias.

Esta situación provoca, sin duda, un clima de permanente inseguridad jurídica, de ambigüedad difícil de erradicar, pues ni la legislación de desarrollo acierta siempre a fijar tales criterios de manera satisfactoria (para

---

(6) Como dice Sala Arquer, *op. cit.*, pág. 47: “Si algo caracteriza al concepto de ordenación del territorio, es el hecho de tratarse de una labor de *coordinación*, que tiene como marco el conjunto del territorio nacional” (subrayado original).

(7) Sobre estas cuestiones, vid. el análisis de Parejo Alfonso, “La ordenación territorial, un reto para el Estado de las Autonomías”, *REALA* n° 226 (abril-junio, 1985), págs. 213 y ss.

las partes implicadas) ni la doctrina jurisprudencial señala necesariamente derroteros seguros para ello, como demuestra la experiencia.

Como expresión de las dudas del propio legislador ordinario ante la situación, basten estas significativas palabras del Preámbulo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo:

“II. La delimitación constitucional de competencias parece impedir que el Estado apruebe una nueva Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana con el mismo o similar contenido al del texto refundido actualmente vigente, con pretensión de aplicación plena, ya que su regulación supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Pero tampoco las Comunidades Autónomas están facultadas para establecer una normativa urbanística de alcance y contenido tan amplio como el de la Ley vigente, porque ello chocaría con las competencias que al Estado atribuye el propio texto constitucional”.

Naturalmente, la Ley 8/1990, ha sido impugnada en relación con diversos aspectos por numerosas Comunidades Autónomas, como lo han sido otras normas sectoriales, o como lo han sido también actuaciones concretas de aquéllas o del Estado por estimar que se invadían competencias “exclusivas” de la Administración recurrente en cada caso.

#### B) *Doctrina del Tribunal Constitucional: necesidad de coordinación*

Pues bien, los diversos conflictos ya resueltos por el Tribunal Constitucional han ido creando un cuerpo de doctrina que, sin merma de su valor en materia tan necesitada de clarificación, tampoco puede decirse que haya resultado particularmente esclarecedor ni satisfactorio, según opinión casi unánime.

Desde luego, en todo momento el Tribunal Constitucional advirtió que la calificación como “exclusiva” de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio tiene un “sentido marcadamente equívoco” (Sentencias de 16 de enero de 1981 y de 2 de febrero de 1982), ya que las competencias, tanto del Estado como autonómicas, así definidas “están llamadas objetiva y necesariamente a ser concurrentes” (Sentencia de 29 de noviembre de 1982). En otros varios conflictos, de naturaleza y sobre materias diversas, la doctrina del Alto Tribunal sobre criterios de articulación de competencias puede sintetizarse del siguiente modo:

— La atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio con distinto objeto jurídico (Sentencia 113/1983, F.J. 1; Sentencia 77/1984, F.J. 2; Sentencia 56/1986, F.J. 3; Sentencia 227/1988, F.J. 25).

— La competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la actividad del puerto y su propia realidad, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto. La competencia de ordenación del territorio y urbanismo tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o el espacio físico territorial, *pero su ejercicio sólo será posible cuando no se interfiera en el ejercicio de la competencia estatal ni lo perturbe* (Sentencia 77/1984, F.J. 2).

— El dominio público no es un criterio utilizado en la Constitución para delimitar competencias y no sirve para aislar una porción del territorio de su entorno, y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los entes públicos que las ostentan (Sentencia 77/1984, F.J. 3).

— El Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma (Sentencia 56/1986, F.J. 3), pues tal ineficacia equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución (Sentencia 1/1982).

— La concurrencia de competencias sobre el mismo espacio físico puede plantear dificultades en casos concretos, pero tales dificultades no obstan al principio de que la concurrencia sea posible, sin que existan espacios exentos dentro del territorio de una Comunidad Autónoma. Lo que sí *parece aconsejable es que se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente* (Sentencia 77/1984, F.J. 3). En la aplicación de la vigente LS, que no pudo prever las competencias de las Comunidades Autónomas, cobra especial importancia la siempre *deseable cooperación entre el Estado y aquéllas* (Sentencia 56/1986, F.J. 5).

En definitiva, parece que el criterio razonable que articule las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas debe encontrarse en los intereses públicos en juego en cada momento. Si la competencia local o autonómica imposibilita el ejercicio de la competencia estatal, aquélla debe ceder en beneficio de ésta. Pero también puede ocurrir exactamente lo contrario, es decir, que el ejercicio de la competencia estatal impida el desarrollo de la competencia autonómica, lo que tampoco es querido por el sistema constitucional de reparto de competencias.

## 2. *Inexistencia de mecanismos generales de articulación competencial.*

Tras este breve repaso al “status quaestionis” derivado de la Constitución y de la doctrina elaborada por su máximo intérprete, bien puede decirse que el difícil tema de la articulación planificación territorial - planificación sectorial carece realmente de mecanismos generales y seguros en nuestro actual ordenamiento. Y las soluciones ensayadas o han fracasado o tienen carácter meramente casuístico con todos los riesgos que comporta su generalización por vía inductiva.

En el primer grupo -soluciones fracasadas- hay que incluir el intento del art. 9.1 de la “depurada” LOAPA en el sentido de someter el ejercicio de todas las competencias con incidencia territorial a las directrices generales (estatales) sobre planificación económica: pretensión, como se sabe cercenada por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 5 de agosto de 1983(8).

Por lo que se refiere a las soluciones casuísticas, ya hemos sintetizado lo que de ellas se puede extraer. En todo caso, aparte de su propio carácter de respuestas a un caso concreto no siempre generalizables, los criterios de aparente valor abstracto no necesariamente encuentran pacífica aceptación.

---

(8) Decía el precepto anulado: “1. El ejercicio de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten a la utilización del territorio y al aprovechamiento de los recursos naturales que sean de interés general, se ajustará, en todo caso, a las directrices generales que establezcan los planes aprobados conforme al art. 131 de la Constitución”. No obstante reconocer el Tribunal la prevalencia de la competencia estatal sobre planificación económica, condiciona dicha prevalencia al ejercicio efectivo de la misma, y en relación a las determinaciones materiales que contenga.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con la doctrina deducida de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 56/1986, de 13 de mayo, reseñada más arriba, que ha merecido diversos comentarios doctrinales críticos, imputándosele concretamente haber dado entrada a la tesis de los “poderes implícitos”(9), al decidir la constitucionalidad del ejercicio por el Consejo de Ministros de la facultad prevista en el antiguo art. 180.2 LS cuando el Estado actúe como promotor de obras públicas de su exclusiva competencia (en el caso, construcción de varias Casas-Cuartel y Comisarías con destino a las Fuerzas de Seguridad en el País Vasco). La discrepancia surgió ya en el seno del propio Tribunal, pues dos Magistrados no aceptan el razonamiento contenido en la resolución mayoritaria porque “implica un acogimiento de la doctrina de los poderes implícitos, que es difícilmente compatible con el sistema de delimitación competencial que resulta de la Constitución y de los Estatutos”: el razonamiento del voto particular -para llegar a la misma decisión de fondo- es que la facultad del art. 180.2 LS

“opera en favor del titular de la competencia atinente al interés público en juego y, por eso, en favor del Estado: *La legitimidad de la actuación estatal resulta así de la norma legal y no de la potencialidad expansiva de las competencias propias*, que, en ningún caso, puede llevar al desconocimiento de las ajenas”.

La doctrina es interesante. Lo que ocurre es que, precisamente por tratarse de una competencia “ajena al Estado” (urbanismo) éste podría verse impedido de actuar simplemente con que el legislador competente, el autonómico, modificase o derogase la norma...(10). Observación ésta, por cierto, que también hay que hacer a la tesis -cuyo fundamento coincide sustancialmente con el del voto discrepante que comentamos- que, criticando la doctrina jurisprudencial sobre distinción entre ordenación del territorio y urbanismo, defiende la exigibilidad de licencia municipal para las grandes obras públicas, ya que, de negarse ésta, siempre quedaría el recurso del art. 180.2 LS(11). Claro que, en última instancia también po-

---

(9) Cfr. Quintana López y Ferrero Calzada, “Obras públicas estatales y competencias urbanísticas”, *REALA*, n.º 231 (julio-septiembre, 1986), en especial, págs. 563 y ss. Pareja I Lozano, *Régimen del suelo no urbanizable*, Madrid, 1990, págs. 203-204.

(10) Como también observan Quintana y Ferrero, *loc. cit.*, pág. 564.

(11) Vid. Fernández Rodríguez, *Manual de Derecho urbanístico*, 8ª ed., Madrid, 1990, págs. 213-214. Argullol Murgadas, “El control urbanístico de las obras de iniciativa pública”, en el libro *Estudios de Derecho urbanístico*, Madrid, 1984, págs. 320-321.

dría acudirse a la “cláusula de prevalencia” del art. 149.3 de la Constitución Española.

La conclusión es obvia: no existen mecanismos de articulación de las respectivas competencias, sectoriales y de ordenación territorial o urbanística. En ello están implicadas, naturalmente, las tres Administraciones: estatal, autonómica y local, cada una con su ámbito material de competencias. La preocupación generalmente manifestada por la doctrina que se ocupa de estos temas es la de evitar el “desapoderamiento” de las Administraciones inferiores, preocupación tal vez explicable por la situación de partida. Parece, sin embargo, evidente que también hay que garantizar las competencias del Estado y los intereses públicos que gestiona. Toda la amplia lista de competencias con repercusión directa sobre el territorio que la Constitución reserva al Estado no puede verse impedida o decisivamente interferida en su ejercicio por otras instancias de poder. Pero aún aceptado esto, que normalmente y como “principio” suele aceptarse, queda bastante camino por recorrer para precisar el *alcance* de las atribuciones respectivas, esto es, su articulación concreta(12).

Existen, por tanto, diversos “niveles” de problemas, y grados de dificultad, pendientes de resolución.

Ante esta situación, debe decirse que *es un grave error de la Constitución de 1978 no haber previsto ningún título competencial a favor del Estado en relación con la ordenación del territorio*, siquiera fuese para la “ordenación básica” o coordinación; acusación que también puede hacerse para otros ámbitos no lejanos al que aquí consideramos, como el dominio marítimo-terrestre(13).

---

(12) Así, para López Ramón “la parte de esas potestades consistente en la facultad de determinar la localización de las infraestructuras, parece claro que no puede ejercerse de manera vinculante frente a las opciones que corresponden al Estado en el ejercicio de sus competencias.... Resultaría incoherente que la instalación defensiva o el aeropuerto de interés general ... no comprendieran la posibilidad de su localización territorial” (“Planificación territorial”, cit., pág. 144). En cambio, Pareja señala como “parámetros” para la distribución de competencias; “a) La decisión sobre la ejecución de un proyecto debe recaer en la Administración que ostente la competencia sectorial; y b) Se integran en el ámbito competencial propio de la ordenación del territorio las decisiones relativas a la localización e incidencia territorial del proyecto” (*Régimen del suelo...*, cit., pág. 207).

(13) Así lo afirma Perales Madueño, *loc. cit.*, pág. 118. Y aún aquí está, al menos, el art. 132.2, si bien, como ha precisado el Tribunal Constitucional, este precepto “no es una norma de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” (Sentencia 227/1988, F.J. 14).

Al no ser esto así, sólo queda, como aconseja el Tribunal Constitucional, buscar “soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias”.

## II. LA INTEGRACION DE LAS NECESIDADES DE LA DEFENSA NACIONAL EN EL SISTEMA DE PLANEAMIENTO DE LA LEY DEL SUELO.

La Defensa Nacional es un sector más cuya gestión tiene una indudable proyección territorial. Es un sector de titularidad estatal (art. 149.1.4ª de la Constitución Española), que incluso podría calificarse de rigurosamente exclusiva, en el sentido de que ningún órgano político o administrativo fuera de la estructura estatal tiene la más mínima atribución en relación con las decisiones que afectan a la defensa de la nación. Lo cual, naturalmente, no impide la necesidad de coordinar algunas de sus exigencias, como justamente las de infraestructura territorial, con otras instancias de poder que detentan competencias en éste ámbito.

Por ello, los problemas que acaban de examinarse tienen aquí en principio un exacto reflejo. Habrá ahora que comprobar, no obstante, sus manifestaciones, qué peculiaridades, en su caso, presenta y, en fin, las soluciones que arbitra -o pueden arbitrarse desde- el ordenamiento jurídico: ello es el objeto último de este trabajo.

En este sentido, debemos empezar por hacer referencia a las previsiones que el vigente Texto refundido de la Ley del Suelo contiene en relación con las necesidades de la defensa nacional. La más destacada, sin duda, es la derivada del contenido previsto para los Planes Directores Territoriales de Coordinación, entre cuyas determinaciones habría de figurar, conforme al art. 68.2:

“b) El señalamiento de las áreas en que se hayan de establecer limitaciones por exigencias de la defensa nacional, teniendo en cuenta la legislación específica en la materia, o por otras razones de interés público”.

Dada la naturaleza propia de los Planes Directores como auténticos instrumentos de ordenación integral del territorio, con función directiva y coordinadora y carácter vinculante no sólo para el planeamiento físico de rango inferior sino muy específicamente para el sectorial, lógicamente eran estos Planes los idóneos para encajar en el esquema de la ordenación territorial las necesidades de infraestructura de las Fuerzas Armadas, co-

mo en general de las restantes “infraestructuras básicas” (apartado d del mismo precepto).

Por lo que se refiere a la defensa, la legislación específica a que se remite ese precepto es hoy la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas de interés para la Defensa Nacional (prácticamente coetánea, como se ve, a la creación del Plan Director, por la reforma de 2 de mayo del mismo año), que estudiaremos en el epígrafe siguiente.

La ya conocida inoperancia de tales instrumentos, sin embargo, cerró toda posibilidad a la integración de los planes territoriales de la defensa en una (inexistente) planificación integral y, particularmente, en la urbanística, lo que ha generado continuos conflictos, a veces incluso largamente mantenidos, entre las Administraciones competentes, con graves perjuicios desde luego para los intereses públicos respectivos, pero también para legítimos intereses privados. La descoordinación ha sido la tónica dominante.

Y aunque destacados especialistas preconizaron los Planes Directores Territoriales “como instrumento idóneo para la política urbanística a desarrollar por las Comunidades Autónomas” (14) los indicios de que esto ocurra realmente son más bien escasos. De todos modos, la figura de las *Directrices de Ordenación Territorial* de la Ley madrileña, u otras afines, modelo que, como dice Fernández Rodríguez(15), prácticamente se ha generalizado en las legislaciones autonómicas, podría ser equivalente, y en alguna medida responde al “propósito de encajar la acción sectorial en este marco territorial”(16).

Cabría también plantearse, en orden al encaje de los planes sectoriales derivados de la defensa nacional, la virtualidad de la discutida figura de los Planes Especiales, regulados en los arts. 84 y ss. de la nueva Ley. Aunque ciertamente los fines de la defensa no aparecen entre las previsiones legales para las que están concebidos estos peculiares planes territoriales, a nuestro juicio, ningún inconveniente existe, ni teórico ni práctico, para su acomodo a las necesidades de infraestructura militar. Dado que la aprobación de estos Planes correspondería a las Comunidades Autóno-

---

(14) García de Enterría y Parejo Alfonso, *op. cit.*, pág. 223.

(15) *Manual...*, cit. pág. 74.

(16) *Ibidem.*

mas, ello garantiza, al menos teóricamente, la necesidad de su coordinación con la política territorial seguida por éstas, en cada caso(17).

La aplicación de este instrumento para la planificación con fines militares -como para otros fines sectoriales- ha sido decisivamente potenciada al admitirse en el nuevo TRLS de 1992 (arts. 65.6 y 84.3) el planeamiento especial independiente de Planes Territoriales o Plan General previo, tal como ya se derivaba de los arts. 76.3 y 145 del Reglamento de Planeamiento, posibilidad tachada sin embargo de ilegal y aún contraria al sistema de ordenación previsto en la anterior Ley' del Suelo(18), pero que ahora queda definitivamente legalizada.

Queda, por último, en este apartado, hacer referencia al supuesto previsto en el nuevo núm. 4 del conflictivo art. 244 (antes, 180) LS (también regulado en el art. 9.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística), en el que se excepciona la facultad de los Ayuntamientos de suspender las obras públicas que se ejecuten "en ausencia o en contradicción con la notificación de conformidad con el planeamiento" (244.3 LS).

Esta "excepción dentro de la excepción", como ha sido llamada(19), supone, en efecto, una verdadera prerrogativa para las obras "que afecten directamente a la defensa nacional", esto es, obras de infraestructura militar en sentido propio y estricto, lo que quiere decir que no están incluidas todas las que podrían comprenderse en un concepto amplio de seguridad del Estado (por ejemplo, la llamada seguridad "interior"), ni tampoco obras que compitiendo a la organización militar no tengan una finalidad estrictamente militar (como viviendas militares, centros sociales, etc.).

La especialidad radica tanto en la competencia para acordar la suspensión, que corresponde al Consejo de Ministros y no a la Corporación

---

(17) Como ya hemos resaltado, defensor de la función precisamente coordinadora de los Planes Especiales es Pareja I Lozano, *op. cit.*, págs. 191 y ss., según el cual a la Administración sectorial correspondería decidir sobre la ejecución de un proyecto determinado, en tanto que la Autonómica habría de adoptar las decisiones pertinentes sobre su definitiva localización y efectos sobre el territorio. De todos modos, para Pareja, "la idoneidad de los Planes Especiales queda mitigada en cuanto no se contempla, en su tramitación, la necesaria participación de las Corporaciones Locales" (pág. 192).

(18) Así lo hacían, tajantemente, García de Enterría y Parejo Alfonso, *op. cit.*, pág. 296, y, más matizadamente, Pareja, *op. cit.*, págs. 193 y ss.

(19) Larumbe Biurrun, "Algunas reflexiones sobre el artículo 180 de la Ley del Suelo", *RAP*, n° 100-102, vol. III (enero-diciembre, 1983), pág. 2731, en cuyo trabajo puede verse referencia y comentario del autor a uno de los escasos fallos judiciales que se ha producido en este materia. Vid. también, Argullol, *Estudios...*, cit., págs. 326-327.

local afectada, como en el procedimiento, que requiere propuesta del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente previo informe del Ministerio de Defensa. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1983 (Azdi. 4662) que:

“esta especialidad no llega al extremo de exonerar a la Administración del Estado del deber de requerir al Ayuntamiento afectado para que en un breve plazo -un mes-muestre su conformidad o disconformidad con aquél, lo que implica un acto equivalente a la solicitud de licencia”.

Desde luego, tal como se deduce de la interpretación sistemática del precepto -y, por lo demás, aclara expresamente el art. 9 del Reglamento de Disciplina de 1978-ha de tratarse de proyectos que, además de afectar “directamente”, en el sentido dicho, a la defensa nacional, estén a su vez comprendidos en el supuesto del art. 244.2, es decir, que concurren “razones de urgencia o excepcional interés público”, en este caso, interés para la defensa: y aunque se trata, evidentemente, de conceptos normativos indeterminados, su calificación queda, en buena parte, en manos de la Administración, sin perjuicio, por supuesto, de su plena fiscalización judicial(20).

### III. LA LEGISLACION DE ZONAS DE INTERES MILITAR: DESCORDINACION CON EL PLANEAMIENTO URBANISTICO.

La ya citada Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional es la que contiene, desde el punto de vista del ordenamiento sectorial militar, los preceptos básicos, sustantivos, en relación con las exigencias de la defensa en su proyección territorial, junto con el Reglamento para su desarrollo y aplicación, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.

Continuadora esta legislación de una secular tradición intervencionista de la Administración militar sobre la propiedad por razones de defensa del territorio, se regulan en ella sustancialmente toda una serie de limita-

---

(20) Lo que ya no parece tan claro es que deba existir como pretende Larumbe, *loc. cit.*, pág. 2736, una declaración previa de las obras “como afectantes directamente a la defensa nacional”, condición que irá implícita en la propia naturaleza de aquéllas, aunque pueda, naturalmente, contrastarse ese dato por los medios ordinarios de prueba.

ciones y servidumbres que van desde la posibilidad de expropiar inmuebles con fines de defensa hasta simples limitaciones de diverso grado para las propiedades contiguas a instalaciones militares o civiles declaradas de interés militar.

Aunque no nos proponemos aquí hacer un estudio pormenorizado de esta normativa(21), debemos al menos dejar constancia de su esquema general. La Ley establece tres clases de zonas que define en los artículos siguientes:

“Art. 2º. Se denominan zonas de interés para la Defensa Nacional las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin.

Art. 3º. Se denominan zonas de seguridad de las instalaciones militares, o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, las situadas alrededor de las mismas, que quedan sometidas a las limitaciones que por esta Ley se establecen, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponga, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas, cuando aquéllas entrañen peligrosidad para ellas.

Art. 4º. Se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquéllas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”.

Se declaran, además, “compatibles entre sí” estas tres clases de zonas (art. 1º, último párrafo).

---

(21) Un análisis bastante completo de la Ley y de sus antecedentes normativos lo hizo Rivero Isern, “Consideraciones en torno a la Ley 8/1975, de 12 de marzo, sobre zonas de interés para la Defensa Nacional”, en *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, págs. 119 y ss.

La competencia para su declaración o determinación corresponde, tras el oportuno procedimiento, al Gobierno respecto de las zonas de interés para la Defensa Nacional y las de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, y al Ministro de Defensa para las zonas de seguridad.

La consecuencia más importante de esa declaración es que entran en juego “las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan ... respetando los intereses públicos y privados, siempre que sean compatibles con los de la Defensa Nacional” (art. 5º de la Ley). Principio innovador de la Ley de 1975 con respecto a la legislación anterior en la materia(22), es que los daños y perjuicios ocasionados por todas esas limitaciones son indemnizables “conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa, y en la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado” (art. 28).

Pero, en todo caso, lo que ahora nos importa destacar es que producida la correspondiente declaración, las Autoridades de la Administración Militar asumen la responsabilidad y vigilancia de tales zonas, adquiriendo automáticamente la facultad de otorgar las “autorizaciones referentes a la observancia y cumplimiento de cualquier clase de prohibiciones, limitaciones y condiciones impuestas en dichas zonas” (art. 6º). También, obviamente, la consiguiente potestad sancionadora, que incluye desde la expropiación-sanción hasta las sanciones pecuniarias, pasando por la demolición de lo indebidamente edificado.

Toda esta fuerte intervención militar sobre la propiedad confluye inevitablemente con otras facultades públicas sobre el medio físico y muy específicamente con las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística. La Ley de zonas, desde luego, se preocupa de salvar “las licencias o autorizaciones que en su caso, y conforme a otras normas vigentes, deban otorgar los Departamentos ministeriales civiles y otros organismos de la Administración del Estado, provincia o municipio” (a los que hoy habría que añadir, claro está, las Comunidades Autónomas), predicando además para tales casos, ingenuamente, el “principio de unidad de expediente” (Disposición Final 3ª de la Ley y 2ª del Reglamento).

A los efectos que aquí nos interesan, y aún por la naturaleza de la intervención que en cada caso se produce, podemos agrupar las zonas militares en dos clases, que examinaremos por separado.

---

(22) Como destaca Rivero Isern, *loc. cit.*, pág. 132.

### A) Zonas de interés para la Defensa Nacional y zonas de seguridad

En ambos casos, como ya hemos dicho, los efectos jurídicos que se producen vendrán determinados por el tipo de limitación que la declaración implique: en el caso de las zonas de interés para la Defensa Nacional, es el propio Gobierno, por Real Decreto, el que fijará las prohibiciones, limitaciones y condiciones; para las zonas de seguridad, es el Reglamento el que detalla, según el grupo en el que se incluya la instalación (arts. 8 y ss.), las limitaciones de que son susceptibles, que serán concretadas por la oportuna resolución ministerial que efectúe la declaración.

Pues bien, dice Laso Martínez respecto de estas zonas: "La creación de unas y otras no proviene del planeamiento. Por el contrario, prevalece sobre éste, desde el punto en que sobre las propiedades privadas que existieren 'no podrán realizarse, sin autorización del Ministro correspondiente, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna', según el art. 9º de la Ley"(23). La primera afirmación es obvia; la segunda no lo es en absoluto y, desde luego, hoy es insostenible.

Aquí hay que aplicar los resultados del análisis que queda hecho (epígrafes I). Realmente, no creo que fuese ni siquiera intención del legislador de 1975 imponer las limitaciones derivadas de ésta legislación al planeamiento urbanístico, si bien es cierto que tampoco se arbitra mecanismo alguno de coordinación con éste: simplemente, cada zonificación va por su lado, son independientes, tal vez presumiendo (?) su compatibilidad.

El Reglamento de 1978, introdujo una modesta comunicación a las Autoridades locales, aunque con la única finalidad de dar cuenta de la existencia de las zonas y sus limitaciones:

"Art. 30. 1. A los efectos de este capítulo, el Ministerio de Defensa comunicará a los Ayuntamientos en que radiquen las instalaciones la existencia y perímetro de las zonas correspondientes, así como las limitaciones inherentes a las mismas, para su traslado a los propietarios afectados, debiendo hacer la misma notificación en forma directa a los titulares de las obras o servicios públicos existentes en la zona.

---

(23) *Derecho urbanístico*, Madrid, 1981, tomo II, pág. 209.

2. La comunicación establecida por el párrafo anterior hará innecesaria la publicación de las clasificaciones y delimitaciones a que se refieren los arts. 8.2 y 12.1”.

Pero ni siquiera este canal funcionó en la práctica, generándose serios conflictos. Cuando estos surgieron, la doctrina jurisprudencial se manifestó en su conocida línea de mantener la “prioridad” del planeamiento urbanístico y la vinculación al mismo de particulares y Administración(24). Ahora bien, tal prioridad resulta ser, en definitiva, de orden cronológico, es decir, que “preexistiendo” el planeamiento urbanístico, las limitaciones por razones militares no pueden contradecirlo(25).

En puridad, esa es la misma tesis que subyace en el Auto del Tribunal Constitucional de fecha 29 de julio de 1989 (“caso Anchuras”), pues habiéndose declarado por Real Decreto 811/1988, de 20 de julio, zona de interés para la defensa nacional un determinado espacio del término municipal citado, no puede la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha declarar esa misma zona como “Parque Natural”, ya que “la acción estatal impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario” y la indudable competencia autonómica “no puede ejercerse de modo que quede menoscabada o invadida la competencia del Estado” (F.J. 4).

En cualquier caso, esta no es una solución válida con carácter general, precisamente por lo que implica de falta de coordinación. Es necesario encontrar mecanismos de colaboración eficaces, pues tampoco parece razonable, ni conveniente para los intereses públicos en juego, que la Administración militar -o cualquier otra- tenga como único medio para salvaguardar sus intereses el de oposición al planeamiento urbanístico “en el momento de la información pública”(26), debiendo estar, en caso con-

---

(24) Cfr. las Sentencias de 3 de enero de 1979 (Azdi. 7) y de 3 de marzo de 1986 (Azdi. 2305): ambas se refieren a un largo pleito sobre la declaración de zonas de seguridad de los polígonos militares “Costilla” y “González Hontoria”, en el término municipal de San Fernando (Cádiz).

(25) Cfr., expresamente, la Sentencia de 3 de marzo de 1986, Fundamento de Derecho 3º.

(26) A esa solución remiten las dos resoluciones judiciales que venimos comentando. Vid., a este respecto, también Rodríguez-Villasante, “El Derecho urbanístico militar. Gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la Defensa Nacional”, *REDEM* núms. 44-50 (1987), pág. 33.

trario, "a las consecuencias de la falta de oposición al Plan" (Sentencias citadas). Aparte de que, evidentemente, nada garantiza tal oposición en orden a los fines públicos a preservar.

Cuando menos, sería necesaria una reforma -también en otros aspectos- de la Ley 8/1975, cuya falta de previsión en este orden de cuestiones se ha agravado -como es fácil adivinar- después de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Si bien, en parte, como veremos, esa laguna fue subsanada por la legislación de la Gerencia de Infraestructura.

#### B) Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros

La determinación de estas zonas, como se deduce del ya transcrito art. 4º de la Ley, consiste en la fijación del porcentaje máximo -que en ningún caso podrá exceder del 15%, art. 16- de propiedades y otros derechos reales en favor de extranjeros dentro de cada una de ellas.

Para éstas, cuyo título de intervención está vinculado "ex lege" (vid. art. 4º) a la preservación de la soberanía nacional(27), sí puede decirse que hay en la normativa que comentamos preceptos de contenido urbanístico específico. Concretamente, el párrafo segundo del art. 16 de la Ley dispone que

"quedará fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, y las futuras, siempre que consten en planes aprobados, conforme a lo establecido en la legislación urbanística, que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio militar correspondiente, circunstancia que se hará constar en el acto de aprobación".

A esta norma el Reglamento añadió las siguientes precisiones, en su art. 35:

---

(27) Debe tenerse en cuenta, a efectos de aplicación de estas limitaciones, la incidencia de la adhesión de España a la CEE y la consiguiente aplicación directa en nuestro país del "acervo comunitario", que prohíbe toda discriminación entre nacionales de la Comunidad (arts. 7 y 48 del Tratado CEE). Para su adaptación a la legislación comunitaria en ese sentido, por Ley 31/1990, de 27 de diciembre, se han introducido en la Ley 8/1975, una Disposición Adicional y una modificación en el art. 19.

“2. A tales efectos, los Organismos a los que compete la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, antes de concederla recabarán del Ministerio de Defensa los informes a que se refiere el número anterior, el cual deberá emitirse en plazo máximo de dos meses, transcurridos los cuales sin objeciones se considerará favorable.

3. *Si alguno de los informes fuese desfavorable, tal circunstancia no impedirá la aprobación del plan urbanístico de que se trate, pero las adquisiciones inmobiliarias por parte de extranjeros en las referidas zonas urbanizadas o de ensanche quedarán sujetas a las limitaciones establecidas en el presente capítulo de este Reglamento.*

4. *En todo caso, en los actos de aprobación de los planes urbanísticos a que se refieren los dos números anteriores se hará constar el carácter favorable o desfavorable de los informes emitidos por el Ministerio de Defensa. Los Ayuntamientos harán constar estos extremos al expedir los certificados acreditativos de que un terreno está incluido en cualquiera de los planes urbanísticos que se hallen en estas condiciones.*

5. A los efectos de este Reglamento, se considerarán poblaciones fronterizas las ubicadas en términos municipales colindantes con una frontera”.

En éste ámbito, pues, sí existe una auténtica norma de coordinación entre la Administración militar y la Administración urbanística, aunque es aquí, precisamente, donde menos importancia tiene la cuestión.

La única consecuencia del informe desfavorable del Ministerio de Defensa a la aprobación del Plan urbanístico es que la adquisición por persona extranjera queda sometida a la regla general de autorización militar. ¿Y si el informe es favorable? Aquí se había suscitado una polémica entre los Ministerios de Defensa y de Justicia (Dirección General de los Registros y del Notariado)(28), ya que aquél entendía que los núcleos urbanos de referencia están también sujetos a autorización militar, aunque no incluidos en el porcentaje del término municipal susceptible de ser

---

(28) Vid. Torres Rojas, “Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros en interés de la Defensa Nacional”, *REDEM*, n° 52 (julio-diciembre, 1988), págs. 39-40.

propiedad de extranjeros. Polémica que vino a zanjar la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983 (dictada de acuerdo con el de Defensa) en el sentido de que en dichos núcleos no son aplicables ninguna de las limitaciones propias de estas zonas (art. 5º), interpretación que ciertamente parecía deducirse “a contrario” del propio art. 35.3 del Reglamento de la Ley de zonas militares.

Por otra parte, esa misma Orden Ministerial aclara que “las expresiones ‘núcleo urbano’, ‘zona urbanizada’ y ‘zona de ensanche’ contenidas en el art. 35 del Reglamento quedan subsumidas dentro del concepto urbanístico vigente de ‘suelo urbano’” (art. 6º).

#### IV. GESTION DEL PATRIMONIO DE LA DEFENSA NACIONAL Y COORDINACION URBANISTICA.

##### 1. *La Gerencia de Infraestructura de la Defensa. Naturaleza y fines generales*

Continuando siquiera formalmente la tradición iniciada cuarenta años atrás con la creación de las Juntas (Regionales y, después, Central) de Acuartelamiento, por *Ley 28/1984, de 31 de julio*, se crea la Gerencia de Infraestructura de la Defensa (GINDEF), cuyo Reglamento se aprueba por *Real Decreto 2698/1985, de 27 de diciembre*.

Conforme a su caracterización legal, se trata de un “*Organismo autónomo de carácter administrativo*, dependiente del Ministerio de Defensa, que se regirá por las disposiciones contenidas en la presente Ley y, en su caso, por la de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, y por la Ley 11/1977, General Presupuestaria” (hoy, Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) (art. 1 de la Ley), así como por “las demás disposiciones de aplicación a los Organismos Autónomos” (art. 1.Dos del Reglamento)(29).

Heredera, por tanto, de la Junta Central de Acuartelamiento, en cuyos derechos y obligaciones se subroga (Disposición Adicional de la Ley), mantiene también su misma estructura orgánica, Consejo Rector,

---

(29) Sobre el significado de régimen jurídico de esas remisiones a la Ley de Entidades Estatales Autónomas y a la Ley General Presupuestaria, vid. la excelente monografía de Jiménez de Cisneros Cid, *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987, págs. 126 y ss.

Comisión Delegada y Dirección-Gerencia, y asimismo se declara que “tendrá carácter temporal y su duración no podrá exceder de diez años” (arts. 1, párrafo segundo, de la Ley, y 1. tres del Reglamento)(30). Por Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, “se prorroga por un año el plazo de vigencia fijado en el artículo primero de la Ley 28/1984”, reguladora de la GINDEF, “respetando los fines que tuviera asignados y manteniendo íntegramente sus funciones” (art. 102). Entre tanto, se tramita un nuevo proyecto de Ley de prórroga, actualmente en las Cortes.

Existe incluso una cierta similitud entre los objetivos, al menos en algunos de ellos, de ambos organismos; si bien, inevitablemente, la diversidad de circunstancias de todo orden, económicas, sociales, jurídicas y, en lo que aquí importa, particularmente urbanísticas, hace que los fines a satisfacer y los instrumentos (jurídicos) de actuación difieran notablemente.

Merece la pena, por todo ello, reproducir la justificación que el preámbulo de la Ley 28/1984, expone para la creación de la GINDEF:

“... la necesidad de contar con medios propios, que permitan una actuación más flexible de la Defensa en materia urbanística e inmobiliaria, así como la especial repercusión que supone el nuevo despliegue de los Ejércitos en el conjunto de la reestructuración territorial proyectada, con supresión de algunas unidades y creación de otras nuevas, junto con la cada vez más urgente necesidad de trasladar determinadas instalaciones militares fuera de los núcleos urbanos, hace necesaria la existencia de un Organismo autónomo, con facultades para la adquisición y enajenación de bienes inmuebles y para la colaboración con los Organismos autonómicos y locales en la planificación urbanística”.

Tal como se deduce de esta descripción de objetivos, plurales como se ve, la verdadera motivación para constituir el organismo en cuestión es la

---

(30) La Ley invoca (último párrafo de su preámbulo) la disposición de excepción segunda de la Ley de Patrimonio del Estado, conforme a la cual las funciones de la Junta Central de Acuartelamiento “podrán ser transferidas a otra organización autónoma dependiente del Ministerio del Ejército”.

En cuanto a la estructura orgánica, la Disposición Adicional del Reglamento establece que “de acuerdo con lo previsto en el art. 12 de la Ley 10/1983, de 16 de agosto, el nivel de los órganos rectores del Organismo Autónomo Gerencia de Infraestructura de la Defensa, así como la estructura orgánica básica del mismo, podrán modificarse a propuesta del Ministerio de la Presidencia (hoy, Administraciones Públicas) y a iniciativa del Ministerio de Defensa, mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros”.

de dotarse de una *organización especializada*, y personalizada, capaz de actuar con agilidad *en materia urbanística e inmobiliaria* en el ámbito de la defensa nacional: este ámbito material de actuación determina, obviamente, las funciones que se asignan al organismo, que el *art. 2* de la Ley de creación refiere, en lo esencial, en los términos siguientes:

“1. Desarrollar las directrices de defensa en materia de patrimonio y condiciones urbanísticas del mismo para contribuir a la elaboración y realización de los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas.

2. Proponer modificaciones a los planes generales, así como redactar y proponer planes parciales o especiales y estudios de detalle, para que el desarrollo y ejecución del planeamiento urbanístico se coordine con los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas sobre terrenos destinados a acuartelamientos, en colaboración con las Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas, en ejercicio de las competencias exclusivas que, en materia de defensa, atribuye al Estado el *art. 149.1.4ª* de la Constitución. Dichos instrumentos de planeamiento, así como la colaboración en el mismo que se establece en el número siguiente, se tramitarán con el asesoramiento de los Servicios Urbanísticos de la Administración del Estado, integrada en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y se aprobarán por los órganos urbanísticos competentes y mediante el cumplimiento de la legislación urbanística.

3. Colaborar con los Ayuntamientos en los planes de ordenación urbana, tanto de iniciativa pública como privada, que afecten a los acuartelamientos existentes o a terrenos sobrantes de los incluidos en los planes de acuartelamientos.

4. Adquirir bienes inmuebles con destino al dominio público del Estado, para su afectación a los fines de la defensa, conforme a los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas, así como enajenar mediante venta o permuta los inmuebles de dominio público estatal que dejen de ser necesarios para la defensa, según los correspondientes planes, con el fin de obtener recursos para las instalaciones militares que satisfagan en cada momento las necesidades en esta materia”.

Esta prolija enumeración legal de funciones (o competencias) es susceptible, sin embargo, a mi juicio, de reconducirse a un único *fin específico*: *la gestión del patrimonio inmobiliario afectado a la defensa nacional*,

campo en el que la GINDEF asume prácticamente la totalidad de las competencias de la Administración militar. Por ello, cabe también aquí plantearse -como en tantos otros casos- la idoneidad de su clasificación como "Organismo autónomo de carácter administrativo", cuando por sus fines y actividad parecería más adecuada la de "Organismo autónomo de carácter comercial, industrial, financiero o análogo" ...(31): si bien, como ha advertido la doctrina, la clasificación de un organismo en uno u otro grupo "ni indica cual es su régimen jurídico ni supone diferencias sustanciales en lo que respecta a su organización, funcionamiento, normas aplicables o incluso actividad desarrollada y tareas encomendadas"(32).

En cualquier caso, confirmación del verdadero carácter de su actividad y fines la encontramos en la también detallada regulación, ahora de rango reglamentario, de las funciones de la GINDEF en relación con la enajenación de bienes demaniales al servicio de la Defensa y la adquisición a título oneroso de otros con igual destino. En efecto, el Reglamento de 1985, en un denso art. 3, contiene una serie de reglas que configuran un auténtico régimen autónomo de gestión, distinto del común aplicable a los restantes bienes del Estado, aunque regido, en general, por idénticos principios(33). Pero, de cualquier modo, el régimen jurídico del patrimo-

---

(31) Vid. Jiménez de Cisneros Cid, *op. cit.*, págs. 182 y ss. y nota 295, en cuya relación de organismos de carácter administrativo que podríamos llamar dudosos incluye precisamente la Gerencia de Infraestructura de la Defensa.

(32) Jiménez de Cisneros Cid, *op. cit.*, pág.-185. Justamente por eso, se ha expuesto la conveniencia de modificaciones de régimen jurídico "para otorgar una mayor flexibilidad a la actuación de los Organismos autónomos de carácter comercial ... más acorde con sus necesidades y con el marco económico en el que deben desenvolverse, evitando los rigores que se observan en ciertas áreas de su regulación normativa": Esteve Pardo, "Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y Entidades de Derecho Público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado", *RAP*, n° 92 (mayo-agosto 1980), pág. 355.

(33) En todo caso, la disposición final del Reglamento declara aplicables "como derecho supletorio, las disposiciones que regulan los bienes del Patrimonio del Estado".

No corresponde aquí, claro es, el análisis de éste, por otra parte, interesante aspecto. Digamos, no obstante, que el Ministro de Defensa se subroga en las competencias que en el régimen "común" corresponden al Ministro de Economía y Hacienda; la propia Gerencia aparece facultada, en ciertos supuestos ("conurrencia de intereses urbanísticos") para enajenar directamente bienes inmuebles (con la aprobación del Consejo de Ministros); y el Ministro de Defensa puede asimismo, en supuestos determinados -o, más bien, indeterminados: "peculiaridades de la necesidad a satisfacer", "urgencia"-, autorizar la adquisición directa de inmuebles.

nio de la Defensa está hoy regulado en la legislación relativa a la GINDEF y su gestión constituye la finalidad de este organismo, su razón de ser(34).

## 2. *Las “condiciones urbanísticas” del patrimonio inmobiliario militar: adecuación al planeamiento físico.*

Ahora bien, difícilmente cabe plantearse hoy la gestión de un patrimonio inmobiliario tan importante y cuantioso como el afectado a la Defensa Nacional sin abordar las implicaciones urbanísticas del mismo. Es más, se trata principalmente de una “gestión urbanística”, como ha sido calificada(35), esto es, de desarrollar una determinada política “en materia de patrimonio y condiciones urbanísticas del mismo”, como dice el art. 2.1ª de la Ley 28/1984, y se deriva del resto de las funciones asignadas a nuestro organismo.

En este sentido, pues, los fines de la GINDEF se insertan perfectamente en la tradición de sus predecesoras, las Juntas de Acuartelamiento, que también tenían entre sus misiones la de coordinar las construcciones militares con la actividad urbanística de la Administración competente. El nexo de unión está incluso explícito en uno de los objetivos señalados al nuevo organismo por el preámbulo de la Ley de creación: la “necesidad de trasladar determinadas instalaciones militares fuera de los núcleos urbanos”; vieja pretensión de la política de infraestructuras militares, pero que va siendo “cada vez más urgente” (preámbulo cit.).

Esa urgencia ya no viene dada tanto -aunque en alguna medida, también- por exigencias unilaterales de la defensa nacional relativas a la seguridad y protección de las instalaciones militares (como ocurría en los

---

(34) Realmente sólo queda fuera de este régimen el patrimonio constituido por las viviendas militares, cuya administración y gestión ha estado tradicionalmente encomendada a los Patronatos de Casas Militares, también Organismos autónomos recientemente extinguidos: no obstante, los aspectos puramente patrimoniales, y urbanísticos, de dichas viviendas han estado vinculados a los órganos de infraestructura militar precisamente hasta la reciente modificación de esta materia que ha suprimido los Patronatos y creado el Organismo autónomo de carácter comercial “Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas” dependiente de la Secretaría de Estado de Administración Militar, a través de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa (Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre).

(35) Rodríguez-Villasante, “El Derecho urbanístico militar...”, cit., pág. 46.

momentos propiamente iniciales de nuestro tema: así, una interesante "Instrucción sobre acuartelamientos permanentes", Orden de 21 de noviembre de 1939), sino sobre todo derivada de un ordenamiento urbanístico notablemente desarrollado, y consolidado en las últimas décadas, y de la consiguiente actividad planificadora que condiciona y determina los usos del suelo: por ello, la *coordinación con el planeamiento urbanístico* se convierte en una necesidad inseparable de la gestión de los recursos inmobiliarios de la Defensa. Las funciones en orden a esa coordinación se entrecruzan, así, con la finalidad esencial de la Gerencia de Infraestructura.

En efecto, es en este ámbito de gestión inmobiliaria donde cabalmente se ha previsto un completo mecanismo de colaboración de la Administración militar (GINDEF) con las Administraciones competentes en materia urbanística. Basta recordar las importantes funciones de la Gerencia a estos efectos:

- Proponer modificaciones a los planes generales, así como redactar y proponer planes parciales o especiales y estudios de detalle (art. 2º.2ª de la Ley 28/1984).
- Colaborar con los Ayuntamientos en los planes de ordenación urbana, tanto de iniciativa pública como privada (art. 2º.3ª).
- Cesión gratuita de inmuebles, previamente desafectados del dominio público militar, en cumplimiento de la legislación urbanística (art. 2º.4ª "in fine").
- Celebración de Convenios urbanísticos (art. 2º.6 del Reglamento).
- Enajenación directa de bienes inmuebles en el supuesto de concurrencia de los intereses urbanísticos y los de la Defensa (art. 3º. Dos del Reglamento).

Como ya se ha apuntado aquí mismo, esta gestión coordinada con las exigencias urbanísticas tiene larga tradición en el seno de la Administración militar, adaptada en cada momento a los propios planteamientos de aquél ordenamiento. El hilo conductor de esta actuación es conciliar las necesidades de infraestructura inmobiliaria militar, específicamente de acuartelamientos y edificaciones asimilables, con el desarrollo urbano y las previsiones que para éste contenga el correspondiente planeamiento: se trata pues de hacer compatibles dos fines públicos.

En el caso de la GINDEF, ese fin público se satisface básicamente a través de la *enajenación de los bienes de dominio público militar* “que dejen de ser necesarios para la defensa, según los correspondientes planes, *con el fin de obtener recursos para las instalaciones militares* que satisfagan las necesidades en esta materia” (art. 2.4ª de la Ley). Para ello debe: a) recabar información de los Estados Mayores de los Ejércitos sobre los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas (art. 2º.3 del Reglamento); y b) presentar las correspondientes propuestas para contribuir a la elaboración y desarrollo de esos planes (art. 2º.4 *idem*).

Cohherentemente con ese “modus operandi” la Ley, en el art. 2º.4ª “in fine” contiene la prohibición de que

“en ningún supuesto puedan cederse los bienes gratuitamente a ninguna persona física o jurídica, pública o privada, salvo las cesiones a que obligue la legislación urbanística”.

No obstante,

“Todas las ventas se comunicarán previamente al Ministerio de Economía y Hacienda, que podrá optar por mantener los bienes en el Patrimonio del Estado para afectarlos a cualquier otro servicio de la Administración. En este caso, queda facultado el Ministerio de Economía y Hacienda para tramitar, a propuesta del de Defensa, la correspondiente compensación, presupuestaria para que el Organismo pueda cumplir con los fines que establece el art. 3º de esta Ley” (Disposición Final 3ª).

Esta “filosofía” legal confirma que la GINDEF está concebida con fines esencialmente de gestión patrimonial y que su naturaleza de “Organismo autónomo de carácter administrativo” es sumamente cuestionable, aspectos a los que hemos hecho suficiente alusión.

Por otra parte, esos mismos fines y el procedimiento para perseguirlos propicia la “tentación” -que a veces se ha convertido en acusación- de que la Gerencia actúe como un intermediario más en el mercado inmobiliario.

Sin embargo, aún con todos los condicionamientos que la configuración legal impone, no debe perderse de vista que el fin primario de esa gestión patrimonial es atender a un objetivo público, las necesidades de la defensa nacional y, de manera mediata, contribuir al adecuado desarrollo de otra función pública, la planificación urbanística: sólo en este sentido se justifican las funciones del organismo autónomo para intervenir en el

planeamiento físico. Funciones que, aparte de no suponer obviamente menoscabo alguno de las competencias de las Administraciones correspondientes, se enmarcan en las posibilidades que, dentro de la formulación del planeamiento urbanístico, prevén los arts. 103 LS y 115 del Reglamento de Planeamiento.

Pues bien, notable importancia en cuanto al contenido material de las funciones urbanísticas de la GINDEF, tiene el *art. 4º.Dos del Reglamento*:

“Las implicaciones entre los inmuebles afectados al Ministerio de Defensa y el planeamiento se examinarán desde un doble punto de vista:

1. Uso, aprovechamiento y condiciones constructivas previstos para los citados terrenos en el planeamiento.

2. Efectos que sobre la utilización urbanística de los demás terrenos ordenados vaya a producir la afectación actual o prevista en terrenos a los fines de la Defensa, con la implantación de limitaciones por razones de seguridad”.

El examen de la primera “implicación” será el que permita determinar la compatibilidad del “uso militar” con los usos previstos urbanísticamente y, en consecuencia, la conveniencia, o posibilidades, de su venta o permuta. El resultado de esta gestión se instrumenta frecuentemente a través de *Convenios urbanísticos* con las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, con el fin de satisfacer adecuadamente la ubicación de la instalación militar afectada, por una parte, y las necesidades o previsiones urbanísticas, por otra.

Pero mayor importancia tiene, quizá, el segundo objetivo señalado en el precepto transcrito, no tanto en sí mismo, sino porque viene a suplir la falta de coordinación, a que nos referíamos en el apartado anterior, entre el planeamiento urbano y la legislación de zonas de interés para la defensa nacional.

Por último, merece reseñarse que la “gestión urbanística” de la GINDEF se desarrolla, por prescripción legal (art. 2º.2ª “in fine” de la Ley 28/1984), con el asesoramiento de los Servicios Urbanísticos de la Administración del Estado. El Reglamento de 1985, en efecto, determinó (art. 4º.Uno.I) que dicho asesoramiento se prestase por la Comisión Central de Urbanismo y por el Instituto del Territorio y Urbanismo, órganos ambos del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio

Ambiente(36), lo que, en cualquier caso, garantiza la solvencia técnica de las acciones que la Gerencia pueda emprender en aquél campo y, al mismo tiempo, una actuación coordinadora *en alguna medida de la propia Administración del Estado*, desposeída constitucionalmente de competencias decisorias en este ámbito, pero cuya presencia debe aprovechar cualquier resquicio legal.

---

(36) Los informes de esos órganos, que no son vinculantes, serán preceptivos los relativos a la propuesta, redacción y tramitación de planes generales, parciales y especiales, y facultativos los referentes a la ejecución del planeamiento (art. 4º.Cuatro.2).

**CONSIDERACIONES ACERCA DEL ESTABLECIMIENTO DEL  
TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE  
LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE VIOLACIONES  
GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO  
COMETIDAS EN EL TERRITORIO DE LA EX-YUGOSLAVIA  
A PARTIR DE 1991.**

Fernando Pignatelli y Meca  
*Teniente Coronel Auditor*

I. EL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL.

1. *Cronología.*

La disolución de la estructura estatal unitaria de la República Socialista Federativa de Yugoslavia a lo largo de 1991 y 1992 produjo una situación de tensión que desembocó en un conjunto de conflictos, en alguno de los cuales, como en el que tiene lugar en el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina, se superpone un conflicto internacional a uno interno. La situación en esta República entró en crisis tras el referéndum celebrado el 29 de febrero y el 1 de marzo de 1992, relativo al futuro status de la misma, produciéndose una serie de acciones violentas tendentes a desestabilizarla, violando la soberanía y la integridad territorial de dicha República (1).

---

(1) Eslovenia proclamó su independencia el 26 de junio de 1991, Croacia el 8 de octubre siguiente y Bosnia-Herzegovina el 6 de marzo de 1992.

Sobre el proceso de disolución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, cfr. Weller, M., "The international response to the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", en *The American Journal of International Law*, Vol. 86, núm. 3, julio 1992, págs. 569 y sigs.

Sobre la propagación y crecimiento de la violencia en Bosnia-Herzegovina, cfr. Declaraciones de los Doce Estados miembros de la Comunidad Europea en el marco de la Cooperación Política Europea de 11 y 16 de abril, 11 de mayo, 1 y 15 de junio, 20 de julio, 6 de agosto y 5 de octubre de 1992, 13 de enero, 1 de febrero, 26 de marzo, 5 de abril, 9 de junio y 3 de septiembre de 1993 (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Comunicados de Prensa números 7416, 7420, 7428, 7436, 7438,

En el proceso iniciado por la Resolución 713 (1991) se observa una evolución gradual de las determinaciones del Consejo de Seguridad, que culmina en sus Resoluciones 808 (1993) y 827 (1993).

Por la Resolución 764 (1992), de 13 de julio de 1992, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, reafirmando, entre otras, la Resolución 713 (1991), de 25 de septiembre de 1991 (primera Resolución de dicho órgano sobre el conflicto yugoslavo, en la que, "profundamente preocupado por los combates en Yugoslavia, que están causando graves pérdidas de vidas humanas y daños materiales", por "el hecho de que la persistencia de esta situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales", recordando su responsabilidad primordial, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, de mantener la paz y la seguridad internacionales, decide, con arreglo al Capítulo VII de dicha Carta "que para establecer la paz y la estabilidad en Yugoslavia, todos los Estados pondrán en vigor de inmediato un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia..."), declara, en su párrafo dispositivo 10, que "reafirma que todas las partes (en el conflicto) tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son personalmente responsables de dichas violaciones."

Mediante esta Resolución el Consejo de Seguridad reconoce, por lo menos implícitamente, que el conflicto que, ya en aquella fecha (13 de julio de 1992), se desarrollaba con toda intensidad en el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina era de carácter internacional, puesto que los aludidos Convenios de Ginebra de 1949 no se aplican mas que en caso de "conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes" (art. 2 común) (2).

---

7450, 7451, 7468, 7505, 7511, 7528, 7534, 7563 y 7601); Declaraciones del Consejo Europeo sobre la ex-Yugoslavia de Lisboa, Birmingham, Edimburgo (26-27 de junio, 17 de octubre y 12 de diciembre de 1992) y Copenhague (21-22 de junio de 1993).

(2) David, E., "Le Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie". *Revue Belge de Droit International*, Vol. XXV, 1992/2; sobre la naturaleza de los conflictos surgidos en Yugoslavia desde 1991 (internos cuando oponían las fuerzas eslovenas y croatas al Ejército Nacional Yugoslavo -JNA-, antes de que el Gobierno de Belgrado reconociese, siquiera implícitamente, las secesiones y cuando oponían al Gobierno de Sarajevo sólo a las milicias serbias y croatas de Bosnia-Herzegovina e internacionales cuando tales antedichos conflictos internos adquirieren aquel carácter -"cuando oponen las fuerzas de un Estado secesionista al Estado de origen o a otro Estado secesionista o cuando el conflicto interno es objeto de intervenciones exteriores"-), ver, en detalle, págs. 570, 571 y 572.

Por la Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, el Consejo de Seguridad, “profundamente alarmado ante los continuos informes de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario dentro del territorio de la ex-Yugoslavia y particularmente en Bosnia y Herzegovina, inclusive informes de deportación y expulsión forzosa y masiva de civiles, reclusión y maltrato de civiles en centros de detención, ataques deliberados contra no combatientes, hospitales y ambulancias, impedimentos a la entrega de suministros médicos y alimentarios a la población civil y devastación y destrucción de bienes en forma indiscriminada”, reafirma que “todas las partes en el conflicto deben cumplir las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional humanitario y, en particular con los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”, añadiendo, ahora, a tal reafirmación “que quienes cometan u ordenen que se cometan *transgresiones graves* de los Convenios *son personalmente responsables* de ellas”; finalmente, el Consejo “condena enérgicamente las violaciones del derecho internacional humanitario, incluidas las que entrañan la práctica de “depuración étnica”, y “exige que todas las partes y los demás interesados en la ex-Yugoslavia y todas las fuerzas militares en Bosnia y Herzegovina pongan término de inmediato a todas las violaciones del derecho internacional humanitario” y “pide a los Estados y, según proceda, a las organizaciones humanitarias internacionales que reúnan la *información corroborada* que obre en su poder o que les haya sido presentada en relación con las violaciones del derecho humanitario, incluidas las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra, que se están perpetrando en el territorio de la ex-Yugoslavia y la pongan a disposición del Consejo”; finalmente, pide al Secretario General que “reúna la información transmitida al Consejo... y le presente un *informe* en que se resuma esa información y se recomienden las medidas adicionales que procederían en vista de ella”.

Por vez primera reconoce y relaciona el Consejo de Seguridad, por medio de esta Resolución (y de forma concatenada a la persistencia de la situación de combates en Yugoslavia “que están causando graves pérdidas en vidas humanas y daños materiales”, lo que “constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales” a que se refería la Resolución 713 - 1991-, de 25 de septiembre de 1991), las violaciones del derecho internacional humanitario que se estaban cometiendo en el territorio de Bosnia-Herzegovina en particular, insiste en que “todas las partes”, “los demás interesados” y “todas las fuerzas militares” pongan término inmediato a tales violaciones (quiere, con ello, cubrir todas las posibilidades -en fun-

ción de los diversos elementos personales o actores en presencia- de participación en el conflicto, al menos en su "fase internacional") y solicita de los Estados y, según proceda, organizaciones humanitarias internacionales que pongan a su disposición la información, confirmada, que, por sus propios medios o proporcionada por terceros (insta, así, implícitamente, a los particulares a suministrar, por este medio, indirecto -y que, por ello, los pone a cubierto de posibles coacciones y represalias-, información), posean, encargando al Secretario General que, tras reunir aquella información transmitida, presente al Consejo un resumen de la misma y las medidas que, a la vista del tenor de tal información, considerare fueren procedentes (párrafos dispositivos 1 al 6). Es decir, que habiéndose constatado la realización, en el desarrollo del conflicto, de masivas y sistemáticas violaciones del derecho internacional humanitario, el Consejo recuerda la responsabilidad personal en que, de acuerdo con aquellos Convenios de 12 de agosto de 1949, incurren "las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves" contra los mismos (párrafos primeros de los arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV), exige a los contendientes que pongan fin inmediato a tales violaciones, lo que no es sino exigir el cumplimiento de otra obligación convencional ("cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves..." -inciso primero de los párrafos terceros de los arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV), inicia el camino de la efectiva punición de tales violaciones a través del acopio de cuantas informaciones permitan disponer de una base fáctica suficiente y cierta que propicie tanto la necesidad de creación de una instancia jurisdiccional que conozca de la misma como la determinación concreta de los delitos a cuyo enjuiciamiento se haya de ceñir su actuación, y en términos inequívocos recuerda a las Partes en conflicto la obligatoriedad de cumplir la normatividad internacional humanitaria, especialmente la contenida en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Por la Resolución 780 (1992), de 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad, tras recordar el párrafo dispositivo 10 de su Resolución 764 (1992), de 13 de julio de 1992, así como su Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, reafirma el llamamiento hecho en el párrafo dispositivo 5 de la Resolución últimamente citada a los Estados y, según proceda, a las organizaciones humanitarias internacionales, a quienes pide "que den a conocer esta información en el plazo de treinta días a partir de la aprobación de la presente Resolución y siempre que sea conveniente a partir de ese momento" y pide al Secretario General "que establezca, con

carácter de urgencia, una Comisión de Expertos encargada de examinar y analizar la información presentada de conformidad con la Resolución 771 (1992), y la presente Resolución, junto con cualquier otra información que la Comisión de Expertos pueda obtener mediante sus propias investigaciones o las actividades de otras personas u órganos... con objeto de presentar al Secretario General las conclusiones a las que llegue sobre la evidencia de *graves transgresiones* de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia”, pidiendo al Secretario General que informe al Consejo tanto sobre el establecimiento de la Comisión de Expertos como sobre las conclusiones de esta, conclusiones que deberá tener en cuenta “en cualquier recomendación relativa a las medidas adicionales pertinentes que se piden en la Resolución 771 (1992)”.

El 14 de octubre de 1992 el Secretario General de las Naciones Unidas informó (Doc. S/24657) al Consejo de Seguridad que en atención a lo solicitado en el párrafo 3 de la Resolución 780 (1992) había decidido establecer una Comisión de Expertos compuesta por cinco miembros, procediendo, el 26 de octubre siguiente, a designar al Presidente y miembros de la misma.

La Comisión de Expertos produjo un informe (Doc. S/25274, de 10 de febrero de 1993) en el que se concluyó que en el territorio de la ex-Yugoslavia se habían cometido transgresiones graves y otras violaciones del derecho internacional humanitario, entre las que cabía mencionar asesinatos, “depuración étnica”, matanzas en masa, torturas, violaciones, saqueo y destrucción de bienes civiles, destrucción de bienes culturales y religiosos y detenciones arbitrarias, concluyendo la Comisión que si el Consejo de Seguridad u otro órgano de las Naciones Unidas decidía *establecer un Tribunal Internacional “ad hoc”*, esa iniciativa estaría en consonancia con la orientación de los trabajos de la Comisión; respecto al carácter o naturaleza de los conflictos armados en curso en el territorio de la ex-Yugoslavia, la Comisión considera “que las *reglas aplicables a los conflictos armados internacionales* pueden aplicarse al conjunto de los conflictos armados que tienen por marco el territorio de la ex-Yugoslavia” (3).

---

(3) Aún cuando es posible que esta solución de la Comisión no sea excesivamente rigurosa, desde el punto de vista jurídico-formal, ya que si bien es cierto que un mismo conflicto que comienza siendo interno puede, rápidamente, convertirse en internacional, y, tal vez, desde un punto de vista meramente ritual, sólo con la adopción, el 27 de abril de 1992, de la nueva Constitución instituyendo la “República Federativa de Yugoslavia”, integrada por Serbia y Montenegro, la Asamblea Federal yugoslava ha reconocido, implíci-

Estos son, pues, los más destacados prolegómenos del examen y aprobación de la Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3175ª sesión, celebrada en la preferida fecha, y por la que el Consejo, tras recordar, nuevamente, el párrafo dispositivo 10 de su Resolución 764 (1992), así como su Resolución 780 (1992), a la vista del examen del Informe Provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992) (Doc. S/25274, de 26 de enero de 1993), en que la Comisión observa que la decisión de establecer un Tribunal ad hoc de crímenes de guerra en relación con los acontecimientos ocurridos en el territorio de la ex-Yugoslavia estaría en consonancia con la orientación de los trabajos de la Comisión, y tras considerar, asimismo, que la situación de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, decide “que se establezca un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991” (párrafo dispositivo 1), pidiendo “al Secretario General que presente cuanto antes para su examen por el Consejo y, de ser posible, no más tarde de 60 días después de la aprobación de la presente Resolución, un informe sobre todos los aspectos de esta cuestión que incluya propuestas concretas y, según proceda, opciones para dar cumplimiento eficaz y rápido a la decisión que figura en el párrafo 1 supra (de que se establezca un Tribunal Internacional), teniendo en cuenta las sugerencias que a este respecto formulan los Estados Miembros” (párrafo dispositivo 2).

Previamente a ello, y como premisas de las antexpuestas decisiones, expresa el Consejo de Seguridad su profunda alarma ante los informes que siguen dando cuenta de violaciones generalizadas del derecho inter-

---

tamente, la secesión de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia, dando, así, formalmente indubitable carácter internacional al conflicto, es lo cierto que, con la calificación de la Comisión se busca “hacer progresar al derecho humanitario, flexibilizando sus condiciones de aplicación” (David, E., *ob. cit.*, pag. 572).

Entre otros documentos de la Comisión de Expertos y del Relator Especial (desde el 14 de agosto de 1992, el Sr. Tadeusz Mazowiecki) de la Comisión de Derechos Humanos, destacan, además del aludido S/25274, de 10 de febrero de 1993, los siguientes: E/CN.4/1992/S-1/9, de 28 de agosto de 1992, E/CN.4/1992/S-1/10, de 27 de octubre de 1992, S/24809, de 17 de noviembre de 1992, S/25341, de 26 de febrero de 1993, S/25792, de 10 de mayo de 1993, E/CN.4/1994/4, de 19 de mayo de 1993, E/CN.4/1994/5, de 30 de junio de 1993, S/26383, de 30 de agosto de 1993 y E/CN.4/1994/47, de 17 de noviembre de 1993.

nacional humanitario en la ex-Yugoslavia, con inclusión de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de la "depuración étnica", por lo que determinando que dicha situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales muestra su resolución "a poner fin a estos crímenes y a tomar *medidas eficaces* para hacer comparecer ante la justicia a los responsables", mostrando su convencimiento "de que en las circunstancias particulares que reinan en la ex-Yugoslavia, la creación de un Tribunal internacional permitiría alcanzar este objetivo y *contribuiría al restablecimiento y el mantenimiento de la paz*" amenazada por la situación prerreferida; como nuevo fundamento fáctico que permite pronunciarse acerca de la gravedad de la situación, alude el Consejo de Seguridad al Informe de la Misión de Investigación de la Comunidad Europea (4), y menciona, como fundamentos científicos y jurídicos de su

---

(4) Doc. S/25240; Anexo I. Informe presentado por la Misión Warburton sobre los resultados de la encuesta llevada a cabo en el curso de las visitas realizadas del 20 al 24 de diciembre de 1992 y del 19 al 26 de enero de 1993; en el Comunicado de Prensa de la O.I.D. del Ministerio de Asuntos Exteriores núm. 7510, de fecha 3 de febrero de 1993, se hace público el comunicado, suscrito por los Doce Estados miembros de la Comunidad Europea en el marco de la Cooperación Política Europea, intitulado "Declaración sobre el seguimiento de la Misión Warburton" (Bruselas, 2 de febrero de 1993), en cuyo segundo párrafo se afirma que "la decisión del Consejo Europeo de emprender esta encuesta está justificada por sus resultados. Las violaciones han sido perpetradas a gran escala en la ex-Yugoslavia, como si formasen parte de un modelo establecido. La gran mayoría de los varios miles de víctimas han sido musulmanas".

Acerca de la postura de la Comunidad Europea y sus miembros ante esta concreta cuestión (postura que, adoptada en el marco de la Cooperación Política Europea, determina, obviamente, la actitud oficial española al respecto), a partir de la Declaración sobre Yugoslavia de 20 de julio de 1992 (Comunicado de Prensa de la O.I.D. del Ministerio de Asuntos Exteriores núm. 7450, de fecha 21 de julio de 1992), la Comunidad y sus Estados miembros declaran que determinados hechos acontecidos en el conflicto "son totalmente contrarios a los preceptos del derecho internacional humanitario", manifestando su "intención de buscar incansablemente, en el marco de la CSCE, la manera de enviar misiones de investigación" a los lugares donde tengan lugar ataques o hechos de este tipo. En similar sentido se pronuncian las Declaraciones de 6 de agosto (consternación "por la flagrante violación de los principios humanitarios demostrada por algunas partes en conflicto", recordando que "el Consejo de Seguridad ha indicado claramente que todas las partes en conflicto en la antigua Yugoslavia tienen el deber imperioso de acatar las obligaciones del derecho internacional humanitario y en especial de las Convenciones de Ginebra. Las personas que cometen o que dan instrucciones de cometer infracciones graves a tales Convenciones tienen una responsabilidad individual") y 5 de octubre (constatación de la persistencia de "las salvajes violaciones del derecho internacional humanitario", que deben "recopilarse de forma sistemática para que sean objeto de investigación las pruebas, cada vez más numerosas, de la existencia de atrocidades, incluyendo matanzas y prácticas de purificación étnica, llevadas a cabo principalmente por grupos serbios. La Comunidad y sus Estados miembros apoyan la acción en curso en Naciones Unidas para crear un me-

decisión de que se establezca un Tribunal Internacional, la recomendación formulada por los Copresidentes del Comité Directivo de la Conferencia Internacional sobre la ex-Yugoslavia en favor de la creación de un Tribunal de este tipo (Doc. S/25221) y los informes del Comité de Juristas presentado por Francia (Doc. S/25266), de la Comisión de Juristas presentado por Italia (Doc. S/25300) y el presentado, en nombre del Presidente en ejercicio de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), por el Representante Permanente de Suecia (Doc. S/25307) (5).

El Secretario General, de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993), presentó el aludido Informe (Doc. S/25704), que fue aprobado por el Consejo de Seguridad por la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993. Dicho Informe, de fecha 20 de mayo de 1993, lleva por rúbrica "Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad".

---

canismo de recogida de datos y una Comisión de expertos encargada de ayudar al Secretario General en el análisis de los mismos. Los autores de matanzas y de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario habrán de responder personalmente de sus actos y la Comunidad y sus Estados miembros cooperarán a este respecto con las Naciones Unidas y los órganos competentes para que se haga justicia", ambas de 1992 y la de 13 de enero de 1993 (los Ministros de Asuntos Exteriores de los Doce reunidos en París el 13 de enero de 1993 subrayan "la necesidad de crear un tribunal penal internacional y se han declarado dispuestos a apoyar esta gestión en las Naciones Unidas").

(5) En los párrafos 13 y 14 del Informe S/25704, de 20 de mayo de 1993, presentado al Consejo de Seguridad por el Secretario General de las Naciones Unidas, afirma éste que se han tenido también en cuenta las sugerencias y observaciones formuladas, en forma oficial u oficiosa, desde la aprobación de la Resolución 808 (1993), por una serie de Estados miembros, que enumera (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, Italia, México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Yugoslavia y en nombre de los miembros de la OCI -Organización de la Conferencia Islámica-, y en su calidad de miembros del Grupo de Contacto de la OCI sobre Bosnia y Herzegovina, por Arabia Saudita, Egipto, República Islámica del Irán, Malasia, Pakistán, Senegal y Turquía), un Estado no miembro (Suiza), así como observaciones del C.I.C.R. y una serie de organizaciones no gubernamentales que también especifica (Amnistía Internacional, Acción Mundial de Parlamentarios, Asociación Internacional de Jóvenes Abogados, Ethnic Minorities Barristers Association, Federación Internacional de Mujeres que Ejercen Carreras Jurídicas, Jacob Blaustein Institution for the Advancement of Human Rights, Lawyers Committee for Human Rights, National Alliance of Women's Organization -NAWO- y Organización Internacional de Policía Criminal); finalmente, afirma haberse recibido observaciones de reuniones internacionales y expertos individuales en esferas pertinentes.

## 2. *Fundamento Jurídico para el establecimiento del Tribunal Internacional.*

Sobre la *base habilitante del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas*, por la Resolución 827 (1993), del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada de manera unánime por sus miembros en su 3217ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, se *cumplimenta o concreta la decisión adoptada en la Resolución 808 (1993)* y a tal efecto se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, aprobando, al tiempo, el Estatuto de dicho Tribunal. En concreto, el párrafo dispositivo 2 de la Resolución señala que el Consejo, *actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas*, "...2. Decide establecer un Tribunal Internacional con la *finalidad exclusiva* de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restablecida la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional anexo al informe anteriormente mencionado".

La Resolución 827 (1993) reafirma la Resolución 808 (1993) e impone a la Comisión de Expertos establecida en cumplimiento de la Resolución 780 (1993) el deber de, en tanto se procede al nombramiento del Fiscal del Tribunal Internacional, "seguir reuniendo con carácter urgente la información relativa a las pruebas de graves violaciones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario en la forma propuesta en su informe provisional (S/25274)".

El 22 de febrero y el 25 de mayo de 1993 pueden, en consecuencia, considerarse por los internacionalistas fechas históricas, pues las Resoluciones aprobadas en ellas por el Consejo de Seguridad "son una etapa importante (aún cuando tardía...) en la historia del derecho internacional, puesto que es la primera vez, después de más de cuarenta y cinco años que la comunidad internacional crea, en condiciones muy diferentes, no obstante, un tribunal internacional penal" (6).

Desde un punto de vista instrumental, la primera peculiaridad que se nos ofrece en relación con el *procedimiento de instauración* de esta instancia jurisdiccional es la utilización al efecto de una Resolución del

---

(6) David, E., ob. cit., pág. 566.

Consejo de Seguridad en lugar del vehículo del tratado internacional, siendo así que “es un rasgo común a las diversas propuestas de creación de tribunales penales internacionales, surgidas de las asociaciones científicas o en el marco de la ONU, la afirmación de que un tribunal de estas características debe ser creado por un tratado” (7).

---

(7) Pigrau Sole, A., “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional”, Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 11, 1994, pág. 214.

En este sentido, el análisis de la praxis demuestra, de forma inconcusa, que en cuanto, hasta ahora, se había hecho referencia al establecimiento (efectivo o proyectado) de un tribunal penal internacional, era el tratado internacional el instrumento de que la comunidad internacional, o los Estados, se servían, o, en todo caso, habían de servirse para el alumbramiento, abortado o feliz, de aquella jurisdicción.

Finalizada la I Guerra Mundial, el art. 227 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 acusaba al Kaiser Guillermo II de ser “culpable de una ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados”, anunciando la creación de un Tribunal al efecto, que determinaría la pena imponible, si bien Holanda, donde Guillermo II se había refugiado, se negó a extraditarlo por cuanto que el delito del que se le acusaba no figuraba en los tratados vigentes de extradición; por otro lado, los artículos 228 y 229 del expresado Tratado de Versalles impusieron a Alemania el deber de entregar a los Aliados a los alemanes acusados de crímenes de guerra (“las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y a los usos de la guerra”), para su enjuiciamiento por tribunales militares de las Potencias o tribunales mixtos (art. 228), autorizando a los Aliados para crear Tribunales nacionales de crímenes de guerra (art. 229). Se creó una Comisión Especial Interaliada para informar sobre las personas que debían ser perseguidas, que hizo público su informe el 3 de febrero de 1920, en el que los Aliados pusieron en conocimiento de Alemania los nombres de 896 pretendidos criminales de guerra, aunque, por razones políticas, se redujo la lista a 45, y, de estos, Alemania (que, para no entregar a los acusados a los Aliados, dictó la Ley Especial de 13 de diciembre de 1919), juzgó, tan sólo, a doce ante el Tribunal Supremo del Reich, reunido en Leipzig, en 1921, resultando absueltos seis; en consecuencia, no se aplicó tampoco el art. 228 del Tratado de Versalles porque Alemania se negó a la extradición de sus nacionales (la represión siguió, así, como hasta entonces, siendo nacional). En el mismo sentido se pronunciaban los arts. 173 del Tratado de paz de Saint Germain con Austria de 16 de julio de 1920, 157 del Tratado de paz del Trianón con Hungría, de 26 de julio de 1921 y 118 del Tratado de paz de Neuilly con Bulgaria, de 9 de agosto de 1920, aún cuando con los mismos nulos efectos (en el de Sevres, de 10 de agosto de 1920, con Turquía, el art. 320 hacía expresa mención de matanzas colectivas, que hoy serían configuradas como genocidio -matanzas en Armenia en 1915 y 1916-, pero este Tratado no fue ratificado y no entró en vigor, siendo finalmente sustituido por el Tratado de Lausana de 24 de julio de 1923).

La Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, hecha el mismo día y en el mismo lugar que la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo, instituyó un Tribunal penal internacional con la finalidad (art. 1) de juzgar a “los individuos acusados de una infracción prevista en la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo” de 16 de noviembre de 1937; en todo caso, esta instancia jurisdiccional penal interestatal, proyectada como consecuencia de la conmoción producida por el atentado lle-

La razón del sistema seguido para el establecimiento del Tribunal Internacional es, como afirma el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe (Doc. S/25704) aprobado por la Resolución 827 (1993), que el método de concertar un tratado, elaborado y aprobado por un órgano internacional competente (la Asamblea General o una conferencia internacional especialmente convocada) y posteriormente abierto a

---

vado a cabo en Marsella el 9 de octubre de 1934 y a resultas del cual perdieron la vida a manos de un opositor "ustacha" croata el Rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro francés de Asuntos Exteriores J.L. Barthou, tampoco llegó a ver la luz, puesto que la Convención de Ginebra para la Prevención y la Represión del Terrorismo, en la que se determinaban las infracciones de que habría de conocer aquel Tribunal, nunca llegó a entrar en vigor por falta de las precisas ratificaciones.

Durante la II Guerra Mundial, el 13 de enero de 1942, en la Declaración de Saint James Palace, los Gobiernos en el exilio de los países ocupados por Alemania sostienen que el castigo de los crímenes es el fin principal de la guerra. El 5 de enero de 1943, una nueva Declaración, en Londres, de los Aliados, incidió en el tema. Por la Declaración de Moscú, de 1 de noviembre de 1943, EE.UU., la, entonces, URSS y el Reino Unido adoptan la decisión de juzgar a los criminales de guerra, por tribunales nacionales o internacionales, en cuanto sus actos constituían infracciones a la luz del derecho internacional. La Declaración de las Naciones Unidas de 22 de febrero de 1944, así como el Comunicado de Yalta de 12 de febrero de 1945, reiteraron la cuestión. El art. 11 de la Declaración de Berlín, de 5 de julio de 1945, precedió al Acta o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, o Acuerdo entre EE.UU., Francia, el Reino Unido y la URSS para la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, para lo que se crea, en Nuremberg (art. 1), el primer Tribunal Militar Internacional de la Historia, a fin de juzgar a los principales criminales de guerra cuyos actos no podían ser geográficamente localizados (crímenes de guerra "mayores"), uniéndose a tal Acta el Estatuto para dicho Tribunal.

El Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (I.M.T.F.E. -"International Militar Tribunal for Far East"-), con sede en Tokio, se constituyó en virtud de la Proclama del General Douglas Mac Arthur de 19 de enero de 1946, siendo su Estatuto de 25 de abril de dicho año; a diferencia de lo acordado en relación con Nuremberg, el sistema, para Japón, resulta distinto, pues la jurisdicción no se instituye mediante un tratado (Acuerdo entre las cuatro Grandes Potencias vencedoras de 8 de agosto de 1945) sino mediante un acto unilateral (la "Proclamation" de 19 de enero de 1946, del General en Jefe americano en la zona, instituyendo el I.M.T.F.E.), lo que lo asimila al de 1993.

Mientras que, desde el punto de vista de la competencia material, el Tribunal de Nuremberg conoció de cuatro cargos o delitos, a saber el "plan común o conspiración" ("The Common Plan or Conspiracy"), entendido como participación en un plan común para la comisión de cualesquiera de los otros delitos (último párrafo del apartado c) del art. 6 del Estatuto), "crímenes contra la paz" (art. 6 a) del Estatuto), "crímenes de guerra" (art. 6 b) del Estatuto) y "crímenes contra la Humanidad" (art. 6 c) del Estatuto), el de Tokio suprimió la confusa figura del "plan común o conspiración" en el Estatuto de 25 de abril de 1946; de igual modo, mientras que el Tribunal de Nuremberg era, funcional y orgánicamente, en puridad, una "jurisdicción de vencedores" (de acuerdo con los arts. 1, 2, 3 y 4 del Estatuto, sólo a las cuatro Grandes Potencias signatarias del Acuerdo o Acta de Londres de 8 de agosto de 1945 correspondía la designación de cada uno de los cuatro miembros, y su suplente, del Tribunal, que tampoco podían ser recusados), siendo su fallo

la firma y ratificación, con arreglo al cual los Estados partes en él establecerían un Tribunal y aprobarían su Estatuto, si bien permitiría el examen y elaboración en detalle de todas las cuestiones relativas al establecimiento del Tribunal Internacional, así como que los Estados participantes en la negociación y concertación de tal tratado ejercieran plenamente sus dere-

---

definitivo y no sujeto a revisión (art. 26), para el Tribunal radicado en Tokio se eludió la crítica de unilateralidad y parcialidad, pues el número de miembros del mismo se amplió a once (las cuatro Grandes Potencias, más Australia, Canadá, China, Filipinas, Holanda y Nueva Zelanda, todos ellos igualmente beligerantes contra Japón y la India, en calidad de miembro neutral en la contienda), pudiendo ser su fallo objeto de recurso ante el Tribunal Supremo norteamericano (de hecho, fueron recurridos los de los condenados Kenji Dohihara, Kido y Koki Hirota).

La mejor, desde el punto de vista jurídico, constitución del I.M.T.F.E. condujo a que, frente a la unanimidad del fallo de Nuremberg, los argumentos de las defensas hicieran "cierta mella en el Tribunal, que no logró en su sentencia condenatoria la unánime adhesión de sus miembros" (discrepancia parcial de los jueces francés, filipino y holandés y total del de la India, Rahabinode Pal, cuyo voto reservado acoge, una por una, las tesis de las defensas, ante todo en lo relativo a la incompetencia del Tribunal por inexistencia de relación jurídica previa con los inculpados y ausencia de legalidad previa, con infracción del principio de legalidad en sus vertientes de garantía penal y criminal).

Sobre esta cuestión, y para un conocimiento más en detalle, cfr. al respecto, entre otros, Quintano Ripollés, A., "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal", C.S.I.C., Instituto "Francisco de Vitoria", Madrid, 1955, Tomo I, págs. 401 a 415; Fernández Flores, J. L., "Del derecho de la guerra", Ediciones Ejército, Madrid, 1982, págs. 183 a 195; Oppenheim, L.-Lauterpacht, H., "Tratado de Derecho Internacional Público", Tomo II, Vol. II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 117 a 139; Donnedieu de Vabres, H., "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international", *Recadi*, Vol. 70, 1947 (I); Calderón Serfano, R., "Crímenes de guerra: Las responsabilidades enjuiciadas en Nuremberg", Ediciones Lex, Mexico, 1949; Glaser, S., "Les lois de Nuremberg et le droit international", *Revue Pénale Suisse* (Berne), Vol. 68, núm. 3, 1953, págs. 321 a 359; Descheemaeker, J., "Le tribunal militaire international des grands criminels de guerre", París, A. Pedone, 1947; Zourek, J., "Les principes de Nuremberg, étape décisive dans l'évolution du droit international", *Revue de Droit Contemporain*, Bruselas, Vol. 8, núm. 2, 1961; Vevovato, G., "La punizione dei crimini di guerra", en "Diritto internazionale bellico: Tre studi", Firenze, G.C. Sansoni, 1946, págs. 221-351; Taylor, T., "Les procès de Nuremberg, crimes de guerre et droit international", *Conciliation Internationale*, París, núm. 450, abril 1949; Malezieux, R., "Le statut international des criminels de guerre", *RGDIP*, Vol. 49, 1941-1945, págs. 167-180; Merle, M., "Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre", París, A. Pedone, 1949; Truyol y Serra, A., "Crímenes de guerra y derecho natural", *R.E.D.I.*, 1948, Vol. 1, núm. 1, págs. 45 a 73; Mertens, P., "L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité: Etude de droit international et de droit pénal comparé", Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974; "Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire Général)", Doc. A/CN 4/5, de 3 de marzo de 1949.

chos soberanos, especialmente el de decidir ser o no partes en él, presentaba las desventajas, por un lado, de requerir un largo tiempo para preparar el Instrumento y obtener, luego, el número requerido de ratificaciones para su entrada en vigor, y, por otro, que, aun entrando en vigor, no habría garantía de que ratificasen aquel tratado aquellos Estados que deberían ser partes en él para que fuese realmente efectivo; la indeseada premiosidad consecuente al método del tratado se derivaría, también, de la participación de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la redacción o revisión del Estatuto, lo que, en cualquier caso, resultaría incompatible con la urgencia requerida en su Resolución 808 (1993) por el Consejo de Seguridad (“opciones para dar cumplimiento *eficaz y rápido* a la decisión” -de que se estableciera un Tribunal Internacional- solicitaba del Secretario General el Consejo de Seguridad en el párrafo 2 de la antedicha Resolución) y en modo alguno aparecería compensado por la autoridad y el prestigio de que la eventual intervención de la Asamblea General pudiera dotar al establecimiento del Tribunal Internacional. En suma, el método del tratado conllevaría, fatalmente, una *lenta tramitación e implicaría, por ello, el riesgo de no llegar a culminar con una aceptación generalizada y efectiva*, lo que, inelectablemente, redundaría, en definitiva, en su eficacia.

A la vista de las desventajas del método del Tratado y de la necesidad, expresada en la Resolución 808 (1993), de que la decisión de establecer un Tribunal Internacional se aplicara con eficacia y rapidez, consideró el Secretario General de las Naciones Unidas que el Tribunal Internacional debía establecerse mediante una *decisión adoptada por el Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta*; tal decisión sería una *medida para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*, luego de determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. El método cuenta con la ventaja de ser rápido y tener efectos inmediatos, pues todos los Estados, miembros o no de las Naciones Unidas, están obligados a tomar cualquier medida necesaria para aplicar una decisión adoptada con arreglo al Capítulo VII para hacer efectivas las decisiones del Consejo, conforme al efecto jurídico que se confiere a las decisiones del Consejo de Seguridad en virtud del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas (8).

---

(8) Sobre la prohibición del uso de la fuerza y la adopción por las Naciones Unidas de medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz, cfr. Pastor Ridruejo, J. A., “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Tecnos, Madrid,

Se trata de una interpretación dinámica y teleológica de la Carta que, con fundamento, desde un punto de vista material, en la praxis anterior del Consejo de Seguridad, y desde un punto de vista formal en los arts. 29, 39 y 41 de la Carta, trata de dotar al órgano judicial alumbrado de la cobertura jurídica precisa que obligue a todos los Estados a adoptar cuan-

---

1989, págs. 602 a 604 y 685 a 688; Bermejo García, R., "El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza; ambigüedades y límites", Civitas, Madrid, 1993; Pérez González, M., "Sobre la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales: datos jurídico-políticos", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1971; Abellán Honrubia, V., "La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política", en "Hacia un nuevo orden internacional y europeo", Homenaje al Profesor M. Diez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 3 a 18; Torres Bernardez, S., "Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992", en "Hacia un nuevo orden...", págs. 727 a 769, (cfr., en especial, el comentario a la sección de la Declaración intitulada "Establecimiento y mantenimiento de la paz", en págs. 752 a 762).

Institucionalizado el "ius ad bellum", que se reserva a la sociedad internacional organizada, y afirmando el art. 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas que uno de los propósitos de la Organización es "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...", el art. 24 de la Carta residencia en el Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial en el logro de este propósito, y a tal fin los miembros de la Organización le confieren "la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad", siendo, en lógica consecuencia, obligatorias para los miembros de las Naciones Unidas las decisiones del Consejo en la materia, al preceptuar el art. 25 de la Carta que "los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta"; tales decisiones, en tanto decisiones sobre el fondo de las cuestiones, deben, de acuerdo con el art. 27.3 de la Carta, adoptarse "por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes". (A este respecto, conviene recordar, de nuevo, que la Resolución 827-1993- fue aprobada por el voto unánime de todos los miembros del Consejo de Seguridad).

Sobre la Organización de las Naciones Unidas, cfr. Cot, J.P. y Pellet, A., "La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article", París, Bruselas, 1985, págs. 211 y sigs.; Pastor Ridruejo, J. A., ob. cit., págs. 665 y sigs.; Rousseau, CH., "Derecho Internacional Público", Ariel, Barcelona, 1966, págs. 189 y sigs.; Ross, A., "Constitución de las Naciones Unidas", Madrid, 1954, págs. 32 y sigs.; Jiménez de Arechaga, E., "Derecho Constitucional de las Naciones Unidas", Madrid, 1958, pág. 63; Fernández-Flores y de Funes, J. L., "Organizaciones Internacionales", Madrid, 1992, págs. 31 y sigs.; Carrillo Salcedo, J. A., "Las Naciones Unidas ante la década de los noventa", en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1990, Servicio Editorial Universidad del País Vasco; Oppenheim, L.-Lauerpacht, H., ob. cit., Tomo I, Vol. I, págs. 423 y sigs.

Respecto a la debatida cuestión de la legalidad de la creación del Tribunal en el marco

tas medidas resulten necesarias para garantizar su efectividad, en línea con las Resoluciones precedentes sobre la cuestión (que señalan la generalizada violación, en el desarrollo del conflicto yugoslavo, de las normas del derecho internacional humanitario, que resultan estas de obligada observancia por los contendientes, que quienes las violen o den orden de violarlas incurrir en responsabilidad personal y que aquella generalizada violación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales).

Una vez que el Consejo de Seguridad determinó en la Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, que la situación de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y habida cuenta de que, en precedentes ocasiones (así, Resoluciones 687 -1991- y posteriores, relativas a la situación entre el Irak y Kuwait), había adoptado decisiones encaminadas a restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales que requirieron el establecimiento de órganos subsidiarios (9), el Consejo estableció, según lo previsto en el art. 29 de la Carta, un orga-

---

de las competencias del Consejo de Seguridad, no nos parece ocioso traer aquí a colación la posibilidad de considerar, siguiendo una muy lúcida opinión (cfr. Pastor Ridruejo, J.A., ob. cit., pag. 531), que, de acuerdo con los elementos de juicio suministrados por la Comisión de Derecho Internacional, y, al debatir el art. 19 del Proyecto de Artículos de aquella Comisión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, una de las consecuencias características que habría de tener la responsabilidad internacional derivada de la comisión de un delito internacional es que la responsabilidad podría ser exigida por cualquier Estado miembro de la comunidad internacional (actio popularis), toda vez que se trata de la violación de una obligación esencial para la salvaguarda de sus intereses fundamentales u obligación "erga omnes", por lo que sería posible, extrapolarlo la tesis desde el supuesto del crimen internacional de Estado, respecto al que ha sido concebida, al ámbito al que nos encontramos, concebir la Resolución 827 (1993) como el ejercicio, por el Consejo de Seguridad y en representación de la comunidad internacional institucionalizada en la Organización de las Naciones Unidas, de una actio popularis dirigida a exigir a individuos la responsabilidad pertinente por la violación grave de obligaciones internacionales de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, resultando el Consejo de Seguridad el órgano adecuado para ello por ser al que el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas atribuye competencia en la materia.

(9) Por la Resolución 687 (1991), de 2 de abril de 1991, el Consejo de Seguridad solicita del Secretario General la presentación de "un plan para el despliegue inmediato de una Unidad de observación de las Naciones Unidas" que se encargue de vigilar una zona desmilitarizada que se establece entre el Irak y Kuwait y se decide "crear un Fondo para pagar indemnizaciones en respuesta a las reclamaciones que se presenten... y establecer una Comisión que administrará el Fondo".

En ejecución de la Resolución 687 (1991), la Resolución 692 (1991), de 20 de mayo de 1991, decide "establecer el Fondo y la Comisión a que se hace referencia en... la Resolución 687 (1991)"; a su vez, la Resolución 699 (1991), de 10 de junio de 1991, apli-

nismo subsidiario, que en este caso sería un órgano de carácter judicial, como medida destinada a hacer efectivas sus disposiciones y con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Dada la función o finalidad que preside su creación, el Tribunal Internacional, no obstante su carácter de órgano subsidiario, habrá de desempeñar sus funciones judiciales con independencia de consideraciones políticas y sin sujeción a la autoridad o control del Consejo de Seguridad, tal y como afirma el Secretario General en su Informe (10).

---

ca la Resolución 687 (1991) en lo concerniente a la destrucción, remoción y neutralización del armamento químico, bacteriológico y nuclear del Irak; finalmente, la Resolución 700 (1991), de 12 de junio de 1991, encarga al Comité establecido en virtud de la Resolución 661 (1990), de 6 de agosto de 1990 (Comité establecido de conformidad con el art. 28 del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad, e integrado por todos los miembros del Consejo, con la finalidad de examinar los informes sobre la aplicación de las sanciones obligatorias impuestas al Irak), la supervisión de la ejecución de la prohibición de venta o suministro de armas, tecnología o servicios de armamento al Irak, prevista en la Resolución 687 (1991).

Sobre esta cuestión, cfr. Sánchez Rodríguez, L. I., "La invasión de Kuwait por Irak y la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas", Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1991, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

En relación a si la creación del Tribunal Internacional se encuentra o no dentro de los límites de actuación del Consejo de Seguridad, y, en concreto, si la redacción del art. 41 de la Carta permite cualquier tipo de medida, se afirma que "la creación de un Tribunal internacional es sin duda novedosa en la práctica del Consejo de Seguridad y afecta directamente a la esfera de soberanía de los Estados (y no solamente a la de los surgidos de la antigua Yugoslavia) en el ejercicio de sus competencias territoriales y personales, en la medida en que incide en su sistema de represión penal. El límite debe situarse en el respeto a los propósitos y principios de la Carta, según su artículo 24.2, y la duda, en este caso, se plantea respecto de la compatibilidad con el principio de la igualdad soberana de los Estados, teniendo en cuenta además no sólo el mecanismo de creación sino la naturaleza obligatoria de la jurisdicción del Tribunal" (cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 216 y 217); sobre la configuración del Tribunal Internacional como órgano subsidiario de carácter judicial, *Ibidem*, págs. 219, 220 y 221.

(10) Doc. S/25704, párrafo 28.

Al respecto, se afirma que "la creación de este Tribunal no debe ser considerada como un hecho aislado en Derecho internacional. Más allá de los precedentes de los Tribunales creados tras la segunda guerra mundial, conecta con la tendencia iniciada con fuerza en los años veinte por algunos sectores doctrinales, e impulsada desde entonces en el seno de distintas asociaciones científicas y, desde su creación, en el ámbito de las Naciones Unidas, en favor del establecimiento de mecanismos de jurisdicción penal internacional. Precisamente la actuación del Consejo de Seguridad ha acelerado la presentación por parte del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.), D. Thiam, de un Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional" (cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 212 y 213).

Desde un punto de vista sustantivo, la Resolución 827 (1993) de que se trata se inscribe en el *proceso evolutivo* tendente a lograr la efectiva punición en sede internacional de las infracciones graves del derecho internacional humanitario, integrantes, propiamente, del Derecho Internacional Penal, que, teniendo su origen en el Derecho Internacional, protegen, "prima facie", un bien jurídico o interés internacional y se juzgan y sancionan en una instancia de tal naturaleza. A tal efecto, el Derecho de Gentes intenta, tiempo ha, organizar, a través del Derecho Internacional Penal, la incriminación y efectiva represión de las infracciones que, contra aquel, cometen los individuos (11).

Aún cuando, en términos generales, la represión de la delincuencia de guerra abarca la de todos los delitos que se producen en relación con un conflicto armado (algunos de los cuales pueden ser cometidos antes del desencadenamiento de las hostilidades -como los delitos contra la paz y contra la Humanidad-, y otros durante el desarrollo de las mismas - como los antedichos delitos contra la Humanidad y los delitos de guerra propiamente dichos o crímenes de guerra en sentido estricto-), goza la misma de una esfera peculiar dentro del planteamiento general del derecho de los conflictos armados, o derecho internacional humanitario, que impide incluirla en el marco estricto del *ius in bello* (12).

En este sentido, en cuanto delitos, los de guerra aparecen como violaciones específicas de las normas jurídicas, integrantes de la normatividad internacional, que regulan el desarrollo de los conflictos armados. Esta normatividad internacional está integrada por normas de tipo consuetudi-

---

(11) Quintano Ripollés, A., ob. cit., Tomo I, págs. 377 y sigs.

(12) Sobre este concreto extremo, cfr. Fernández Flores, J. L., "Del derecho de...", ob. cit., págs. 173 a 176.

(La utilización de los términos "delito" y "crimen" en forma ambivalente por la C.D.I. en 1949, en un cuestionario distribuido a los Gobiernos y tendente a indagar la opinión de estos acerca de qué delitos, a más de los reconocidos por el Estatuto y Sentencias de Nuremberg, habrían de incluirse en el proyectado Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuya redacción le había sido encomendada a dicha Comisión por la Resolución 177 -II-, de 21 de noviembre de 1947, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dio lugar a que los miembros hispanoparlantes de la C.D.I. hicieran ver la necesidad de que esta y la Asamblea General se pronunciasen, en su momento, sobre la cuestión semántica, para garantizar la coherencia conceptual, por lo que mientras este pronunciamiento no se produzca, debe entenderse, en su opinión, que el término "delito" en español designa, en el marco del Proyecto de Código, los actos ilícitos de especial gravedad que en el texto francés son denominados con el término "crimen" - cfr. Informe de la C.D.I. sobre su 37º periodo de sesiones, Asamblea General, documentos oficiales, 40º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/40/10, pág. 6-).

nario y por normas positivas convencionalmente acordadas. La normatividad internacional, consuetudinaria o convencional, concibe a los “crímenes de guerra” como “delitos internacionales caracterizados por su conexión con el hecho bélico”, es decir, como “violaciones de la normativa internacional que rige la guerra” (13), o, mejor, los conflictos armados.

No obstante, estos delitos internacionales presentan ciertas peculiaridades, y así, no se define formalmente el delito internacional, de modo que sólo son tales las acciones u omisiones que una norma de derecho internacional define como delito internacional, prescindiendo de si llevan, o no, aparejada una pena; de modo que, “considerando el delito internacional como estructura jurídica, es claro que en torno suyo puede suscitarse toda la inacabable polémica de la dogmática penal”, no debiendo pretender “agotar en una fórmula conceptual la inmensa diversidad encerrada en la abstracción del término “delito””, ya que, dada la dificultad que, hasta Nuremberg, ha entrañado definir, siquiera aproximadamente, lo ilícito internacional penal, la discriminación de lo ilícito de tal naturaleza ha de hacerse por mor de la caracterización como tal actuación criminal en la propia norma, aun cuando “no es, en cambio, condición absolutamente precisa para ello que tal norma criminal prevea una pena determinada, dado que hasta ahora, al menos,... la predeterminación de las penas no ha ganado asenso en la sistemática penal internacional” (14).

En general, pues, el delito internacional no aparece definido ni adicionado con una pena concreta, quedando esta al arbitrio del juzgador, por lo que más que de penas se afirma que conviene hablar de “sanciones” (15). En el Estatuto del Tribunal Internacional de 1993, los arts. 2 a 5 no contienen, propiamente, definiciones rigurosas de las infracciones que, en ellos, se tipifican (al menos por lo que atañe a los arts. 3 y 5, que, dada su redacción, permiten subsumir en ellos, como violaciones de las leyes o usos de la guerra o como crímenes de lesa humanidad, hechos distintos de los expresamente enumerados en sus textos respectivos -puesto que en el primero se declara que la lista que en él se comprende no es exhaustiva y el último permite incluir, en su apartado i), “otros actos inhumanos” que no específica, distintos de los determinados en los precedentes apartados-), y, por otro lado, el art. 24 del mismo tan sólo establece, con respecto a las penas, la naturaleza de las mismas, al estipular que habrán de ser privati-

---

(13) *Ibidem*, pag. 175.

(14) Quintano Ripollés, A., *ob. cit.*, págs. 169 y 170.

(15) Fernández Flores, J. L., “Del Derecho de...”, *ob. cit.*, pág. 175.

vas de libertad (excluyendo las pecuniarias, privativas de derechos y la de muerte, implícitamente), pero sin determinar, expresamente (aun cuando se haga una remisión a la práctica judicial yugoslava), su extensión; en consecuencia, adolece, en general, el Estatuto de 1993 de una definición precisa de algunas de las infracciones que tipifica, así como de la concreta determinación de los límites de las penas que tales infracciones lleven aparejadas, todo lo cual no implica sino ratificar lo que es ontológica característica del delito internacional.

La comisión, masiva, de algunos de estos delitos en el desarrollo del conflicto yugoslavo se estima que constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, considerándose que contribuye el castigo de los mismos al restablecimiento y mantenimiento de la paz, que es uno de los propósitos (art. 1.1 de la Carta) de las Naciones Unidas, pudiendo, en consecuencia, calificarse la creación del Tribunal Internacional como la adopción de una medida colectiva eficaz para prevenir y eliminar una amenaza a la paz.

Aunque la Resolución 827 (1993), aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como continuación de las Resoluciones 713 (1991), de 25 de septiembre de 1991, 780 (1992), de 6 de octubre de 1992 y 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, la adopta el Consejo actuando, cual se dijo, en el marco y de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945 (“acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”; arts. 39 a 51), no se hace referencia específica en ella a precepto alguno de dicho Capítulo VII (en concreto, a sus arts. 39, inciso segundo, 41, o, en su caso, 42) en que, eventualmente, pudiera incardinarse el establecimiento del Tribunal Internacional de que se trata, como medida para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales (ya se afirma en la propia Resolución que constituye una “medida ad hoc”). No obstante, y dado que el Consejo, a la vista de los continuos informes sobre violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia- Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de masivas detenciones y violaciones de mujeres, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y la retención de territorio, determina “que esta situación continúa constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, estimando que, en aquellas circunstancias, “la creación de un Tribunal Internacional como medida ad hoc y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de gra-

ves violaciones del derecho internacional humanitario permitirían alcanzar” el objetivo de poner fin a tales crímenes, contribuyendo a “asegurar que se ponga fin a dichas violaciones y sean eficazmente remediadas”, es obvio concluir que la medida de la creación de una jurisdicción penal interestatal y el consiguiente enjuiciamiento de los responsables de aquellas infracciones graves contribuirían a la restauración y el mantenimiento de la paz. En todo caso, la adopción de la Resolución y Estatuto, meritados en base al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas confiere a ambos, cual se expondrá, la obligatoriedad derivada de su consideración como una decisión del Consejo de Seguridad en los términos del art. 25 de la Carta.

En consecuencia de lo anterior, el párrafo dispositivo 4 de la Resolución 827 (1993) decide que “todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente Resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente Resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de atender a las solicitudes de asistencia y cumplir las resoluciones de una Sala de Primera Instancia con arreglo al art. 29 del Estatuto” (el art. 29 del Estatuto especifica las obligaciones de cooperación y asistencia que pesan sobre los Estados, entre ellas la de atender sin demora las solicitudes de asistencia de una Sala de Primera Instancia del Tribunal en varias materias, destacando la obligación de detener a los acusados y ponerlos a disposición del Tribunal Internacional, obligaciones cuya puesta en práctica en el ámbito interno pueden, como en el caso español, conllevar la necesidad de dictar normas legales que la posibiliten)

El establecimiento del Tribunal por el sistema de una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad se separa del régimen seguido para la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (que lo fue mediante el método, ahora desechado, de concertar un tratado) y se aproxima al sistema del acto unilateral empleado para la instauración del Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente, por lo que aun cuando no han faltado críticas a la actuación en tal sentido del Consejo de Seguridad, por considerar que la creación de un órgano de este tipo excede manifiestamente de sus funciones y poderes tal y como se regulan en los arts. 24 a 26 de la Carta (16), es incuestionable que, en el caso yugos-

---

(16) Andries, A., “Les aléas juridiques de la création du Tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie”, *Journal des Procès* (Bruxelles), núm. 239, 14 de mayo de 1993, pág. 17.

lavo, el ejercicio de esta competencia coadyuva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratándose de una *medida coactiva* a tal fin (17), por lo que creemos que podría incardinarse y basarse jurídicamente su adopción en el art. 41 de la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto que se trata de una medida para hacer efectiva una decisión del Consejo (medida ad hoc dirigida a alcanzar el objetivo de poner fin a los crímenes y tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los presuntos responsables, y que, en consecuencia, contribuirá a la restauración y al mantenimiento de la paz) que, aun siendo coactiva, no implica el uso de la fuerza armada, y que va, en definitiva, encaminada a lograr el restablecimiento de la paz.

Desde un punto de vista formal, el objetivo y alcance de la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, es el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas, desde el día 1 de enero de 1991 hasta una fecha que se determinará por el Consejo de Seguridad, en el territorio de la ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia, *sin que tal decisión esté relacionada con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional en general ni con la creación de un Tribunal penal internacional de carácter permanente*. En consecuencia, nos hallamos, como en Nuremberg y Tokio, ante un tribunal ad hoc, constituido para el conocimiento de determinados hechos acaecidos en un concreto conflicto (pero, ahora, con limitación del marco geográfico y temporal de ocurrencia de tales hechos), y si bien con carácter no permanente (nace para un conflicto determinado y, en concreto, se le señala, como “finalidad exclusiva”, en el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 827 -1993-, la de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el teatro de ese específico conflicto), la fecha de finalización de su actividad, que no del ejercicio de su competencia, vendrá, lógicamente, impuesta por el agotamiento de la tramitación de las cuestiones que, derivadas de tal conflicto, hayan sido sometidas a su conocimiento (agotamiento que, creemos, no puede situarse en la fecha de finalización de la vista del último procedimiento ante el Tribunal, sino en la de la efectiva extinción de todas las consecuencias inherentes a tales procedimientos y eventuales condenas, como la de completa ejecución de las sentencias y decisiones acerca de posibles solicitudes de in-

---

(17) David, E., ob. cit., pág. 568.

dulto o conmutación de penas, tal y como se deduce del tenor de los arts. 27 y 28 del Estatuto), hallándose, a diferencia de aquellos Tribunales Militares Internacionales expresados, y no obstante su carácter temporal, entendido en aquellos términos antedichos, permanentemente constituido durante el periodo que dure su actuación (actuación que, por otra parte, no se limita al enjuiciamiento de determinados delitos cometidos en el desarrollo del conflicto, como ocurría en Nuremberg y Tokio -"crímenes de guerra mayores", sin localización geográfica determinada-, sino que se extiende a todos los delitos previstos en el Estatuto, cometidos en el marco temporal y geográfico señalado, sean cuales fueren su entidad y su autor), lo que favorece tanto la formación de una doctrina jurisdiccional coherente como la imposibilidad de fundamentar eventuales sospechas de parcialidad.

En todo caso, y no obstante su carácter de órgano subsidiario de carácter judicial, tiene "naturalmente, que desempeñar sus funciones independientemente de consideraciones políticas" y no estará "sujeto a la autoridad o el control del Consejo de Seguridad en el desempeño de sus funciones judiciales" (Doc. S/25704, párrafo 28).

Es, en consecuencia, dable constatar que la Resolución 827 (1993) constituye un nuevo hito en la represión de la delincuencia de guerra, en el que, a diferencia de lo que, tras las actuaciones habidas al término de la Segunda Guerra Mundial, acaeció (y que motivó numerosas críticas doctrinales a la actuación de aquella jurisdicción penal internacional entonces constituida) (18), *los hechos a juzgar* son los que previamente se definen, como infracciones o violaciones graves, en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (y, en concreto, en los arts. 50 del I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV), tal y como, al efecto, se señala en el art. 2 del Estatuto ("violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949"), en la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre y su Reglamento Anejo, como se señala en el art. 3 del Estatuto ("violación de las leyes o usos de la guerra"), en la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, como se señala en el art. 4 del Estatuto ("el genocidio") y en el Estatuto del Tribunal Militar

---

(18) Sobre la cuestión de las críticas a la actuación de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 497 y sigs. y 567 y sigs.; Fernández Flores, J. L., ob. cit., págs. 187 a 191; Cherif Bassiouni, M., "Derecho Penal Internacional", Tecnos, Madrid, 1984, págs. 64 y 65.

Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945, como se señala en el art. 5 del Estatuto (“crímenes de lesa humanidad”).

En este sentido, y en orden a garantizar la incolumidad del principio de legalidad, en sus aspectos de garantía criminal (“nullum crimen sine lege”), garantía penal (“nulla poena sine lege”), garantía jurisdiccional y garantía de ejecución (la dificultad en orden a la formal salvaguardia de los dos primeros aspectos fue lo que motivó las críticas más fundadas a la actuación de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, especialmente en lo atinente a la incriminación, *ex post facto*, como delito autónomo, de los “crímenes contra la Humanidad”, habida cuenta de su carencia total de consideración anterior como tal de los hechos que lo integraron -art. 6 c), párrafo primero, del Estatuto de 8 de agosto de 1945-), y la anterior ausencia de penas fijadas para los delitos incriminados, ahora se exige que *se apliquen las normas del derecho internacional humanitario* “que sin duda alguna *forman parte del derecho consuetudinario*, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados, pero no todos, se hayan adherido a determinadas Convenciones” (Doc. S/25704, párrafo 34). Se obvia, así, con espíritu escrupulosamente garantista y en orden a despejar cualquier sombra de conculcación del principio de legalidad criminal, el problema de la aplicabilidad del Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra antedichos, de 8 de junio de 1977 (y, en concreto, de las prescripciones, o, mejor, tipificaciones contenidas en los arts. 11.4 -en relación, in fine, con los apartados 1, 2 y 3 del aludido precepto- y 85 del mismo), dado que, mientras que aquellos han sido ratificados por la casi totalidad de los Estados que integran el concierto mundial (se trata, sin duda, de los instrumentos internacionales en los que son Partes contratantes más Estados), no ocurre lo propio con los dos Protocolos Adicionales a ellos (19). No obstante lo dicho, en los arts. 2, 3, 4 y 5 del

---

(19) Al 1 de enero de 1994, 183 Estados eran Partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 2 lo eran en los dos Convenios de Ginebra de 27 de julio de 1929, 130 Estados eran Partes en el Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y 120 lo eran en el Protocolo II; en tal fecha el número de Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas era de 184.

Acerca del indiscutible carácter consuetudinario de las normas del derecho internacional humanitario, ya la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 8 de diciembre de 1977, aprobada en su 97ª sesión plenaria, sobre el estado de las firmas y las ratificaciones de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, relativa al respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, se manifestaba “convencional del valor permanente de las normas humanitarias establecidas relativas a los conflictos armados, en particular las de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925 y los Convenios de Ginebra de 1949”.

Estatuto del Tribunal Internacional aprobado por la Resolución 827 (1993) se incriminan, como violaciones graves integrantes de los tipos delictivos que en las respectivas rúbricas de tales concretos preceptos se definen, algunas actuaciones que pudieran ser subsumidas en las que, como infracciones graves, se cobijan en los aludidos arts. 11.4 y 85 del Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977.

En conclusión, se considera, a efectos de obviar problemas y evitar críticas, que han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados (Doc. S/25704, párrafo 35) tanto los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra, como la Convención IV de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre (y su Reglamento Anejo), la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 y el antes citado Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 (20); el hecho de que por España no se haya ratificado la Convención IV de La Haya de 1907 no implica, en orden a la exigibilidad, desde el punto de vista del derecho interno español, de la parte de la normativa internacional humanitaria contenida en aquel texto convencional, problema alguno, ya que nuestro país ratificó la Convención II de La Haya, de 29 de julio de 1899, y su Reglamento Anejo, sobre Leyes y Costumbres de la guerra terrestre, de contenido prácticamente idéntico a los de 1907.

Al confiar al Tribunal Internacional la tarea de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el Consejo de Seguridad no ha creado normas de derecho internacional ni ha tratado de legislar respecto a ese derecho, sino que el Tribunal Internacional aplicará únicamente el derecho internacional humanitario preexistente (Doc. S/25704, párrafo 29), por lo que, en consecuencia, con la instauración de esta instancia jurisdiccional penal internacional estamos ante un paradigmático ejemplo de *puesta en práctica o aplicación del derecho internacional humanitario*.

---

(20) Cfr. textos del Acta o Acuerdo de Londres y del Estatuto constituyente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 406 a 415.

## II. CONSECUENCIAS DEL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL EN EL AMBITO INTERNO ESPAÑOL.

No cabiendo duda del carácter vinculante, para todos los Estados (incluso no miembros de las Naciones Unidas), en la esfera internacional, de la Resolución 827 (1993), habida cuenta, tanto del órgano de que dimana, como de su adopción por éste en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco (cuyo art. 25 preceptúa que “los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”), obligando su párrafo dispositivo 4 a “todos los Estados” (sin distinguir entre miembros o no de la Organización) a “adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente Resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia...”, es decir, a cumplir la Resolución y hacer efectivo el Estatuto del Tribunal, no se trata, en consecuencia, de que “in foro doméstico” se haya de reconocer la competencia “erga omnes” del Tribunal, que ya existe, sino de adoptar en el señalado ámbito interno las medidas adecuadas para aplicar la Resolución y el Estatuto (21).

El art. 29 del Estatuto proclama la obligación de todos los Estados (es decir, miembros o no de la Organización) de cooperar con el Tribunal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario, obligación dimanante de la creación del Tribunal sobre la base de una Resolución aprobada con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que, en la práctica, significa, como afirma el Secretario General (Doc. S/25704, párrafos 125 y 126), que todos los Estados tendrían la obligación de cooperar con el Tribunal Internacional y prestarle asistencia en todas las etapas de las actuaciones para asegurar que se atiendan las peticiones de asistencia para reunir pruebas, interrogar a los testigos, sospechosos y expertos, identificar y localizar a las personas y tramitar documentos, debiendo cumplirse también todas las órdenes dictadas por las Salas de Primera Instancia, como las de detención, registro, entrega o traspaso de personas y cualesquiera otras necesarias para llevar adelante el proceso, por lo que, en este sentido, toda orden dictada

---

(21) Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio (B.O.E., núm. 131, de 2 de junio).

por una Sala de Primera Instancia de que se entregue o traslade a alguna persona para ponerla a disposición del Tribunal Internacional se considerará aplicación de una medida coercitiva con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

El art. 1 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, contiene la genérica obligación de cooperación por parte de España, que se articula concretamente en los arts. 6 y 7 de dicho texto legal.

Como, en su momento, se expondrá con detalle, tal vez adolezca el art. 29 del Estatuto de falta de una previsión concreta de la cooperación en materia de posibilitar la devolución de bienes e ingresos adquiridos *por medios delictivos*.

No pudiendo, en consecuencia, oponerse objeción alguna a la aplicabilidad directa del Estatuto en el ámbito jurídico interno español y no contemplándose, con carácter general, por norma constitucional o legal alguna la cuestión de la aplicación en el derecho interno español de las decisiones de las organizaciones internacionales que sean obligatorias según el tratado instituyente, como es el caso, "parece lógico reconducir el problema a la aplicación interna de los tratados y a las disposiciones del Derecho español que la regulan", lo que "supone la necesidad de publicación oficial de las Resoluciones de las organizaciones internacionales en el Boletín Oficial del Estado" (22).

Es, pues, obvio que las obligaciones derivadas de la Resolución 827 (1993) y el Estatuto pesan sobre España, pero el efectivo cumplimiento por los diferentes órganos estatales, administrativos y jurisdiccionales, de tales obligaciones, sin la oportuna articulación de los instrumentos procedimentales y legales que la posibiliten, generaría, sin duda, problemas, dada la falta, en unos casos, de normativa interna que permita una cumplimentación adecuada de aquellas y la oposición que, en otros, podría implicar aquel directo cumplimiento con el tenor de ciertas normas internas; piénsese, al efecto, que si una Sala de Primera Instancia del Tribunal interesara de las autoridades españolas la detención de un acusado que se encontrare en territorio nacional y su puesta a disposición del Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2, d) y e), del art. 29 del Estatuto, tales autoridades estarían obligadas, desde el punto de vista jurídico-internacional, a atender la petición, lo que generaría problemas de aplicación, pues, de acuerdo con el derecho interno, a la detención de

---

(22) Pastor Ridruejo, J. A., ob. cit., pág. 186.

una persona y su traslado a efectos de enjuiciamiento penal fuera de territorio nacional sólo se puede proceder al amparo de una resolución judicial y en virtud de un título legislativo (art. 17 de la Constitución, Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, in fine -BOE núm. 73, de 26 de marzo-, Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957 -ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982; BOE núm. 136, de 8 de junio-, Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, de 15 de octubre de 1975 -ratificado por Instrumento de 11 de marzo de 1985; BOE núm. 139, de 11 de junio-, Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, de 17 de marzo de 1978 -ratificado por Instrumento de 11 de marzo de 1985; BOE núm. 139, de 11 de junio- y Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 -ratificado por Instrumento de 14 de julio de 1982; BOE núm. 223, de 17 de septiembre-), por lo que, en consecuencia, surgiría la posibilidad de que un funcionario, un juez o un tribunal españoles no puedan cumplir, sin más, el contenido de una Resolución del Consejo de Seguridad obligatoria para nuestro país.

La Constitución española sólo contempla, expresamente, siguiendo un sistema calificado de “dualista moderado y razonable”, la recepción de los tratados por la simple publicación. No contempla expresamente el Texto Legal Primigenio más que la aplicación interna de los tratados, ya que según su art. 96.1 los tratados forman parte del ordenamiento interno español por su publicación oficial (“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”), aclarando, a su vez, el art. 1.5 del Código Civil que es el Boletín Oficial del Estado el medio en que ha de tener lugar dicha publicación. Teniendo en cuenta lo prescrito en esas disposiciones, se entiende que los tratados en vigor para España publicados en el B.O.E. forman parte del derecho interno, con rango inferior a la Constitución aunque superior al de las leyes, sean anteriores o posteriores al tratado (23).

En cuanto a los efectos a surtir en el ámbito interno por una Resolución de un órgano de una organización internacional que, según el tratado instituyente de la misma, sea obligatoria para España, la Constitución guarda silencio, pero puesto que el efecto obligatorio de la Resolución deriva de lo dispuesto en el tratado instituyente y éste ha que-

---

(23) *Ibidem*, págs. 183, 184 y 185.

dado integrado en el derecho interno por su publicación en el B.O.E., esa Resolución llegará a formar parte del derecho español exactamente por el mismo procedimiento, esto es, por su publicación en el B.O.E., pues no se trataría sino de cerrar el ciclo iniciado por la publicación del tratado. Se trata de una conclusión sólida y razonable, porque si para la integración de la norma originaria (el tratado) el constituyente español se conforma con la publicación de su texto, sería incoherente exigir un acto reforzado de recepción para la aplicación de la norma derivada (la Resolución de la organización internacional instituida por aquel tratado), de modo y manera que para la necesaria integración en el derecho español de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad bastaba, cual se hizo, con la publicación en el B.O.E. del texto completo de tal Resolución (del que forma parte integrante e inescindible el Estatuto anexo al informe del Secretario General -Doc. S/25704-, aprobado por el párrafo dispositivo 2 de la misma), habida cuenta, a mayor abundamiento, de que la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 se publicó en el B.O.E. núm. 275, de 16 de noviembre de 1990 (Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia). Así pues, con la publicación de la Resolución 827 (1993) y el Estatuto a ella anejo en el B.O.E. núm. 281, de 24 de noviembre de 1993 (corrección de errores en el B.O.E. núm. 19, de 22 de enero de 1994), por Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 19 de octubre de 1993, se evita cualquier atisbo de duda formal acerca de la plena obligatoriedad interna para nuestro país de tales Resolución y Estatuto. Y ello aun cuando creemos que la elevación al rango de exigencia de la publicación en el B.O.E. de la Carta de San Francisco en orden a deducir de dicho registro la obligatoriedad para España de las Resoluciones emanadas de aquella Organización de Naciones Unidas y su plena recepción en nuestro derecho interno obedece a un inaudito formalismo, carente de realismo, que conduciría, además, a la desatinada conclusión de que, hasta el 16 de noviembre de 1990, no resultaban obligatorias para España (o, al menos, carecían de aplicabilidad en el ámbito interno) las Resoluciones emanadas de aquella Organización universal; cosa distinta es, efectivamente, la necesidad de publicación en el periódico oficial de las Resoluciones de la Organización a aquellos efectos de su plena integración, lo que, sin duda, es predicable de la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946, confirmatoria de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal

Militar Internacional de Nuremberg, y que, dado el tenor del art. 5 del Estatuto del Tribunal Internacional creado en 1993 (“crímenes de lesa humanidad”), debería ser objeto de publicación en el BOE, a efectos de cubrir, desde el punto de vista del derecho interno español, la salvaguarda del principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal, en lo atinente a los delitos de lesa humanidad (24).

Decidiendo la Resolución 827 (1993), en su párrafo dispositivo 4, cual quedó dicho, que todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional así creado y sus órganos, de conformidad con la misma y con el Estatuto del Tribunal, y que, en consecuencia, de-

---

(24) Frente a la posibilidad, al parecer en algún momento barajada (Orden Comunicada del Ministro de Asuntos Exteriores de 25 de junio de 1993, dirigida al Consejo de Estado), según la cual “la aplicación de la Resolución en el Derecho español no necesita la promulgación de legislación complementaria, toda vez que los artículos 277 y 66.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sirven de apoyo a aquella aplicación”, considerándose “procedente la promulgación de un Real Decreto para regular los trámites internos a seguir por las peticiones de asistencia que pueda dirigir el Tribunal Penal Internacional a España”, el Consejo de Estado en Pleno emitió, en sesión celebrada el 9 de septiembre de 1993, dictamen (el núm. 984/93/927/93) en el que, tras analizar, a la luz del art. 96.1 de la Constitución, la incorporación al derecho interno de normas y actos de origen internacional, así como lo atinente a aquellos actos o normas que, una vez que ya han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno, requieren determinadas medidas para su ejecución, tal y como se previene en el apartado e) del art. 94.1 de la Constitución, centra en el párrafo segundo del art. 93 del Primer Cuerpo Legal el análisis, para concluir que se refiere el mismo claramente a la fase de ejecución de resoluciones de una organización internacional que ya han quedado incorporadas al derecho español, y permite suponer que esa incorporación ha sido automática, al estilo de la prevista en el art. 96 para los tratados, añadiendo que aun cuando es cierto que el art. 93 está específicamente concebido para las organizaciones internacionales a las que se haya atribuido el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, “la solución que implícitamente de él se desprende en lo relativo a la adopción por el derecho interno de resoluciones emanadas de dichas organizaciones parece que puede extenderse a los actos emitidos por otros tipos de organizaciones internacionales”, por lo que concluye que, a los efectos del art. 96.1 de la Constitución, las resoluciones de las organizaciones internacionales en las que España participe se asimilan a los tratados celebrados por España, con lo que “tales resoluciones quedan automáticamente incorporadas a nuestro derecho interno una vez que se han perfeccionado en la esfera internacional y que se han publicado en el Boletín Oficial del Estado”, añadiendo, a continuación (tal vez para rebajar aquel excesivo prurito formalista que implica la exigencia de publicación en el B.O.E.), que “basta, sin embargo, la publicación en el diario oficial de la organización de que se trate cuando así se prevea en el tratado constitutivo de la organización”.

La intención de la comunidad internacional expresada en el acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946 fue, a juicio de Quintano Ripollés (ob. cit., pag. 430), “incorporar su doctrina al acervo de la conciencia jurídica universal de un modo permanente y con la jerarquía suprema de principios de Derecho”.

berán adoptarse por todos los Estados las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de dicha Resolución y del Estatuto, resulta preciso, al efecto, que tal Resolución y Estatuto anejo entren a formar parte de los respectivos derechos internos, de acuerdo con lo que, cual se expresó, previene el prerreferido art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, a cuyo tenor “los Miembros de las Naciones Unidas convienen en *aceptar y cumplir* las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

En consecuencia, y aún cuando el Estatuto del Tribunal tiene, en gran medida, por su naturaleza y contenido, carácter autoejecutivo (*self-executing*), y, aun prescindiendo de las dudas formales antes apuntadas, y admitiendo la posibilidad de su directa aplicación en España sin necesidad de procedimiento alguno de trasposición (en general, todo el derecho humanitario presenta, como una de sus características peculiares, aquel carácter, no requiriendo, para su puesta en práctica, proceso alguno de trasposición a los ordenamientos internos, salvo, quizás, en lo relativo, precisamente, a la represión penal de las infracciones de los Instrumentos en que aquella normatividad internacional humanitaria se contiene, para lo que los Estados signatarios de los mismos se comprometen a adoptar -en virtud del principio “*pacta sunt servanda*”, recogido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969; BOE de 13 de junio de 1980- “las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves” de las previstas en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo I Adicional a aquellos, de 8 de junio de 1977), resulta inconcuso que tanto el cumplimiento de la Resolución 827 (1993) como la puesta en práctica o efectividad del Estatuto del Tribunal exigen la adopción de las medidas necesarias, con arreglo al Derecho interno español, para su pacífica y completa aplicación, a fin de posibilitar a nuestro país para cumplir su obligación de cooperar plenamente con el Tribunal y sus órganos. A tal efecto, y habida cuenta de la especialidad de la fuente jurídica de que la obligación dimana, que no es un tratado internacional (fuente usual en relación al reconocimiento de competencia respecto a otros Tribunales internacionales), sino una Resolución de una Organización Internacional, y aún cuando la Constitución y el Decreto 801/1972, de 24 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril), sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, no contienen previsión alguna sobre la recepción en el derecho interno español

de los actos y normas de derecho derivado de las organizaciones internacionales, el párrafo segundo del art. 93 de la Constitución Española señala que “corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión” (cesión por la que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución).

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio (B.O.E. núm. 131, de 2 de junio de 1994), para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, señala, respecto a la Resolución 827 (1993), que “no hay duda de su carácter jurídico *vinculante en la esfera internacional* para todos los Estados”, añadiendo, respecto al Estatuto a aquella anejo que “partiendo del *carácter autoejecutivo, en sentido material*, de gran parte del Estatuto”, la Ley Orgánica de que se trata “aporta sólo algunas previsiones que permitan *instrumentarlo, en aquellas materias reservadas a la Ley Orgánica por nuestra Constitución*”. La dicción de este concreto párrafo no es la que originariamente aparecía en el texto del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, V Legislatura, núm. 46-1, de 4 de enero de 1994), en el que se aludía a “... aquellos aspectos en que aparece una divergencia con normas internas, algunas de las cuales tienen rango de Ley Orgánica, lo que impone tal rango a la presente Ley”; tal concepción resultaba manifiestamente errónea, por parecer querer dar a entender que una posible oposición del texto de la Resolución o Estatuto anejo con normas legales internas se habría de resolver, desde el punto de vista de la jerarquía normativa, en favor de estas últimas (y, para evitarlo, se acudía a otorgar a la norma que se proyectaba carácter orgánico), lo que, a tenor de cuanto ha quedado anteriormente reseñado, no era acertado (como afirmaba el Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la Ley Orgánica -el Proyecto- de que se trata “se ha hecho no solamente por el *imperativo normativo* que supone la Resolución del Consejo de Seguridad, sino...”, añadiéndose, en otra intervención, que “... nos aparece como adecuado el procedimiento, en su momento indicado por el dictamen del Consejo de Estado y seguido por el Gobierno, consistente en entender que la misma existencia del Tribunal entraba dentro de

las cuestiones jurídicas internacionales que nuestro ordenamiento *recibe automáticamente*, y que, sin embargo, era necesario proceder a la aprobación de un texto con rango legal que facilitara los *instrumentos de cooperación por parte de España con dicho Tribunal*, texto que afectando directamente a materia de derechos y libertades, no podía tener otro rango que el orgánico” (25).

---

(25) Respecto a la cuestión concerniente a las consecuencias que, del indiscutido carácter autoejecutivo (entendido como autosuficiencia en lo relativo a la ejecución en el derecho interno) de la Resolución 827 (1993), del Consejo de Seguridad, se deducen en relación a la garantía de su cumplimiento en el orden interno, una vez producida la efectiva incorporación de la misma al derecho interno español, el dictamen del Consejo de Estado de 9 de septiembre de 1993 (el núm. 984/93/927/93), señala, en primer término, que la propia Resolución 827 (1993) decide que todos los Estados “deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones” de la misma, añadiendo, en segundo lugar, que la decisión sobre si las medidas internas de ejecución son necesarias debe tomarse de acuerdo con criterios técnicos, pareciendo “claro que la Resolución 827 (1993) no proporciona al juez penal español y a otros operadores jurídicos interesados todos los elementos necesarios para su ejecución”, elementos que se encuentran en el Estatuto del Tribunal Internacional, que, a estos efectos, habría, sin duda, de publicarse junto con la meritada Resolución; finalmente, y habida cuenta que ni siquiera el Estatuto comprende todos los aspectos de la cuestión (determinación del “*dies ad quem*” por el Consejo de Seguridad, eventual declaración unilateral española aceptando que los condenados cumplan su pena en territorio español), “es preciso que una norma interna de rango suficiente (norma respecto a la que el Consejo de Estado determina que habrá de tener “rango de Ley”, sin más precisiones) recoja, de forma clara y ordenada, todos los elementos de la Resolución 827 (1993) y del Estatuto del Tribunal Internacional que resulten necesarios para asegurar que la Resolución se hace cumplir por los Juzgados y Tribunales españoles”

En cuanto al rango normativo de la norma interna dirigida a asegurar el cumplimiento in foro doméstico de la Resolución 827 (1993) y el Estatuto anexo a ella, el Consejo General del Poder Judicial, en el Pleno de 17 de noviembre de 1993, analizó el Informe de la Comisión de Estudios del mismo al Anteproyecto de Ley Orgánica para la cooperación con el Tribunal Internacional, a cuyo tenor, la afección de normas internas de orden procedimental (art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y de principios de orden sustantivo (“*non bis in idem*”, detención y entrega, extradición y delito de falso testimonio -arts. 5, 6, 6.2 y 7.2 del Estatuto-), entre otros, debe dar lugar a “la necesidad de una normativa de desarrollo, que, según los casos, tendría el carácter de Ley Orgánica o de Ley ordinaria” (Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, núm. 115, Madrid, enero 1994).

Tanto en el primer borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica, como en el de 28 de octubre de 1993, omitía el Ministerio de Justicia hacer referencia alguna a la jurisdicción militar, lo que se subsanó en los borradores de 8 y 18 de noviembre siguientes (en el primero de los cuales se incorporaban ya al texto observaciones de los Ministerios de Cultura y Defensa y de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores); de acuerdo con ello, en los arts. 3, in fine, y 4 de la Ley Orgánica 15/1994 se reconoce la competencia interna de la jurisdicción militar, en el supuesto de tramitación de solicitudes de cooperación y se centraliza en el Tribunal Militar Central la remisión a la Audiencia

En conclusión, aún sin desconocer la posibilidad de aplicabilidad directa en España del Estatuto de mérito, la razón de ser de la Ley Orgánica de que se trata no es sino lo inhabitual y poco ortodoxo que hubiera resultado publicar aquel directamente en el B.O.E. sin conocimiento e intervención de las Cámaras, so pretexto de que ya vinculaba internacionalmente al Estado español y sin arbitrar los instrumentos jurídicos (procesales, orgánicos y sustantivos) necesarios para hacer factible la cooperación con la jurisdicción que crea la Resolución 827 (1993); en este sentido, estimamos que, efectivamente, nuestro país no puede, por las razones que antes se expresaron, desconocer, ni reconocer, esa jurisdicción, por lo que, en suma, y dado el carácter de autoejecutivo de la mayor parte de las prescripciones del Estatuto, el texto de la Ley Orgánica de que se trata se limita, tan sólo, a concretar ciertas previsiones que resultan necesarias en orden a instrumentarlo, en aquellos específicos aspectos en que aparecen divergencias con normas internas, compartiendo la filosofía que, a tal respecto, se expresa en la Exposición de Motivos, considerando, en definitiva, que el Estatuto es, en todo caso, y desde el punto de vista material, plenamente aplicable en el derecho interno español, en razón de las previas obligaciones convencionalmente asumidas por España, y del carácter autoejecutivo de las prescripciones del mismo.

Resulta incuestionable, desde el punto de vista jurídico-formal, de un lado, que, decidida, no obstante cuanto acaba de expresarse, y por las razones antedichas (de índole fundamentalmente adjetiva), la conveniencia de seguir el cauce de la previsión legal para propiciar la pacífica y plena aplicación en España de la Resolución y el Estatuto de que se trata, el rango normativo de la disposición en que había de plasmarse la articulación de la cooperación a prestar a aquella jurisdicción no podía ser otro que el de la *Ley Orgánica*, cauce normativo al que, dada la reserva de Ley Orgánica que, en el orden interno, tienen las materias reguladas (y las preexistentes normas internas de cuya virtualidad podían derivar dificultades para una inmediata aplicación en el ámbito interno del Estatuto), resultaba obligado acogerse.

---

Nacional de las actuaciones respecto a cuyo conocimiento los órganos judiciales castrenses sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional. Sobre las intervenciones del Ministro de Justicia, Sr. Belloch Julbe y del Diputado, Sr. Ruperez Rubio, que se citan, cfr. Diario de Sesiones, 14 de abril de 1994, núm. 63, pags. 3128 y 3129 y 3133 a 3136, respectivamente.

Por otro lado, no es posible oponer al Estatuto tacha alguna de inconstitucionalidad en su aplicabilidad interna por mor de un pretendido desconocimiento en él del principio de legalidad, pues en orden a garantizar la incolumidad del principio "nullum crimen sine lege", en que, fundamentalmente, se concreta, en el ámbito de la represión penal internacional en que nos encontramos, aquel principio, resulta incontrovertible la previa existencia y consecuente exigibilidad de la aplicabilidad de las normas del derecho internacional humanitario "que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario", siendo, a tal efecto, de destacar, por lo que a España concierne, que nuestro país es Parte en los Instrumentos convencionales básicos del derecho internacional humanitario que incluyen violaciones características de obligaciones establecidas por normas humanitarias internacionales y que se concretan en la Convención II de La Haya de 29 de julio de 1899, relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre, con su Reglamento Anejo sobre Leyes y Costumbres de la guerra (ratificada el 4 de septiembre de 1900 -Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1900-), los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, relativo al trato de los prisioneros de guerra y relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, respectivamente (ratificados, todos ellos, el 4 de agosto de 1952 -Convenio I, B.O.E. núm. 236, de 23 de agosto de 1952; Convenio II, B.O.E. núm. 239, de 26 de agosto de 1952; Convenio III, B.O.E. núm. 249, de 5 de septiembre de 1952; Convenio IV, B.O.E. núm. 246, de 2 de septiembre de 1952- y en vigor, todos, para España desde el 4 de febrero de 1953), la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (ratificada el 7 de junio de 1960 y en vigor para España desde el 7 de octubre de 1960 -B.O.E. núm. 282, de 24 de noviembre de 1960-) y los dos Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 (ratificados ambos el 21 de abril de 1989, y en vigor para España desde el 21 de octubre de 1989 -B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989-), y, asimismo, es Parte en la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 (Instrumento de Adhesión de 13 de septiembre de 1968 y en vigor para España desde el 13 de diciembre de 1968 -B.O.E. núm. 34, de 8 de febrero de 1969-), resultando, pues, palmario que España está obligada internacionalmente, en virtud de unos compromisos convenciona-

les libremente asumidos, a “respetar y hacer respetar” en todas las circunstancias las correspondientes prescripciones de aquellos Instrumentos y, específicamente, a adoptar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra los Convenios de 1949 (y contra el Protocolo I de 1977 -el cual incluye, en concreto, en su art. 85.4, entre las infracciones graves, los ataques dirigidos contra los bienes culturales ya amparados por la aludida Convención de La Haya de 1954 y cuya protección se extiende en virtud del art. 53 del propio Protocolo I-), así como a hacer que “cesen” todas las demás infracciones, o “actos contrarios a las prescripciones” de los anteexpuestos Convenios y Protocolo, comprometiéndose, asimismo, a buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas, pudiendo también, si lo prefiere y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes (arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV, pronunciándose en similar sentido el art. 88 del Protocolo I). En el mismo sentido, el art. 5 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio señala que “las Partes Contratantes se comprometen... especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...”.

De modo que preexiste para nuestro país una obligación internacional consistente en la garantía de hacer respetar el derecho internacional humanitario a cuantas personas estén bajo la jurisdicción del Estado español, con independencia de su nacionalidad y de su condición civil o militar, teniendo en cuenta, de otro lado, que tanto los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 como el Protocolo I Adicional a ellos, de 8 de junio de 1977, consolidan, en fin, como hemos señalado, la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos incorporando sendas cláusulas que responden, en general, al principio “aut iudicare aut dedere” (Convenio I, art.49, segundo párrafo; Convenio II, art. 50, segundo párrafo; Convenio III, art. 129, segundo párrafo; Convenio IV, art. 146, segundo párrafo; Protocolo I, art. 88); a su vez, el art. 7 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 señala que, a los efectos de extradición, no se con-

siderará el genocidio como delito político, comprometiéndose las Partes Contratantes a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes (26).

Por lo demás, y como última precisión en orden a los efectos del carácter autoejecutivo del Estatuto, conviene señalar que se expresa normativamente en el Protocolo I de 1977 la idea de que las normas convencionales de derecho internacional humanitario generan, por decirlo así, una "estructura integral de obligación", en tanto su art. 89 enuncia un derecho general de los distintos Estados de participar en la tarea de hacer respetar aquellas normas, al disponer dicho precepto, cobijado bajo el título "Cooperación", que "en situaciones de *violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo*, las Altas Partes Contratantes *se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*", lo que, partiendo del objetivo esencial del derecho internacional humanita-

---

(26) En lo relativo al estado actual de cumplimiento por parte de España de la obligación, convencionalmente asumida, de incriminar las "infracciones graves" a los Convenios de 1949 y Protocolo I de 1977, cfr. Fernández Flores, J. L., "Delitos contra las leyes y usos de la guerra" en "Comentarios al Código Penal Militar", Civitas, Madrid, 1988, págs. 812 a 824; "Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949", Estudio elaborado por la Comisión de Expertos nombrada en el Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (C.E.D.I.H.) de la Cruz Roja Española e integrada por Pérez González, M. (Presidente), Sánchez del Río Sierra, J., Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L., Pignatelli Meca, F., Pulgarim de Miguel, F. J. (Vocales) y Anton Ayllon, M. (Secretario), en Revista Española de Derecho Militar, núm. 56-57, enero-junio 1991, Tomo II, págs. 693 a 845.

De conformidad con aquella aludida propuesta, y haciéndola suya literalmente, la Comisión redactora del Proyecto de Código Penal, a la Presidencia de la cual se dirigió, por la de la Cruz Roja Española, el texto del estudio, incluyó en el Proyecto de Código Penal cuya tramitación parlamentaria decayó con motivo de la disolución de las Cortes Generales para las elecciones de 6 de junio de 1993 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, IV Legislatura, núm. 102-1, de 23 de septiembre de 1992), y en concreto, en el Título XXII (intitulado "delitos contra la comunidad internacional") del Libro II ("Delitos y sus penas"), un Capítulo III, bajo la rúbrica "de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" (arts. 588 al 594, ambos inclusive), en el que se preveía la posibilidad de que fuera un no militar el sujeto activo de tales conductas. En idéntico sentido, en el Capítulo III del Título XXI ("Delitos contra la Comunidad internacional") del Libro II ("Delitos y sus penas") del borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 5 de julio de 1994, del Ministerio de Justicia e Interior (que dio lugar al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal aprobado por el Gobierno el 22 de julio de 1994), y bajo igual rúbrica que la del Capítulo de igual data del Proyecto de 1992, se contienen unos artículos 599 a 605 de idéntica redacción a los del decaído Proyecto (cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, V Legislatura, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994).

rio de la protección de la persona humana en su vida y en su dignidad, significa que, a fin de no abandonar a su suerte a las víctimas de las violaciones graves de aquel derecho, en la lucha contra dichas violaciones se precisan no sólo métodos individuales, sino también colectivos, sobre todo si se trata de actos (como los que se determinan en los arts. 2, 3, 4 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional que se crea) que, por la índole de los bienes jurídicos que lesionan, su carácter masivo y su naturaleza especialmente execrable, merecen el calificativo de delitos internacionales.

### III.- EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL.

#### 1.- *Contenido.*

Por el párrafo dispositivo 2 de la tan aludida Resolución 827 (1993) se aprueba, además de la creación del Tribunal Internacional, el Estatuto del mismo, anejo al Informe del Secretario General (Doc. S/25704) aprobado por el párrafo dispositivo 1 de aquélla.

El *Estatuto consta de treinta y cuatro artículos*, y en él, tras establecer la competencia genérica del Tribunal (art. 1), se regula, detalladamente, la competencia material del Tribunal (se enumeran y especifican, en los arts. 2, 3, 4 y 5, las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes o usos de la guerra, así como los hechos que constituyen el genocidio y los crímenes de lesa humanidad), se delimita la jurisdicción personal (arts. 6 y 7), territorial y temporal (art. 8) y concurrente (art. 9), se consagra el principio de cosa juzgada en lo que se refiere a las decisiones del Tribunal Internacional y se excepciona el “non bis in idem” en lo concerniente a determinadas actuaciones de jurisdicciones internas (art. 10), y se dedica un total de seis artículos (arts. 11, 12, 13, 14, 16 y 17) a la organización del Tribunal (Salas, Fiscal y Secretaría); se establecen reglas procedimentales (arts. 15, 18, 19, 20, 22 y 23), los derechos del acusado (art. 21), y, finalmente, se regula lo atinente a las penas (art. 24), apelación y revisión (arts. 25 y 26), ejecución de las sentencias (art. 27), indulto y conmutación de penas (art. 28), cooperación y asistencia judicial (art. 29), carácter, prerrogativas e inmunidades del Tribunal (art. 30), sede (art. 31), gastos (art. 32), idiomas de trabajo (art.33) e informe anual al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General (art. 34).

En todo caso, se establece, en orden a garantizar el general principio de legalidad, en sus aspectos de garantía criminal y de seguridad jurídica, la competencia “*ratione materiae*”, “*ratione loci*” y “*ratione temporis*” de la

instancia jurisdiccional internacional que se crea, señalando, al efecto, que se juzgarán las *infracciones graves*, cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que, una vez restaurada la paz, el Consejo de Seguridad determinará (art. 1 en relación con los arts. 2 a 8), y en su aspecto de garantía penal, determinando la clase de penas a imponer y remitiendo al juzgador a la práctica general de los Tribunales de la ex-Yugoslavia en cuanto a sus condiciones de cumplimiento (art. 24).

No puede aquí dejar de hacerse notar que la República Federativa Socialista de Yugoslavia era Parte en los siguientes Instrumentos de derecho internacional humanitario: la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de 1949 de 8 de junio de 1977 (27). En consecuencia, dado que la actual República Federativa de Yugoslavia (integrada por las Repúblicas de Serbia y Montenegro) ha afirmado el 27 de abril de 1992, al adoptar la Constitución que instituía el nuevo ente político, que aseguraba la continuidad del antiguo Estado yugoslavo y que respetaría estrictamente todos los compromisos adquiridos por este en el ámbito internacional, aquella República Federativa de Yugoslavia ha quedado plenamente obligada por tales Instrumentos; lo que, de otro lado, no precisaría de aquella expresa declaración, por consecuencia del tenor del art. 35 c), a sensu contrario, de la Convención de Viena de 23 de agosto de 1978, a la que, a continuación, se aludirá. No obstante, y aun cuando quiera darse valor consuetudinario a lo prevenido en el art. 34.1.a) de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de Tratados, de 23 de agosto de 1978 (28), que consagra, frente al principio de la tabula rasa, el de la continuidad en el supuesto, como el que nos ocupa, de sucesión que implique la aparición de nuevos Estados por desmembramiento o secesión (29), en relación con la sucesión de las Repúblicas de Eslovenia,

---

(27) Torres Ugena, N., "Textos normativos de Derecho Internacional Público", Civitas, Madrid, 1990, págs. 769 a 947.

(28) El párrafo 1.a) del art. 34 de la Convención de Viena de 1978 dispone: "1. Cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor: a) todo tratado que estuviera en vigor en la fecha de sucesión de Estados respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto de cada Estado sucesor así formado"; a su vez, el párrafo 2 del aludido art. 34 señala que "el párrafo 1 no se aplicará: a) si los Estados interesados convienen en otra cosa, o b) si se desprende del tratado o consta de otro modo que

la aplicación del tratado respecto del Estado sucesor sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución". Por último, el art. 35 de la Convención estipula que "Cuando después de la separación de una parte del territorio de un Estado, el Estado predecesor continúe existiendo, todo tratado que en la fecha de la sucesión de Estados estuviera en vigor respecto del Estado predecesor continuará en vigor respecto del resto de su territorio, a menos: a) que los Estados interesados convengan en otra cosa; b) que conste que el tratado se refiere solo al territorio que se ha separado del Estado predecesor; o c) que se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado predecesor sería incompatible con el objeto y el fin del Tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución".

Acerca de la cuestión relativa a la sucesión de Estados (y, especialmente, la de la sucesión de los Estados en los tratados en lo atinente a las obligaciones convencionales contraídas por el predecesor), cfr. la decisión del Tribunal Internacional de Justicia de 18 de abril de 1993 en el asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948; ante la objeción yugoslava (Serbia y Montenegro) acerca de la sucesión de Bosnia-Herzegovina en la Convención (ratificada por la ex-Yugoslavia el 28 de abril de 1980), según la cual la declaración bosniaca de sucesión transmitida al Secretario General de las Naciones Unidas, en cuanto depositario de la Convención, el 29 de diciembre de 1992, retro trayendo al 6 de marzo anterior (fecha de la independencia de Bosnia-Herzegovina) la sucesión, sería una adhesión a la Convención de 1948 llevada a cabo de conformidad con los párrafos tercero y cuarto del art. 11 de la misma, y con efectos, por consiguiente, a partir del nonagésimo día después de la fecha del depósito del Instrumento de adhesión, lo que impediría, en consecuencia, al Tribunal, conocer los hechos indicados en el recurso producidos antes del 29 de marzo de 1993, fecha de la entrada en vigor, según tal consideración, de la Convención de 1948 respecto a Bosnia-Herzegovina, el Tribunal no aceptó la objeción serbio-montenegrina concerniente a la validez y efectos de la declaración bosniaca de sucesión, a la que califica como acto de adhesión productor de efectos con eficacia retroactiva (cfr. SCISO, E., "Note in margine all'Ordinanza della Corte Internazionale di Giustizia nell'affare dell'applicazione della Convenzione sul Genocidio", en "La Comunità Internazionale", Vol. XLVIII, 2, 1993, Editoriale Scientifica, págs. 311 a 333).

(29) Remiro Brotons, A., "Derecho Internacional Público, Derecho de los Tratados", Tomo II, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 378 a 389. (Con especial referencia a supuestos de desmembramiento o secesión, afirma -págs. 385 y 386- que "esta sucesión, en los antipodas de la descolonizadora, toma como principio -aplicable a menos que las partes convengan otra cosa- el de la continuidad automática e inmediata de los tratados en vigor dentro de los límites territoriales en que se venían aplicando, lo que en el caso de sucesión por unificación podría circunscribir la continuidad a solo una parte del nuevo Estado y, en los casos de sucesión por separación, a uno solo de los Estados implicados, el sucesor en la parte del territorio al que era aplicable el tratado. El principio de continuidad cede únicamente -salva la voluntad de las partes- cuando se desprende del tratado o consta de otro modo que su aplicación respecto del Estado sucesor "sería incompatible con el objeto y el fin del Tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución" (-arts. 31.1.b) y 34.2.b)-", lo que, incontrovertiblemente, no es, a nuestro juicio, el caso de las Repúblicas de Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina en relación, al menos, con los Instrumentos de derecho internacional humanitario de que se trata).

En el mismo sentido, cfr. Pastor Ridruejo, J. A., ob. cit., págs. 300 y 301; Gutiérrez Espada, C., "Sobre la sucesión de Estados en materia de tratados", en "Hacia un nuevo orden...", ob. cit., págs. 361 a 375.

Croacia y Bosnia-Herzegovina en aquellos Instrumentos, la Convención de 23 de agosto de 1978, que fue ratificada por Yugoslavia el 28 de abril de 1980, no ha entrado en vigor, por falta de las necesarias adhesiones o ratificaciones (30), por lo que, es por las declaraciones de sucesión respectivas, de fechas 26 de marzo, 11 de mayo y 31 de diciembre, todas de 1992, por lo que estos Estados sucesores han venido a ser Partes, sin mácula de duda alguna, en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977; de modo que la tesis de considerar que la sucesión se produjo por el principio de la continuidad consagrado en el art. 34.1 a) de la Convención de 1978 ha de decaer ante esta expresa declaración, subrayándose (31) que tales declaraciones retrotraen la sucesión al día de la independencia (a saber, respectivamente, el 26 de junio y el 8 de octubre de 1991 para Eslovenia y Croacia y el 6 de marzo de 1992 para Bosnia-Herzegovina) de estas Repúblicas, conforme a la práctica internacional, lo que implica que tal práctica no es sino la consagrada en el art. 23 de la Convención de 1978 para los Estados que siguen el principio de la tabula rasa, por lo que, contra la consecuencia que podría derivar de la aplicabilidad, en cuanto norma consuetudinaria, del criterio codificado en el art. 34.1 a) de aquella Convención, las nuevas Repúblicas no están ligadas al derecho que obligaba a la antigua Yugoslavia más que a partir del momento de su independencia.

Aun cuando el problema de la sucesión en materia de tratados por lo que respecta a Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, podría dar lugar, en un plano más teórico que práctico, a problemas acerca del derecho aplicable a las infracciones a enjuiciar por el Tribunal, en función de si al momento de cometerse la infracción, y teniendo en cuenta el lugar de comisión, el derecho humanitario a aplicar era aquel en cuyos Instrumentos era Parte la antigua Yugoslavia (hasta la fecha de independencia de cada República secesionista y, siempre, en Serbia y Montenegro), o, si en el lapso comprendido a partir de las respectivas declaraciones de secesión de Eslovenia (el 26 de marzo de 1991), Croacia (el 11 de mayo de 1991) y Bosnia-Herzegovina (el 31 de diciembre de 1992), hasta las respectivas declaraciones de independencia quedó excluida, para el territorio de estas

---

(30) Según su art. 49, la Convención entrará en vigor treinta días después de que se deposite el decimoquinto instrumento de ratificación o adhesión.

(31) Revista Internacional de la Cruz Roja (R.I.C.R.), 1993, págs. 69 y 73 y 74 y R.I.C.R., 1992, págs. 324 a 326.

tres Repúblicas, la aplicabilidad de aquellos Instrumentos, tal posibilidad parece susceptible de poder ser rechazada por el hecho de que el derecho humanitario a aplicar por el Tribunal contenido en esos Instrumentos forma parte del núcleo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales, y, en consecuencia, resulta obligatorio “erga omnes”.

#### A. *Competencia.*

En el art. 1 del Estatuto se señala, *con carácter general*, que “el Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”. Esta genérica atribución competencial se desarrolla en los arts. 2 a 8 siguientes.

##### a) “Competencia *“ratione materiae”*.”

En consonancia con la intención manifestada de aplicar el derecho internacional humanitario preexistente, tanto consuetudinario como convencional (Doc. S/25704, párrafos 34 y 35), la competencia material del Tribunal se circunscribe a la aplicación del derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, vigente en la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

Desde el punto de vista sustantivo, las incriminaciones contenidas en los arts. 2 a 5 del Estatuto implican la tipificación de conductas contrarias tanto a las prescripciones del llamado “derecho de Ginebra” como a algunas de las integrantes del denominado “derecho de La Haya” o “ius in bello” en sentido estricto (art. 3, en especial). Frente a la incriminación de los delitos contra la paz en los Estatutos de Nuremberg y Tokio (arts. 6 a) y 5 a), respectivamente), tal figura delictiva, entendida en Nuremberg como “el planteamiento, la preparación, el inicio o la conducción de una guerra de agresión o una guerra que supone la violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales” (“o bien la participación en un plan general o una conspiración cuyo objetivo es la ejecución de los actos antes mencionados” -figura, esta, del “plan común o conspiración”, desconocida en el Estatuto del Tribunal de Tokio-), no aparece prevista en el

Estatuto de 1993 (32); por el contrario, mientras que en Nuremberg y Tokio el genocidio no aparecía designado como tal y, menos aún, considerado como figura autónoma, sino que se incluía entre los delitos contra la Humanidad (arts. 6 c) y 5 c), respectivamente) el art. 5 del Estatuto de 1993 tipifica esta conducta como figura autónoma, en los términos de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, aprobada mediante Resolución 260-III-A, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948 (y cuyo texto figura anexo a tal Resolución).

No puede dejar de señalarse en este concreto aspecto de la competencia material la posibilidad de aplicación por el Tribunal Internacional del derecho interno de la ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia, tanto el contenido, al menos en lo relativo a las penas señaladas, en algunos preceptos del Capítulo Undécimo del Código Penal de aquella (intitulado "Infracciones contra la Humanidad y contra el Derecho de Gentes" - arts. 124, "genocidio", 125, "crimen de guerra contra la población civil",

---

(32) Omisión que, tal vez, no sea impremeditada ni carezca de finalidad (sintomáticamente, el Informe S/25704 guarda absoluto silencio sobre la causa de su no previsión en el Estatuto), ya que, realmente, su falta creemos que convierte en inaplicable, en la práctica, el Estatuto a los Jefes de Estado y de Gobierno y a los altos funcionarios responsables del Gobierno, deviniendo, así, ilusoria, siempre a nuestro juicio, la previsión del apartado 2 del art. 7 del Estatuto, ya que no resulta imaginable que a tales personas les puedan ser imputados, cualquiera que fuera la forma de participación en ellos que se les atribuyere, los hechos contenidos en los arts. 2 a 5 del Estatuto, ya que se trata de actuaciones que, normalmente, tienen por autores materiales a individuos de más bajo rango.

No cabe olvidar, en este sentido, siguiendo a Quintano Ripollés (ob. cit., pags. 504 y 505), que, según la jurisprudencia de Nuremberg, "el crimen contra la paz únicamente puede tener virtualidad jurídica en conductas decisivas en el conflicto, quedando impunes las de mera colaboración. Desde luego quedan excluidas las presuntas responsabilidades de los militares participantes en la guerra agresiva, por el sólo hecho de serlo, conforme asimismo a la opinión dominante", y no es, tampoco, dable olvidar que si en 1945 la incriminación de este delito obedeció (Quintano Ripollés, A., ob. cit. pag. 497) a "una "norma de cultura", para emplear la terminología bindingiana, que no había logrado todavía encarnar en "norma de Derecho Penal", una antijuridicidad sin tipicidad normativa", no ocurre hoy lo propio, ya que la comunidad internacional (sujeto pasivo mediato de estas conductas), en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 96 -I-, de 11 de diciembre de 1946, confirmatoria de los principios de Nuremberg, 3314 -XXIX-, de 14 de diciembre de 1974, definitiva de la agresión y en el art. 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, ha consagrado, como principio de *ius cogens* (Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, recaída en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra los Estados Unidos de América -Recueil, 1986, pags. 90 y 91-), el de la prohibición del empleo de la fuerza.

126, "crimen de guerra contra heridos o enfermos", 127, "crimen de guerra contra los prisioneros de guerra", 128, "organización de un grupo con el fin de cometer genocidios o crímenes de guerra", 129, "matar o herir al enemigo contrariamente al derecho", 129-a, "despojo ilegal de efectos de muertos o heridos sobre el campo de batalla", 129-b, "empleo de medios de combate ilícitos", 131, "crueldad con los heridos, enfermos y prisioneros" y 132, "destrucción de monumentos culturales o históricos"-) y del Capítulo Vigésimoquinto del mismo (cuya rúbrica reza "Infracciones contra las Fuerzas Armadas" -art. 361, "sustracción ilícita de efectos de muertos y heridos sobre el campo de batalla"-) (33), en calidad de normas o elementos nomofiláticos a la hora de aplicar los arts. 2 a 5 del Estatuto a cada caso concreto, en la medida en que incorporan el derecho internacional humanitario consuetudinario, como, sobre todo, y por mor de lo prevenido en el art. 24.1 del Estatuto, el cobijado en la legislación de aquella República o derivado de la práctica de sus Tribunales en relación con las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad; en la medida en que esta "práctica general" seguida por los Tribunales de la ex-Yugoslavia es, propiamente, doctrina legal, forma parte, al menos en sentido amplio, del derecho interno, cuya aplicación resulta, aquí sí, de carácter obligatorio (y no meramente facultativo, como acontece con las disposiciones del Código Penal Yugoslavo prerreferidas), habida cuenta de la imperatividad del tiempo verbal utilizado al respecto por el art. 24.1 del Estatuto, tal y como, con mayor detenimiento, se verá al analizar el sistema penológico contenido en el Estatuto.

El Tribunal Internacional tiene competencia para enjuiciar *las violaciones graves del derecho internacional humanitario, tanto consuetudinario como convencional*.

Se considera, a tal efecto, que una parte del derecho internacional humanitario convencional (la integrada por los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre y su Reglamento Anejo, la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945) ha pasado, sin duda alguna, a formar parte del derecho consuetudinario.

---

(33) Cfr. "Propuesta de modificación...", *ob. cit.*, pags. 841 a 845.

En concreto, se juzgarán por el Tribunal Internacional las siguientes actuaciones:

— *Las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.*

Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 “son normas de derecho internacional humanitario y constituyen el núcleo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados de carácter internacional”. Estos Convenios reglamentan la conducción de las hostilidades desde el punto de vista humanitario mediante la protección de algunas categorías de personas, a saber, los miembros de las fuerzas armadas en campaña heridos o enfermos, los miembros de las fuerzas armadas heridos, enfermos y náufragos en el mar, los prisioneros de guerra y los civiles en tiempo de guerra (Doc. S/25704, párrafo 37), y en cada uno de los cuatro se contiene una disposición en que se enumeran las infracciones que pueden considerarse “violaciones graves” o delitos de guerra (arts. 50 I, 51 II, 130 III y 147 IV) (34).

En el art. 2 del Estatuto se contiene, *expressis verbis*, el elenco íntegro de violaciones graves que figura en los señalados preceptos de los aludidos Convenios de Ginebra, a saber: el homicidio intencional; la tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; los actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud; la destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria; el uso de coacción para obligar a prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga; la privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías; la deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil; y la toma de civiles como rehenes.

---

(34) Sobre la represión penal de las infracciones del derecho humanitario, cfr. Furet, M.-F., Martínez, J.-C. y Dorandeu, H., “La guerre et le droit”, Editions A. Pedone, París, 1979, págs. 271 y sigs.; “Propuesta de modificación ...”, *ob. cit.*, en especial págs. 695 a 702 y 720 y 721; Pictet, J., “Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire”, 4 vols., Ginebra, 1952, 1956, 1958 y 1959; Sandoz, Y., Swinarski, CH. y Zimmermann, B., “Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949”, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986; Fernández Flores, J. L., “Planteamiento general de las infracciones del Derecho de la Guerra y consideraciones de las atribuibles a los Estados y a las Organizaciones Internacionales”, en “Hacia un nuevo orden...”, *ob. cit.*, págs. 319 a 340.

El análisis de este precepto del Estatuto permite concluir que los apartados a), b) y c) del mismo son comunes a los arts. 50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III y 147 del IV; el apartado d) es común a los arts. 50 I, 51 II y 147 IV; los apartados e) y f) son comunes a los arts. 130 III y 147 IV; y, finalmente, los apartados g) y h) son específicos del art. 147 IV. Todos ellos, sin excepción, son mera y literal reproducción del texto de tales preceptos convencionales.

Se recogen, en consecuencia, sin excepción, en el art. 2 del Estatuto, todas las *incriminaciones comprendidas, como infracciones graves, en los Convenios de 1949, determinándose en función de la cualificación, o no, del sujeto pasivo si los actos previstos afectan a cualquiera de las víctimas de la guerra a que tratan de proteger los aludidos Convenios, o a quienes, dentro de tal genérico concepto, ostentan la específica cualificación de prisionero de guerra o civil.*

En todo caso, parece claro, a tenor de la mera trasposición textual efectuada, que el Estatuto centra la posibilidad de comisión de las infracciones de esta índole de que, eventualmente, haya de conocer el Tribunal Internacional en el concreto marco de los conflictos armados *internacionales*.

— *La violación de las leyes o usos de la guerra.*

Ya el *Tribunal de Nuremberg* reconoció que muchas disposiciones del Reglamento Anejo a la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas y se las consideraba, ya en 1939, *declaratorias de las leyes y usos de la guerra, así como que los delitos de guerra definidos en el inciso b) del art. 6 del Estatuto de Nuremberg (35) ya habían sido reconocidos como delitos de guerra con arreglo al derecho internacional y consagrados en el aludido Reglamento de La Haya. Dicho Reglamento de La Haya reconoce que el derecho de los beligerantes a conducir las hostilidades no es ilimitado y*

---

(35) El art. 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en su inciso b), señalaba como delitos sujetos a la jurisdicción del Tribunal: "... b) Crímenes de guerra, a saber, la violación de las leyes y las costumbres de la guerra. Tal violación abarcará, sin limitarse a ello, los crímenes, el ensañamiento sobre la población civil de los territorios ocupados, o su deportación a trabajos forzados o para otros fines, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar; la ejecución de rehenes; el pillaje de la propiedad pública o privada; la destrucción insensata de ciudades y aldeas, las devastaciones no justificadas por las circunstancias de la guerra".

que las normas aplicables a la guerra terrestre prohíben recurrir a ciertos métodos y medios de hacer la guerra, señalando su art. 22 que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo” y proscribiéndose particularmente, en el art. 23, *sin perjuicio de las prohibiciones establecidas por Convenios especiales*, “A) emplear veneno o armas envenenadas; B) matar o herir a traición individuos pertenecientes a la Nación o Ejército enemigo; C) matar o herir a un enemigo que, habiendo depuesto las armas o no teniendo ya medio de defenderse, se ha rendido a discreción; D) declarar que no se dará cuartel; E) emplear armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos; F) usar indebidamente la bandera de parlamento, la bandera nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos del Convenio de Ginebra; G) destruir o apoderarse de las propiedades enemigas, excepto los casos en que estas destrucciones o apropiaciones sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra”. A su vez, el art. 25 previene que “queda prohibido atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos”, y el art. 27 estipula, en su párrafo primero, que “en los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los hospitales y los centros de reunión de enfermos y heridos, siempre que no se utilicen dichos edificios con un fin militar” (en general, todo el Capítulo I -“de los medios de dañar al enemigo, de los sitios y de los bombardeos”- de la Sección Segunda -“de las hostilidades”- del Reglamento se dedica a la regulación de esta cuestión).

Estas normas convencionales que, interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nuremberg (36), han pasado a integrar el derecho consuetudí-

---

36) Siguiendo a Quintano Ripollés (cfr., ob. cit., págs. 567 a 582), podemos afirmar que los “War crimes” en sentido estricto (distintos y diferenciados, pues, de la delincuencia de guerra en sentido amplio, comprensiva, además de aquellos, de los crímenes contra la paz -art. 6 a) del Estatuto de Nuremberg- y contra la Humanidad -art. 6 c) del aludido Estatuto-), como infracciones del “ius in bello”, fueron determinados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en función de la infracción de normas prohibitivas, internacionales (Reglamentos y Convenciones de La Haya de 1907 y Ginebra de 1929 y Tratados de Washington de 1922 y Londres de 1930, sobre todo) e internas (Códigos Penales, comunes y militares, Reglamentos e instrucciones de campaña de las diversas armas). Frente a la capciosa alegación formalista según la cual por virtud de la cláusula *si omnes* consignada en el art. 2 de la Convención IV de La Haya de 1907 no obligaban sus preceptos más que respecto a los Estados contratantes (lo que para los súbditos de la URSS, que no era Parte ni en la Convención de 1907 ni en las de 1929, tuvo trágicas con-

nario, constituyen la base del art. 3 del Estatuto, que incrimina, con carácter de "numerus apertus" (pues hace constar que la lista no es exhaustiva), el empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios, la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares, los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos, la apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos y el pillaje de bienes públicos o privados.

Los apartados c) y d) de este precepto reproducen, respectivamente, el texto de los antes referidos arts. 25 y 27, párrafo primero, del Reglamento Anejo a la Convención IV de La Haya de 1907; a su vez, los apartados b) y e) son transcripción de idénticas tipificaciones cobijadas en el art. 6 b) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ("la destrucción insensata de ciudades y aldeas, las devastaciones no justificadas por las circunstancias de la guerra" y "el pillaje de la propiedad pública o privada"), que, a su vez, se inspiraban en preceptos del Reglamento anejo a la

---

secuencias -aplicación del tristemente famoso decreto de 7 de diciembre de 1941, denominado "Nacht und Nebel"-), determinó el Tribunal que "las reglas de la guerra terrestre contenidas en la Convención de La Haya, realizaron ciertamente un progreso del Derecho Internacional, pero de sus propios términos resulta que se trató de una iniciativa para revisar leyes y costumbres de guerra cuya existencia era ya ha tiempo reconocida. En 1939, pues, esas reglas contenidas en la Convención eran ya admitidas por todos los Estados civilizados y consideradas por ellos como la exposición codificada de las leyes y costumbres de guerra a que se refiere la letra b) del art. 6 del Estatuto". Concluye Quintano Ripollés que "en esta supremacía de las fuentes materiales sobre las meramente formales convencionales, estriba una de las mas preciosas y atrevidas innovaciones de la jurisprudencia norimberguense" (cfr. ob. cit., págs. 575 y 576).

El Tribunal de Nuremberg condenó por crímenes de guerra stricto sensu (el Cargo III de las acusaciones) a todos los acusados salvo a tres, siendo los supuestos mas graves y descollantes de los incardinados en tal calificación, además del mentado decreto "Nacht und Nebel" -"Noche y Niebla"-, las órdenes de torpedeamiento indiscriminado cursadas a los submarinos, la orden de 7 de octubre de 1942 por la que, arbitrariamente, se decidía el dar trato de espías y el consiguiente inmediato fusilamiento de los comandos militares enemigos y el decreto secreto por el que, mediante el eufemismo de la "acción de bala" (o "Kügel-action"), se preveía la muerte sin previo juicio de todo prisionero de guerra evadido y recapturado (salvo los británicos y norteamericanos), con flagrante infracción de los dos últimos párrafos del art. 8 del Reglamento de La Haya.

Sobre la cuestión atinente a los métodos y medios de hostilizar, cfr. de Preux, J., "Méthodes et moyens de guerre", en "Commentaire des Protocoles additionnels...", ob. cit., págs. 391 a 422.

Convención IV de La Haya de 1907 (arts. 23 G, in fine, y 28); finalmente, el apartado a) del art. 3 del Estatuto incrimina la conculcación de las interdicciones contenidas, sobre todo, respecto al empleo de armas tóxicas, tanto en el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos (Gaceta de Madrid de 6 de septiembre de 1929), y respecto a las atinentes a las armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios (o males superfluos) en la Declaración de San Petersburgo, de 29 de noviembre -11 de diciembre de 1868, con el fin de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, en el art. 23 E) del Reglamento Anejo a la Convención IV de La Haya de 1907 y en la Convención de las Naciones Unidas de 10 de octubre de 1980 sobre prohibición o restricción del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (ratificada por España mediante Instrumento de 3 de diciembre de 1993 -B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1994-, y en la que Yugoslavia era Parte desde el 24 de mayo de 1983, y, por sucesión, lo son Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina desde el 6 de julio de 1992, y el 2 de diciembre y el 1 de septiembre de 1993, respectivamente), en cuyo Preámbulo se afirma que es “principio de derecho internacional” tanto que “el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado” como el ¡“que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de hacer la guerra de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios” (37).

El hecho de que el elenco de conductas que se agrupan en este art.3 del Estatuto no tenga carácter tasado no es, a nuestro juicio, loable, ya que implica, obviamente, dejar abierto un portillo, con la consiguiente lesión del principio de legalidad, en su aspecto de garantía criminal, a la posibilidad de incriminación del empleo de “armas ilícitas”, actividad cu-

---

(37) El concepto de “sufrimientos innecesarios” ( y de los “males superfluos”), implica una prohibición del resultado y no directamente del medio o método de combate que, eventualmente, los produzca. En todo caso, el concepto de sufrimientos innecesarios, o inútiles, debe de circunscribirse no al dolor (que no es más que uno de los elementos del sufrimiento, y, además, de difícil comparación o equiparación entre individuos distintos), sino a las heridas, de modo que serán los medios (armas) de combate susceptibles de originar, o que originen, heridas o lesiones innecesarias (es decir, superfluas o gratuitas) los que se proscriben; la naturaleza de la herida o la intensidad del sufrimiento, de una parte, y la necesidad militar, de otra, habrán de ponderarse para determinar la gratuidad, o no, del sufrimiento ocasionado con el empleo efectivo de determinados medios de combate.

ya incriminación como infracción grave fue rechazada en la Conferencia Diplomática de Ginebra (1974-1977) que elaboró los Protocolos Adicionales de 1977 (38); no puede, pues, considerarse que forme parte del derecho internacional consuetudinario la incriminación genérica del empleo de armas tóxicas o de armas que causan sufrimientos innecesarios, dada la ausencia de precedente convencional o jurisprudencial de esta incriminación, sino que, por el contrario, se ha visto ha poco tiempo a los Estados rechazar una propuesta tendente a incriminar este empleo de armas ilícitas (39), y no nos parece que pudiera ampararse una posible incriminación del empleo de armas distintas de las señaladas en el apartado a) del art. 3 del Estatuto en su calificación como “actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” a que, en relación con la consagración de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, dedica su apartado 2 el art. 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (40), y en el que Yugoslavia era Parte, ya que el fracaso en el intento de positivizar convencionalmente aquella regla prohibitiva es clara muestra de la falta de la “*communis opinio*” o, al menos, el generalizado consenso de la comunidad internacional acerca de lo que ha de entenderse como un principio general, y, en todo caso, ello sería contrario a la caracterización como derecho consuetudinario que se quiere otorgar a la observancia de las leyes o usos de la guerra (Doc. S/25704, párrafos 41 y 42, in fine) (41).

En todo caso, las únicas violaciones, graves obviamente (tal y como resulta del mandato del art. 1 del Estatuto), no comprendidas en alguno de los cinco apartados del art. 3 del Estatuto de manera expresa de que podría conocer el Tribunal Internacional como violaciones de las leyes o usos de la guerra, serían las comprendidas en los arts. 11.4 y 85.2,3 y 4 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (ello sin entrar en la cuestión de la aplicabilidad, a estos efectos, del Protocolo I,

---

(38) De Preux, J., ob. cit., págs. 404 a 410.

(39) David, E., ob. cit., págs. 577 y 578.

(40) Ratificado por España mediante Instrumento de 27 de abril de 1977 (B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977).

(41) El criterio según el cual la expresión “leyes o usos de la guerra” incluye las obligaciones derivadas de convenios vigentes en el territorio, que expresaron en sus explicaciones de voto a la Resolución 827 (1993) los representantes de Estados Unidos, Francia y el Reino Unido (Doc. S/PV. 3217), no es óbice a aquella postura.

obviada, como se expresó, por la Resolución 827 -1993-), siempre que no resulten susceptibles de subsunción en las calificaciones comprendidas en el art. 2 del Estatuto (mutilaciones físicas; poner en grave peligro la salud o la integridad física o mental; someter, aun mediando su consentimiento, a persona protegida a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte de que sea súbdito el responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, incluyendo las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes; los ataques indiscriminados o excesivos; hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, atacar a la población civil o personas civiles, atacar obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, atacar localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, atacar a sabiendas a una persona fuera de combate y hacer uso péfido del signo distintivo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios de 1949 o el Protocolo I Adicional de 1977, siempre que tales actos causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud; los actos definidos como infracciones graves en los Convenios de 1949 -expuestos en el art. 2 del Estatuto- cometidos contra combatientes y prisioneros de guerra, personas que han tomado parte en las hostilidades, refugiados y apátridas en poder de una Parte adversa en los términos de los arts. 44, 45 y 73 del Protocolo I Adicional, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por dicho Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el Protocolo I Adicional; y, finalmente, trasladar por el ocupante parte de su propia población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población del mismo en violación del art. 49 del Convenio IV, la demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal, el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos y siempre que tales bienes no estén

situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario, siempre que todos estos actos se cometan intencionalmente -es decir, no cabe la comisión imprudente- y en violación de los Convenios de 1949 o el Protocolo I de 1977).

— *El genocidio.*

El término genocidio, empleado formalmente por vez primera junto a la específica referencia a los grupos protegidos en el Acta de acusación de Nuremberg de 8 de octubre de 1945 (nunca fue recogido en el texto de la Sentencia), fue declarado delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los propósitos de las Naciones Unidas y condenado por el mundo civilizado por la ya aludida Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946, que lo concibió como la negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, ya sea por motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquiera otra índole, siendo actos genocidas los perpetrados con la intención de destruir en todo o en parte uno de dichos grupos.

Conceptualmente nace el genocidio del delito contra la humanidad, siendo palmaria la íntima relación originaria, desde el punto de vista morfológico, entre ambas figuras, tal y como se desprende del análisis del art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg. Aunque el Fallo norimbergense sólo sancionó, como delitos contra la humanidad, los hechos de este tipo cometidos a partir del 1 de septiembre de 1939, conservando así la conexión de este tipo delictivo con los delitos de guerra en sentido estricto, a lo largo del proceso se puso de manifiesto la demasiado frecuente constricción del Tribunal Militar Internacional, por mor del texto del Estatuto de 1945, al episodio de la guerra determinante de su competencia, episodio que en los casos de los delitos más atroces era claramente desbordado, por lo que tal insuficiencia hizo patente la necesidad de una nueva y específica norma de protección penal de las minorías y grupos; la Resolución 96 (I), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, aceptó la Recomendación de la VI Comisión del Consejo Económico y Social de "reconocer que el genocidio es un crimen de Derecho de Gentes condenado por el mundo civilizado cuyos principales autores y sus cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados, obrando por razones raciales, religiosas, políticas u otras", Recomendación que obedecía, a su

vez, a una solicitud dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por Cuba, la India y Panamá.

La Convención de 9 de diciembre de 1948 superará aquellas restricciones, al constituir ex ovo al genocidio como figura delictiva autónoma y referirse a la posibilidad de comisión del mismo tanto en tiempo de paz como de guerra, criterio que, acertadamente, sigue el art. 4 del Estatuto del Tribunal Internacional de 1993, que, a diferencia de los arts. 2 (que, al referirse a infracciones contenidas en los Convenios de 12 de agosto de 1949 subordina, cual se dijo, la posibilidad de que los hechos puedan ser subsumidos en él a la comisión de los mismos durante o en ocasión de un conflicto armado internacional), 3 (pues la violación de las leyes o usos de la guerra sólo es posible, obviamente, en el caso de que las mismas adquieran virtualidad y aplicabilidad, es decir, en el supuesto de conflicto armado) y 5 (que expresamente exige que los delitos que en él se señalan se cometan durante un conflicto armado, interno o internacional) del mismo no requiere, para calificar de genocidio los actos en él enumerados que sean los mismos cometidos durante un conflicto armado, interno o internacional, por lo que, en hipótesis, podría el Tribunal Internacional enjuiciar tales hechos cometidos desde el 1 de enero de 1991 en cualquiera de los Estados surgidos en el territorio de la ex-Yugoslavia aun cuando en dicho territorio o en el tiempo de ocurrencia de tales hechos no fuere posible estimar la coetanea existencia de un conflicto armado.

La Convención de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y la sanción del delito de Genocidio confirma que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho Internacional por el que se procesará y castigará a los culpables. *Actualmente se considera que la Convención forma parte del derecho internacional humanitario* (Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1951, sobre las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio) (42).

---

(42) El autor de la incriminación contenida en el art. 6 c) de Nuremberg fue uno de los redactores del Estatuto, el Juez norteamericano H. Jackson, posteriormente Presidente de la delegación norteamericana integrante del Ministerio Público ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. El texto del art. 6 c) rezaba así: "Crímenes contra la humanidad, a saber, asesinatos, exterminios, esclavización de personas, la deportación y otros actos inhumanos perpetrados contra la población civil, antes o después de la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con la perpetración de cualquier delito de la jurisdicción del Tribunal o relacionado con ella,

El Estatuto señala, en el apartado 2 de su art. 4, reproduciendo literalmente el art. 2 de la prerreferida Convención, que se entenderá por genocidio “cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

A continuación, en su apartado 3, el art. 4 del Estatuto, transcribiendo el art. 3 de la Convención de 1948, declara punibles, con el indisimulado propósito de abarcar todas las posibles formas de ejecución de la conduc-

---

independientemente del hecho de que estos actos hayan o no violado las leyes internas del Estado donde hayan sido cometidos”.

Si era, y fué, en consecuencia, posible, incriminar en Nuremberg hechos calificados de delitos contra la Humanidad acaecidos temporalmente antes del comienzo de las hostilidades, durante su desarrollo y después de finalizadas, ello, con relación a los delitos de lesa humanidad comprendidos en el art. 5 del Estatuto de 1993, resultará ahora imposible, habida cuenta del ámbito de competencia a que, desde el punto de vista cronológico, se limita expresamente la del Tribunal Internacional por mor de lo estipulado en los arts. 1 y 8 de dicho Estatuto.

Sobre la gestación del crimen contra la humanidad, y más concretamente, del genocidio, como especie delictiva no vinculada a la guerra, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., pags. 613 y sigs. (aun cuando lo cierto es que en el Fallo de Nuremberg se conecta esta especie delictiva con la guerra, al afirmar que “por repulsivos y atroces que sean los hechos probados, no se puede declarar de una manera general que los anteriores al 1 de septiembre de 1939 constituyan, en el sentido del Estatuto, crímenes contra la Humanidad”).

Sobre el concepto de genocidio, cfr. Lemkin, R., “Axis rule in Occupied Europe”, Washington, 1944, “Le crime de genocide”, *Revue de Droit International*, 1946, pags. 213 y sigs. y “Le Genocide”, *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, 1946, pags. 183 y sigs.; Blanc Altemir, A., “La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990, pags. 171 a 213; Miaja de la Muela, A., “El genocidio, delito internacional”, R.E.D.I., 1951, Vol. IV; frente a la sustancialidad del concepto sostenida por la mayoría de la doctrina, algunos consideran que falsea la noción exacta del crimen contra la humanidad, dándole una significación demasiado particular, limitada por sus medios (atentado a la vida solamente) y extensa por su objeto (exterminación racial), de modo que aun cuando el genocidio constituye, “sin duda, el más grave y el más típico de los crímenes contra la humanidad”, no es el único (cfr. Graven, J., “Les crimes contre l’humanité”, R.C.A.D.I. 1950-I, t. 76, pag. 478).

Sobre las reservas a la Convención de 1948, cfr. Díez de Velasco, M., “El Sexto Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las reservas a la Convención sobre el genocidio”, R.E.D.I., 1951, pags. 1029 a 1089.

ta típica, los siguientes actos: a) el genocidio; b) la conspiración para cometer genocidio; c) la instigación directa y pública a cometer genocidio; d) la tentativa de genocidio; y e) la complicidad en el genocidio.

Frente a la consideración de los tipos cobijados en los arts. 2 y 3 del Estatuto como pluriofensivos, dado que en ellos se protegen diversos bienes jurídicos (la vida, la integridad, incolumidad y salud física y mental, la supervivencia, la libertad y determinados derechos o garantías fundamentales reconocidos a las personas protegidas, así como la integridad e incolumidad de un conjunto de bienes -en función de factores tales como la entidad o extensión del resultado destructivo, la propia individualidad de los bienes afectados o el número de los mismos- o la propiedad, pública o privada -incriminando tanto el pillaje o saqueo sistemático, como el mero apoderamiento tanto de bienes ajenos ya sea en gran escala, sin necesidad militar o en forma ajena a las prescripciones legales al efecto, como de determinados bienes culturales o lugares de culto-), el contenido de este art. 4 ( y el del art. 5) del Estatuto garantiza, tan sólo, la salvaguarda de un bien jurídico (la integridad del grupo o de la población civil -no de sus individuos,- como tales), por lo que el tipo de que se trata ha de ser considerado uniofensivo.

— *Crímenes de lesa humanidad.*

Aun cuando el nomen de “crime contre l’Humanité” había sido ya bajado frecuentemente en la doctrina, citándose su fuente, esto es, las “leyes de Humanidad”, en el Preámbulo de la IV Convención de La Haya de 1907, la incriminación en 1945 del delito contra la Humanidad (“Crime against Humanity” en la terminología original del art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg) supuso, desde el punto de vista positivo (43), una nueva tipología jurídico-criminal, en la que, a diferencia de lo ocurrido con los delitos de guerra y contra la paz (que contaban con una sólida y constante tradición ideológica e incluso con una abundante serie de fuentes normativas internacionales, aunque no estrictamente penales, sino penalizadas a posteriori en el propio Estatuto, constituyendo la gran novedad el hecho mismo de la incriminación en tal vía, pero no su estructura morfológica), su tipificación resultó original, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, ya que, aún arraigado profundamente en la conciencia

---

(43) Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 607 y 608.

universal y respondiendo con fidelidad máxima a postulados de la más elemental justicia, no había sido formulada jamás en términos de derecho internacional; esta incriminación, que comprendía, en definitiva, los delitos que atentaban a la vida e integridad de las personas, supuso una trasposición de los Códigos Penales internos al orden internacional (44).

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio de 26 de abril de 1946 no aporta novedad sustancial en la materia, caracterizando a los delitos contra la Humanidad en su art. 5 c), si bien la definición de los mismos cobijada en el aludido precepto, en contraste con la mayor complejidad de la contenida en el art. 6 c) del Estatuto londinense, destaca por su simplicidad conceptual (45).

Partiendo, pues, de que esta figura delictiva fue reconocida, inicialmente, en el Estatuto y Fallo del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania (Kontrollratsgesetz), de 20 de diciembre de 1945 (por la que los Aliados crearon, en sus respectivas zonas de ocupación en Alemania, jurisdicciones locales constituidas por Tribunales Militares -Tribunales de Ocupación-, disponiendo que cada Potencia ocupante podría juzgar, en su zona, a Oficiales alemanes de bajo rango autores de “crímenes menores” -o individualizados-), Ley en cuyo art. 2 se añade a la definición enumerativa del art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg la violación, el Secretario General de las Naciones Unidas afirma (Doc. S/25704, párrafos 47 y 48) que son los que *afectan a la población civil* y están proscritos *aun cuando* se hayan cometido durante un conflicto armado, ya sea internacional o interno; son actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas. En el conflicto que tiene lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia, esta clase de actos inhumanos ha adoptado *la forma de la llamada “depuración étnica” y de violaciones y otras formas de agresión sexual generalizadas y sistemáticas*, incluida la prostitución forzada.

---

(44) Fernández Flores, J. L., “Del Derecho de...”, ob. cit., pág. 187.

(45) El art. 5 c) del Reglamento de Tokio rezaba así: “la muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos perpetrados antes o durante las hostilidades y la persecución por motivos políticos o raciales”. Como afirma Quintano Ripollés (cfr. ob. cit., pág. 615), la figura gana sustantividad en la norma extremoriental, pues no hay en este artículo alusión alguna a las conexiones con los demás crímenes de guerra propios de la jurisdicción del Tribunal, ni tampoco a las legislaciones internas, extremos que más bien arrojaron confusión en la doctrina jurisprudencial de Nuremberg.

A tal efecto, es de destacar que, en relación con el art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y relativo a las disposiciones que, como mínimo, se han de aplicar en caso de un conflicto armado que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes y que no sea de índole internacional, el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en su Sentencia de 27 de junio de 1986 (recaída en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra los Estados Unidos de América), afirma la existencia de “principios generales básicos de derecho humanitario respecto de los que, a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión”, en clara referencia a aquel art. 3 común, que contiene reglas “que corresponden a lo que se llamó en 1949 “consideraciones elementales de humanidad””, que no pueden contravenirse durante un conflicto armado, sea de carácter internacional o interno (46). En consecuencia, las prohibiciones mínimas derivadas del art. 3 común a los Convenios de 1949 son las concernientes a la obligación de tratar con humanidad, en todas circunstancias, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo, a las personas que no participen directamente en las hostilidades (expresión que, por antonomasia, designa a la población civil), incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, estando y quedando prohibidos, respecto a tales personas, en cualquier tiempo y lugar, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios, la toma de rehenes, los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, y las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio emitido por un Tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El art. 5 del Estatuto incrimina los siguientes actos, “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, *interno o internacional*”: a) el asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; e, i) otros actos inhumanos.

---

(46) CIJ, Recueil, 1986, págs. 113 y 114.

Los actos incriminados en los apartados a), b), c), d) e i) reproducen, *expressis verbis*, la dicción de los arts. 6 c) del Estatuto de Nuremberg y 5 c) del Reglamento del Tribunal de Tokio; el apartado h) reproduce literalmente la redacción del Estatuto de Nuremberg (el de Tokio se refería, tan sólo, a “persecución por motivos políticos o raciales”, omitiendo los religiosos); el apartado g) reproduce el contenido del art. 2 de la Ley número 10 del Kontrollratsgesetz, de 20 de diciembre de 1945, que a la enumeración de actos contenida en el art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg añadió, cual quedó dicho, la violación; finalmente, el encarcelamiento y la tortura, comprendidos en los apartados e) y f), trasponen, a nuestro juicio, a este precepto del Estatuto de 1993 las prohibiciones que, con carácter general, se contienen respectivamente, en los apartados d) y a) de la disposición 1ª del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

El comentado art. 5 del Estatuto, en su literalidad, limita la ocasión en que pueden cometerse los hechos o delitos que, en el mismo, se enumeran al supuesto de conflicto armado, internacional o interno (mientras que el Secretario General -Doc. S/25704, párrafos 47 y 48- admitía -“aun cuando...”- su posible comisión tanto en época de paz como de conflicto armado). Se plantea aquí, con todo rigor y de manera obligada, la necesidad de discernir, por el Tribunal, el derecho de los conflictos armados que sería aplicable específicamente en cada caso, para lo que, en primer lugar, el órgano jurisdiccional habrá de determinar cual sea la naturaleza del conflicto en el marco o desarrollo del cual se hayan cometido los hechos sometidos a su conocimiento y provisoriamente calificados como alguno de los delitos que integran los de lesa humanidad en el art. 5 del Estatuto.

En el territorio de la ex-Yugoslavia, y, en concreto, en las Repúblicas de Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, a partir del 1 de enero de 1991 se desarrollaron conflictos tanto internos como internacionales. Partiendo del hecho de que un conflicto armado puede comenzar por ser interno para, a continuación, convertirse en internacional, los conflictos en que fuerzas eslovenas y croatas se enfrentaban al Ejército Nacional Yugoslavo (JNA) con anterioridad al reconocimiento, siquiera implícito, de la secesión de ambas Repúblicas por el Gobierno de Belgrado, o el enfrentamiento, exclusivamente de milicias serbias y croatas de Bosnia-Herzegovina, al Gobierno de Sarajevo, han de calificarse de conflictos internos; pero cuando, en el marco del desarrollo de tales conflictos, se enfrentan fuerzas de un Estado secesionista al Estado de origen, a otro Estado secesionista, o se produce una intervención exterior, dichos con-

lictos internos se convierten en internacionales (47), tal y como ya expusimos, con los efectos que también quedaron apuntados.

El conflicto que se desarrolla en el territorio de Bosnia-Herzegovina creemos que tiene carácter interno, a efectos de la aplicación del Estatuto del Tribunal, desde el 1 de enero de 1991 a una fecha que, según el criterio que utilice el Tribunal, podría ser el 27 de abril de 1992 (fecha de institución de la República Federativa de Yugoslavia integrada por las de Serbia y Montenegro, con el consiguiente reconocimiento implícito de la secesión de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia), o el 13 de julio de 1992 (fecha en que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó, en su 3093ª sesión, la Resolución 764 -1992-, en la que, implícitamente también, se reconoce que el conflicto que se desarrolla en Bosnia-Herzegovina tiene carácter internacional, al disponer en su párrafo dispositivo 10 que “todas las partes -en tal conflicto- tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949” -Convenios, estos, que, a tenor de lo prevenido en el art. 2 común a los cuatro, se aplicarán “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas”, y “en todos los casos de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque la ocupación no encuentre resistencia militar”-) (48).

En consecuencia, si, por mor de la redacción del art. 5 del Estatuto, el Tribunal Internacional no tendrá dificultades derivadas de la fecha de comisión, a partir del 1 de enero de 1991, de hechos que puedan ser incardinados en aquel precepto como constitutivos de un presunto delito de lesa humanidad (pues es indiferente que tales hechos hayan sido cometidos en la “fase interna” o en la “fase internacional” del conflicto que tiene lugar en el territorio de Bosnia- Herzogovina, siempre que sean posteriores al

---

(47) David, E., ob. cit., pág. 670.

(48) El párrafo dispositivo 10 de la Resolución 764 (1992), de 13 de julio de 1992, reza que el Consejo de Seguridad “reafirma que todas las partes tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son personalmente responsables de dichas violaciones”.

Como ya expusimos, debería, al menos teóricamente, discernir el Tribunal, en cada caso, el derecho aplicable en función de los problemas derivados de la sucesión en materia de tratados.

“dies a quo” fijado en el art. 8 del Estatuto -el 1 de enero de 1991-), no ocurre igual, al menos en pura teoría, con los delitos comprendidos en los arts. 2 y 3 del Estatuto, ya que estos sólo pueden ser cometidos en el marco o durante el desarrollo de un conflicto armado internacional, por lo que, dada la ausencia en ellos de una cláusula conceptualmente omnicompreensiva (y que abarcara tanto a los conflictos internos como a los internacionales) similar o idéntica a la contenida en el art. 5, tal vez tenga dificultades, al menos desde el punto de vista teórico, el Tribunal para, al examinar su propia competencia, concluir que puede conocer de aquellos hechos que, cometidos en el territorio de Bosnia-Herzegovina con anterioridad a la fecha en que se estimare que el conflicto desarrollado sobre él ha devenido de carácter internacional (el 27 de abril o el 13 de julio, ambos de 1992), hayan de calificarse, provisionalmente, como constitutivos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 o como violaciones de las leyes o usos de la guerra.

El problema, es, en todo caso, más teórico que real, al menos en su posibilidad de consideración en la práctica, pues, como se dijo, la Comisión de Expertos, en su Informe Provisional (49), concluyó que “las reglas aplicables a los conflictos armados *internacionales* pueden aplicarse al conjunto de los conflictos armados que tienen por escenario el territorio de la ex-Yugoslavia”, habida cuenta de la naturaleza y complejidad de tales conflictos y la multiplicidad de acuerdos sobre cuestiones humanitarias que entre sí han concluido las partes.

El art. 5 del Estatuto, por otra parte, limita el sujeto pasivo de estos delitos de lesa humanidad a los miembros de la población civil, cuyo concepto viene determinado en el art. 4 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (definición de personas protegidas). Aún cuando el art. 50 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 lleva a cabo una evidente ampliación del concepto de personas civiles y de población civil, e independientemente de la dudosa posibilidad de aplicación de este último concepto extensivo por el Tribunal Internacional, es palmario que jamás podrán ser incluidos en el concepto de persona civil o población civil las personas pertenecientes a las categorías señaladas en el art. 4.A. 1), 2), 3) y 6) del Convenio III de 1949 (prisioneros de guerra) y los miembros de

---

(49) Informe Provisional (Doc. S/25274, de 26 de enero de 1993) de la Comisión de Expertos establecida por el Secretario General de las Naciones Unidas de acuerdo con lo interesado en el párrafo dispositivo 3 de la Resolución 780 (1992), de 6 de octubre de 1992, del Consejo de Seguridad, pág. 14.

las fuerzas armadas, aún cuando sean heridos, enfermos o náufragos, se hallen fuera de combate o hayan dejado de combatir. En consecuencia, ha de tenerse presente la limitación que, en orden al elemento subjetivo que constituye el bien jurídico (de carácter subjetivo y, obviamente, genérico, ya que el concreto bien jurídico objeto de protección es una pluralidad de bienes y valores tales como la vida, la integridad física o mental, la libertad de desplazamiento, la libertad sexual, la identidad racial, la libertad política o religiosa, etc.) protegido, se introduce en el art. 5 del Estatuto, lo que impedirá que estos delitos de lesa humanidad, algunos de los cuales pueden cometerse contra la generalidad de los prisioneros, heridos, enfermos, náufragos o combatientes fuera de combate o que hayan dejado de combatir, y que no pueden ser subsumidos, específicamente, en el art. 2 del Estatuto (la esclavitud, el exterminio, la deportación, el encarcelamiento, la violación y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos), puedan ser sancionados en estos últimos supuestos con arreglo al primero de los citados preceptos, con lo cual quedarían impunes como tales delitos de lesa humanidad.

Es cierto que en Nuremberg los delitos contra la humanidad se caracterizaron por haber de tener un origen o finalidad ideológica, es decir, política, racial o religiosa, además de un carácter colectivo, o masivo, pero en el Proyecto de Código de delitos contra la paz adoptado en 1991 por la Comisión de Derecho Internacional (50) se extendió la incriminación, al sustituir el concepto de delito contra la humanidad por la noción de “violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos”, comprensiva del homicidio intencional, la tortura, la esclavización, la persecución por motivos sociales, políticos o raciales, y la deportación de poblaciones, de modo que, salvo para el caso de la deportación (que ha de afectar a poblaciones enteras, lo que, de hecho, viene a ser similar, pues lleva ínsito el carácter colectivo), se exige que los hechos sean masivos o sistemáticos, y se restringe aquel elemento teleológico (finalidad política, racial o religiosa) a la acción de persecución (51).

---

(50) Rapport C.D.I., 1991, pág. 289.

(51) Sobre esta cuestión resultaba premonitoria la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, adoptada en su 1748ª sesión plenaria, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados (y origen de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, que tuvo como resultado los dos Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977), en la que, tras reconocer que “es necesario aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados”

En consecuencia, el Estatuto de 1993 expande la noción de delitos contra la humanidad, calificando como tales a una serie de acciones autónomas con independencia de que tengan, o no, carácter masivo o sistemático o una finalidad o motivación política, racial o religiosa (salvo la persecución, en la que ha de concurrir, *ope legis*, tal motivación, si bien, dada la redacción alternativa del precepto -por el empleo de la disyuntiva "o"-, bastaría que concurriera uno de tales fines o motivos -político, racial, religioso- para que haya de entenderse integrado el tipo delictivo). Por otro lado, del análisis del párrafo 48 del Informe del Secretario General de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704) se deduce que, aparte de los enumerados en el art. 5 del Estatuto, los motivos de la persecución pueden ser "nacionales" y "étnicos"; creemos que no es posible sino considerar, en una interpretación integradora, que las razones nacionales se asimilan a las políticas y las étnicas a las raciales, pues no parece adecuado ampliar, por esta vía, el elenco de motivaciones, con el consiguiente deterioro del principio de legalidad; aun cuando el Secretario General en su Informe de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704, párrafo 48, inciso primero) parece considerar que las razones "nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas" han de concurrir en todos los actos comprendidos en el art. 5 (a título enumerativo alude a algunos "tales como el asesinato, la tortura o la violación"), sin excepción, además del carácter masivo o sistemático, para poder calificar tales actos como delitos de lesa humanidad, una nomofilaxis lógico-gramatical e integradora del texto del art. 5 del Estatuto puede permitir considerar que se encuentra implícito en el mismo el requisito del carácter colectivo, o masivo, de los actos que se enuncian en sus nueve apartados, ya que, siendo el sujeto pasivo de todos ellos "la población civil", y visto el concepto plural que de la misma ofrece el

---

y tomando nota de la Resolución XXIII sobre los derechos humanos en los conflictos armados, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 12 de mayo de 1968, cuyas disposiciones afirma que es necesario que sean efectivamente aplicadas lo antes posible, "afirma la Resolución XXVIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena en 1965, en la que, entre otras cosas, se establecen los siguientes principios para su observancia por todas las autoridades, tanto gubernamentales como de otro carácter, responsables de las operaciones en los conflictos armados: a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo; b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal; c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participen en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible".

párrafo primero del art. 4 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (“las personas que en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea, se encontraren, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una Parte contendiente o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”), pudiera coonestarse dicho precepto con el art. 2 del Estatuto, de modo que subsumiendo la esclavitud y el encarcelamiento del art. 5 en la reclusión ilícita del apartado g) del art. 2 e incluyendo la violación en el apartado c) del aludido art. 2, cuando los actos reseñados en el art. 5 no tengan carácter masivo (es decir, no recaigan sobre una “población civil” como tal, sino sobre una persona protegida por el Convenio IV de 1949), careciendo de un sujeto pasivo pluripersonal, podrían incardinarse en el art. 2; no es posible, por contra, salvo mediante una interpretación extensiva de todo punto incompatible con las reglas de la hermeneusis y con el principio de legalidad en el ámbito penal, entender que la motivación política, racial o religiosa se encuentra presente en todo acto de los comprendidos en el art. 5, siempre que sea masivo o sistemático y tenga por víctima a la población civil. Si es posible en recta hermeneusis considerar que todos los actos comprendidos en el art. 5 del Estatuto han de tener carácter colectivo o sistemático, la colocación de la motivación política, racial o religiosa en el apartado h), tan sólo, de aquel precepto, veda, de todo punto, extender dicha exigencia fuera de los estrictos límites en que el legislador internacional la ha situado.

En realidad, esta interpretación conduce a entender que el Estatuto tiende a abolir las diferencias entre los hechos contenidos en su art. 5 (salvo la persecución) y los delitos de guerra propiamente dichos correspondientes a tales hechos, y contenidos en su art. 2, y los correspondientes delitos comunes; creemos que sólo el carácter masivo de tales hechos, cuyo sujeto pasivo sea una población civil como tal, con abstracción del análisis de la concurrencia en ellos del elemento intencional o teleológico que presida su comisión, y de la propia naturaleza de éste, permitiría considerarlos subsumibles en el art. 5 del Estatuto, siendo tal interpretación acorde con lo expresado por el Secretario General en su Informe de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704, párrafo 48), según el cual “los crímenes de lesa humanidad son actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, lo que palmariamente exige el carácter sistemático (o generalizado) y masivo (por referencia a la población civil sobre la que ha de recaer el ataque), pero no una concreta finalidad que presida o guíe dicha actuación. Se ha llegado a

calificar el texto del art. 5 del Estatuto como “complejo y hasta cierto punto sorprendente”, estimándolo criticable por distintas razones, entre las que se destacan la referencia al exterminio (concepto descartado por la C.D.I., en la medida en que o bien constituye genocidio o bien supone un asesinato masivo), y “muy especialmente por la conexión que hace entre crímenes de lesa humanidad y la existencia de un conflicto armado”, conexión que si tuvo origen en la noción de crimen contra la humanidad de los Estatutos de Nuremberg y Tokio, ha ido siendo sustituida por la autonomía de dicho concepto respecto de la existencia de un conflicto armado en base al desarrollo progresivo de normas de protección de la población civil durante los conflictos armados y del derecho internacional de los derechos humanos (52).

Mientras que los arts. 6 c) y 5 c) de los Estatutos de Nuremberg y Tokio limitaban los delitos contra la humanidad a los hechos cometidos contra la población civil, calificación del objeto o sujeto pasivo de los mismos que implicaba, ineluctablemente, que en caso de recaer aquellos actos sobre miembros de las fuerzas armadas, o, en general, combatientes, heridos, enfermos, náufragos o prisioneros de guerra enemigos, hubieran de estimarse constitutivos de delitos de guerra en sentido estricto, en el ámbito del conflicto desarrollado en la ex-Yugoslavia cuando el hecho a calificar hubiere sido cometido en el seno de la fase no internacional de cada uno de los concretos conflictos de tal índole que tuvieron y tienen lugar en territorios yugoslavos, los hechos comprendidos en el art. 5 del Estatuto no podrían ser calificados como delitos de lesa humanidad en el caso de tener como sujetos pasivos a personas que no puedan ser calificadas, en el desarrollo de un conflicto armado interno, como no participantes en el mismo (es decir, cuando recaigan sobre participantes, propiamente dichos, en las hostilidades, miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa) (53), ni, obviamente, podrían ser calificados como delitos de guerra en sentido estricto del art. 2 del Estatuto (sólo imaginables en el supuesto de un conflicto in-

---

(52) Cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., pags. 232, 233 y 234; concluye afirmando que “desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae* del Tribunal Internacional esta limitación no será decisiva, puesto que su propia jurisdicción va ligada a la existencia de un conflicto armado, pero planteará problemas de solapamiento con otros artículos del Estatuto, en especial el art. 2, y desde luego no contribuye en absoluto a superar la confusión existente respecto a los distintos tipos penales”.

(53) Art. 3.1, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

ternacional), con la consecuente necesidad de calificar tales hechos con arreglo al derecho interno y con su consiguiente sustracción a la competencia del Tribunal Internacional. El problema, no obstante, resulta ser, como dijimos, más teórico que práctico, ya que si no se reconoce la existencia de fases de conflicto interno en cada uno de los conflictos habidos en la ex-Yugoslavia, dada su naturaleza y complejidad (lo que permite aplicar a los mismos "las reglas aplicables a los conflictos armados internacionales" -Doc. S/25274, de 26 de enero de 1993-), carecería de sentido plantear la posible diferencia de calificación de estos hechos integrantes de los delitos de lesa humanidad en el art. 5 del Estatuto en función tanto del tipo de conflicto en el seno del cual se lleven a cabo como de la afectación a la población civil o a otra clase de personas protegidas (54).

Respecto al concepto cobijado en el apartado i) del art. 5 del Estatuto, relativo a "otros actos inhumanos", nos hallamos ante un tipo penal en blanco, que debe, so pena de violentar el principio de legalidad, en su aspecto de garantía criminal y de seguridad jurídica, rellenarse con un elenco tasado de conductas. Creemos, a tal efecto, que en el Informe S/25704, de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704, párrafo 48, último inciso), el Secretario General de las Naciones Unidas brinda una interpretación de autoridad acerca de que actos inhumanos, no señalados en los apartados anteriores, integran este concepto, de acuerdo con la cual en este apartado se comprendería, exclusivamente, y sin posibilidad de ampliación a otros hechos, la llamada "*depuración étnica*", las *violaciones y las demás formas de agresión sexual* incluida la prostitución forzada, siempre que concurren en ellas los requisitos de ser generalizadas (en el sentido, creemos, de numerosas o repetidas, es decir, no esporádicas o aisladas, lo que conlleva la presunción de una previa planificación) y sistemáticas (en el sentido, antes aludido, de *masivas o colectivas*). En todo caso, la depuración o limpieza étnica será, en ocasiones, difícil de distinguir del genocidio, pudiendo, tal vez, incluirse en el apartado i) del art. 5 del Estatuto, y en el concepto de "*depuración étnica*", los hechos previstos en el apartado 2 del art. 4 anterior siempre que no pudiera apreciarse en ellos la concurrencia del elemento intencional o teleológico de la destrucción grupal (el fin perseguido puede ser, por el contrario, la despoblación de un territorio, a fin de conseguir en él el "equilibrio" o la "homogeneidad" raciales mediante la expulsión de quienes pertenezcan a grupos étnicamente dife-

---

(54) Sobre la cuestión, cfr. David, E., ob. cit., págs. 581 y 582.

rentes). No creemos, en consecuencia, que fuera posible incluir bajo el concepto de "otros actos inhumanos" los actos previstos en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, cuando afecten, lógicamente, con carácter colectivo o masivo, a la población civil y los previstos en los arts. 11.1, 2 y 4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional de 1977, en el mismo supuesto.

Finalmente, en la dirección apuntada merecería especial consideración la posibilidad de incluir, por vía jurisprudencial, en el apartado i) del art. 5 del Estatuto la violación grave y en gran escala de los derechos humanos fundamentales, derechos cuyo carácter absoluto ha sido reconocido, directa o indirectamente, por la jurisprudencia internacional (55); a tal efecto, podría estimarse comprendido en aquel apartado, como acto inhumano integrante de un delito de lesa humanidad, la violación grave y en gran escala de aquellos derechos humanos que se inscriben en la categoría normativa del *ius cogens*, inderogables en todo momento o circunstancia, inderogabilidad que, en el caso concreto del conflicto yugoslavo, se referirá a la prohibición expresa de su derogación contenida en los instrumentos jurídico-internacionales de derechos humanos que contemplen la posibilidad de que los Estados Partes en los mismos suspendan o deroguen otros derechos proclamados y garantizados y en los que fuera Parte Yugoslavia (los arts. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos consideraran como inderogables el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y el derecho a las mínimas garantías jurídicas y procesales). Esta consideración apuntada tendría su justificación en el principio sentado por el Tribunal

---

(55) El Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto del Estrecho de Corfú (C.I.J., Recueil, 1949, pág. 22), afirma la obligación de las partes de tener en cuenta "las consideraciones elementales de humanidad más absolutas tanto en tiempo de paz como de guerra", lo que implica la consideración de las mismas como de *ius cogens*, y en el mismo sentido se interpretan por una parte de la doctrina las consideraciones del Tribunal en el dictamen relativo a las reservas al Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio (C.I.J., Recueil, 1951, pág. 23). A su vez, en el asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (C.I.J., Recueil, 1970, pag. 32), el Tribunal afirma que las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto conciernen a todos los Estados (son obligaciones "erga omnes") y dimanar, entre otros, "de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana...". Sobre la cuestión, cfr. Blanc Altamir, A., ob. cit., págs. 49 y sigs. y 100 y sigs..

Internacional de Justicia en el referenciado asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Sentencia de 5 de febrero de 1970), según la cual todos los Estados (y, en consecuencia, la comunidad internacional organizada, de la que emana el Estatuto) están legitimados para exigir la protección de los derechos esenciales derivados de las normas de *ius cogens* que generan obligaciones *erga omnes*, ya que “la idea de obligación *erga omnes* evoca, sobre todo, la posibilidad de desrelativizar, de desbilateralizar la relación de responsabilidad, descubriendo en todo Estado un interés jurídico en recobrar el respeto de la obligación y, en su caso, un *derecho de acción* en caso de incumplimiento (*actio popularis*)” (56).

Esta introducción, por el portillo abierto del apartado i) del art. 5 del Estatuto de 1993, de la posibilidad de incriminar la violación grave y en gran escala de los derechos humanos fundamentales, aun cuando adolecería, de un lado, del inconveniente, ya apuntado, de poder estimarse atentatoria al principio de legalidad, permitiría, de otro, superar el concepto de delito de lesa humanidad que late en el art. 5 del Estatuto, concepto que, en la actualidad, puede calificarse de reduccionista y no acorde con el presente estado de la doctrina y la práctica jurisprudencial internacionales, a cuyo tenor la protección del núcleo de los derechos humanos considerados como fundamentales constituye una norma de *ius cogens*, cuya violación grave y sistemática supone la comisión de un delito internacional, integrando tales derechos, en el caso del conflicto yugoslavo, los que en los Instrumentos en que fuera Parte Yugoslavia no eran susceptibles de derogación, lo que facultaría al Tribunal Internacional para su concreta determinación u objetivación; creemos que sería posible, así, subsumir, en este apartado (cuando no sea posible hacerlo en cualquier otro del propio art. 5 o en otro precepto del Estatuto), eventuales prácticas masivas que implicaran conculcaciones del derecho a la vida, de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de la prohibición de la esclavitud y servidumbre, de la prohibición del encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, de la irretroactividad de la ley penal, del derecho al reconocimiento de la personali-

---

(56) Sobre la inderogabilidad de ciertos derechos, cfr. Blanc Altemir, A., ob. cit., págs. 127 a 129; sobre la fundamentación de la subsunción en el apartado i) como manifestación del ejercicio de la *actio popularis*, cfr. Pérez González, M., “El acto ilícito internacional: Elementos”, en “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Capítulo XXXVIII (Diez de Velasco, M.), Tomo I, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 590.

dad jurídica y de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos, todos, que constituyen el standard mínimo protector de lo que se ha denominado "el núcleo indestructible de la dignidad humana", si bien tal posible incriminación estaría delimitada por las exigencias subjetivas (sólo contra la población civil) y de ocasión (sólo durante un conflicto armado, interno o internacional) que impone el art. 5 del Estatuto.

b) *Competencia "ratione personae"*.

La jurisdicción personal del Tribunal Internacional se basa en el *principio de la responsabilidad penal individual*.

El Consejo de Seguridad ha reafirmado en la serie de Resoluciones a que con anterioridad se hizo referencia detallada que *las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia son individualmente responsables* de esas violaciones.

El art. 6 del Estatuto determina que el Tribunal Internacional ejercerá jurisdicción sobre las "*personas naturales*", es decir, las personas físicas. En consecuencia, se elude la posibilidad de incriminación de grupos u organizaciones, que, en cuanto faceta de la criminalidad plural, admite la posibilidad de incriminación tanto de uno como de una multiplicidad de sujetos individuales que hayan concertado sus voluntades para delinquir, en clásico ejemplo de codelinuencia (de lo que, eventualmente, cabe deducir que la organización o grupo de pertenencia es una organización criminal -art. 9 del Estatuto de Nuremberg, según el cual "en el juicio de cualquier individuo miembro de un grupo o de una organización, el Tribunal podrá declarar, en conexión con cualquier acto por el cual el individuo fuera convicto, que el grupo o la organización a la cual el individuo pertenecía era una organización criminal"-), como de la "*societas delinquens*" propiamente dicha, o persona moral cuyos fines no son naturalmente delictivos en la mente y voluntad de sus miembros, pero que con su actuación societaria haya conculcado la normatividad internacional penal, lo que conlleva la posibilidad de enjuiciar a los individuos que hubieren sido miembros de tal grupo u organización declarada criminal (art. 10 del Estatuto de Nuremberg, según el cual "en el caso de que una organización o un grupo fuera declarado criminal por el Tribunal, la autoridad nacional competente de cada signatario tendrá derecho para someter a juicio de tribunales nacionales, militares o de ocupación, a individuos que hayan sido miembros de aquel grupo o de aquella organización. En estos

casos, el carácter criminal del grupo o de la organización se considerará probado y no podrá ser discutido”).

Por lo que concierne al Estatuto de 1993, afirma el Secretario General de las Naciones Unidas que, según “se desprende del conjunto de Resoluciones que condujeron a la Resolución 808 (1993)... el sentido ordinario de la expresión “presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario” serían las personas naturales y no las personas jurídicas”, añadiendo, por lo que respecta al problema de si una persona jurídica (así, una asociación u organización) puede considerarse criminal como tal y si por esa sola razón puede someterse a sus miembros a la jurisdicción del Tribunal Internacional (en similitud a lo que preveía el art. 10 del Estatuto de Nuremberg), que “el Tribunal Internacional no debería contemplar este concepto”, añadiendo que “los actos criminales previstos en el Estatuto son llevados a cabo por personas naturales y estas personas estarían bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional independientemente de que pertenezcan o no a grupos” (Doc. S/25704, párrafos 50 y 51).

Creemos que resulta positiva esta concepción, pues los criterios de extensión y de indiscriminación predominantes en el Derecho Internacional Penal para el tratamiento de la codeinfluencia no deben ser objeto de imposición en normas positivas, lo que no empece a su aplicación en las resoluciones jurisdiccionales, pues es lo cierto que el Tribunal de Nuremberg hizo un uso bastante parco y juicioso de las amplias facultades estatutarias conferidas en esta materia, subordinando la incriminación colectiva (mal llamada así, en efecto, por ser individual su concurso) al cumplimiento de ciertas condiciones, bajo las cuales el deslizamiento de las responsabilidades colectivas a las individuales en concurso no puede ser más evidente, pudiendo concluirse que el Tribunal trató de alejarse “de las concepciones de la responsabilidad colectiva, señal inconcusa de barbarie y primitivismo” (57).

---

(57) Cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 209 y 210.

La eventual exigencia de responsabilidades colectivas (que por lo concerniente a las deducidas del art. 10 se depurarían, siempre, en sede jurisdiccional nacional y nunca internacional), en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones militares internacionales se hizo siguiendo “objetivos más políticos que estrictamente jurídicos, y acogiendo asimismo doctrinas favorables a esa posible incriminación, harto extendidas ... y dominantes en la teoría rusa” (Quintano Ripollés, A., ob. cit., pág. 208).

Obviamente, tampoco es posible la exigencia de responsabilidad a los Estados en razón de los delitos cometidos por individuos que actúen como funcionarios o en nombre de los mismos (58).

La redacción del precepto posibilita que pueda conjugarse, en calidad de sujeto activo, las acciones típicas contenidas en los arts. 2 a 5 no sólo quien ostente la cualidad de militar y ni siquiera de combatiente legítimo (en el sentido que del mismo ofrecen los arts. 43 y 44.3 del Protocolo I Adicional), sino cualquier persona, sin necesidad de cualificación especial.

El art. 7 del Estatuto determina la responsabilidad penal individual, y especifica que no se podrá invocar la inmunidad en razón de ser Jefe de Estado o de Gobierno, o de que el inculpado hubiere cometido el acto en cumplimiento de sus funciones oficiales como funcionario responsable del Gobierno, no sirviendo tales situaciones para eximir de responsabilidad penal ni reducir la pena.

Será individualmente responsable la persona que haya "planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los arts. 2 a 5" del Estatuto, o la que "lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo" (art. 7.1 del Estatuto), previniéndose expresamente (art. 7.2) que el cargo oficial que desempeñe el inculpado (ya sea Jefe de Estado o de Gobierno o funcionario responsable del Gobierno) no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

En el apartado 1 del art. 7 del Estatuto se cubren todas las posibles formas de participación delictiva, permitiendo la redacción de los dos incisos que integran dicho apartado estimar prevista la sanción tanto del

---

(58) Trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de 1991 (arts. 3 y 5).

Como afirma Cherif Bassiouni, M. (ob. cit., pags. 66 y 67), "de la historia de la represión de los crímenes internacionales... se deduce que, hasta el momento, la responsabilidad directa en Derecho Internacional se ha imputado a los individuos. Esto no significa, sin embargo, que la responsabilidad de los Estados quede excluida. La responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, cuya problemática se asemeja a la de la responsabilidad colectiva en el Derecho Penal interno, se ha manifestado a través de la Historia en la forma de reparaciones, un híbrido entre las sanciones penales y la responsabilidad civil".

Sobre la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados, cfr. Pérez González, M., "El acto ilícito internacional: Concepto y consecuencias", "El acto ilícito internacional: Elementos" y "La responsabilidad internacional", en "Instituciones de ...", Capítulos XXXVII, XXXVIII y XXXIX, ob. cit., págs. 567 a 623; Oppenheim, L. - Lauterpacht, H., ob. cit., Tomo I, Vol. I, pags. 359 a 378.

simple o mero hecho de ordenar, instigar o planear la comisión de cualesquiera de los delitos incriminados en los precedentes arts. 2 a 5, y ello con independencia del resultado de tales acciones, es decir, aún cuando el plan, incitación, inducción, provocación u orden no hayan concluido con la efectiva comisión de los hechos planeados, a cuya realización se compelé o invita o respecto a los que se emite orden de llevarlos a cabo, como la efectiva realización, en cualquiera de sus formas, de la acción típica, o cualquier forma de participación, comisión material o cooperación en la realización de las conductas típicas.

El apartado 2 del meritado art. 7 expresamente veda la posibilidad de apreciar la concurrencia de causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en razón del cargo oficial que el inculcado desempeñe. En consecuencia, la condición oficial del inculcado carece de efectos respecto a la alteración de la incolumidad de la responsabilidad delictiva, de acuerdo con el principio que fue consagrado en el art. 7 del Estatuto de Nuremberg (59), en el que se positivizó la inaplicabilidad de la excepción de los actos de Estado, de modo que el hecho de ocupar un cargo o cualquier posición, más o menos relevante, en la organización estatal, no conlleva, "per se", posibilidad alguna de inmunidad, y consiguiente exoneración de responsabilidad consecuente a la comisión, por acción u omisión (en los términos que, a continuación, expone el apartado 3 de este art. 7), de cualesquiera de los hechos referidos en los arts. 2 a 5 del Estatuto (60).

No obstante, en relación con esta cuestión el apartado 4 del aludido art. 7, siguiendo, asimismo, la dirección iniciada por el art. 8, inciso segundo, del Estatuto de Nuremberg (61) señala que si bien "el hecho de

---

(59) El art. 7 del Estatuto de Nuremberg reza así: "La posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo".

Sobre este principio, cfr. Glaser, S., "L'acte d'Etat et le problème de la responsabilité individuelle", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1950, núm. 1, págs. 1 a 17; Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 173 y 174.

(60) Este principio ha sido uniforme y persistentemente mantenido por la Comisión de Derecho Internacional en sus Proyectos de Código de 1954 y 1991; sobre el tema, cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 234 a 239.

(61) El art. 8 del Estatuto de Nuremberg dispone que "El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de ordenes de su gobierno o de un superior jerárquico no librará al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere".

que el inculpaado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un Gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal”, ello “podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad”. Sin perjuicio, pues, de reafirmar, en su inciso primero, la imposibilidad de que la obediencia debida surta efectos justificadores (y consecuentemente destructores de la antijuridicidad), con la consiguiente impunidad, su apreciación no resultará indiferente desde el punto de vista jurídico, pues se deja abierta la posibilidad de que, a criterio del Tribunal, los produzca atenuatorios, incorporándose, así, una cláusula que permite introducir una cierta consideración subjetivista en la individualización punitiva que permita, utilizando criterios de equidad, lograr la adecuada proporcionalidad en la sanción de cada caso concreto.

A pesar de la vaguedad del criterio de equidad al que se remite el comentado precepto como valor ancilar en función del cual o sobre el que habrá el Tribunal de determinar la procedibilidad, o no, de concurrencia del criterio o causa atenuatoria señalado, la previsión del mismo es concorde con el criterio doctrinal según el cual la exclusión de los efectos eximentes o atenuatorios de la obediencia a órdenes de superiores sólo es aplicable cuando el subordinado ha tenido la concreta posibilidad de no obedecerlas. No se hace distinción de efectos entre la obediencia legal (órdenes emanadas del Gobierno) y la jerárquica (órdenes emanadas de un superior jerárquico), supuestos que se miden, como en Nuremberg y Tokio (arts. 8 y 6, de los respectivos Estatutos), por el mismo rasero.

En suma, este apartado 4 del art. 7 del Estatuto de 1993 es paradigma del carácter fundamentalmente judicialista del Derecho Internacional Penal (62), lo que, unido a la laxa tipicidad deducida del

---

En el mismo sentido se pronunciaba el art. 6 del Estatuto de Tokio.

Quintano Ripollés (cfr., ob. cit., pág. 180) sitúa el precedente de la privación del beneficio de la eximente de obediencia en el art. 3 del Convenio de Washington de 1922, sobre guerra submarina, si bien con referencia al crimen de guerra ilimitada, asimilable a la piratería.

En general, sobre la obediencia debida cfr. Graven, J., “Les crimes contre l’humanité”, RCADI, vol. 76, 1950 (I).

62.- Con referencia al sistema instaurado en los Estatutos de Nuremberg y Tokio se ha señalado (cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., pág. 502), en opinión que creemos plenamente extrapolable al Estatuto aprobado por la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad, que “por lo demás, y ya dentro del tecnicismo más puramente penal, el sistema seguido en los aludidos instrumentos es el propio de las tradiciones anglosajonas, en este punto acordes con las más progresivas tendencias de la dogmática. Tratan

tenor de los arts. 2 a 5 de aquel, confiere un amplio arbitrio al Tribunal Internacional, tanto a la hora de calificar hechos como, eventualmente, a la de sancionarlos.

Finalmente, el apartado 3 del art. 7 del Estatuto del Tribunal Internacional preceptúa que el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los arts. 2 a 5 del mismo haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que aquél iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

Nos hallamos aquí ante una cláusula no expresamente contenida en los Estatutos de Nuremberg y Tokio, pero de la cual se hizo, no obstante ello, aplicación por los Tribunales nacionales de represión de la delincuencia de guerra constituidos por las Potencias vencedoras en 1945 (caso, el más resonante, entre otros -List, Meyer, Von Leeb- de los Generales Yamashita y Homma, Comandantes del Ejército japonés en Filipinas) mediante la aplicación in fine de los arts. 6 y 5, respectivamente, de los mentados Estatutos, por la vía de la incriminación del delito omisional. Independientemente de las críticas a que, en su día, y aún hoy, resultó acreedora la sentencia de 7 de diciembre de 1945 del Tribunal norteamericano constituido en Manila, relativa a los casos Yamashita y Homma (63), a tenor de la cual se estableció el criterio, sin precedentes, en relación con la responsabilidad del mando, según el cual ambos Generales japoneses con mando debían haber conocido, y prevenido, los crímenes de guerra cometidos por los soldados a sus órdenes, es lo cierto que el apar-

---

de evitar el casuismo y el automatismo aritmético en la oposición de tipos legales y penalidades, confiando plenamente en el arbitrio judicial de individualización de normas. Sistema que prestó a la justicia, tanto de Nuremberg como de Tokio, una libertad de acción que prácticamente la convirtieron, y con ella al Derecho Internacional Penal vigente, en un derecho típicamente judicialista. Especie de derecho que, por lo demás, es el que mejor rima con las esencias iusnaturalistas o vitalistas de dicha rama jurídica, al menos en su fase formativa actual".

(63) Sobre esta cuestión, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., pág. 446; Reel, F. (Defensor de Yamashita), en "The case of General Yamashita", Chicago, Univers. Press, 1949.

La sentencia, capital, fue apelada al Tribunal Supremo norteamericano, que, con el voto en contra de dos de sus jueces (Murphy -que alegó inconstitucionalidad- y Rudledge -que adujo falta de tipificación previa-), la confirmó; no obstante, la discrepancia, y los motivos en que se fundó, revelan lo resbaladizo del tema.

tado 3 del art. 7 ahora examinado trae causa directa de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 86 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, que, bajo la rúbrica "omisiones", estipula que "el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, sí estos *sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción*"; este precepto convencional (64) consagró, por primera vez, desde el punto de vista de la positividad normativa internacional, la obligación o deber de los superiores de evitar, cuando tuviesen conocimiento de ello, la comisión de las actuaciones típicas o, en su defecto, de castigar a los culpables de las mismas cuando hubieren noticia posterior de la perpetración de tales actuaciones, configurando la omisión o incumplimiento de dicho deber como constitutiva, a su vez, de delito.

La naturaleza incontrovertiblemente omisional de la conducta prevenida en el apartado 3 del art. 7 del Estatuto de 1993 configura la acción típica (65) como una actitud del superior de dejar hacer y permitir las atrocidades de sus subordinados, que puede y no quiere impedir, exigiéndose solamente, para la consumación de la conducta típica, la concurrencia tanto del elemento subjetivo-objetivo consistente en el conocimiento (directo -"sabía"-, o de referencia o indiciario -"tenía razones para saber"-) por parte del superior del propósito, posibilidad o inminencia de una co-

---

(64) Sobre esta cuestión, cfr. de Preux, J., "Commentaire des Protocoles additionnels ...", ob. cit., págs. 1035 a 1040.

El apartado 2 del art. 86 del Protocolo I Adicional debe ponerse en relación con el precedente apartado 1 y con el art. 87 ("deberes de los jefes") de dicho Protocolo; en todo caso, la *punición de la omisión del superior requerirá la concurrencia de ciertas circunstancias*, tales como la relación de subordinación directa (asimilada a la que implica control) entre el subordinado autor de la infracción grave y el superior, el conocimiento de las informaciones, hechos o inteligencia de los que lógicamente se desprenda la evidencia directa o la razonable conclusión de que se estaba cometiendo o iba a llevarse a cabo una infracción de aquella naturaleza y, finalmente, la inacción, total o parcial, del superior, es decir, la no adopción por éste de todas (y no sólo de parte) las medidas adecuadas a su alcance, o de ninguna de ellas, para evitar la comisión de la infracción que se esté cometiendo o se proyecte o para castigar la cometida.

En todo caso, se trata de un precepto deletéreo en su redacción y consecuencias, en el que, siempre, el Tribunal habrá de estar a las concretas circunstancias de cada caso.

(65) Sobre esta cuestión, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 195 y 446.

misión futura de los actos típicos o de su actual o pretérita realización, como la conducta omisiva, que puede revestir el doble aspecto de no adopción de medidas para evitar la futura comisión o para castigar una realización pretérita; en todo caso, las medidas han de ser de una entidad suficiente ("necesarias y razonables"), en función de las circunstancias, como para ser aptas para evitar la producción de la acción típica o la impunidad de los autores de la ya realizada, eludiéndose así la alegación, con propósito exculpatorio, de actuaciones meramente formales o testimoniales.

Tal vez debiera haberse introducido en la redacción del apartado 3 comentado (y, sobre todo, en el apartado 2 del art. 24), la salvedad que se contiene en el texto del art. 86, apartado 2, del Protocolo I Adicional, relativa a "las circunstancias del momento", elemento objetivo este de carácter esencial a la hora de proceder a una valoración y ponderación de los hechos (o, mejor, omisiones) que permite una adecuada calificación de los mismos en función de las circunstancias concomitantes de tiempo, lugar y ocasión, entre otras, que parecen de imprescindible estimación habida cuenta de la especial morfología (difícilmente escindible, en multitud de supuestos, de lo imprudente) de algunos tipos de esta especie de la delincuencia de guerra; también hubiera sido adecuado, a estos antedichos efectos valorativos, introducir en la redacción de los apartados de mérito una expresa referencia a la equidad como término de ponderación del arbitrio del Tribunal a la hora de calificar las omisivas conductas de que se trata, en términos similares a lo que, para el actuar por obediencia, estipula el apartado 4.

En cualquier caso, la expresa previsión contenida en el apartado 3 del art. 7 de referencia sólo plácemes merece, pues con ella se evitarán críticas similares a las recibidas por la extensiva aplicación que, para casos semejantes, se hizo, al término de la última contienda mundial, de los Estatutos de Nuremberg y Tokio, basadas, todas, en la infracción del principio "nullum crimen sine lege", pues en la delincuencia de guerra "es singularmente interesante la interacción del Jefe y la masa (meneur y menés), oscilando entre la espontaneidad del crimen y la imposición consciente del estímulo. En los fenómenos de criminalidad colectiva y multitudinaria, como "progroms" y linchamientos, subyacen complejos de crueldad y atavismo innatos en muchos participantes, pero lo decisivo es casi siempre la noción de impunidad nacida de la anarquía o la tolerancia del mando y acrecentado por la cobardía que impelen fatalmente a las turbas a ensañarse con los débiles..., y no existe, en efecto, fiera más espan-

table que la multitud que no teme" (66); la dificultad o imposibilidad de delimitación de responsabilidades concretas en estas circunstancias hace necesario, a través de una aplicación de las reglas de la causalidad más laxa que la atinente a los delitos individuales y mediante la figura del delito de omisión, personalizar en los superiores que, con su actuar positivo (acción) o meramente negativo (omisión), hicieran factible o aparentemente impunes, no impidiéndolas o reprimiéndolas una vez cometidas, la realización por los subordinados de las conductas típicas, criminalizar la simple complacencia con tales excesos (67).

Por último, no es posible dejar de poner de manifiesto que de la conjugación de las reglas que delimitan la competencia material, personal, territorial y temporal del Tribunal Internacional, y, sobre todo, de la no exigencia, desde el punto de vista subjetivo, de cualificación alguna a la hora de determinar la competencia subjetiva del Tribunal, podría este inculpar a cualquier persona sobre la que recayera la imputación de ser presuntamente responsable de un hecho comprendido en los arts. 2 a 5 del *Estatuto*, cometido en el territorio y tiempo determinados en el art. 8 del mismo, lo que, incuestionablemente, posibilitaría que miembros de fuerzas españolas integradas en la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas en el conflicto desarrollado en Bosnia-Herzegovina fueran objeto de acusación ante el Tribunal, lo que, a efectos de hacer factible, de acuerdo con el Estatuto y la legislación española la solución en supuestos de jurisdicción concurrente, así como la cooperación y asistencia judicial, fue uno de los factores determinantes de la necesidad de prever, en el art. 4 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, la posibilidad (con más

---

(66) Consideraciones de tan rigurosa aplicabilidad a los acontecimientos que tienen lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia y puestos de manifiesto en numerosas Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se deben a Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 194 y 195.

(67) Como afirma de Preux, J. (ob. cit., pág. 1036), esto no significa que toda imprudencia sea delictiva, pues para que tal sea el caso, es preciso que sea de una tal gravedad que equivalga a una intención criminal, sin perjuicio de otros elementos constitutivos del delito y del nexo de causalidad entre el comportamiento inculcado y el daño producido; la clarificación de este elemento esencial, puesto que es precisamente el aspecto intencional sobre el que se basa, en los Convenios, el sistema de sanciones penales en caso de infracción grave, está aún lejos de lograrse en Derecho Penal, tanto en el ámbito de las infracciones por omisión en general, como en el de las infracciones por imprudencia.

Sobre la cuestión atinente a la relación de causalidad en el Derecho Penal, cfr. Gómez Benítez, J.M., "Causalidad, imputación y cualificación por el resultado", Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

visos de realidad, por cierto, que la de que se hallaren conociendo órganos de la jurisdicción ordinaria, pues, aun prescindiendo del insatisfactorio grado de cumplimiento por España de las obligaciones convencionales por ella asumidas, y lo muy dudoso, en consecuencia, de que, en tal situación, pudiera entrar en juego o ser aplicable el Título II del Libro Segundo del Código Penal Militar, es lo cierto que, aun calificándolas de "delitos ordinarios" -es decir, subsumiéndolas en los correspondientes tipos del Código Penal-, se hallaría conociendo de tales conductas la jurisdicción militar, por mor de lo prevenido en los apartados 3 y 4 del art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) de que la jurisdicción militar se encuentre conociendo de tales hechos.

c) *Competencia "ratione loci"*.

Según el párrafo primero del art. 8 del Estatuto, la jurisdicción territorial del Tribunal Internacional abarcará el territorio de la ex-Yugoslavia, por el cual se entenderá "el territorio de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales" (Doc. S/25704, párrafo 61).

La delimitación del ámbito geográfico de aplicación de la competencia de la instancia jurisdiccional de que se trata venía ya determinado por el tenor del párrafo dispositivo 1 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, que circunscribía al territorio de la ex-Yugoslavia la jurisdicción espacial del Tribunal. Tal limitación es lógica, pues no sería justificable su extensión más allá de los límites espaciales de la antigua Yugoslavia en la medida en que el Consejo de Seguridad está actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta y en relación con un objeto concreto, cual es el restablecimiento de la paz en el conflicto de la antigua Yugoslavia (68), si bien el Secretario General de las Naciones Unidas fue destinatario de críticas por la no limitación aun mayor de aquel ámbito territorial de competencia (69).

---

(68) Pígrau Sole, A., ob. cit., pág. 239.

(69) Págs. 3 y 4 de la Carta dirigida al Secretario General el 20 de abril de 1993 por el Representante Permanente de Eslovenia (Doc. S/25562, de 22 de abril de 1993), en la que se expresa el malestar de este país por la no limitación referida, en lo concerniente a su territorio.

Evidentemente, el marco geográfico de esta jurisdicción es, frente al de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, concreto y determinado, pues según los respectivos Estatutos de estos Tribunales últimamente citados, y, en concreto, según sus respectivos artículos primeros, la competencia de los mismos se constreñía al enjuiciamiento de los llamados “grandes criminales de guerra” (“major war criminals”), cuyas conductas hubieren tenido un teatro de acción no limitado a un ámbito geográfico determinado (70), únicos para quienes se preveía el sometimiento a una jurisdicción internacional propiamente dicha (los delitos “menores” serían enjuiciados bien por Tribunales de ocupación o por Tribunales nacionales -con aplicación, por los primeros, en el plano sustantivo, de la tan mencionada Ley número 10, de 20 de diciembre de 1945, del Kontrollratsgesetz, inspirada en el Estatuto de 8 de agosto anterior, y en el adjetivo por normas procesales particulares, y rigiéndose los segundos por las respectivas leyes na-

---

(70) Ello de conformidad con lo dispuesto en la Declaración de Moscú de 1 de noviembre de 1943, en la que, como colofón a la Conferencia tripartita celebrada en aquella capital entre el 19 y el 30 de octubre anteriores, el Presidente F.D. Roosevelt, el Premier W. Churchill y el Mariscal J. Stalin anuncian al mundo que “en el momento de acordar un armisticio a un Gobierno alemán, los Oficiales, Suboficiales y Soldados alemanes o miembros del partido nacionalsocialista, responsables culpables de haber tomado parte consentida en las atrocidades, matanzas y ejecuciones, serán enviados a los países en que tales actos se hayan realizado, de tal suerte que puedan ser juzgados y castigados según las leyes de los países liberados. En cuanto a los individuos cuyas responsabilidades fueren de índole general, sin localización posible de lugar, y muy especialmente los altos Jefes políticos y militares, serán castigados conforme a las reglas y procedimientos que aun no han sido determinados”.

De conformidad con ello, el art. 1º del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, dispuso que “será establecido, despues de consulta con el Consejo de Control de Alemania, un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieron localización geográfica particular...”, añadiendo el art. 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional que “el Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el art. 1º, para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje...”.

Es obvio que, como en Nuremberg y Tokio, la jurisdicción constituida en 1993 es circunstancial, pero si en aquellos casos la instancia creada lo fue para juzgar, tan solo, determinado tipo de delitos y a determinada clase de delincuentes, lo que ambos Tribunales llevaron a cabo en un solo acto, es decir, mediante un proceso único, que produjo una resolución única (Sentencias de 1 de octubre de 1946 y 12 de noviembre de 1948, respectivamente), el Estatuto de 1993 prevé el enjuiciamiento de todas cuantas personas resulten presuntamente responsables de una serie, más amplia, de delitos (a excepción de los contra la paz, no previstos), sea cual fuere la importancia o lugar de comisión (dentro del marco geográfico al efecto predeterminado) de los mismos o la gravedad y extensión de sus resultados, lo que, consecuentemente, abocará a una multiplicidad de procesos y, por ello, de Sentencias.

cionales, adjetivas o sustantivas, de los países liberados-) (71), característica explicable en razón del casi-universal teatro geográfico del conflicto habido entre 1939 y 1945, mientras que el carácter geográficamente limitado del conflicto desencadenado en la ex-Yugoslavia, circunscrito al ámbito territorial, perfectamente delimitado, que constituía aquella República Federativa Socialista ( y no a todo él, pues determinadas Repúblicas en su momento federadas -Macedonia, Serbia y Montenegro- no se han visto geográficamente afectadas por las hostilidades aun cuando sí, inevitablemente, han sufrido ciertos efectos derivados de éstas) permite, e impone, esta concreción.

d) *Competencia "ratione temporis"*.

La jurisdicción temporal del Tribunal abarcará, según el párrafo segundo del art. 8 del Estatuto, un período que comienza el 1 de enero de 1991 y que finalizará, según el párrafo 2 de la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en "...una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz".

Por tratarse de una medida adoptada con base al Capítulo VII de la Carta, para hacer efectivas las disposiciones del Consejo, el período de existencia del Tribunal se hace depender del logro del restablecimiento o el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en el territorio de la ex-Yugoslavia y de las decisiones del Consejo de Seguridad al respecto (Doc. S/25704, párrafos 28, 61 y 62) (72). Resulta lógica esta limitación temporal, pues concebido el Tribunal como organismo subsidiario de carácter judicial y, en suma, como medida ad hoc de carácter coactivo del Consejo de Seguridad adoptada con base al art. 41 de la Carta de las Naciones Unidas y dirigida a alcanzar el objetivo de mantener o restable-

---

(71) Sobre esta cuestión, cfr. Fernández Flores, J. L., "Del Derecho de ...", ob. cit., págs. 184 a 195; Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 404 a 456; Oppenheim, L.-Lauterpacht, H., ob. cit., págs. 127 a 135.

(72) Este fundamental aspecto y el concerniente a la jurisdicción territorial del Tribunal Internacional, que configuran a éste como una jurisdicción ad hoc, ya venían predeterminados por el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 827(1993).

La fijación de la fecha del 1 de enero de 1991, y la naturaleza del Tribunal como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, plantean el problema, formal, de la posibilidad de que el Tribunal Internacional actúe desde dicha fecha (sobre la cuestión, cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 218 y 219).

cer la paz y la seguridad internacionales, puestas en peligro por las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, cuando se produzca la cesación en la comisión de tales violaciones o quebrantamientos y se disipen, en consecuencia, el peligro de quebrantamiento o la amenaza de aquellas paz y seguridad, lo que determinará el Consejo de Seguridad, tal medida habrá de periclitarse por carecer de objeto.

Aún cuando no parece discutible la necesidad de la indeterminación del “dies ad quem”, o término final fijado para aquella jurisdicción circunstancial instaurada por el Consejo de Seguridad, que no debe, dado el título que fundamenta su nacimiento y su propio objetivo, sobrevivir a los acontecimientos que la han hecho nacer (73), circunstancialidad expresamente recordada por el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 827 (1993), por el que el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, decide establecer un Tribunal internacional “con la *finalidad exclusiva* de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia ...”, y en consecuencia de lo cual, finalizado que sea el conflicto para poner término al cual se genera aquella jurisdicción, por ello circunstancial, debe la misma, una vez haya dado respuesta jurídica a las últimas consecuencias de aquel conflicto sometidas a su conocimiento, extinguirse con él, no ocurre lo mismo con la fijación del “dies a quo”, o término inicial.

En efecto, como ya quedó antes referenciado, la concreción en el 1 de enero de 1991 del día inicial de la competencia del Tribunal no aparece exenta de inconvenientes, pues si dicho órgano jurisdiccional se instituye por el Consejo de Seguridad como medida ad hoc adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y, obviamente, ante una de las situaciones previstas en el art. 39 de aquélla y a partir de su calificación, explícita o no, como tal, parece muy difícil aceptar que la calificación de la Resolución 713 (1991), de 25 de septiembre de 1991, pueda retrotraerse hasta el 1 de enero de 1991, momento anterior al período de disolución de la antigua Yugoslavia, discutiéndose, en consecuencia, no la posibilidad de actuación retroactiva de un Tribunal penal, aspecto ya planteado en el proceso de Nuremberg, “sino la posibilidad de actuación retroactiva de este Tribunal Internacional, creado por un mecanismo ex-

---

(73) David, E., ob. cit., pág. 584.

cepcional, como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad que no podía actuar en virtud del Capítulo VII el 1 de enero de 1991" (74), sino sólo desde la calificación, explícita o no, de la situación como una de las previstas en el aludido art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas, lo que no acaeció hasta el 25 de septiembre de 1991.

Efectivamente, si los tipos incurso en el Primero de los cuatro Cargos de las Acusaciones ("Counts of Indictment") en Nuremberg, comprensivo del Plan común o Conspiración ("The Common Plan or Conspiracy"), permitían retrotraer a 1933 (fecha del acceso al poder del nacionalsocialismo alemán) la competencia del Tribunal, lo que propiamente implicó, al menos en lo atinente a alguno de los actos criminales que, no obstante su diversa morfología, se comprendían en él, otorgar carácter delictual sustantivo a actuaciones que, en rigor, tenían, más bien, carácter de grado en la dinámica del delito o en la participación criminal (75), por lo que concierne a la jurisdicción creada en 1993 no parece técnicamente posible, a la vista de los tipos delictivos a que se extiende su competencia material, retrotraer con antelación al 25 de septiembre de 1991 (data de la Resolución 713-1991- del Consejo de Seguridad, en la que, por vez primera, se reconoce que la situación en el territorio de la, todavía, Yugoslavia, constituía una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, con el consiguiente efecto de residenciar en el marco del Capítulo VII antedicho la cuestión y sus consecuencias, y, en concreto, las medidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales amenazadas o quebrantadas, una, y no la menos importante, de las cuales resulta ser la de la represión de las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas durante o con ocasión del desarrollo de la situación) la competencia del Tribunal, pues, al menos desde un punto de vista jurídico-formal, antes de dicha fecha no existía una situación de amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y, de otro lado, tampoco podría, ni siquiera en esa fecha, estimarse disuelta la República Federativa Socialista de Yugoslavia, disolución que, en su connotación temporal pre-

---

(74) Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 218 y 219; respecto a la calificación de la jurisdicción, afirma este autor (ob. cit., pag. 239) que "los aspectos fundamentales del artículo 8 del Estatuto han sido predeterminados por el párrafo 2 de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad: jurisdicción limitada al territorio de la antigua Yugoslavia y jurisdicción temporal delimitada en su inicio por la fecha del 1 de enero de 1991 y sin límite final definido; aspectos que configuran al Tribunal como una jurisdicción ad hoc".

(75) Sobre esta cuestión, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 421 y 422.

térta, puede inferirse exigida del empleo de la locución “ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia”, que hace el primer inciso del art.8 del Estatuto.

Sin perjuicio de que, como ya se indicó, se ha tratado de soslayar la cuestión en lo relativo a la determinación del carácter interno o internacional de los conflictos que se desarrollaron y se desarrollan en el territorio de la ex-Yugoslavia, esta cuestión resulta menos eludible, al menos en el plano teórico, salvo, a nuestro juicio, si jurisprudencialmente se introdujera, por la vía de la incriminación del planeamiento que se lleva a cabo en el apartado 1 del art. 7 del Estatuto de 1993, la posibilidad de una figura delictiva autónoma, similar a la cooperación necesaria, a cuyo través o por medio de la cual resultara factible técnicamente sancionar una forma de participación en la comisión de cualesquiera de los tipos cobijados en los arts. 2 a 5, que sí sería posible incriminar a partir del 1 de enero de 1991, como iniciación o preparación del iter que se consumará después del 25 de septiembre siguiente, mientras que las demás formas que pudiera adoptar la comisión de aquellos tipos delictivos sólo podrían ser objeto de incriminación a partir del 25 de septiembre de 1991, solución que, en todo caso, parece formalmente respetuosa con la redacción del Estatuto y no afectar, ni por asomo, la incolumidad del principio “nullum crimen sine lege” (76).

No creemos, finalmente, que la indeterminación del “dies ad quem”, que se fija en una fecha que el Consejo de Seguridad concretará una vez restaurada la paz deba ser objeto de críticas, pues aún cuando introduce, bien es cierto, como se ha afirmado (77), “un preocupante factor de indeterminación”, ello sólo lo es respecto a la fecha de vigencia de la competencia determinada, genéricamente, en el art. 1 del Estatuto, y concretada en los siguientes preceptos del mismo, pero si efectivamente creemos que la determinación, en su caso, de tal fecha producirá el efecto de la inte-

---

(76) Esta interpretación se hallaría en línea con la tesis según la cual, frente a la sustantividad que se otorgó al Plan común o Conspiración en Nuremberg (cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 421 y 422), se configuran los supuestos conspiratorios en los de cooperación o participación criminal.

El Secretario General de las Naciones Unidas (Doc. S/25704, párrafo 62) entiende que la fijación de la fecha del 1 de enero de 1991 se debe a que “es esta una fecha neutral, que no está vinculada a ningún acontecimiento particular y está claramente destinada a comunicar la idea de que no se hace un juicio respecto del carácter internacional o interno del conflicto”.

(77) Pigrau Sole, A., ob. cit., pág. 220.

rrupción de los procedimientos eventualmente iniciados ante el Tribunal Internacional por hechos cometidos a partir de tal fecha, ello no conllevaría, a nuestro juicio, la impunidad de los presuntos autores de los mismos, pues consideramos que entraría, entonces, automáticamente, en juego la cláusula “aut iudicare aut dedere” consagrada en los respectivos párrafos segundos de los arts. 49 del Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, así como en los arts. 88 y 89 in fine del Protocolo I Adicional a ellos de 8 de junio de 1977, debiendo, en consecuencia, declinarse por el Tribunal Internacional la competencia para proseguir la tramitación de aquellos procedimientos a la jurisdicción nacional interesada que, por aplicación de tales preceptos, formule cargos suficientes contra los inculpados en tales procedimientos; en consecuencia, los hechos serían, eventualmente, objeto de represión nacional, pero en modo alguno quedarían, a nuestro juicio, impunes (78). Y lo mismo resultaría con respecto a los hechos cometidos con anterioridad al 1 de enero de 1991, y que, por su índole o naturaleza, de haber acaecido con posterioridad a dicha fecha o al 25 de septiembre siguiente caerían bajo la jurisdicción del Tribunal, respecto a los cuales se producirá, en su caso, una represión por parte de los respectivos tribunales nacionales, tal y como resulta de una hermeneusis a sensu contrario del apartado 1 del art. 9 del Estatuto de 1993.

#### B. *Jurisdicción concurrente y cosa juzgada.*

Al establecer el Tribunal Internacional, no tenía el Consejo de Seguridad la intención de impedir o prevenir el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales nacionales (Doc. S/25704, párrafo 64) con respecto a los actos cuyo enjuiciamiento se encomienda al Tribunal Internacional de conformidad con sus leyes y procedimientos nacionales pertinentes, ejercicio que, por el contrario, se alienta, al reconocerse, en el art. 9 del Estatuto, que “el Tribunal Internacional y los Tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991”; en todo caso, el art. 9 del Estatuto señala la *primacía del Tribunal Internacional* respecto de los tribunales nacionales, facultando a aquél para pedir oficialmente, en cualquier etapa del procedimiento, a los tribunales nacionales “que convengan en la competencia del Tribunal Internacional”, es decir, que declinen el conocimiento a favor de éste,

que, en cualquier etapa del procedimiento, podrá pedir a los tribunales nacionales que reconozcan su competencia, debiendo especificarse en las reglas sobre procedimiento y sobre prueba, cuya aprobación atribuye el art. 15 del Estatuto a los Magistrados del Tribunal Internacional, una vez constituido éste, la forma en que dicho órgano deberá interesar de los tribunales nacionales respectivos que convengan en su competencia, tal y como previene el apartado 2 del art. 9 (79). A este efecto, el art. 4 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, en su apartado 1, condiciona el inicio o continuación de las actuaciones relativas a hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal Internacional por parte de los Tribunales españoles, de la jurisdicción ordinaria o militar, que fueren competentes, a que “no sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional”, determinándose en el apartado 2 de dicho precepto los complementos procesales adecuados para efectivizar el principio de preeminencia del Tribunal Internacional, que sólo cederá en el supuesto del apartado 3 siguiente, que permite desestimar el requerimiento de inhibición cuando el hecho que lo motive no entre en el ámbito de competencia, temporal o territorial, del Tribunal Internacional; salvo en estos dos supuestos, *de apreciación objetiva*, carecen los órganos jurisdiccionales españoles de la facultad de plantear conflicto de jurisdicción al Tribunal, descartándose “*ope legis*” la posibilidad de un conflicto por razón de la competencia material (80).

No obstante lo anterior, con arreglo al principio de “cosa juzgada”, dispone el art. 10 del Estatuto, en su apartado 1, que una persona no será enjuiciada dos veces por el mismo delito, lo que, dada la primacía del Tribunal Internacional, impedirá el juicio ulterior ante un tribunal nacio-

---

(78) *Ibidem*, págs. 220 y 221.

(79) La primacía del Tribunal Internacional ha sido objeto de reservas (Francia, Estados Unidos, Reino Unido), de modo que una interpretación restrictiva del apartado 2 del art. 9 del Estatuto limita a los casos previstos en el apartado 2 del art. 10 la posibilidad del Tribunal de recabar para sí la competencia de un asunto de que esté conociendo un tribunal nacional, de suerte que únicamente opera como excepción al principio *non bis in idem*; la postura rusa es aun más restrictiva (cfr. Pigrau Sole, A., *ob. cit.*, págs. 225 y 226).

(80) Los Estatutos de Nuremberg y Tokio no regulaban *expressis verbis* la cuestión relativa a la concurrencia de jurisdicciones, aun cuando de la interpretación a contrario sensu del art. 11 del Estatuto de Nuremberg, en relación, a su vez, con el art. 6 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, no resulta desatinado concluir que se consagraba en él, siquiera tácitamente, la primacía del Tribunal Militar Internacional frente a los demás Tribunales nacionales, militares o de ocupación.

nal de la persona que hubiere sido enjuiciada por el Tribunal Internacional.

En concreto, reza así lo señalado por el apartado I del art. 10: "ninguna persona será sometida a juicio en un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal internacional". Se consagra, pues, así, de manera irrestricta, el principio "non bis in idem", o de cosa juzgada material, de elemental observancia en el ordenamiento punitivo interno (81) y proclamado en el apartado 7 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, a tenor del cual "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Este principio, no obstante, no es susceptible de ser trasladado al ámbito internacional en la forma taxativa en que opera en el ámbito interno de los Estados (82), tanto por cuanto que el tratamiento penal de un mismo hecho calificado por el Derecho Internacional Penal como delito de tal índole puede ser diferente del que merece en el marco del derecho interno, en que recibe la consideración de delito ordinario, como porque en el conocimiento de aquel hecho se produzca una concurrencia de jurisdicciones, concurrencia que, en el caso de los hechos acaecidos en el desarrollo del conflicto de la ex-Yugoslavia, y por mor del juego de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad y de los respectivos párrafos segundos de los prerreferidos arts. de los Convenios de 12 de agosto de 1949 (49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV) y del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 (88 y 89, in fine), podría producirse entre jurisdicciones nacionales entre sí y entre estas y el Tribunal Internacional establecido por aquella aludida Resolución. Para evitar las disfunciones que, en el seno de una represión internacional, conllevaría aquella concurrencia, en el Estatuto se proclama y reconoce la primacía sobre las nacionales de la jurisdicción "ad hoc" encarnada en el Tribunal Internacional, y, paralelamente, se reconoce, de forma plena y sin excepción alguna, el carácter de cosa juzgada a las resoluciones emanadas de dicho Tribunal

---

(81) En España, aunque no consagrado expresamente en la Constitución, este principio del "non bis in idem" está, sin embargo, implícitamente recogido en los principios de legalidad y tipicidad proclamados en el art. 25 de la misma.

(82) Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 224 y 225.

en el apartado 1 del art. 10 del mismo, lo que impide el juicio ulterior ante un tribunal nacional (Doc. S/25704, párrafo 66) y supone, obviamente, la plena admisión del juego del principio "non bis in idem" en cuanto se trate de sentencias u otras resoluciones, de carácter firme, que pongan término al procedimiento (como, creemos, sería el caso de la resolución de no haber lugar al procesamiento dictada por un Magistrado de una de las Salas de Primera Instancia en los términos estipulados en el último inciso del apartado 1 del art. 19 del Estatuto).

En línea coherente con cuanto acaba de señalarse, el apartado 2 del precitado art. 10 del Estatuto *excepciona* expresamente los efectos del juego del principio "non bis in idem" en lo concerniente al supuesto de concurrencia de jurisdicciones tan sólo para el caso de que la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal nacional, disponiendo que la virtualidad de aquel principio no impedirá la celebración de un juicio ulterior ante el Tribunal Internacional de una persona que hubiere sido juzgada por un tribunal nacional siempre que concurra alguno de los supuestos fácticos o requisitos que, con carácter tasado, se determinan en tal concreto apartado (83). A tal efecto, los cuatro supuestos cuya individualizada o alternativa concurrencia permite excepcionar la aplicación rigurosa del principio "non bis in idem", sometiendo nuevamente a enjuiciamiento ante el Tribunal Internacional hechos sentenciados, con carácter firme, en sede jurisdiccional nacional, son, el primero, de carácter sustantivo y contenido en el párrafo 2 a) del art. 10 del Estatuto, consistente en que el hecho que motivó el sometimiento a juicio ante la instancia interna fue considerado por esta delito ordinario, y los otros tres, de carácter adjetivo, y cobijados en el párrafo 2 b) del meritado art. 10, consistentes, respectivamente, en que la vista ante el tribunal nacional no hubiere sido imparcial ni independiente, que dicha vista hubiere tenido por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, y, por último, que la causa no se hubiere tramitado con la necesaria diligencia (84).

---

(83) Sobre la conexión entre los respectivos apartados 2 de los arts. 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Internacional y sus diferentes finalidades, *Ibidem*, pág. 226.

(84) El art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, bajo la rúbrica "principio non bis in idem", regula la aplicación de dicho principio respecto a las personas juzgadas en España, con la siguiente redacción: "las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por este a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional".

Respecto a la razón de ser de las previsiones contempladas en el párrafo 2 a) (cuando la calificación de los hechos enjuiciados por un tribunal nacional no corresponda a su tipificación conforme al Estatuto, es decir, cuando fué considerado en sede jurisdiccional nacional “delito ordi-

---

Aun cuando la Exposición de Motivos de dicho texto legal señala, sin referencia expresa a aquel precepto, que se desarrolla en él “el principio “non bis in idem”, aunque no se hace referencia alguna al párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, porque las hipótesis contempladas difícilmente pueden darse en España”, no creemos acertada la omisión que de los supuestos previstos en el apartado 2 b) del art. 10 del Estatuto se hace en el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, pues no parece coherente reconocer, en la propia Exposición de Motivos, el carácter jurídico vinculante del Estatuto en la esfera internacional para todos los Estados, incluido el español, así como la competencia “erga omnes” del Tribunal Internacional, y, en suma, el carácter autoejecutivo, en sentido material, de gran parte del Estatuto, y pretender, a continuación, sustraer a este la más esencial, a efectos prácticos, de sus competencias, bajo el, a nuestro juicio inane, pretexto de que los supuestos de hecho contemplados en tal apartado sean de difícil acaecimiento en España, lo que, si resulta aceptable en los dos primeros supuestos comprendidos en aquel apartado 2 b) no lo es tanto en lo relativo al último (ello haría, según la tesis que justifica la omisión, superfluo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas contemplado en el art. 24.2 de la Constitución). Por último, no sería ocioso plantearse las consecuencias que, en orden a la aplicabilidad, o no, del propósito omisivo que subyace en la redacción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, se derivarían de la pretensión de sometimiento a juicio ante el Tribunal Internacional por alguna de las causas previstas en el párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto de quien hubiera sido condenado por un tribunal español, por la entrada en juego, de un lado, del carácter autoejecutivo de la Resolución 827 (1993), su rango jerárquico respecto a la Ley Orgánica y el propio tenor de los arts. 1 y 2 de la propia Ley Orgánica 15/1994. La finalidad perseguida con el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994 creemos que resultaría, en caso de plantearse alguna de las hipótesis del párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, fallida, puesto que, de ser aplicado el precepto, no constituiría ello una mera instrumentación del Estatuto que posibilite su completa aplicación, sino que, por el contrario, determinaría la inaplicación de una parte, y no, por cierto, baladí, del contenido del Estatuto (sobre la cuestión, cfr. Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 1993 -Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial núm. 115, Madrid, enero de 1994-).

En términos generales, la redacción del art. 10 del Estatuto se inspira en la del art. 9 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad formulado por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 (Doc. A/46/10, Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones -29 de abril a 19 de julio de 1991-).

Finalmente, creemos que no es formalmente adecuado introducir, por la vía del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, limitaciones a la excepción que, respecto a la aplicación del principio “non bis in idem”, contempla, con carácter de “numerus clausus”, el art. 10.2 del Estatuto, sin haber procedido, en su momento, como hicieron otros países (Francia, Estados Unidos, Reino Unido, Rusia), a la formulación de la oportuna reserva o declara-

nario” y no como una violación grave del derecho internacional humanitario) y en el inciso segundo del párrafo 2 b) (es decir, cuando en las actuaciones celebradas en sede jurisdiccional nacional la vista hubiera tenido por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional) del art. 10, se trata, a nuestro juicio, de evitar, con ellas, la posibilidad de que actúe la jurisdicción nacional en “fraude procesal”, intentando lograr que, por aplicación rigurosa del principio “non bis idem”, eluda una persona (a la que se somete a juicio e, incluso, se condena) la comparecencia, enjuiciamiento y eventual condena, en sede del Tribunal Internacional, por alguno de los tipos penales comprendidos en los arts. 2 a 5 del Estatuto, pues al residenciar el conocimiento de los hechos ante un tribunal nacional, una aplicación inflexible del principio “non bis idem” permitiría eludir el enjuiciamiento de los mismos ante el Tribunal Internacional y conforme a su Estatuto; en lo que concierne a las previsiones de los incisos primero y tercero del párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, trátase con ellas de garantizar la observancia del derecho a ser juzgado regular e imparcialmente, reconocido en los arts. 130, 84 y 99 al 108, todos ellos del Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 147, 126 y 71 al 77, todos ellos del Convenio IV de Ginebra de la misma fecha, 85.4.e), 4, 43, 45 y 75.4 y 7, todos ellos del Protocolo I Adicional a aquellos Convenios, de 8 de junio de 1977 y 4 del Protocolo II Adicional, y que no es sino plasmación, para caso de conflicto armado, de una garantía procesal reconocida, con carácter general, en diversos textos normativos internacionales (arts. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, arts. 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, arts. 5, 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, entre otros), derecho en el que se encuentran, a nuestro juicio, comprendidos tanto el consistente en el sometimiento a un tribunal legítimamente constituido (se proscriben, para caso de conflicto armado, los tribunales políticos -art. 66 del Convenio IV- y se señalan como competentes respecto a prisioneros de guerra los tribunales militares, salvo que

---

ción interpretativa respecto a los arts. 9.2 y 10.2 del Estatuto limitando la posibilidad que, en interpretación literal de ambos preceptos, cabe al Tribunal Internacional de recabar para sí la competencia para conocer de un asunto de que se encuentre conociendo un tribunal nacional, delimitando o excepcionando los casos a aquel concreto efecto previstos en el art. 10.2 del mentado Estatuto.

la legislación de la Parte detenedora autorice expresamente que los miembros de sus fuerzas armadas sean juzgados por tribunales civiles por una infracción similar a la que determine la acusación contra el prisionero y respecto a civiles en territorio ocupado -y en lo atinente a la presunta infracción, por parte de éstos, de las disposiciones promulgadas o impuestas por la Potencia ocupante que resulten indispensables a esta para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio IV y para garantizar la administración normal del territorio y la seguridad en los términos señalados en el último párrafo del art. 64 del Convenio IV- los tribunales propios del territorio ocupado y los tribunales militares de la Potencia ocupante legítimamente constituidos y que funcionen en territorio ocupado -si bien estos últimos con competencia, tan sólo, para conocer de las infracciones de las disposiciones penales eventualmente promulgadas por la Potencia ocupante en los términos del párrafo segundo y último del meritado art. 64 del Convenio IV-, tal y como se desprende del art. 66 del Convenio IV), como el derecho (y consecuente exigibilidad) al cumplimiento, por dicho tribunal, de las garantías mínimas que no podrán ser inferiores a las comprendidas en los arts. 20, 21 y 22 del Estatuto, garantías cuyo disfrute es de exigir tanto por lo que concierne al detenido o acusado como a las víctimas y a los testigos, ello a fin de salvaguardar la efectiva imparcialidad y el escrupuloso respeto del principio de igualdad de armas; la proscripción de la infracción del derecho a un juicio sin indebidas dilaciones (el art. 20.1 del Estatuto impone a las Salas de Primera Instancia la obligación de velar porque el proceso sea “expeditivo”) nos parece incluida en el derecho a ser juzgado regularmente, si bien parece acertada la expresa mención de la posible conculcación de tal genérico derecho a través de este procedimiento, que, previsiblemente, pudiera ser una forma más de “fraude procesal” en que, en beneficio de los inculpaos y en perjuicio de las víctimas, pudiera incurrir una jurisdicción nacional, que, mediante tal retardatoria tramitación, intentara diluir en tiempo y farrago procedimental la obtención de un eventual pronunciamiento condenatorio (85); la falta, o privación, de “me-

---

(85) No solo parece previsible que las jurisdicciones internas sigan actuaciones contra sus nacionales acusados de infracciones de las que pudieran ser víctimas las personas y bienes protegidos por los Convenios de 12 de agosto de 1949, Protocolos Adicionales a estos de 8 de junio de 1977 y Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, sino también contra prisioneros de guerra y miembros de la población civil de Partes Adversas, lo que, como ya se expuso, obliga a los tribunales ante los que, en su caso, se haga comparecer a estas personas a respetar, al menos, las garantías contempladas en los arts. 99 a 108 y 84 del Convenio III y 71 a 77 y 126 del Convenio IV, determinando la no sujeción a tales preceptos la falta de un juicio regular e imparcial.

dios eficaces de enjuiciamiento” (obtención de la comparecencia de testigos, de cargo o de descargo, por las víctimas o acusaciones y por los acusados, disponer de medios adecuados para la preparación de la acusación o la defensa, arbitrar la efectiva protección de víctimas y testigos, etc. -Doc. S/25704, párrafo 66 b)-), es, a nuestro juicio, subsumible, según el propósito o finalidad que eventualmente la inspire, en los incisos primero (en el concepto de falta de imparcialidad) o segundo del párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, como posible causa determinante de la decisión del Tribunal Internacional de asumir la jurisdicción respecto de una cuestión atinente a una persona que haya sido declarada ya culpable por un tribunal nacional.

El carácter unívoco de la excepción a la irrestricta aplicación del “non bis in idem” cobijada en el apartado 2 del art. 10 del Estatuto, que permite, en los supuestos que en el mismo se explicitan, que el Tribunal Internacional juzgue a una persona ya juzgada por una jurisdicción estatal por los mismos hechos que motivan el posterior sometimiento a la instancia jurisdiccional internacional, impide, por contra, que pueda una jurisdicción nacional someter a juicio a quien ya hubiere sido juzgado por el Tribunal Internacional, cuando tal sometimiento a los tribunales nacionales traiga causa de los hechos que hubieren sido objeto de pronunciamiento, condenatorio o absolutorio, por el Tribunal Internacional, pues en este caso sí juega, con toda su plenitud, aquel principio “non bis in idem”, tal y como, al efecto, se desprende del tenor del apartado 1 del art. 10 del Estatuto.

No obstante la excepción al juego del principio “non bis in idem” de que acaba de hacerse mención, el párrafo 3 del art. 10 del Estatuto impone al Tribunal Internacional, de forma imperativa (“tendrá en cuenta”), la obligación de graduar la extensión de la pena a imponer a quien sea sometido a juicio ante él con posterioridad a haber sido enjuiciado, y condenado, por los mismos hechos, por una jurisdicción nacional, teniendo en cuenta, a tal concreto efecto dosimétrico, la medida en que la pena impuesta a dicha persona por el tribunal nacional hubiere sido ya cumplida al momento de dictarse sentencia por el Tribunal Internacional. Esta especie de abono legalmente obligado del tiempo de privación de libertad efectivamente sufrido a resultas de condena impuesta por un tribunal nacional por hechos que, posteriormente, y en virtud de la excepción prevista en el apartado 2 del art. 10 del Estatuto son objeto de ulterior juicio, y consecuente condena, por el Tribunal Internacional, será acumulable, lógicamente, al tiempo de arresto o detención (art. 19.2 del Estatuto) que la persona sobre la que tal resolución últimamente citada recayera hubiere

podido sufrir. Por otro lado, esta consideración legalmente inexcusable de la parte efectivamente cumplida de la pena impuesta en sede jurisdiccional nacional, surtirá efectos no sólo en el caso de que el “fraude procesal”, o la falta de garantías en que hubiere incurrido la jurisdicción nacional, y que hayan resultado determinantes del ulterior sometimiento a juicio ante el Tribunal Internacional, hubieren tenido por objeto imponer una pena “simbólica” al reo, sino también cuando tal finalidad hubiere sido la de sancionar a éste con pena de mayor gravedad que la que, de ser conocidos los hechos por el Tribunal Internacional, hubiere previsiblemente correspondido a éstos.

Aún cuando en el Estatuto de Nuremberg no se preveía esta posibilidad de abono o compensación de penas, el art. 11 del mismo admitía que por tribunales nacionales, militares o de ocupación, se impusiera a los condenados por el Tribunal Internacional, y por delitos distintos al de haber sido miembro de un grupo o de una organización criminales, una pena independiente o adicional a la impuesta por el Tribunal Militar Internacional; a su vez, el art. 29 del Estatuto de Nuremberg otorgaba al Consejo de Control de Alemania la posibilidad de “en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, pero no aumentar la severidad de ellas”.

### C. *Las penas y el reintegro de bienes.*

En cuanto al *sistema penológico* contenido en el Estatuto, conviene hacer ciertas precisiones al respecto.

En primer término, y en cuanto a la *clase o naturaleza* de las penas imponibles, y con pleno respeto al principio de legalidad en su vertiente de legalidad penal, consagrado, “erga omnes”, en el ámbito internacional por el inciso segundo del apartado 2 del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor “tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”, el art. 24 del Estatuto, en su apartado 1, consagra, imperativamente, si bien de modo tácito, la proscripción de la pena de muerte, en consonancia con la línea tradicionalmente mantenida desde hace decenios por los órganos representativos de la comunidad internacional organizada, y, en concreto, por las Resoluciones 2857 (XXVI) y 44/128 (XLIV), ambas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la primera de las cuales califica como objetivo deseable la abolición total de la pena capital, el Protocolo núm. 6, al Convenio Europeo para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1984 y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 15 de diciembre de 1989 (Doc. S/25704, párrafo 112), ello aún cuando en el Código Penal de la ex-Yugoslavia (86) se preveía la imposición de aquella pena capital por hechos idénticos a algunos de los contemplados en los arts. 2 a 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, si bien siempre en calidad de pena alternativa y jamás como única.

En esta concreta cuestión difiere sustancialmente el Estatuto de 1993 de sus antecedentes tanto de Nuremberg y Tokio, que, con postura maximalista, en sus respectivos arts. 27 y 16 facultaban a los Tribunales en ellos constituidos para imponer a los acusados, una vez convictos, "la pena de muerte o cualquier pena que el mismo Tribunal considerara justa", como de la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, cuyo art. 21 facultaba al Tribunal Penal Internacional para la prevención y represión del terrorismo por ella instituido a aplicar cualquier pena prevista en el derecho interno del Estado que había comparecido ante él o del Estado en que hubiere acaecido el hecho, si bien en caso de concurso de leyes habría de aplicarse la más benigna.

En segundo lugar, y asimismo de forma implícita, se descarta la posibilidad tanto de imposición de *multas o penas pecuniarias* y de *penas privativas de derechos*, como de exigencia de *responsabilidades civiles* o cualquier exacción de tipo pecuniario derivadas del delito, tal y como se desprende de una hermeneusis lógico-sistemática de los apartados 1 y 3 del art. 24 del Estatuto; incluso, ha de considerarse no conforme al Estatuto la imposición o condena en costas de los reos sentenciados, pues una interpretación integradora, que permita cohonestar el texto del aludido art. 24 con el del art. 32, ambos del Estatuto, a tenor del último de los cuales "los gastos del Tribunal Internacional se sufragarán con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas", conduce a concluir que no resulta posible aquella imposición, lo que, asimismo, era obvio que ocurría en los antecedentes de Nuremberg y Tokio (el art. 30 del Estatuto de Nuremberg permitía a los Signatarios imputar los gastos del Tribunal y de los juicios "a los fondos asignados para el Consejo de Control de Alemania").

---

(86) Arts. 124 a 128, 129, apartado 2 y 129 b), apartado 2.

Aún cuando del análisis del texto de los arts. 27 y 16 de los Estatutos de Nuremberg y Tokio no aparece claramente vedada la posibilidad de imposición de penas pecuniarias o privativas de derechos (la expresión "cualquier pena que el mismo Tribunal considerara justa" podría permitir tal conclusión), es lo cierto, sin embargo, que en las respectivas sentencias de 1 de octubre de 1946 y 12 de noviembre de 1948 no hubo imposición de penas de tal índole.

Por su parte, el apartado 2 del art. 24 del Estatuto recoge el criterio dosimétrico, de obligada consideración por las Salas de Primera Instancia (y, creemos nosotros, por la de Apelaciones, en el supuesto de revocación o modificación de una sentencia de una de las de Primera Instancia, que determine la imposición de pena, siendo de destacar, *negativamente*, lo defectuoso de la redacción empleada por el art. 25, que parece excluir del cumplimiento de los requisitos contenidos en los arts. 23 y 24 a las sentencias de la Sala de Apelaciones, lo que resulta inadmisibles por contrario a la más elemental lógica jurídica) a la hora de la imposición de las penas privativas de libertad (la imperatividad de la frase "deberán tener en cuenta" que utiliza el apartado 2 del art. 24 antedicho, en relación con la obligatoriedad de la motivación del fallo que igualmente exige el último inciso del apartado 2 del precedente art. 23 del Estatuto, permite estimar que los criterios de individualización y proporcionalidad seguidos habrán de ser explicitados, obligatoriamente, en el fallo, debiendo ser considerados al efecto, *preferentemente*, aún cuando no con carácter exclusivo -la frase "factores tales como" permite considerar que los que, a continuación, se hacen constar lo son a título ejemplificativo, tan sólo-, los consistentes en la gravedad del delito y las circunstancias personales del acusado), que permite la graduación de la pena a imponer.

En cuanto a la determinación de la concreta extensión de la pena no creemos que el Tribunal Internacional se encuentre constreñido por "la práctica general de los Tribunales de la ex-Yugoslavia relativa a las penas de prisión", pues tal práctica sólo es de obligada consideración por las Salas de Primera Instancia en el concreto extremo relativo a la determinación de "las condiciones en que se habrán de *cumplir*" tales penas de privación de libertad, tal y como gramaticalmente resulta de la redacción del apartado 1 del art. 24 del Estatuto. Ello no empece la conveniencia de que los límites, máximo y mínimo, de la pena a imponer hayan de ser los que se preveían en las incriminaciones establecidas en el Derecho Penal positivizado de la ex-Yugoslavia, lo que garantiza el escrupuloso respeto del principio "nulla poena sine lege", pues esa concreción de los límites má-

ximo y mínimo de la pena señalada a cada figura delictiva sí tiene directa relación con las condiciones en que la misma se habrá de cumplir, al menos genéricamente, pero, evidentemente, cosa distinta es la individualizada fijación, en cada caso, de la concreta pena a imponer, en la que no parece que deba el Tribunal guiarse, al menos obligadamente, con mención en la motivación del fallo, por la práctica jurisprudencial yugoslava (87).

Cual se dijo, otra cosa es la obligatoriedad de apreciación de la práctica de los Tribunales de la ex-Yugoslavia en lo concerniente a las *condiciones de cumplimiento*, es decir, a la normativa penitenciaria en sentido amplio (incluidas aquí las condiciones de otorgamiento de indulto o de conmutación de pena y sistema de otorgamiento de beneficios penitenciarios en sentido amplio), que, en el supuesto previsto en el art. 28 del Estatuto deberán ser decididos por el Presidente del Tribunal Internacional, previa consulta con los Magistrados, “de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”, entre los que pudieran jugar decisivo papel los inspiradores de la práctica judicial interna ex-yugoslava al efecto.

El Estatuto de Nuremberg no fijaba criterio dosimétrico alguno, lo que, obviamente, dejaba al libre arbitrio del Tribunal la elección de cualquier pena de las previstas en el art. 27 del Estatuto de 8 de agosto de 1945, pudiendo imponerla, en consecuencia, en el caso de las privativas de libertad, en cualquier extensión, y sin necesidad de justificar la razón de ésta (el art. 26 de aquel Estatuto sólo obligaba al Tribunal a dar “las razones en que se fundó” la declaración de “la culpabilidad o la inocencia de un acusado”, de modo que la motivación del fallo se restringía, únicamente, a la expresión de las razones que hubieren motivado o fundado el

---

(87) En contra, cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., pag. 241.

Es digno de tenerse en cuenta, a este respecto, que en el párrafo 11 del Doc. S/25704, se afirma, textualmente, que “para determinar la *duración* de estas” (de las penas de privación de libertad), “las Salas de Primera Instancia deberían recurrir a la práctica general en cuanto a las penas de prisión seguida por los tribunales de la ex-Yugoslavia”; creemos que la omisión en el inciso segundo del apartado 1 del art. 24 del Estatuto de aquella frase y el empleo de la oración “condiciones en que se habrán de cumplir” justifica nuestra postura, aunque se da por supuesto que la determinación de la pena aplicable a cada uno de los tipos comprendidos en los respectivos arts. 2 a 5 del Estatuto (penas que habrán de ser distintas) podrá hacerse en razón de la concreta previsión que, individualizadamente para cada uno de aquellos tipos, se contenía en el Código Penal Yugoslavo, pero sin que ello implique que en la determinación de la pena a imponer en cada caso sujeto a la consideración de las Salas de Primera Instancia hayan éstas de guiarse, obligatoriamente, por la práctica judicial ex-yugoslava, y no por los criterios dosimétricos señalados en el apartado 2 del art. 24 del Estatuto.

juicio de culpabilidad o inocencia), y permitiéndose, tan sólo, una vez firme y ejecutoria la pena eventualmente impuesta, que el Kontrollratsgesetz pudiera "en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, pero no aumentar la severidad de ellas" (art. 29 del Estatuto de Nuremberg).

Finalmente, se consagra en el apartado 3 del art. 24 del Estatuto de 1993 la posibilidad de que, en caso de dictar sentencia condenatoria, las Salas de Primera Instancia del Tribunal Internacional, de manera facultativa ("podrán"), ordenen "la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos, incluida la coacción". Aún cuando no se prevé, cual se ha dicho, un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, esta opcional atribución de que goza el Tribunal Internacional para ordenar el reintegro a sus propietarios legítimos de bienes, entendidos en el más amplio sentido (la locución "ingresos", interpretada en sentido amplio, trata de prevenir que, a más de las cosas, muebles o inmuebles, subsumibles bajo el sustantivo "bienes", se incluya entre los objetos sobre los que pudiera haber recaído la acción típica el dinero metálico, valores, efectos o cualesquiera cosas susceptibles de apropiación y de producir un enriquecimiento del sujeto activo), respecto a los que el agente hubiere obtenido la efectiva posesión penal, es homologable a aquel pronunciamiento.

Con independencia de que no se diga expresamente, y frente a la tesis según la cual esta devolución implicará una restitutio in integrum, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, debiendo aplicarse, por analogía, a esta cuestión los principios al efecto previstos para el comportamiento ilícito de los Estados por el derecho internacional, debiendo la reparación, en la medida de lo posible, cubrir todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación previsible en el caso de que no hubiera acaecido dicho hecho (88), creemos que la nomofilaxis del apartado 3 del art. 24 del Estatuto, y, especialmente, el significado del término "devolución" por el mismo utilizado (que implica la restitución, en su estado original), restringe la facultad del Tribunal a la entrega, a sus legítimos propietarios, de los bienes, objetos o efectos, de cualquier índole, de que hubieran sido ilícitamente privados, siempre que los mismos hayan sido posteriormente recuperados, de modo que no es posible aquella restitución cuando tales bienes hubieren desaparecido o hubieren sido destrui-

---

(88) David, E., ob. cit., pags. 593 y 594.

dos; siendo, en consecuencia, requisito indispensable la identidad del objeto restituido y el sustraído, no es posible hablar, a nuestro juicio, de restitución o resarcimiento por el valor de los bienes destruidos, sustraídos y no recuperados, o de los que, de cualquier otro modo, se desconozca su pertenencia, lo que, sin duda alguna, resulta menos acorde con el derecho de las víctimas. Lógicamente, para llegar a tal pronunciamiento en la parte dispositiva de la Sentencia, las Salas de Primera Instancia acordarán la confiscación de los bienes de que se trate para su posterior entrega a sus legítimos propietarios.

A este respecto, consideramos que en el art. 29.2 del Estatuto debió preverse, expresamente, la obligación de los Estados de cooperar con el Tribunal en relación con la confiscación de bienes, traba, comiso o intervención de fondos, a efectos de posibilitar aquella devolución a sus legítimos propietarios, si bien el carácter no tasado de las medidas que se contienen en dicho precepto permitirá, por lógica, entender incluida tal obligación en la genérica de cooperación.

Expresamente, se prevé, por último, la devolución de los bienes adquiridos ilícitamente mediante coacción (89), lo que, sin duda, trata dar reparadora respuesta a una de las variantes o consecuencias (si bien en su forma más benigna, dadas las modalidades, auténticamente inauditas por su execrabilidad, que esta odiosa práctica ha adoptado en el conflicto yugoslavo) de la llamada “depuración étnica”, pues considerando que en tal

---

(89) Doc. S/25704, párrafo 114; recuerda, a este respecto, el Secretario General que en la Resolución 779 (1992), de 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad, “sumamente alarmado por los constantes informes sobre la “depuración étnica”... y sobre la expulsión forzada de civiles y la privación de sus derechos de residencia y propiedad”, hizo suyos los principios de que todas las declaraciones o compromisos hechos bajo coacción, sobre todo los relativos a la tierra y los bienes, son totalmente nulos y carentes de validez. En concreto, el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 779 (1992), de 6 de octubre de 1992, afirma que el Consejo de Seguridad “hace suyos los principios acordados por los Presidentes de la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) el 30 de septiembre de 1992 en el sentido de que todas las declaraciones o compromisos hechos bajo coacción, sobre todo los relativos a la tierra y los bienes, son totalmente nulos y carentes de validez y que todas las personas desplazadas tienen el derecho a regresar en paz a sus antiguos hogares”.

En relación con la Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, del Consejo de Seguridad, Moreau Defarges, P. (“L’Organisation des Nations Unies et le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”, Politique Etrangère, núm. 3, automne 1993, pag. 670), afirma que la condena, en ella, de la “depuración étnica” expresa una reacción de la comunidad internacional reveladora de “los esfuerzos de clarificación, de elaboración de una doctrina, de definición de procedimientos...”, en lo concerniente a la reelaboración de la noción del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

práctica subyace una política seguida por las Partes en el conflicto, la depuración y el traslado forzoso fuera del territorio ocupado de la población autóctona étnicamente distinta de aquella otra sobre la que o en base a la cual pretenda realizarse la homogeneización, pueden camuflarse so capa de voluntaria emigración simulando una normal, por voluntaria y libre, transferencia, onerosa o gratuita, de propiedades, que justifique el posterior traslado por el ocupante de una parte de su propia población (bien sea la autóctona, o masas de nacionales iure sanguinis que, siendo originarios de otro Estado, sean establecidos en el territorio "depurado", haciéndoles entrega de los predios y demás bienes de que hubiere sido despojada, por aquel tan falaz procedimiento, la población originaria) al territorio ocupado, para su asentamiento en él.

## 2. Estructura organica.

A tenor del art. 11 del Estatuto, el Tribunal Internacional estará constituido por los siguientes órganos: a) las *Salas*, integradas por dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; b) el *Fiscal*; y, c) una *Secretaría*, que prestará servicios a las Salas y al Fiscal.

El art. 30 del Estatuto regula el carácter, prerrogativas e inmunidades del Tribunal Internacional.

Como consecuencia de la naturaleza de órgano subsidiario, según el art. 29 de la Carta, que se otorga al Tribunal Internacional, resulta lógico corolario que gocen de los privilegios e inmunidades previstos por la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, tanto los Magistrados como el Fiscal y sus funcionarios y el Secretario y los suyos; los Magistrados, el Fiscal y sus funcionarios y el Secretario gozarán de las prerrogativas e inmunidades, exenciones y facilidades que el derecho internacional (y, en concreto, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 -Instrumento de Adhesión de España de 21 de noviembre de 1967; B.O.E. núm. 21, de 24 de enero de 1968-) concede a los enviados diplomáticos, mientras que los funcionarios de la Oficina del Fiscal y de la Secretaría gozarán de las concedidas a los funcionarios de las Naciones Unidas por los arts. V y VII de aquella aludida Convención de 13 de febrero de 1946.

La sede del Tribunal estará en La Haya y los idiomas de trabajo de aquél serán el francés y el inglés (arts. 31 y 33).

a) *Las Salas, sus miembros y constitución de las mismas.*

Del tenor de los arts. 12, 13 y 14 del Estatuto, resulta que las Salas están integradas por once Magistrados independientes, tres de los cuales prestarán servicios en cada una de las Salas de Primera Instancia y cinco en la de Apelaciones.

Los Magistrados serán elegidos, para un período de cuatro años, por la Asamblea General de las Naciones Unidas a partir de una lista presentada por el Consejo de Seguridad de entre personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países respectivos, debiendo tenerse debidamente en cuenta en la composición general de las Salas su experiencia en Derecho Penal, Derecho Internacional e inclusive Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos. Se combinan, en consecuencia, las cualidades, personales (moralidad, imparcialidad e integridad) y profesionales, que habrán de adornar a los miembros del Tribunal, las últimas de las cuales se exigen de manera imperativa (“se tendrá debidamente en cuenta”), debiendo, en lo concerniente a estas, lograrse que, en la composición de cada una de las Salas, se produzca (lo que habrá de tenerse en cuenta, inexcusablemente, por el Presidente del Tribunal Internacional a la hora de asignar a los Magistrados a la Sala de Apelaciones y a las de Primera Instancia, según lo prevenido al efecto en el apartado 3 del art. 14 del Estatuto) una ponderada combinación de los conocimientos y experiencia de sus miembros en las tres específicas disciplinas jurídicas prerreferidas que expresamente se mencionan en el último inciso del apartado 1 del art. 13 del Estatuto.

No podrá haber dos Magistrados de la misma nacionalidad y podrán ser reelegidos. Las condiciones de servicio serán las de los Magistrados del Tribunal Internacional de Justicia.

El proceso de elección de los Magistrados del Tribunal Internacional se regula en el apartado 2 del art. 13 del Estatuto de manera harto pormenorizada, atribuyendo la elección a la Asamblea General de las Naciones Unidas de entre una lista de no menos de veintidos y no más de treinta y tres nombres elaborada por el Consejo de Seguridad teniendo en cuenta las candidaturas propuestas, a invitación del Secretario General, por los

---

(90) Los once Magistrados fueron elegidos por Decisión 47/328 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de septiembre de 1993, de entre una lista de veintitrés confeccionada por Resolución 857 (1993), de 20 de agosto de 1993, del Consejo de Seguridad.

Estados Miembros y aquellos que mantengan Misiones permanentes de observación en la sede de la Organización (90).

El Tribunal estará constituido de manera *permanente* (91) durante el tiempo que dure su función, lo que, cual quedó dicho, resulta beneficioso en orden a evitar críticas de parcialidad y lograr una línea doctrinal coherente.

La estructuración del Tribunal en Salas de Primera Instancia y de Apelaciones es coherente a la previsión de la posibilidad de interposición de recurso de apelación prevista en el art. 25.

Una vez elegido el Presidente, y tras consultar con los Magistrados del Tribunal Internacional, asignará a los Magistrados a la Sala de Apelaciones y a las Salas de Primera Instancia, desempeñando cada Magistrado sus funciones únicamente en la Sala a que haya sido asignado; los Magistrados de cada Sala de Primera Instancia elegirán a un Presidente de la misma.

Las condiciones de servicio de los Magistrados se equiparan a las de los del Tribunal Internacional de Justicia (art. 13.4).

Para el supuesto de que, tras la constitución del Tribunal, se produzca una vacante en las Salas, el apartado 3 del art. 13 atribuye al Secretario General de las Naciones Unidas la facultad de designar a una persona para el resto del mandato de que se trate, siempre que reúna las condiciones requeridas para los Magistrados señaladas en el apartado 1, y previa consulta con los Presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General; tal vez se acentúe aquí la evidencia del desequilibrio de poderes, en perjuicio de la Asamblea General (que carece de cualquier intervención en este supuesto), que es causa de la crisis del sistema instaurado en la Carta de las Naciones Unidas (92).

#### b) *El Fiscal y su Oficina.*

Se trata de un órgano independiente, encargado de la dirección de la investigación y de la acusación, y a tal efecto no solicitará ni recibirá instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna otra fuente.

Será designado, por un período de cuatro años, por el Consejo de Seguridad a propuesta del Secretario General, y podrá ser reelegido. Deberá ser de una moral intachable y poseer el más alto nivel de competencia y experiencia en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales.

(91) Se constituyó en La Haya el 17 de noviembre de 1993.

(92) Cfr. sobre la cuestión, Pigrau Sole, A., ob. cit., pags. 251 y 252.

Sus condiciones de servicio serán las de un Secretario General adjunto de las Naciones Unidas.

Se encargará de la investigación y la acusación de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

La Oficina del Fiscal estará integrada por una unidad de investigación y una unidad de acusación (Doc. S/25704, párrafo 87) y formarán parte de ella un Fiscal y los demás funcionarios calificados que se requieran, que serán nombrados por el Secretario General de las Naciones Unidas por recomendación del Fiscal; estos funcionarios deberán satisfacer criterios rigurosos de experiencia profesional y competencia en la esfera de sus actividades, debiendo, al efecto, buscarse personas que tengan en sus propios países la experiencia apropiada como investigadores, acusadores, abogados de derecho penal, funcionarios encargados de la aplicación de la Ley o expertos médicos, y habida cuenta de la índole de los delitos cometidos y de la sensibilidad de las víctimas de violación y abusos sexuales, deberá otorgarse la debida consideración al empleo de mujeres calificadas (Doc. S/25704, párrafo 88) (93).

*c) La Secretaría y sus actividades.*

Está encabezada por un Secretario, nombrado, para un período de cuatro años, por el Secretario General de las Naciones Unidas previa consulta con el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, pudiendo ser reelegido. Sus condiciones de trabajo serán las de un Subsecretario General de las Naciones Unidas (art. 17).

Junto a aquél, constituyen la Secretaría los funcionarios nombrados, por su recomendación, por el Secretario General de las Naciones Unidas.

La Secretaría se encargará de la administración y de los servicios del Tribunal Internacional, y entre sus responsabilidades, el Secretario General de las Naciones Unidas (Doc. S/25704, párrafo 90) afirma que se incluyen la información pública y relaciones internas, la preparación de

---

(93) El Fiscal fue nombrado por el Consejo de Seguridad por Resolución 877 (1993), de 21 de octubre de 1993, recayendo el nombramiento en el venezolano Ramón Escovar Salom, que en febrero de 1994 fue nombrado Ministro del Interior en el Gobierno de su país, por lo que, habiendo presentado aquél la dimisión, el Secretario General de las Naciones Unidas propuso al Consejo de Seguridad, el 8 de julio de 1994, para el cargo de Fiscal del Tribunal al magistrado sudafricano Richard J. Goldstone.

las actas de las sesiones, la prestación de servicio de conferencia, la impresión y publicación de todos los documentos, la labor administrativa, cuestiones presupuestarias y de personal, y, finalmente, la prestación de servicios como canal de comunicaciones con el Tribunal Internacional.

### 3. *Reglas procedimentales.*

Se contienen en los arts. 18 a 26 del Estatuto, que, en síntesis, establecen las siguientes fases del proceso:

a) El Fiscal iniciará las investigaciones de oficio o sobre la base de la información que haya obtenido de cualquier fuente (en particular de Gobiernos, órganos de las Naciones Unidas, Organizaciones intergubernamentales y Organizaciones no gubernamentales).

Está facultado para interrogar a los sospechosos (que tendrán derecho, en tal acto, a la asistencia letrada, bien designada por ellos o de oficio en caso de carecer de medios y a la traducción necesaria al idioma que hablen y entiendan), las víctimas y los testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones en el lugar de los hechos, pudiendo pedir, para llevar a cabo estas tareas, asistencia a las Autoridades estatales pertinentes.

Si se determinase la existencia de indicios suficientes de criminalidad, el Fiscal preparará el acta de acusación (que contendrá una exposición breve y precisa de los hechos o del delito o delitos que se imputen al acusado con arreglo al Estatuto), acta que será transmitida a un Magistrado de la Sala de Primera Instancia (art. 18).

b) Una vez recibida en la Sala de Primera Instancia respectiva el acta de acusación, el procedimiento a seguir será, sin perjuicio del determinado en el Estatuto, el que en los concretos aspectos no previstos en él, y sobre prueba, haya establecido el propio Tribunal, de acuerdo con la facultad que al efecto le viene conferida por el art. 15 del Estatuto a los Magistrados del mismo para libremente aprobar "reglas sobre procedimiento y sobre prueba que serán aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho y a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y los testigos y a otros asuntos pertinentes" (94).

---

(94) Las Reglas de procedimiento y prueba han sido adoptadas por el Tribunal Internacional el 11 de febrero de 1994 (Doc. IT/32, de 14 de marzo de 1994). Han sido enmendadas en 5 de mayo y 4 de octubre de 1994 y revisadas el 30 de enero de 1995.

El Magistrado de la Sala de Primera Instancia al que se haya transmitido la acusación la examinará y si determina que el Fiscal ha establecido efectivamente que hay indicios suficientes de criminalidad, confirmará el procesamiento (pudiendo dictar, a solicitud del Fiscal, las resoluciones y órdenes necesarias para el arresto, detención, entrega o remisión de personas); en caso contrario, no habrá lugar a él (art. 19).

En todo caso, y de acuerdo con el tenor del apartado 2 del art. 20 del Estatuto, la persona en contra de la cual se haya confirmado un procesamiento será detenida en virtud de una resolución u orden de arresto del Tribunal Internacional (por las autoridades estatales pertinentes que reciban una petición de asistencia o testimonio de resolución de una Sala de Primera Instancia relativas a la detención de personas o la entrega o traslado de los acusados para ponerlos a su disposición, en los términos señalados en el art. 29.2 d) y e) del Estatuto), se le informará de inmediato de los cargos que se le imputen y será remitida al Tribunal Internacional.

La Sala de Primera Instancia dará lectura a la acusación, se cerciorará de que se respeten los derechos del acusado, confirmará que el acusado entiende la acusación y le dará instrucciones para que conteste a la misma, fijando a continuación la fecha para el juicio.

Las audiencias serán públicas, a menos que la Sala de Primera Instancia decida otra cosa (para protección de víctimas y testigos, como, a continuación, veremos).

La Sala de Primera Instancia velará porque el proceso sea “justo y expeditivo” y porque el juicio se tramite de conformidad con las normas sobre procedimiento y prueba aprobadas por los Magistrados del Tribunal de conformidad con lo señalado en el art. 15, con pleno respeto de los derechos del acusado señalados en el art. 21 y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos (art. 20).

El art. 21 del Estatuto contiene un catálogo de derechos del acusado, que serán los siguientes: a la igualdad (todas las personas serán iguales ante el Tribunal Internacional); a ser oído públicamente y con las debidas garantías; a ser presumido inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; a una serie de garantías mínimas a lo largo de la sustanciación del procedimiento (*ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan; disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección; ser juzgado sin dilaciones indebidas; hallarse presente en el proceso y defenderse perso-*

nalmente o ser asistido por un defensor de su elección; ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que sean éstos interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o no habla el idioma oficial del Tribunal Internacional; y, no ser obligado a declarar contra sí mismo ni confesarse culpable).

El contenido de este art. 21, cuyo antecedente art. 16 del Estatuto de Nuremberg era mucho menos generoso (95), se inspira, casi literalmente, en el texto de los arts. 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (precepto al que el Secretario General -Doc. S/25704, párrafo 106- confiere particular relevancia a estos efectos), 5.2 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y últimos párrafos de los arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV, respectivamente, de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, todos ellos en relación con el art. 105 del Convenio III y art. 75.3, 4, 7 y 8 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

En cualquier caso, el derecho a "hallarse presente en el proceso" (art. 21.4 d) del Estatuto) difiere notablemente de la posibilidad señalada en el

---

(95) En la Parte IV del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, y bajo la rúbrica "Juicio equitativo para los acusados", el art. 16 rezaba así: "A fin de asegurar un juicio equitativo para los acusados, se observará el siguiente procedimiento:

a) El documento de acusación deberá detallar minuciosamente los hechos y antecedentes, especificando en detalle los cargos contra los acusados. A cada acusado se le suministrará, con razonable anticipación al juicio y en un idioma que ellos entiendan, una copia de la acusación y de todos los documentos relacionados con ella.

b) Durante cualquier interrogatorio preliminar o en el curso del juicio de un acusado, tendrá éste derecho a hacer cualquier explicación pertinente a los cargos formulados contra él.

c) Los exámenes o interrogatorios preliminares y el juicio mismo, serán seguidos en un idioma que el acusado entienda, o serán traducidos a dicho idioma.

d) El acusado tendrá derecho a presentar, en el curso del juicio, por sí mismo o por medio de su defensor, todas las pruebas en favor de su defensa, y, también, para repreguntar a cualquier testigo presentado por la acusación".

art. 12 del Estatuto de Nuremberg (96); en el Estatuto de 1993 no se admite la condena "in absentia".

Para la protección de las víctimas y los testigos, determina el art. 22 del Estatuto que podrá el Tribunal adoptar medidas en sus normas sobre procedimiento, entre las que deberán incluirse la celebración de la vista a puerta cerrada y la protección de la identidad de la víctima; incuestionablemente, se trata, sobre todo de garantizar aquella protección en función del especial carácter de los delitos cometidos en la ex-Yugoslavia, sobre todo en caso de violaciones o agresiones sexuales (Doc. S/25704, párrafo 108), además de posibilitar la absoluta libertad en las deposiciones de los testigos, eludiendo cualquier asomo de coacción o amedrentamiento de los mismos e imposibilitando ulteriores represalias.

c) Según el apartado 1 del art. 23 del Estatuto, las Salas de Primera Instancia dictarán fallos e impondrán sentencias (sic.) y penas a las personas condenadas por violaciones graves del derecho internacional humanitario, añadiendo el apartado 2 de dicho precepto que el fallo será dictado por mayoría de los Magistrados que integran la Sala de Primera Instancia y se pronunciará en público; deberá constar por escrito y ser motivado y se le podrán agregar opiniones separadas o disidentes.

Independientemente de lo redundante y defectuosa, en pura técnica jurídica, de la redacción del apartado 1 antedicho, se contienen aquí, incuestionablemente, los requisitos de publicidad y motivación del fallo, así como la no exigibilidad de la unanimidad para llegar a este último, bastando, para ello, la mayoría, lo que, sin duda, favorece la operatividad del Tribunal (97).

La problemática de las penas, sus clases y duración, ha sido anteriormente abordada.

---

(96) El art. 12 del Estatuto de Nuremberg disponía que: "El Tribunal tendrá derecho a proceder contra una persona ausente acusada de los crímenes señalados en el artículo 6 de esta Carta, si no ha sido encontrada o si el Tribunal por cualquier razón considera necesario, en defensa de los intereses de la justicia, proceder a la audiencia en ausencia del acusado"; a tal efecto, Martin Bormann fue sometido a la jurisdicción del Tribunal en rebeldía y condenado a muerte en rebeldía por incomparecencia como culpable de los Cargos II ("crímenes contra la paz") y IV ("crímenes contra la Humanidad").

No obstante, hay quien estima (cfr., David, E., ob. cit., pags. 589 a 591) que el derecho del acusado a estar presente en el proceso que confiere el Estatuto de 1993 no excluye que se le pueda juzgar en ausencia si ha tenido la posibilidad de ejercer el derecho a asistir al juicio, ello a fin de evitar que pueda el acusado bloquear definitivamente la acción pública rehusando comparecer, pues lo contrario conduce a "un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

(97) El apartado c) del art. 4 del Estatuto de Nuremberg disponía que: "... el Tribunal tomará sus decisiones por mayoría de votos, y en caso de que los votos se dividieran por

d) Según el art. 25 del Estatuto, la Sala de Apelaciones conocerá los recursos de apelación interpuestos por los condenados por las Salas de Primera Instancia o por el Fiscal.

El recurso podrá basarse en los siguientes motivos: error sobre una cuestión de derecho que invalide la decisión, o error de hecho que haya impedido que se haga justicia.

La Sala de Apelaciones podrá confirmar, revocar o modificar las decisiones adoptadas por las Salas de Primera Instancia.

La posibilidad que se confiere de interponer contra la sentencia de instancia recurso de apelación es una garantía judicial fundamental dentro del standard mínimo de las mismas que configura el apartado 5 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prerreferido, considerando el Secretario General (Doc. S/25704, párrafo 116) que "es un elemento fundamental de los derechos civiles y políticos individuales".

El fallo de la Sala de Apelaciones (respecto al que serán aplicables las prescripciones del apartado 2 del art. 23 del Estatuto, aun cuando éste nada exprese al efecto -dictado por la mayoría de los Magistrados que integran dicha Sala, que lo pronunciará en público, deberá constar por escrito y ser motivado, y, lógicamente, podrán agregársele opiniones separadas o disidentes-) será definitivo (Doc. S/25704, párrafo 118), produciendo el efecto de cosa juzgada formal y material (98); asimismo, y como quedó dicho, las penas que, por revocación o modificación de una sentencia de

---

igual, el voto del Presidente será decisivo, entendido siempre que los fallos y sentencias sólo serán pronunciados con el voto afirmativo de por lo menos tres miembros del Tribunal".

Respecto a la exigencia de motivación del fallo, ésta ha de referirse a las razones que justifiquen el fundamento psicológico de convicción del Tribunal en orden a la determinación de los hechos probados, valoración de la prueba, fijación de la participación, tipificación de los hechos y circunstancias de antijuridicidad y culpabilidad, pero no abarca esta referencia del art. 23.2 del Estatuto los factores determinantes del criterio dosimétrico de la pena privativa de libertad que, en su caso, se imponga, que se contemplan en el art. 24.2 siguiente, como anteriormente se señaló.

Lógico corolario de la no exigencia de unanimidad, es la posibilidad de que los discrepantes salven su opinión a través de la formulación del oportuno voto particular, si bien en el Doc. 25266 (pag. 32), de 10 de febrero de 1993 (Carta dirigida por el Representante permanente de Francia ante las Naciones Unidas al Presidente del Consejo de Seguridad), se expresaba la opinión contraria a la posibilidad de la admisión de opiniones disidentes o separadas.

(98) A diferencia de lo que se preveía en el Estatuto del I.M.T.F.E. (que, cual se dijo, preveía la posibilidad de apelación al Tribunal Supremo norteamericano), el art. 26 del Estatuto de Nuremberg disponía que "la sentencia del Tribunal... será definitiva y no sujeta a revisión".

una Sala de Primera Instancia, pudiera imponer la de Apelaciones estarán sujetas a lo que, para las de las Salas de aquella clase primeramente aludida, determina el art. 24 del Estatuto.

e) Se prevé, finalmente, en el art. 26 del Estatuto, la posibilidad de un recurso extraordinario de revisión para el supuesto de que por el condenado o el Fiscal se interese del Tribunal Internacional una revisión del fallo en caso de que se descubra un hecho nuevo del que no se tuvo conocimiento durante la vista de la causa en las Salas de Primera Instancia o en la Sala de Apelaciones y que hubiera podido influir de manera decisiva en el fallo; aunque el art. 26 guarda silencio al respecto, deberá ser, lógicamente, la Sala de Apelaciones la competente para resolverlo.

#### 4. *Ejecución e indulto o conmutación de las penas.*

Según el art. 27 del Estatuto, las penas de encarcelamiento se cumplirán en un Estado designado por el Tribunal Internacional de entre una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad que están dispuestos a aceptar a los condenados, rigiéndose el encarcelamiento por la legislación aplicable del Estado interesado y bajo la supervisión del Tribunal Internacional.

Dada la naturaleza de los delitos de que se trata y el carácter internacional del Tribunal, considera el Secretario General (Doc. S/25704, párrafo 121) que “la ejecución de las sentencias debería tener lugar fuera del territorio de la ex-Yugoslavia”, debiendo, a tal fin, alentarse a los Estados “a que declaren estar dispuestos a encargarse de ejecutar las penas de prisión de acuerdo con sus leyes y procedimientos internos”.

Para convertirse en Estado de cumplimiento, deberán los Estados interesados dirigir una declaración expresa en tal sentido al Consejo de Seguridad, y, a tal efecto, el art. 8 de la Ley Orgánica 15/1994 determina que, en el supuesto de que España llegare a formular aquella declaración, “especificará en la misma que seguirá el procedimiento de prosecución de la pena y que esta no podrá exceder del máximo previsto para las penas privativas de libertad en España”, lo que creemos resulta acorde con lo prevenido en el párrafo segundo de aquél art. 27 del Estatuto que sujeta la forma en que se llevará a cabo el encarcelamiento a la legislación aplicable del Estado de cumplimiento, bajo la supervisión del Tribunal Internacional.

Para el caso de que, conforme a la legislación aplicable del Estado de cumplimiento en que el condenado estuviere extinguiendo la pena de pri-

sión, tuviere éste derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, previene el art. 28 del Estatuto que dicho Estado lo notificará al Tribunal Internacional, cuyo Presidente, previa consulta con los Magistrados, decidirá la cuestión de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del Derecho, por lo que la resolución, en consecuencia, habrá de ser motivada.

# LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS MILITARES DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA

Luis Miguez Macho  
*Licenciado en Derecho*

## SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. LOS DELITOS MILITARES DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA HISTORICA: A) LAS DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DELITO DE DESERCIÓN EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO. B) LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA HASTA 1985. C) *ITER* LEGISLATIVO Y REGULACION INICIAL DE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN EL VIGENTE CODIGO PENAL MILITAR. D) LA REFORMA DE 1991.—III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO: A) EL ESTADO DE LA CUESTION DURANTE LA VIGENCIA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945. B) LAS REPERCUSIONES DEL CODIGO PENAL MILITAR DE 1985. C) PROPUESTA PARA UN REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTION. D) EL SIGNIFICADO DE LA REFORMA DE 1991.—IV. SUJETO ACTIVO DEL DELITO: A) LA POLÉMICA DOCTRINAL. B) INCIDENCIA DE LA REFORMA DE 1991 EN EL SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. C) EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.—V. ACCION TIPICA: A) INCIDENCIA DE LA REFORMA DE 1991 EN LA DESCRIPCION DE LA ACCION TIPICA DE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. B) ELEMENTOS COMUNES DE LA ACCION TIPICA EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. C) EL «ÁNIMO DE SUSTRARSE PERMANENTEMENTE A SUS OBLIGACIONES MILITARES» COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN EL DELITO DE DESERCIÓN. D) LOS PLAZOS EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.—VI. ANTIJURIDICIDAD: A) EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. B) EN EL DELITO DE DESERCIÓN.—VII. CULPABILIDAD: A) ELEMENTOS COMUNES DE LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. B) EL DOLO EN EL DELITO DE DESERCIÓN. C) EL DOLO EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.—VIII. GRADOS DE EJECUCION.—IX. AUTORIA Y FORMAS DE PARTICIPACION.—X. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.—XI. PROBLEMAS CONCURSALES.—XII. PENALIDAD.—XIII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la nueva regulación de los delitos militares de deserción y de abandono de destino o residen-

cia, introducida en el Código penal militar vigente (Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 296 de 1985, de 11 de diciembre) por la Disposición adicional octava de la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar (*Boletín Oficial del Estado* número 305 de 1991, de 21 de diciembre). De esta reforma se puede destacar, antes que ninguna otra cosa, su amplio alcance, pues supone una verdadera redefinición de los delitos a los que afecta, que rompe con la inicial configuración que recibían en el Código penal militar y con toda una larga tradición legislativa. En consecuencia, no es posible limitarse a un simple análisis comparativo de la regulación vigente y la derogada, y se hace necesario estudiar de manera sistemática todos y cada uno de los elementos que la doctrina penalista suele individualizar en los delitos cuando procede a su examen científico.

Ahora bien, el propio carácter de este trabajo y la ausencia en su autor de una específica formación penalista imponen ciertos límites. Así, no se hará una presentación exhaustiva de los antecedentes históricos y del Derecho comparado, sino que se resumirán brevemente los puntos imprescindibles para hacer comprensible el resto de la exposición. De la misma forma, tampoco se abordarán en profundidad determinados aspectos a los que siguen siendo de aplicación las explicaciones desarrolladas por la doctrina a propósito de la legislación ya derogada, salvo que se trate de cuestiones controvertidas a las que se pretendan aportar nuevos puntos de vista.

El lector interesado en los temas que no reciben un tratamiento detallado puede encontrar más información sobre ellos en la bibliografía que se irá citando a lo largo de esta exposición y, en especial, en las dos obras que han sido utilizadas de manera básica: el libro del Comandante Auditor y Catedrático de Derecho mercantil Profesor Millán Garrido *El delito de deserción militar* (Ed. Bosch, Barcelona, 1983) y los capítulos sobre los delitos de abandono de destino o residencia y deserción, redactados por el Comandante Auditor García Labajo, en la obra colectiva *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por los entonces Coroneles Auditores Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante y Prieto (Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1471 y sigs.).

Sin embargo, los textos mencionados, debido a la fecha de su publicación, no toman en consideración la reforma de 1991, que, por lo demás, aún está empezando a recibir las primeras valoraciones de la doctrina científica (véase, por ejemplo, el estudio del Catedrático de Derecho constitucional Profesor Fernández Segado «El marco constitucional. La

Jurisdicción militar: su organización y competencia», en la obra colectiva *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, en especial págs. 89 y 90). A este respecto, hemos sabido cuando redactábamos estas líneas que está próxima la aparición de un trabajo acerca de la nueva regulación de los delitos militares de deserción y de abandono de destino o residencia, al que no hemos tenido acceso, del Profesor Millán Garrido, estudio que, vista la importancia de la producción de dicho autor sobre la deserción y la influencia de sus tesis en la reforma de 1991, promete resultar del mayor interés.

Para cerrar la Introducción, es preciso dar cuenta de que este trabajo recoge en su mayor parte el texto de una ponencia presentada en la sesión ordinaria correspondiente al día 1 de febrero de 1994 del Seminario de Estudios Militares del Centro de Estudios de la Defensa Nacional, en la Universidad de Santiago de Compostela. La versión actual es el resultado de introducir en la ponencia original ciertas mejoras y ampliaciones, producto en su mayor parte de las sugerencias de los propios integrantes del Seminario. Deseamos hacer constar, por lo tanto, nuestro agradecimiento a todos los miembros del mismo y, en particular, a su Director, el Profesor Fernández Segado, que ocupa la Cátedra de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela; al Secretario, Joaquín Brage Camazano, y al Teniente Coronel Auditor y Juez Togado Militar Ramírez Sineiro, cuyas observaciones, nacidas de su experiencia profesional, nos han sido de especial utilidad.

## II. LOS DELITOS MILITARES DE DESERCIÓN Y ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA HISTORICA

### A) *Las diferentes concepciones de la deserción en la doctrina y en el Derecho comparado*

Para comprender los problemas que plantea y ha planteado históricamente la regulación legal de los delitos militares de deserción y de abandono de destino o residencia, se debe partir de las diferentes concepciones que se pueden encontrar en la legislación comparada y en la doctrina científica acerca de la deserción.

Así, hay dos formas básicas de configurarla a efectos penales, una subjetiva o espiritualista y otra objetiva o formalista. La primera, que sus

defensores consideran la «propia» o genuina, hace punible la conducta del militar (y por el momento no se harán más precisiones sobre qué se deba entender por «militar» aquí) que se ausenta de su unidad, destino o lugar de residencia con la específica intención subjetiva de abandonar de manera definitiva las Fuerzas Armadas, sustrayéndose permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares. La segunda, en cambio, no exige esa intención de abandono definitivo de las Fuerzas Armadas, ni ningún otro especial elemento subjetivo, sino la mera ausencia injustificada del destino durante un determinado plazo de tiempo. Existen también, al lado de las anteriores, otras concepciones que la doctrina califica de «mixtas», pues añaden a la configuración espiritualista presunciones de la existencia de la intención de desertar que la desvirtúan, objetivándola en mayor o menor medida, según sean *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

Para acabar, hay que hacer notar que el establecimiento de un tipo penal subjetivo o espiritualista de deserción no excluye la incriminación de aquellas ausencias injustificadas en las que falta el *animus deserendi* (intención de desertar), pero que se prolongan durante un plazo de tiempo que se entiende incompatible con los deberes militares, para lo cual se creará una segunda figura, ésta sí de carácter objetivo o formalista, con el *nomen iuris* de ausencia injustificada u otro similar.

En el Derecho comparado, siguen el sistema espiritualista las legislaciones anglosajonas (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá), germánicas (Alemania, Suiza, Austria) y algunas de las del antiguo bloque soviético, aunque sobre la vigencia real de estas últimas carecemos de datos actualizados, además de otros países aislados, como Noruega o Israel. Por el contrario, el sistema formalista predomina en los países de tradición jurídica latina: concretamente, en Francia, desde donde se ha extendido al Africa francófona y a Luxemburgo, Portugal y Turquía; en Italia, aunque con peculiaridades; y en la legislación española histórica, que tiene su reflejo en la mayor parte de Hispanoamérica, donde también se detectan influencias francesas e italianas. Finalmente, se pueden encontrar formulaciones objetivas en Rumanía y Suecia. En cuanto al sistema mixto, son ejemplos del mismo las regulaciones holandesa, ecuatoriana y cubana, así como la de la antigua Yugoslavia.

Además de las obras generales sobre la deserción citadas en la Introducción, puede consultarse sobre la legislación comparada en esta materia el estudio del hoy General Consejero Togado Montull Lavilla «Contribución al estudio de la naturaleza jurídica del delito de deserción en el Derecho comparado» (*Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la*

*Guerre*, núm. IX-1, primer semestre de 1970, Bruselas, págs. 33 y sigs.), muy completo y detallado, aunque ya algo necesitado de actualización.

B) *Legislación española sobre la deserción y el abandono de destino o residencia hasta 1985.*

En cuanto a nuestro Derecho histórico, acoge el concepto objetivo o formalista de deserción, como se acaba de decir. Sin recurrir a antecedentes demasiado remotos, de la etapa histórica del Antiguo Régimen hay que mencionar las Ordenanzas de la Armada de 1748 (sustituidas luego por la Ordenanza Naval de 1802), la Ordenanza para el Ejército de 1768 y el Título IX del Libro XII de la Novísima Recopilación de 1805.

El sistema punitivo delimitado por estos textos legales en relación con la deserción se caracterizaba por su «rígido formalismo», según afirma el Profesor Millán Garrido, a quien seguimos en este punto (*El delito de deserción militar*, cit., pág. 10). Por otra parte, otras notas características de la regulación del delito en toda esta época, que se prolonga hasta bien entrado el siglo XIX, son su extremado casuismo y la anarquía legislativa reinante, producto de los sucesivos complementos y modificaciones de las Ordenanzas a través de múltiples decretos, órdenes y otras disposiciones.

Fracasada la unificación normativa intentada por la Real Orden de 31 de Julio de 1866, son los Códigos penales del Ejército de 1884 y de la Marina de Guerra de 1888 los que sí logran tal objetivo, aunque manteniendo los caracteres básicos de la legislación anterior. En ambos, la rúbrica genérica que acoge los tipos penales de deserción es «De los delitos contra los deberes del servicio militar». Hay que destacar también que en el Código penal de la Marina de Guerra aparece por vez primera en nuestro Derecho la distinción entre los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, que radicaba en aquel entonces en el sujeto activo y no en el bien jurídico protegido o en la acción típica: así, sólo podía ser reo de deserción el individuo de las clases de tropa o marinería (hoy categoría de tropa y marinería), mientras que el abandono de destino quedaba reservado al Oficial. Sin embargo, la diferencia de tratamiento a estos efectos entre el soldado o marinero y el Oficial tenía sus orígenes ya en las Ordenanzas del siglo XVIII, aunque ello no daba lugar en aquel entonces al nacimiento de tipos delictivos diferenciados, y resultaba, en todo caso, una originalidad de nuestro Derecho penal militar con respecto a la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

Finalmente, la configuración del delito de deserción que se va a perpetuar en sus rasgos básicos hasta 1985 es la que diseña el Código de Justicia militar de 1890. La rúbrica del correspondiente Título del Código (el VIII) pasa a ser «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército»; se reafirma el sistema objetivo o formalista, consagrándose además la distinción entre deserción y abandono de destino en los términos anticipados por el Código penal de la Marina de Guerra de 1888; se diferencia un tipo principal de deserción simple del tipo agravado de deserción al extranjero, y se relaciona una serie de circunstancias agravantes específicas, con simplificación de la regulación anterior; a su vez, dentro de la deserción simple se introduce la novedad de considerar falta grave (pero de naturaleza penal y no disciplinaria), y no delito, la primera deserción cometida en tiempo de paz; por último, se incrimina de manera autónoma la inducción, el auxilio y el encubrimiento de la deserción, como ya se había hecho en el Código penal del Ejército de 1884. Aparte de su casuismo, aunque atenuado en comparación con la legislación que le precede, se ha resaltado del Código penal militar de 1890 el rigor punitivo que aplica a estas figuras.

El Código de Justicia militar de 1945, que unificó la legislación penal de los tres Ejércitos, refunde las regulaciones de la deserción contenidas en los cuerpos normativos antes citados, sobre el esquema del Código de 1890 y bajo la misma rúbrica («Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército»). Además de otras modificaciones menores, es de destacar el añadido a los tres tipos de deserción simple, calificada y al extranjero, de tipos especiales (tomados de los Códigos de 1884 y 1888) agravados en función, bien de la concurrencia de determinadas circunstancias que la doctrina, y luego también el legislador, ha denominado «críticas», bien de la comisión del delito frente al enemigo. Fueron también introducidas las figuras de la incomparecencia a bordo y de la falta de incorporación a filas. El tratamiento como falta grave de la primera deserción simple en tiempo de paz permanece, pero con la reducción de su virtualidad a los supuestos en que el desertor se presenta espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación del delito. *En cuanto a la penalidad, se mantiene y aun se extrema el rigor del Código de 1890.*

C) «Iter» legislativo y regulación inicial de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia en el vigente Código penal militar

Cuando dentro del nuevo régimen político instaurado por la Constitución de 1978 se aborda la cuestión de la reforma de la Justicia militar y de la elaboración de un nuevo Código penal militar, a los trabajos preparatorios de este último llegan los ecos de una propuesta de modificación profunda y sustancial de la regulación de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, que entrañaría una ruptura total con la tradición legislativa española en la materia. No se trataría tan sólo de eliminar el casuismo que hemos visto que la caracteriza, pues ello probablemente no provocaría demasiadas disensiones, sino, sobre todo, de sustituir el concepto objetivo o formalista de la deserción por el subjetivo o espiritualista y de suprimir la diferencia de tratamiento punitivo entre el Oficial y el individuo de las clases de tropa o marinería.

Se suele mencionar al prestigioso Profesor y Coronel Auditor Rodríguez Devesa, tristemente desaparecido, como el primer defensor en España de la concepción espiritualista de la deserción, en la redacción de la voz «Deserción» dentro de la *Nueva enciclopedia jurídica* (vol. VII, Ed. Seix, Barcelona, 1955, págs. 246 y sigs.), al que luego siguió Rubio Tardío en su artículo «La deserción» (*Revista Española de Derecho Militar*, núm. 19, Madrid, 1965, págs. 15 y sigs.). Sin embargo, ha sido el Profesor Millán Garrido, a través de su tesis doctoral, dirigida por el Profesor Polaino Navarrete y luego convertida en la obra *El delito de deserción militar*, cit., quien ha estudiado más en profundidad el tema y ha desarrollado de una manera completa y sistemática la concepción espiritualista de este delito, con una crítica minuciosa de la regulación contenida en el Código de Justicia militar de 1945, entonces vigente.

En efecto, como se verá en otro lugar de este trabajo, el Profesor Millán Garrido considera que el bien jurídico que ha de proteger la existencia de un delito de deserción es el deber de prestación del servicio militar y que esto sólo se puede conseguir de un modo satisfactorio por medio de una configuración subjetiva del tipo penal. Así, la deserción en sentido propio debería aparecer netamente diferenciada del delito, éste sí de factura objetiva o formalista, de abandono de destino o residencia, pero por la presencia del específico ánimo subjetivo de querer abandonar de manera definitiva las Fuerzas Armadas y no por el carácter del sujeto activo. De esta manera, también postula la desaparición de la consideración diferenciada de los Oficiales y Suboficiales frente a los individuos de las

clases de tropa y marinería. Asimismo, trae a su favor la postura de la jurisprudencia, que no parece haber asimilado, por motivos de Justicia y de coherencia con el bien jurídico protegido, el sistema objetivo o formalista.

La mayoría de la doctrina, en cambio, no pone reparos a nuestra tradición legislativa en materia de deserción, al menos en lo referente a los dos puntos que aquí estamos resaltando. Se puede citar como uno de los autores que específicamente han defendido el sistema objetivo o formalista al General Consejero Togado Montull Lavilla, con su artículo «Contribución al estudio de la naturaleza jurídica del delito de deserción en el Derecho comparado», en el que llega a afirmar que «casi me atrevería a decir que el criterio espiritualista, pese al buen deseo que lo informa, queda reducido a un mero principio programático, como un ideal inalcanzable y, por ende, sociológicamente inválido» (*Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, cit., pág. 39), por entender que en la práctica la intención de desertar es imposible de probar y que, en consecuencia, hasta en la mayoría de los sistemas subjetivos o espiritualistas se acaba recurriendo a presunciones legales objetivadoras.

Del enfrentamiento de las dos tesis a lo largo del proceso de elaboración del nuevo Código penal militar, pues tanto el Profesor Millán Garrido como el hoy General Montull Lavilla tuvieron ocasión de participar en él, salió un texto, que llegó incluso al Senado, donde se recogía la propuesta básica del primero, es decir, la existencia del tipo subjetivo de deserción al lado del objetivo, dentro de un Capítulo titulado «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar», pero con la particularidad de que se preveía igual pena para ambos subtipos y de que seguía manteniéndose para los Oficiales y Suboficiales la figura autónoma del abandono de destino o residencia, de carácter exclusivamente formalista.

Por otra parte, esta peculiar combinación de sistemas punitivos no resultaba, a nuestro entender, demasiado acertada<sup>1</sup> y estaba destinada a generar graves problemas hermenéuticos a la hora de su aplicación práctica, como se podrá deducir de lo que será expuesto al estudiar el bien jurídico protegido por estos tipos penales.

Debido a su interés, reproducimos el texto del artículo tal como fue presentado en el Senado:

«Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior (el relativo al abandono de destino o residencia) que injustifi-

cadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la Autoridad Militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo su ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la deserción a las veinticuatro horas.

El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Las mismas penas se impondrán en aquellos supuestos de ausencia injustificada en los que, aun no habiéndose cumplido los plazos señalados en el párrafo primero, la intención del militar fuera la de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus deberes castrenses»

Sin embargo, de una manera del todo sorprendente, dado que no se aportó más justificación que la consistente en que se pretendía «rebajar la pena por arrepentimiento en tiempo de paz», una enmienda, la número 158, presentada por el Grupo socialista del Senado, logró la sustitución del párrafo tercero del artículo por este otro:

«Si en tiempo de paz el desertor se presentara espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la deserción, será sancionado con la pena inferior en grado».

Así, por un lado, se restableció la coherencia interna del sistema, que, para bien o para mal, continuaría siendo puramente objetivo o formalista y no una problemática mezcla de tesis contrapuestas, pero, por otro, se introdujo una extraña atenuante específica; extraña, porque era difícil que pudiese atenuar algo, si se tiene en cuenta que el artículo 40 del Código penal militar establece taxativamente en su párrafo primero que «la pena... inferior en grado se determinará... partiendo del grado mínimo (que en la deserción iba a ser de tres meses y un día, como se ha podido apreciar en la transcripción del texto del artículo) y restándole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día». Además, la justificación de la enmienda no se corresponde con la redacción del texto que se

adjuntaba y que llegó a imponerse, pues, mientras en la primera se habla de «rebajar la pena por «arrepentimiento», en el segundo se exige solamente la presentación espontánea a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la desertión, sin referencias a «arrepentimiento» de ningún tipo (véase la transcripción expuesta en el párrafo anterior).

En fin, el Código penal militar de 1985 acabó conteniendo en el Título VI («Delitos contra los deberes del servicio») de su Libro II, un Capítulo III titulado «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar», compuesto por cinco Secciones (artículos 119 a 129): la primera, recogía el «Abandono de destino o residencia», es decir, el tipo objetivo o formalista de desertión específico del «Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado» (art. 119); la segunda, incriminaba el delito de «Deserción» en los términos que acabamos de ver (art. 120); la tercera, bajo la rúbrica de «Quebrantamientos especiales del deber de presencia», engloba los supuestos que ya individualizaba el Código de Justicia militar de 1945 de desertión frente al enemigo y en circunstancias críticas, de incomparecencia a bordo y de falta de incorporación a filas (artículos 121 a 124); la cuarta, se refiere a la «Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo» (artículos 125 a 128), cuestión que no es objeto del presente estudio; y la quinta, mantiene la punición autónoma de la incitación, la apología, el auxilio y el encubrimiento de los delitos anteriores (art. 129).

Frente a la regulación del Código de Justicia militar de 1945, la que aparecía en un principio en el vigente Código penal militar es considerablemente más simple. En efecto, fueron suprimidos tanto el tipo especial agravado de desertión al extranjero como la tradicional lista de agravantes específicas. Otras novedades destacables son que los tipos especiales que ahora se denominan «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» se aplican también a los Oficiales, que desaparece la consideración de falta grave de la primera desertión simple en tiempo de paz, sustituida por la peculiar atenuante específica del párrafo tercero del artículo 120 y, por último, que se introduce una moderación general en las penas previstas para estos delitos.

En cambio, hay que repetir una vez más que las líneas maestras del sistema, es decir, la configuración objetiva o formalista de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia, y la distinción de ambos tipos en función del sujeto activo, no variaban para nada.

#### D) *La reforma de 1991*

No duró mucho, sin embargo, la victoria de la tesis objetiva o formalista. Demostrando una vez más la firmeza y la convicción con la que adopta sus principales decisiones de política criminal, el legislador dio en 1991 un giro radical a la regulación de los delitos que nos ocupan, para acoger, no ya, como ocurría en los trabajos parlamentarios iniciales del Código penal militar de 1985, una versión híbrida, pretendidamente conciliadora de las teorías enfrentadas, sino un sistema subjetivo o espiritualista de signo por completo contrario al formalista consagrado pocos años antes.

De forma más o menos paralela a lo que ocurría con la «justificación» de la enmienda que mantuvo la pureza del sistema formalista en la versión originaria del Código penal militar de 1985, con idéntica falta de expresividad y de claridad, nos dice la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 13/ 1991, de 20 de diciembre, reguladora del servicio militar e introductora de la reforma de la que estamos tratando, que «la aplicación de esta Ley, por cuanto tiene de innovador respecto a la situación anterior, requiere, asimismo, la previsión y refoma del Código Penal y de las Leyes penales, procesales y disciplinarias militares para dar una nueva regulación en ellas a determinados tipos y figuras que afectan al personal que cumple el servicio militar», sin que los debates parlamentarios arrojen más luz sobre el asunto.

En efecto, si bien cabe dentro de lo posible que el establecimiento de una nueva regulación legal de la prestación del servicio militar como obligación constitucional de ciudadanía tenga conexión con la modificación del Código penal militar que deja sin contenido sus artículos 124, 127 y 128, todos ellos relacionados con el servicio militar obligatorio, no parece, en cambio, que exista esa misma vinculación con la decisión del legislador de introducir el sistema subjetivo o espiritualista de conceptualización de la desertión, pues este delito no es específico de los militares de reemplazo, ni se entiende que pueda verse afectado en forma alguna por las modificaciones que la Ley del Servicio Militar introduce en el régimen jurídico de dichos militares. Así pues, hay que concluir que éste es uno de esos casos, por lo demás bastante frecuentes, en que se aprovecha la promulgación de una nueva ley para reformar preceptos de normas que no presentan más que una débil conexión con la materia de la primera.

Siendo esto así, resulta aventurado ensayar una explicación de la mutación de criterio político-criminal producida. Lo único que quizás sea

posible descartar desde un principio es que el motivo de la reforma pueda radicar en la experiencia práctica de la aplicación de la versión original del vigente Código penal militar, dado que el sistema objetivo o formalista es el único que históricamente se ha conocido en España: las mismas razones que podrían haber aconsejado en 1985 su mantenimiento, seguirán concurriendo en 1991, puesto que en esos escasos seis años intermedios nada ha sucedido, en lo que a nosotros se nos alcanza, que justifique un replanteamiento de la cuestión.

Si se piensa, por ejemplo, en el fenómeno delictivo de la llamada «insumisión», cuya influencia en diversos aspectos de la nueva regulación del servicio militar obligatorio es notoria, será sencillo caer en la cuenta de que la relación que presentaba con la desertión antes de la reforma de 1991 era mínima, ya que la conducta de quienes rehúsan cumplir el servicio militar obligatorio no constituía, por lo general, el delito de desertión del artículo 120, sino la figura de falta de incorporación a filas del artículo 124 o el tipo del artículo 127, cuya acción típica consistía, precisamente, en rehusar de forma expresa y sin causa legal el cumplimiento de dicho servicio. En cambio, es ahora cuando empieza a existir una cierta vinculación entre desertión e «insumisión», al haberse introducido en el artículo 102 del Código penal militar, a través de la propia Disposición adicional octava de la Ley del Servicio Militar, un nuevo párrafo tercero, que tipifica la desobediencia consistente en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares y que, en determinados supuestos, puede plantear complicaciones concursales con el tipo espiritualista de desertión del artículo 120.

Con todo, una de las respuestas que el legislador de 1991 da a los problemas que plantea la «insumisión» y que es la reducción del ámbito de competencia penal de la Jurisdicción militar, plasmada principalmente a través de la decisión de dejar sin contenido los artículos 124, 127 y 128 del Código penal militar y de crear los artículos 135 *bis h*) y 135 *bis i*) en el Código penal común, influye también en la regulación de los delitos que nos ocupan, explicando, como se verá in extenso en otro lugar de este trabajo, alguna de las peculiaridades del nuevo régimen jurídico del delito de abandono de destino o residencia, aunque no sirve para aclararnos por qué se ha optado por la introducción del sistema subjetivo o espiritualista de configuración de la desertión. Un análisis más detallado de la manera en que el fenómeno de la llamada «insumisión» ha pesado sobre la nueva Ley del Servicio Militar puede encontrarse en el trabajo, al que nos remitimos, del Teniente Coronel Auditor y Juez Togado Militar Ramírez

Sineiro «El vigente régimen penal de la insumisión», en Revista General de Derecho, núms. 580-581, enero-febrero de 1993, págs. 415 a 433.

Para concluir, nos gustaría matizar que las críticas vertidas en los párrafos anteriores no se deben entender dirigidas contra la tesis espiritualista en sí misma considerada, sino sólo contra la desorientación y la falta de firmeza de criterio que demuestra con estos vaivenes el legislador español.

Finalmente, transcribimos los apartados segundo, tercero y cuarto de la Disposición adicional octava de la Ley del Servicio Militar, que son los preceptos que llevan a cabo la reforma objeto de este análisis:

«2. El artículo 119 del Código Penal Militar queda redactado como sigue:

«El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.»

3. Se añade un artículo 119 *bis* al Código Penal Militar, cuyo contenido queda redactado como sigue:

«El militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.»

4. El artículo 120 del Código Penal Militar queda redactado como sigue:

«Comete desertión el militar que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.»

Al no haber sufrido variaciones las rúbricas de las Secciones primera y segunda del Capítulo III del Título VI del Libro II del Código penal mi-

litar, se recoge ahora bajo el nomen iuris de «Abandono de destino o residencia» la antigua configuración objetiva o formalista de la deserción, sin distinción ya entre Oficiales o Suboficiales e individuos de la categoría de tropa y marinería, pero con un subtipo especial para los militares de reemplazo, cuya única peculiaridad es la ampliación del plazo que debe transcurrir para la consumación del delito. A todo esto, hay que añadir como novedades la desaparición de la atenuante específica del párrafo tercero del antiguo artículo 120, la unificación de la forma del cómputo de los días de ausencia y un cierto incremento del rigor punitivo.

Bajo la rúbrica de «Deserción», por su parte, tenemos en el artículo 120 la figura penal de la deserción propia, de carácter subjetivo o espiritualista, también común a Oficiales, Suboficiales e individuos de la categoría de tropa y marinería. Las penas previstas son más graves que las del delito de abandono de destino o residencia, frente a la equiparación penológica entre la modalidad objetiva y la subjetiva que mantenía la configuración del delito de deserción que llegó al Senado en 1985.

### III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

#### A) *El estado de la cuestión durante la vigencia del Código de Justicia militar de 1945*

El análisis del bien jurídico protegido, como es conocido, constituye en la dogmática penalista de nuestros días el punto de partida para toda reflexión sobre un concreto tipo penal, y esta relevancia se incrementa, si cabe, en aquellos casos en que la articulación técnica del delito es objeto de controversias doctrinales y legislativas. Así, el estudio de los intereses sociales de relevancia jurídica que han sido considerados por el legislador como suficientemente importantes para merecer protección penal será presupuesto ineludible a la hora de formarse un juicio sobre la corrección técnico-jurídica y político-criminal de la regulación del delito de que se trate.

En el Código de Justicia militar de 1945, según se ha relatado en otro lugar de este trabajo, los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia se encontraban agrupados, con otros muchos tipos penales, bajo la rúbrica genérica de «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército». Sobre la incapacidad de semejante rúbrica para expresar con precisión el bien jurídico inmediatamente protegido por la incriminación de la deserción, nos dice el Profesor Millán Garrido que «en puridad, casi

todos los delitos militares afectan a los medios (materiales o personales) de acción del Ejército y, por supuesto, todos, sin excepción, lesionan o ponen en peligro los fines de las fuerzas armadas, ya que en tal ataque al potencial bélico reside precisamente la esencia del delito militar» (*El delito de deserción militar*, cit., pág. 52). Así, refiere este autor que, cuando llegaba el momento de concretar el bien jurídico protegido, la jurisprudencia se acogía a la idea de disciplina, mientras que la doctrina, en general, prefería hablar de la «prestación ininterrumpida del servicio militar».

El propio Profesor Millán Garrido, por su parte, afirma categóricamente en la obra citada que «el bien jurídico protegido es, en todo caso, el servicio» y separa a continuación los delitos contra el servicio militar de los delitos contra la disciplina. Asimismo, desarrolla la distinción entre dos posibles acepciones del servicio militar como bien jurídico, una objetiva, que lo identificaría con el funcionamiento mismo de la organización militar en su conjunto y con el potencial bélico del Estado, y que plantearía, por lo tanto, los mismos problemas de indefinición que la rúbrica «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército», y otra subjetiva, que considera más adecuada para lo que ahora nos interesa, consistente en entender por servicio militar la prestación personal del individuo a las Fuerzas Armadas, ya sea o no voluntaria.

A su vez, dentro de esa prestación, diferencia la obligación genérica de prestar servicio a las armas, de toda una serie de concretas prestaciones particulares exigibles al individuo durante su permanencia en filas. De esta manera, «bien jurídico protegido en la deserción es el servicio militar, entendido en sentido subjetivo y genérico, como obligación, impuesta o voluntariamente asumida, de prestar servicio a las armas en los términos establecidos por la ley» (para estos dos últimos párrafos, *El delito de deserción militar*, cit., págs. 55 a 58).

Llegados a este punto, es posible ya comprender plenamente los motivos por los que algunos autores rechazaban la configuración objetiva o formalista del delito de deserción que aparecía en el Código de Justicia militar de 1945 y en toda nuestra legislación histórica, así como los problemas que se les presentaban a los Tribunales a la hora de su aplicación práctica.

En efecto, parece incontrovertible, como han tenido el mérito de poner de manifiesto los Profesores Rodríguez Devesa y Millán Garrido, que un sistema puramente formalista, que castiga como desertor al militar que se ausenta de manera injustificada de su unidad, o no se reincorpora a ella, pasados determinados plazos, sin tener en cuenta la intención del su-

jeto, no protege de forma eficaz el bien jurídico «prestación del servicio militar», dado que no cubre supuestos que suponen sin duda una lesión de ese bien (como el caso del militar que se ausenta o no se reincorpora a su destino tratando de sustraerse de modo permanente a su deber de prestación del servicio, pero que es aprehendido antes de que transcurra el plazo legal necesario para la consumación del delito), mientras que, de forma paradójica, castiga otras conductas (por ejemplo, la del militar cuya ausencia supera el plazo legal, pero que no pretende abandonar las Fuerzas Armadas e, incluso, llega a reincorporarse voluntariamente a su destino), en las que resulta difícil de apreciar la vulneración del deber genérico de prestación del servicio.

## B) *Las repercusiones del Código Penal Militar de 1985*

Ahora bien, antes de dar por buena la crítica expuesta, es necesario, a nuestro juicio, hacerse la pregunta de si realmente el bien jurídico protegido por un tipo penal de deserción de factura objetiva o formalista es ese deber genérico de prestación del servicio militar.

A este respecto, algo más de claridad aporta la rúbrica bajo la que aparecen en el nuevo Código penal militar de 1985 los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia: «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar». En el Anteproyecto y en el Proyecto del Código se hablaba de «Delitos contra el deber de presencia y prestación del servicio militar», con «el deber» en singular, lo que sin duda era otro intento de compaginar las tesis tradicionales con las del Profesor Millán Garrido. Sin embargo, y de manera que cabe calificar de muy significativa, una enmienda, la número 163, del Grupo popular del Congreso, consiguió el cambio a «los deberes», con el argumento de que «se trata de dos deberes distintos (el de presencia y el de prestación, se entiende) que parecen confundirse en el enunciado que ofrece el proyecto».

Asimismo, puede resultar interesante recordar que la Sección tercera del mismo Capítulo del Código penal militar donde están incluidos los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, Sección en la que se agrupan los tipos de ausencia injustificada frente al enemigo y en circunstancias críticas, de incomparecencia a bordo y de falta de incorporación a filas, se titula «Quebrantamientos especiales del deber de presencia». La especialidad de estas figuras, evidentemente, se articula con res-

pecto a los citados delitos de deserción y de abandono de destino o residencia (aunque esta afirmación precisaría de alguna matización).

De todos estos datos, el Comandante Auditor García Labajo («El delito de deserción militar», en *Comentarios al Código penal militar*, cit.), deduce que el Capítulo III del Título VI del Libro II del Código penal militar tipificaba en la redacción que salió de las Cortes en 1985 dos clases de delitos: unos, contenidos en las tres primeras Secciones del Capítulo («Abandono de destino o residencia», «Deserción» y «Quebrantamientos especiales del deber de presencia»), que tendrían como fin la salvaguardia del llamado «deber de presencia»; otros, concentrados en la Sección cuarta («Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo»), que protegerían el deber de prestación del servicio militar, pero entendido este último, no como lo hacía el Profesor Millán Garrido en su obra *El delito de deserción militar*, sino, de manera más restrictiva, como la obligación constitucional de ciudadanía ahora regulada por la Ley del Servicio Militar de 1991.

Así, se habrá que determinar qué sea ese «deber de presencia» que, según la tesis del Comandante Auditor García Labajo, constituye el bien jurídico protegido por la configuración objetiva o formalista del delito de deserción (y no sólo en la formulación originaria del vigente Código penal militar, sino también en el derogado Código de Justicia militar de 1945) y por la existencia del delito de abandono de destino o residencia. Pues bien, mantiene el autor mencionado que el deber de presencia consiste en «la disponibilidad para el servicio; esto es, el cumplimiento del deber que a todo militar compete conforme a Ordenanzas... de permanecer en su unidad, destino o lugar de residencia sin separarse de ellos, lo que equivale a estar en todo momento bajo el control de las Autoridades Militares».

Por otra parte, hay que añadir que este deber encuentra su razón de ser en la necesidad de mantener la intangibilidad de los recursos humanos que constituyen el personal de las Fuerzas Armadas, con lo que, si la tesis expuesta es correcta, cobra pleno sentido aquella rúbrica del Código de Justicia militar de 1945 que fue tan criticada en su tiempo por hablar de «Delitos contra los fines y los *medios* (personales en este caso) de acción del Ejército».

Finalmente, el autor cita ejemplos de sentencias, la mayoría recientes, que acogen una visión del bien jurídico lesionado por los desertores similar a la defendida por él (para lo referido en estos últimos párrafos, *Comentarios al Código penal militar*, cit., págs. 1520 a 1523).

### C) *Propuesta para un replanteamiento de la cuestión*

¿Qué podemos decir nosotros con respecto a esta interesante polémica doctrinal?. A nuestro entender, gran parte de los problemas nacen de un planteamiento inicial de la cuestión un tanto confuso. En efecto, no parece necesario enfrentar la concepción objetiva o formalista y la subjetiva o espiritualista del delito de desertión militar, como si fueran dos maneras diferentes de proteger un mismo bien jurídico, una más acertada desde el punto de vista técnico-jurídico y la otra menos. Bien al contrario, cabe sostener que cada una de esas dos configuraciones del tipo penal está encaminada a la protección de un bien jurídico diferente, protección para la que sí son adecuadas, como trataremos de demostrar. La discusión, en consecuencia, en lugar de desarrollarse en el terreno de la técnica jurídica y en el de la reflexión de lege lata, debería haberse trasladado al campo de las decisiones de política criminal; más concretamente, al de la elección de los bienes jurídicos que han de ser protegidos por el Ordenamiento penal militar, dentro de una reflexión *de lege ferenda*.

Así, no se debería considerar que el sistema objetivo o formalista responde a un intento defectuoso de defensa del bien jurídico consistente en el deber genérico de prestación del servicio militar, pues lo que quiere en realidad proteger, y lo consigue, además, plena y acertadamente, es el deber de presencia o de disponibilidad para el servicio, que es una de las prestaciones particulares exigibles al individuo durante su permanencia en filas (de hecho, es la primera y más general concreción que admite el deber de prestación del servicio), cuya razón de ser estriba en garantizar que todos y cada uno de los integrantes del personal de las Fuerzas Armadas estén disponibles en todo momento para el servicio en los términos establecidos por las Ordenanzas, con lo que resulta lógica la irrelevancia de la intención específica del sujeto en caso de incumplimiento.

Ciertamente, no se puede negar que, en determinados supuestos, al salvaguardarse el deber de presencia, se evita también que se incumpla el deber, más amplio y genérico, de prestación del servicio (en especial, siempre que el abandono injustificado de destino o residencia durante el plazo fijado por la norma responda a la intención de sustraerse permanentemente al servicio militar), pero esto no invalida la afirmación de que el bien jurídico que de manera inmediata se intenta proteger es el deber de presencia y no el de prestación.

Por su parte, el sistema subjetivo o espiritualista es también correcto desde el punto de vista técnico-jurídico, si lo que se busca es que, además

de una serie de tipos penales que incriminen las conductas que vulneran los deberes particulares que derivan del deber de prestación del servicio militar, exista también un tipo más general que castigue las conductas dirigidas directamente contra este último. Aquí sí, como hemos visto al comentar los argumentos de los defensores del concepto espiritualista de la deserción, resulta imprescindible incorporar al tipo penal un elemento subjetivo del injusto para conseguir la adecuada protección del bien jurídico.

En cuanto a las críticas de quienes consideran que ese elemento subjetivo plantearía problemas casi insalvables a la hora de la aplicación en la práctica del tipo penal, no son de recibo, a nuestro entender, porque es evidente que en el Derecho penal español existe (lo mismo que en todo el panorama de las legislaciones penales comparadas) una cierta cantidad de figuras delictuales de esta clase, las cuales, aunque generan más problemas probatorios que los tipos puramente objetivos, no resultan, ni mucho menos, inaplicables por los Tribunales. Claro está, sin embargo, que, para que esa aplicación sea posible, es preciso tanto el que exista la efectiva voluntad de llevarla a cabo, como el que se no se caiga en la fácil tentación de propugnar una interpretación desorbitada de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, yendo más allá, no sólo de las exigencias legales, sino también de los propios requerimientos constitucionales y de los textos internacionales de protección de los derechos fundamentales.

La breve referencia realizada en un punto anterior de este trabajo al Derecho comparado, y nuestras conclusiones de los párrafos anteriores, nos descubren que, a la hora de configurar un Ordenamiento penal militar coherente, el legislador no puede dejar de contemplar el delito de deserción en su concepción objetiva o formalista, ya que lo exige la propia naturaleza de las cosas: donde existen unas Fuerzas Armadas tal como hoy las entendemos (un Ejército permanente) y delitos específicamente militares, no puede faltar la incriminación de las conductas atentatorias contra el llamado «deber de presencia». Ya se ha dicho que, incluso en los países que se suman a la tesis subjetiva o espiritualista, existe siempre, al lado del delito de deserción, otro, que se llamará de «ausencia injustificada» o de una forma parecida, y que castigará los abandonos de destino o residencia cuya duración supere un plazo determinado de tiempo, sin más requisitos que la injustificación de la ausencia.

En cambio, son muchos los Ordenamientos que no contemplan la deserción en sentido propio, es decir, el sistema subjetivo o espiritualista, porque el grado de protección del deber genérico de prestación del servicio que

consiguen de modo indirecto, a través de la salvaguardia de los deberes particulares que derivan de él, le ha debido de parecer suficiente al legislador.

En resumen, la cuestión de decidir si había que introducir en nuestro Ordenamiento el sistema subjetivo o espiritualista de configuración de la deserción no constituía tanto un problema de mejora técnico-jurídica de la legislación penal militar, como una discusión político-criminal sobre la conveniencia o no de incriminar autónomamente las conductas tendentes a lesionar de modo directo el deber genérico y subjetivo, voluntaria o forzosamente asumido, de prestación del servicio militar, aumentando la protección dispensada a este bien.

En contra de la aparición del nuevo tipo penal, se podría quizás alegar el carácter de defensa mínima que tiene en nuestro Ordenamiento el Derecho penal: si ya se contemplaban, una por una, todas las posibles infracciones de los deberes y obligaciones específicas que derivan del deber de prestación del servicio militar (aunque no la infracción genérica de éste), y si, además, buena parte de las conductas que quedarían englobadas en la nueva figura recibía castigo penal por ajustarse al tipo de deserción en sentido objetivo o formalista, no era insostenible el mantener que el nivel de protección del bien jurídico resultaba suficiente.

A favor de la inclusión en el Código del nuevo delito, es posible argumentar que no es cierto que la protección del deber de prestación del servicio militar fuera completa, dado que conductas que lo lesionan claramente, como son las de quienes no llegaban a cometer el antiguo delito de deserción por haber sido aprehendidos antes del transcurso del plazo legal necesario para la consumación, pero que habían abandonado su destino o residencia con la intención de sustraerse de manera permanente al deber de prestación, no recibían el merecido castigo penal.

Además, el diferenciar de una forma nítida el delito contra el deber de prestación del servicio, del delito contra el deber de presencia o de disponibilidad para el servicio, podría permitir una mejor graduación de las penas, con la consiguiente moderación de las de la figura objetiva o formalista, que entraña un desvalor jurídico menor, y el mantenimiento de un cierto rigor en las del tipo subjetivo o espiritualista.

#### D) *El significado de la reforma de 1991*

De acuerdo con la tesis expuesta, el significado de la reforma de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia operada por la Ley del

Servicio Militar resulta claro: el legislador ha optado por introducir un tipo penal que específicamente defienda el deber genérico y subjetivo de prestación del servicio militar, de modo que ahora existe un delito de deserción en el que el bien jurídico protegido es el que se acaba de mencionar (art. 120 del Código penal militar) y un delito de abandono de destino o residencia, dividido en dos subtipos diferenciados por el sujeto activo, en el que ese bien se concreta en el llamado «deber de presencia» (artículos 119 y 119 *bis*).

Por lo demás, esta interpretación se adapta a la perfección a la rúbrica del Capítulo III («Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar»), aunque no quepa entender ya que el «deber de prestación del servicio militar» al que alude haga referencia de forma exclusiva a los delitos de la Sección cuarta, relacionados con el servicio militar obligatorio como deber de ciudadanía.

Tampoco plantea grandes dificultades establecer cuál es la relación sistemática entre los nuevos artículos 119 y 119 *bis* por un lado, y 120 por el otro. Así, es figura principal el artículo 120, es decir, la deserción, porque el desvalor que supone la infracción del deber genérico de prestación del servicio es mayor y contiene plenamente el derivado de la vulneración del deber de presencia, dado que este último no es más que la primera y más inmediata concreción que admite el otro, ahora salvaguardada por los dos subtipos del delito de abandono de destino o residencia de los artículos 119 y 119 *bis*, convertidos en figuras subsidiarias frente a la del artículo 120. De ahí que la pena prevista para el delito de deserción sea mayor que la prevenida para el de abandono de destino o residencia y que, en cambio, no resultase acertada la equiparación contemplada en aquel fallido intento de introducir el sistema subjetivo o formalista a través del párrafo tercero del artículo 120.

En la práctica, siempre que nos hallemos ante un abandono de destino o residencia en el que concurra el «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares», se aplicará el artículo 120, y no el 119 o el 119 *bis*. A su vez, de producirse una ausencia injustificada faltando el elemento subjetivo citado, habrá que distinguir según la duración de la misma alcance o no los plazos legales; si los alcanza, se habrá cometido, dependiendo de la condición del sujeto, bien el delito del artículo 119, bien el del 119 *bis*; si no llega a ella, no habrá delito, sino infracción disciplinaria.

Para acabar de establecer las relaciones entre los nuevos delitos de deserción y de abandono de destino o residencia a través del análisis del bien jurídico protegido, resulta necesario agregar a lo anterior el dato del carácter

homogéneo que presenta la naturaleza de ambos tipos, como delitos que son de peligro abstracto: en efecto, y en esto las discrepancias doctrinales son menores, los deberes que defienden se le imponen al individuo con el fin último de mantener el potencial bélico del Estado, garantizando la intangibilidad de los recursos humanos de las Fuerzas Armadas; ahora bien, la concreta infracción por un individuo también concreto de su deber de prestación del servicio militar o de su deber de presencia (de disponibilidad en todo momento para las obligaciones derivadas del servicio, dicho de otra manera), no genera, en principio, ningún resultado dañoso identificable, como pudiera ser una real y cuantificable disminución del citado potencial bélico.

Precisamente, en la mayor concreción del peligro creado por el culpable reside la especialidad de los delitos de los artículos 121 y 122 del Código penal militar (Sección tercera, «Quebrantamientos especiales del deber de presencia»), que consisten en ausencias injustificadas frente al enemigo o en circunstancias críticas y que, por no haber sido modificados en la reforma de 1991, no van a ser analizados en profundidad en este trabajo. En las circunstancias recogidas por esas figuras, la necesidad de contar con la plena disponibilidad de todos los efectivos que, conforme a las Ordenanzas, deben estar prestos para el servicio se acrecienta y ese es el motivo de que no se exija el transcurso de plazo alguno de ausencia ni se diferencie entre «militares profesionales» y «militares de reemplazo». Se trata, pues, de tipos especiales agravados frente al delito de abandono de destino o residencia.

En cambio, para resolver sus relaciones con la desertión habrá que recurrir a la técnica del concurso ideal de delitos, dado que, a nuestro parecer, ni la incriminación de unas infracciones del deber de presencia especialmente calificadas abarca de manera íntegra el desvalor jurídico que deriva de la vulneración del deber genérico de prestación del servicio militar, ni el castigo de esta última clase de infracciones hace innecesario el de las primeras, en razón del particular peligro que las mismas generan para el funcionamiento eficaz de la unidad militar, que se halla ante el enemigo o se ve envuelta en las «circunstancias críticas».

## VI. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

### A) *La polémica doctrinal*

La segunda gran cuestión polémica en la regulación de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia es la del sujeto activo del

delito. Nuestro tradicional sistema objetivo o formalista iba unido a la diferenciación entre el tratamiento punitivo de los Oficiales y Suboficiales y el de los individuos pertenecientes a las antiguas clases de tropa y marinería, mientras que las propuestas de introducción del sistema subjetivo o espiritualista sugerían la unificación del mismo.

Sin embargo, hay que hacer notar, antes de seguir adelante, que ambos aspectos son, desde nuestro punto de vista, perfectamente separables, es decir, no vemos ningún obstáculo, ninguna interna contradicción, que impida que un sistema formalista castigue igual a todos los militares, sea cual sea su graduación, o que en el sistema espiritualista se establezcan tipos diferenciados de deserción y de abandono de destino o residencia para determinadas categorías del personal de las Fuerzas Armadas.

Las posiciones favorables a la unificación de tratamiento punitivo, mantenidas por buena parte de la doctrina, y representadas otra vez de manera notoria por el Profesor Millán Garrido, parten de que, tanto si se admite el sistema subjetivo o espiritualista, como si se opta por el objetivo o formalista, nada varía en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia por el hecho de que el autor sea un Oficial o Suboficial, o, por el contrario, un individuo de las clases de tropa o marinería: el bien jurídico lesionado es el mismo y la acción típica también, al menos en sus rasgos esenciales.

Es más, durante el periodo de vigencia del Código de Justicia militar de 1945, ni siquiera se podía sostener que con la incriminación separada se pretendiese reservar un mayor rigor punitivo para los Oficiales y Suboficiales, por el aumento de responsabilidad que conlleva su graduación o por su carácter profesional, dado que, de hecho, había supuestos de abandono de destino o residencia (*nomen iuris* en la regulación anterior del delito de deserción en sentido formalista propio del Oficial y Suboficial) que tenían prevista pena menos grave que los supuestos paralelos de deserción de los individuos de las clases de tropa o marinería.

En último término, el Profesor Millán Garrido llegaba a tomar en consideración la posibilidad de introducir como circunstancia agravante específica en estos delitos la condición de militar profesional del autor.

En contraposición a lo anterior, encontramos una defensa del tratamiento penal diferenciado en los capítulos relativos a los delitos de abandono de destino o residencia y de deserción, redactados por el Comandante Auditor García Labajo, dentro de la obra colectiva *Comentarios al Código penal militar*, cit.

Este autor maneja dos tipos de argumentos para sostener su postura. Los primeros son de índole criminológica, es decir, se basan en el carácter claramente diferenciado del perfil psicológico del individuo de las clases de tropa o marinería que deserta frente al del Oficial o Suboficial que comete el mismo delito (el antiguo abandono de destino o residencia). Fue De Querol y De Durán, en sus conocidos *Principios de Derecho Militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945* (Ed. Naval, Madrid, sin fecha), quien primero puso de relieve dentro de nuestra doctrina esa diferencia, pero el análisis más detallado sobre la peculiar psicología del soldado o marinero desertor aparece en la repetidamente citada obra del Profesor Millán Garrido *El delito de deserción militar* (págs. 155 y sigs.).

Con profuso manejo de estadísticas y de estudios nacionales y extranjeros sobre la cuestión, el Profesor Millán Garrido muestra que los soldados y marineros que desertan suelen ser personas que no logran adaptarse a la vida militar, pero que, por lo común, tenían ya graves problemas previos de adaptación social en la vida civil. Especialmente revelador resulta el dato, tomado del trabajo de Moreno Chaparro, «Aspectos psicossociológicos de la deserción» (*Revista de Sanidad Militar*, vol. XXXVI, Madrid, 1974, págs. 21 y sigs.), de que casi un 60% de los soldados y marineros desertores estudiados por el autor habían delinquido antes de incorporarse a filas y de que casi un 20% de ellos habían sido condenados más de cuatro veces.

En cambio, el Comandante Auditor García Labajo considera que, aunque no existan trabajos similares sobre los Oficiales y Suboficiales, la especial selección a la que se ven sometidos permite descartar que sea la inadaptación a la vida militar lo que les lleva a cometer estos delitos, al menos en la mayoría de los casos.

El otro argumento se relaciona con el bien jurídico protegido. En efecto, cabe sostener que el peligro que crea para las disponibilidades de personal de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, para el potencial bélico del Estado, el Oficial o Suboficial que infringe, bien su deber genérico de prestación del servicio militar (deserción), bien el deber de presencia o de disponibilidad para el servicio en los términos establecidos por las Ordenanzas (abandono de destino o residencia), es mayor que el que puede generar el individuo de la categoría de tropa y marinería que comete la misma infracción, tanto por las particulares responsabilidades que competen al primero, como por su superior especialización y por el menor número de efectivos existentes en su categoría, que lo convierten en un elemento

de la organización militar más difícil de sustituir que quien, al carecer de esa formación específica, resulta, si se nos permite el decirlo, más «fungible».

Similares razones (y no las consistentes en el carácter de voluntariedad que el servicio presenta en el caso que vamos a mencionar) postularían, ahora a nuestro particular entender, un tratamiento también diferenciado del militar profesional perteneciente a la categoría de tropa y marinería, con respecto a los militares de reemplazo, lo que haría del criterio de la profesionalidad, más que de la graduación por sí misma, la clave de la distinción punitiva, como hasta el propio Profesor Millán Garrido veía posible admitir.

En fin, si hubiese que tomar partido dentro de esta polémica, nos sumáramos a las tesis propugnadoras del tratamiento penal diferenciado, aunque no tanto por el peso del argumento criminológico, como por la especial fuerza de convicción que tiene para nosotros el razonamiento desarrollado en los dos párrafos anteriores.

#### B) *Incidencia de la reforma de 1991 en el sujeto activo de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia*

En cualquier caso, ya nos es conocida cuál fue la opción del legislador en 1985 y cuál en 1991. Así, en un primer momento se mantuvo, unida al sistema objetivo o formalista, la distinción entre el delito de abandono de destino o residencia del artículo 119, reservado al «Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado», y el delito de desertión del artículo 120, propio del «militar no comprendido en el artículo anterior», ambos con conductas típicas sustancialmente idénticas, pero con la corrección frente a la legislación anterior del establecimiento de penas más graves, sin excepción alguna, para el abandono de destino o residencia y con la peculiaridad, que introducía un resquicio unificador, de que los «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» de los artículos 121 a 123 no hacían distinciones y se referían sin matices al «militar».

Después, con la aceptación del sistema subjetivo o espiritualista, se podía esperar también una correlativa unificación total del tratamiento punitivo, vista la coincidencia que se encuentra en la doctrina española entre la defensa de esa forma de configurar la desertión y la propuesta de la unidad de trato penal. Sin embargo, la reforma de 1991 no responde plenamente a esta expectativa, pues, si bien es cierto que el tipo espiritualista de desertión del artículo 120 no hace distinciones, en cambio en el abandono de destino o residen-

cia hay dos subtipos, uno para el «militar profesional» (art. 119) y otro para el «militar de reemplazo» (art. 119 *bis*).

Tres puntos básicos requieren de aclaración en relación con este aspecto de la reforma: primero, el hecho de que se haya mantenido el tratamiento punitivo diferenciado únicamente en el delito de abandono de destino o residencia y no en el de deserción; segundo, el que la distinción se base en la condición de «militar profesional» o de «militar de reemplazo» del sujeto activo, en vez de sobre el tradicional criterio de la graduación; tercero, el que la diferenciación de trato penal se plasme en la necesidad del transcurso de plazos distintos para la consumación del delito (además, sólo en tiempo de paz) y no en el escalonamiento de las penas previstas, que son idénticas. Por lo demás, el legislador no ofrece ningún tipo de orientación que ayude a explicar estos tres extremos, ni en la Exposición de Motivos de la Ley del Servicio Militar, ni a través de los debates parlamentarios relativos a dicho texto legal.

En un principio, podría pensarse que, por razón del desvalor de las respectivas acciones típicas, únicamente se han querido introducir matizaciones en el delito más leve, el de abandono de destino o residencia. Asimismo, cabría sostener, ante el tenor de los nuevos artículos 119 y 119 *bis*, que se ha optado por acoger como fundamento de la diferenciación de tratamiento punitivo, bien el criterio de la profesionalidad o especialización, conforme a lo que defendíamos en el epígrafe anterior, bien el carácter voluntario o forzoso del deber de prestación del servicio militar, bien ambas fundamentaciones a un tiempo, ya que en el actual régimen del personal de las Fuerzas Armadas aparecen estrechamente ligadas tanto la voluntariedad y la profesionalidad, como el reclutamiento forzoso y la no profesionalidad.

Por último, es fácil descubrir que una diferenciación de trato penal consistente en la variación de la duración de los plazos cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito encubre, en realidad, un escalonamiento de la penalidad, porque los abandonos de destino o residencia de los militares de reemplazo que no duren más de quince días no quedarán impunes, sino que constituirán infracciones disciplinarias, a las que también son aplicables sanciones privativas de libertad.

Así, el régimen punitivo que resulta es el siguiente: las ausencias injustificadas de duración superior a quince días se castigan siempre igual, con independencia de la condición del sujeto activo; las que duran entre tres y quince días, se convierten en infracciones disciplinarias para los militares de reemplazo, con una sanción máxima de tres meses de arresto, mientras que siguen siendo delito para los militares profesionales, con la pena mínima de tres meses y un día de prisión; finalmente, los abandonos de destino o resi-

dencia de duración no superior a tres días son infracciones disciplinarias en todo caso. De esta manera, sólo reciben un verdadero tratamiento penal diferenciado, a pesar de que éste aparente extenderse en general a todo el delito de abandono de destino o residencia, las ausencias injustificadas producidas en tiempo de paz y que no duren más de quince días.

Sin embargo, esta extremada reducción de la virtualidad de la distinción de trato penal y el que se base en una degradación al ámbito de las infracciones disciplinarias de ciertas infracciones del deber de presencia, que son, ciertamente, las de menor peligrosidad para el potencial bélico del Estado, pero, al mismo tiempo, las que en la práctica se cometerán con una frecuencia más elevada, dado que los militares de reemplazo constituyen, al día de hoy, la gran mayoría del personal de nuestras Fuerzas Armadas, conduce a pensar que el motivo principal que ha llevado al legislador a mantener resquicios de un tratamiento punitivo diferenciado no es tanto una preocupación de índole técnico-jurídica, reflejo de la polémica doctrinal expuesta en el epígrafe anterior, como la intención, mucho más pragmática, de sustraer a la competencia penal de la Jurisdicción militar los asuntos que pueden generar una mayor polémica en la sociedad, dentro de un contexto en el que las actuaciones de minorías activistas hostiles a las Fuerzas Armadas españolas y, sobre todo, a los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho instaurado por la Constitución de 1978, adquieren una repercusión considerable, gracias a la atención que les prestan los medios de comunicación de masas, a pesar de que se trate de verdaderas incitaciones a delinquir, generosamente toleradas por los Poderes públicos.

Por lo demás, contemplada la reforma de los artículos 119 y 120 del Código penal militar desde este punto de vista, resulta bastante coherente con la desaparición de los artículos 124, 127 y 128 del mismo cuerpo legal, aunque, como ya se ha dicho, en este último caso la reducción del espacio competencial de la Jurisdicción militar se realizaba a través de un traslado de los tipos respectivos al Código penal común y no de su inclusión en el ámbito de lo disciplinario.

### C) *El sujeto activo en el delito de desertión*

Pasando al análisis en particular del sujeto activo tal como ha quedado configurado después de la reforma de 1991, se puede empezar diciendo que en el delito de desertión no surge más problema que el general de adaptar el artículo 8 del Código penal militar, que es el precepto que específicamente determina qué se deba entender por militar a los efectos del propio Código, a las nuevas Leyes del Régimen del Personal militar profesional (Ley 17/1989,

de 19 de julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 172 de 1989, de 20 de julio) y del Servicio Militar.

De esta manera, en el número primero del artículo 8 del Código penal militar, que se refiere a quienes «como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas», habrá que incluir ahora a los militares de carrera y a los militares de empleo, aunque en el caso de estos últimos la relación de servicios con las Fuerzas Armadas tenga carácter no permanente (art. 3 de la Ley del Régimen del Personal militar profesional), en tanto se hallen en una situación administrativa que, conforme a la Ley del Régimen del Personal militar profesional, conlleve también la aplicación de la legislación penal militar.

En el número segundo, relativo a las personas que «con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas», estarán los militares de reemplazo, definidos por el artículo 3 de la Ley del Servicio Militar. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la categoría de voluntarios especiales ha desaparecido, quedando convertidos quienes ostentaban tal condición en militares de empleo de la categoría de tropa y marinería (Disposición adicional sexta de la Ley del Servicio Militar).

En el número tercero permanecen, sin cambio alguno, quienes «cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares», cuyo régimen jurídico está regulado por la Ley del Régimen del Personal militar profesional, aunque su vinculación con las Fuerzas Armadas no constituya una relación de servicios de carácter profesional (art. 55 de la Ley del Régimen del Personal militar profesional).

El número cuarto, por el contrario, sí que se ve afectado por la nueva legislación, dado que las Escalas de Complemento y de Reserva Naval a las que se refiere han sido declaradas a extinguir por la Disposición adicional sexta, apartado cuarto, de la Ley del Régimen del Personal militar profesional. No obstante, la desaparición de estas escalas no es inmediata, con lo que aún existirán individuos pertenecientes a las mismas durante algunos años.

Por último, el número quinto no necesita de más aclaraciones por el momento, al referirse a quienes «con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

#### D) *El sujeto activo en el delito de abandono de destino o residencia*

En cuanto al delito de abandono de destino o residencia, la bipartición establecida entre el militar profesional y el militar de reemplazo plantea al-

gunas dificultades, aunque aparente ajustarse perfectamente al nuevo régimen del personal de las Fuerzas Armadas diseñado por el juego conjunto de la Ley del Régimen del Personal militar profesional y de la Ley del Servicio Militar. Además, la resolución de estos problemas hermenéuticos se ve dificultada por el hecho, ya estudiado, de que el legislador parezca haberse movido, a la hora de implantar en los artículos 119 y 119 *bis* del Código penal militar la distinción que nos ocupa, más por la intención de convertir en infracciones disciplinarias determinadas conductas cuyo enjuiciamiento por la Jurisdicción militar podía generar consecuencias que se consideran políticamente indeseables, que por la de adecuar el tratamiento punitivo a la condición del sujeto activo, en función de las necesidades de protección de los bienes jurídicos en presencia: el resultado es que faltan criterios de interpretación seguros, que puedan completar el simple análisis del alcance de las expresiones «militar profesional» y «militar de reemplazo» en la Ley del Régimen del Personal militar profesional y en la Ley del Servicio Militar.

A primera vista, en la subdivisión constituida por los militares profesionales estarán incluidos todos los efectivos de las Fuerzas Armadas cuyo régimen jurídico aparece regulado en la Ley del Régimen del Personal militar profesional, es decir, los militares de carrera y de empleo, los alumnos de los centros docentes militares de formación y los miembros de las Escalas de Complemento y Reserva Naval que permanezcan en ellas mientras no se produzca su definitiva extinción. Por su parte, serán militares de reemplazo «los españoles que se incorporan a las Fuerzas Armadas para cumplir el servicio militar», conforme al artículo 3 de la Ley del Servicio militar, entendido ese «servicio militar» como la «prestación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional» (art. 2 de la misma Ley), derivada del apartado segundo del artículo 30 de la Constitución Española.

Finalmente, el personal militar que se hallaba en situación de reserva y que se vuelve a incorporar al servicio activo como consecuencia de una orden de movilización, se asimilará, bien a la categoría de militares profesionales, bien a la de militares de reemplazo, dependiendo de si esa reserva era con respecto a la función militar profesional o al servicio militar obligatorio. A este respecto, hay que matizar que la Disposición adicional primera de la Ley del Servicio Militar, en su párrafo segundo, establece que «en el caso de tener cumplido el servicio militar, los militares de empleo pasarán a la reserva del mismo (es decir, a la reserva del servicio militar obligatono) a la finalización o resolución de su compromiso y los alumnos de los centros docentes militares de formación, que no se reintegren a su Escala de origen, al causar

baja en los mismos», con lo que estas personas, de ser movilizadas, quedarán equiparadas a los militares de reemplazo y no a los profesionales.

Ahora bien, hay ciertos puntos dudosos en lo que se acaba exponer. Para empezar, no es seguro que los alumnos de las Academias y Escuelas militares deban ser equiparados sin más a los militares profesionales, pues la propia Ley del Régimen del Personal militar profesional, donde se regula su régimen jurídico, matiza que la vinculación de estas personas con las Fuerzas Armadas no tiene carácter profesional (art. 55, citado). Con todo, la solución inicialmente adoptada sigue siendo la más aceptable, en nuestra opinión, porque, aun existiendo dificultades para la asimilación de los alumnos de los centros docentes militares de formación al personal militar profesional, lo que parece claro es que de ninguna manera pueden ser considerados militares de reemplazo, dada la especificidad que presenta esa expresión en la Ley del Servicio Militar, que la aplica solamente, como se ha visto, a quienes prestan el servicio militar obligatorio como obligación de ciudadanía.

En cambio, la respuesta contraria ha de darse para el supuesto de quienes prestan el servicio militar obligatorio en la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando. Aunque la situación de estos individuos presenta similitudes con la de los alumnos de los centros docentes militares de formación, pues reciben una preparación militar especializada y se convierten en Oficiales, y ello podría haber aconsejado su desmembración con respecto al conjunto de los militares de reemplazo, la Ley del Servicio Militar los considera a todos los efectos incluidos dentro de estos últimos (véase el artículo 24 del citado cuerpo legal, que, por lo demás, reafirma en su párrafo quinto que «quienes cumplen el servicio militar están vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional»), con lo que no parece que quepa otra solución que la que se está propugnando.

Aún más complicado de resolver es el problema que plantean los ciudadanos que quedan sometidos al Código penal militar por haber sido militarizados por decisión del Gobierno, conforme a las previsiones de la Ley 50/1969, de 26 de abril, básica de la Movilización nacional (*Boletín Oficial del Estado* número 101 de 1969, de 28 de abril) y de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de Junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (*Boletín Oficial del Estado* número 134 de 1981, de 5 de junio), ya que estas personas resultan virtualmente imposibles de encuadrar en la distinción entre militares profesionales y de reemplazo.

El personal civil militarizado comparte con los militares de reemplazo el carácter forzoso del servicio militar que presta y el que éste constituya una

obligación constitucional de ciudadanía. El artículo 1.2 de la Ley del Servicio Militar afirma al respecto que «las obligaciones militares de los españoles, a las que se refiere el artículo 30.2 de la Constitución, consisten en la prestación del servicio militar y en el cumplimiento de servicios en las Fuerzas Armadas de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional»; sin embargo, la definición que ofrece ese mismo texto legal de los militares de reemplazo, transcrita en uno de los párrafos anteriores, difícilmente se puede extender a los civiles militarizados, de los que, por lo demás, ya no se vuelve a ocupar la Ley del Servicio Militar en el resto de su articulado.

Por otra parte, el personal militarizado tiene en común con los militares profesionales tanto la posibilidad de su asimilación en ciertos supuestos a los Oficiales y Suboficiales (que son siempre militares profesionales y no de reemplazo), como el dato de su especialización, que, adquirida en un principio para la vida civil, por la circunstancia de la militarización pasa a desarrollarse, bien al servicio directo de las necesidades de las Fuerzas Armadas, bien, simplemente, bajo un régimen de disciplina militar.

De esta manera, se llega a un punto muerto, en el que se echa en falta más que nunca la existencia de un fundamento claro y preciso de la diferencia de tratamiento punitivo entre los militares de reemplazo y los militares profesionales. Si el legislador hubiera manifestado de algún modo su intención de que ese fundamento fuera, por ejemplo, la voluntariedad del servicio de los segundos, los civiles militarizados tendrían su lugar en el artículo 119 bis del Código penal militar; si se hubiera inclinado, en cambio, por el criterio de la especialización o profesionalidad, es decir, de la cualificación técnica, habría que desplazarse al 119. Al final, queda para los Tribunales una labor de interpretación, nada envidiable, en la que acertar se convierte casi en un imposible.

## V. ACCION TIPICA

### A) *Incidencia en la descripción de la acción típica de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia de la reforma de 1991*

Una de las características más positivas del Código penal militar de 1985 en relación con el delito de abandono de destino o residencia y, muy especialmente, con el de deserción, era la simplificación que introducía en la regulación de estas figuras, aun manteniendo el tradicional sistema objetivo o formalista. En concreto, no sólo desaparecía el tipo especial de deserción al extranjero y la lista de circunstancias agravantes específicas, sino que se describían las

acciones típicas constitutivas de este delito y del de abandono de destino o residencia de forma casi idéntica y con una notable economía expresiva. Además, ya se ha mencionado que los tipos especiales de ausencia frente al enemigo y en circunstancias críticas, y el de incomparecencia a bordo, se volvían comunes para todos los militares, con independencia de su graduación.

Así, la acción típica consistía en ausentarse de la unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no presentarse («a los Jefes o a la Autoridad militar, que corresponde o exista», se añadía en la deserción), pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo. El cual, en el abandono de destino o residencia, se computaba desde el momento en que se debió efectuar la incorporación y, en la deserción, se entendía cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, la ausencia no podía superar en ninguno de los dos casos las veinticuatro horas.

En cuanto a la reforma de 1991, ha mantenido *ad pedem litterae* para el nuevo delito de abandono de destino o residencia la descripción de la acción típica del antiguo; únicamente, en el subtipo cuyo sujeto activo es el «militar de reemplazo», y para tiempo de paz, se cambia el plazo a más de quince días. En el nuevo delito de deserción, por su parte, tampoco aparecen grandes variaciones, salvo las necesarias para dar acogida al sistema subjetivo o espiritualista, es decir, la sustitución del plazo por el elemento subjetivo consistente en el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares. Asimismo, se simplifica aún más la descripción de la acción, al no incluirse el inciso «o no se presentare, pudiendo hacerlo».

En consecuencia, en los párrafos siguientes se va a abordar, en primer lugar, el análisis de los elementos comunes de la acción típica en los dos delitos y, a continuación, el de los caracteres de ésta exclusivos de cada uno de ellos, que son, en la deserción, el elemento subjetivo del injusto consistente en el *animus deserendi* y, en el abandono de destino o residencia, los plazos cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito. Ahora bien, no se prestará una atención exhaustiva a aquellos aspectos respecto de los cuales sigan siendo válidas las reflexiones doctrinales nacidas en torno a la regulación original del Código penal militar vigente.

#### B) *Elementos comunes de la acción típica en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia*

El núcleo de la acción típica, tanto en la deserción como en el abandono de destino o residencia, consiste en la ausencia (entendida como una no-presencia, un no-estar físicamente en un lugar) de la unidad, destino o lugar de

residencia, sea producto del abandono de éste, lo sea de la no incorporación o presentación al mismo, sin que se exija ningún resultado exterior dañoso, pues nos hallamos ante delitos de peligro abstracto. De ahí que la mejor doctrina haya resaltado que estos delitos son tipos de simple omisión, en los que se produce la no ejecución de un obrar esperado por el Ordenamiento jurídico penal, como, por lo demás, ocurre con frecuencia con las figuras penales creadas para garantizar el cumplimiento de un deber.

Del dato de que la acción típica produzca la infracción de un deber se deriva también otra nota definitoria de la naturaleza de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, y es la de su carácter permanente, por cuanto el estado antijurídico creado por la comisión del delito se mantiene indefinidamente en el tiempo, al menos en principio: ni el deber subjetivo de prestación del servicio, ni el de presencia, desaparecen a causa de su vulneración por parte de la persona a la que sujetaban, de manera que la lesión sufrida por ellos no se convierte en un hecho del pasado, sino que continúa presente aun después de la consumación del delito.

Sin embargo, esta supuesta característica de los delitos que nos ocupan ha sido muy discutida por la doctrina (de los autores citados en este trabajo, se muestran a favor de ella De Querol y de Durán, Rubio Tardio y Millán Garrido; en contra, Montull Lavilla y García Labajo), aunque no se entrará a exponer la polémica con detalle, porque se puede considerar que carece ya de relevancia práctica. En efecto, hoy parece claro que la prescripción de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, que era el punto principal al que podría llegar a afectar el aceptar o no el carácter permanente de estas figuras, se rige por las reglas generales del artículo 45 del Código penal militar, comenzándose a contar los plazos en él establecidos desde el momento en que se consuma el delito, que en el abandono de destino o residencia es cuando transcurre el periodo de ausencia injustificada previsto por los artículos 119 y 119 *bis*, y en la deserción cuando se abandona la unidad, destino o lugar de residencia con la específica intención subjetiva de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

Por otra parte, hay que matizar que el que en estos delitos el injusto consista en la infracción de un deber no significa que cualquier manera de infringirlo sea típica: el núcleo de la acción, como ya se ha destacado, es la ausencia de la unidad, destino o lugar de residencia, y además, esa no presencia debe provenir en el abandono de destino, o de «ausentarse», o de «no presentarse», y en la deserción, únicamente de «ausentarse». Sobre qué se deba entender por «unidad», «destino» y «lugar de residencia», pueden consultarse las obras que se han citado como bibliografía, aunque resulta evidente la am-

plitud que se pretende conseguir usando estos tres términos. Será objeto de un estudio pormenorizado, en cambio, el detalle de que en la deserción sólo parezca contemplarse la ausencia por abandono, y no la producida por no reincorporación.

Considerada la cuestión *in abstracto*, quizás sería razonable entender el «se ausentare» del artículo 120 como un «estar ausente» genérico, comprensivo tanto del abandono de destino propiamente dicho, como de la no reincorporación. Sin embargo, la necesidad de una interpretación literal estricta de los tipos penales, que se impone en la mayoría de los casos como consecuencia del principio de legalidad penal en su faceta de principio de tipicidad, unida en este caso al contraste que presenta la redacción del artículo 120 con la de los artículos 119 y 119 *bis* (interpretación sistemática), nos debe llevar a excluir del ámbito de la acción típica constitutiva del delito de deserción la conducta de quien se ausenta de su unidad, destino o lugar de residencia, justificada o injustificadamente (pues repárese en que el artículo 120, a diferencia del 119 y del 119 *bis*, no incluye el término «injustificadamente»), sin el ánimo de sustraerse de manera permanente al cumplimiento de sus obligaciones militares, aunque en un momento posterior surja esa intención y, como consecuencia, ya no se produzca la reincorporación al destino.

C) *El «ánimo de sustraerse permanentemente a sus obligaciones militares» como elemento subjetivo del injusto en el delito de deserción*

En principio, los aspectos subjetivos de los delitos, relativos a la intencionalidad del sujeto, se estudian dentro del apartado dedicado a la culpabilidad. Sin embargo, determinados tipos penales requieren, como uno de los elementos constitutivos de la propia acción típica, un específico ánimo en el sujeto, sin la presencia del cual, no es que falte la culpabilidad («no hay pena sin dolo o culpa», artículo 2 del Código penal militar), o la conducta se vuelva conforme a derecho, sino que, simplemente, la acción del sujeto carece de tipicidad, no coincide con la descrita por la norma (falta de adecuación a tipo). Pues bien, la deserción, en su configuración subjetiva o espiritualista, se caracteriza por ser una de estas figuras delictuales que contienen en la descripción de su acción típica lo que la doctrina llama un «elemento subjetivo del injusto».

Llevar al momento de la tipicidad elementos de carácter anímico produce, sin embargo, ciertas perturbaciones, que se manifiestan sobre todo en el terreno procesal. Así, es indudable que las dificultades de prueba, que en

nuestro Ordenamiento jurídico se pueden entender inherentes a todo delito por la vigencia de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, se acentúan cuando, además de probar que el imputado ha realizado determinada conducta, hay que demostrar que lo hizo con una muy concreta intención subjetiva. No obstante, esto no significa, contra lo que ha sido repetidamente alegado por los defensores del sistema objetivo o formalista de concepción de la deserción, que la prueba sea en la práctica poco menos que imposible.

Fijándonos en los Estados Unidos de América, que es uno de los países cuya legislación penal militar acoge el sistema subjetivo o espiritualista, nos encontramos con que el *Manual for Courts-Martial, United States, 1984*, aprobado por Orden Ejecutiva del Presidente número 12473, establece que «la intención de abandono permanente debe apreciarse en cada caso sobre la concurrencia de circunstancias que la hagan evidente, tales como: que la duración de la ausencia fuese considerable; que el acusado se deshizo o intentó deshacerse del uniforme; que adquirió un billete para lugar lejano o fue arrestado, aprehendido o detenido en punto distante del de su destino, que habiendo tenido ocasión de entregarse no lo hizo; que mostraba disgusto en su unidad, buque o destino; que murmuraba sobre su intención de desertar; que se encontraba sometido a procedimiento o arrestado; que realizó actos indicativos de su intención de no regresar —por ejemplo, saldó sus cuentas—; que se alistó en otra fuerza o unidad sin revelar su situación o entró a formar parte de una fuerza extranjera sin autorización de los Estados Unidos» (tomado de García Labajo, «Delito de deserción militar», en *Comentarios al Código penal militar*, cit., pág. 1513).

En nuestro Derecho, circunstancias como las que se acaban de mencionar, debidamente probadas, podrían constituir, no presunciones *ad hominem* contrarias al acusado, pero sí indicios que, valorados en conjunto y apreciados en conciencia por el juzgador, podrían ser capaces de generar en éste la convicción suficiente para considerar probada la existencia del *animus deserendi*. Cabía también la posibilidad de haber introducido en el artículo 120 del Código penal militar, como en algún momento propuso el Profesor Millán Garrido, verdaderas presunciones legales *iuris tantum* de la intención de desertar, mas no se hizo, lo que, a nuestro juicio, ha redundado en una mayor economía normativa.

Finalmente, sobre la forma concreta en que ha quedado expresado en el artículo 120 el *animus deserendi* («con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares»), parece correcta y no plantea problemas interpretativos que merezcan un comentario más detallado.

#### D) *Los plazos en el delito de abandono de destino o residencia*

La primera cuestión que hace falta abordar con respecto a los plazos que aparecen en la tipificación legal del delito de abandono de destino o residencia es la de su naturaleza jurídica, que ha sido durante largo tiempo objeto de controversia para la doctrina científica y para la jurisprudencia: así, se ha querido ver en ellos una presunción *iuris et de iure* de la intención de desertar, una condición objetiva de punibilidad, el resultado del delito o, para acabar, un elemento más (de carácter objetivo) integrante de la acción típica. Sin embargo, siguiendo a la mejor doctrina, se debe considerar resuelta la polémica en favor de la última de las posiciones citadas, de conformidad con los argumentos que, de una manera muy breve, se expondrán a continuación.

En efecto, hay que concluir que los plazos no son la objetivación de la intención de desertar, por la razón de que ese elemento anímico es irrelevante en el delito de abandono de destino o residencia, de factura puramente objetiva o formalista; tampoco se pueden entender como condición objetiva de punibilidad, ya que esa clase de elementos de la acción típica son independientes de la voluntad del sujeto, en tanto que, como tendremos ocasión de ver, los plazos han de ser abarcados también por la culpabilidad; finalmente, no hay resultado en los delitos de simple omisión, con lo que difícilmente podrá considerarse que los plazos cumplan esa función.

Por otra parte, los plazos, como se ha tenido la oportunidad de ver, sirven para separar el terreno del delito del de la infracción disciplinaria. En consecuencia, al tiempo que se reformó el Código penal militar, se modificaron también, a través de la Disposición adicional décima de la Ley del Servicio Militar, los correspondientes artículos de la Ley orgánica 12/ 1985, de 27 de Noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, especialmente el apartado noveno del artículo 8 y el vigésimotercero del artículo 9, para adaptarlos al nuevo régimen punitivo de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia.

Pasando a analizar la regulación de los plazos recogida en los actuales artículos 119 y 119 *bis* del Código penal militar, su duración, en el caso del primero de los artículos citados, es la misma que la que estaba prevista en el antiguo artículo 119: «más de tres días» en tiempo de paz y «más de veinticuatro horas» en tiempo de guerra; en cuanto al artículo 119 *bis*, habla de «más de quince días» y de «más de veinticuatro horas», respectivamente.

No hace falta extenderse demasiado sobre la justificación de estas distinciones: por una parte, ya se ha dicho que la ampliación del plazo en el artículo 119 *bis* tiene como fin principal, a nuestro juicio, trasladar al ámbito de

lo disciplinario las ausencias injustificadas de menor entidad y más frecuente comisión; por lo que se refiere a la reducción a veinticuatro horas en tiempo de guerra, general para militares profesionales y de reemplazo, se basa en la mayor trascendencia que adquiere el exacto cumplimiento del deber de presencia en aquellos momentos en que la posibilidad de que las Fuerzas Armadas entren en acción para cumplir sus misiones constitucionales está más cercana y, por tanto, aumenta la relevancia de la intangibilidad de sus efectivos. Esta reducción da lugar, en realidad, a que surja un tipo agravado y común del delito, pero, dado que todos sus elementos, salvo el del plazo, son idénticos a los de los dos subtipos básicos, no resulta necesario analizarlo por separado. El concepto de «tiempo de guerra» viene definido en el artículo 14 del Código penal militar.

Sobre la forma de cómputo de los plazos, hay que hacer notar que en la versión inicial del Código penal militar de 1985 había una pequeña diferencia entre el artículo 119 y el 120: en el primero la única referencia al cómputo era la que aparecía en el inciso «o no se presentare, pudiendo hacerlo, *transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación*»; en el segundo, en cambio, se matizaba «transcurrido el plazo de tres días, *que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia*». Esta referencia a las «tres noches», por lo demás tradicional en nuestro Derecho penal militar, hacía surgir la duda de si había que atender a la noche natural del antiguo artículo 7 del Código civil (desde que se pone hasta que sale el sol), como proponía el Profesor Millán Garrido, o a la «noche militar» (desde el toque de retreta al de diana), de acuerdo con la postura del Comandante Auditor García Labajo.

En cualquier caso, la discusión ha quedado superada, al tomar el legislador de 1991 como modelo para la reforma el artículo 119 original y no el 120, con lo que ahora se habla simplemente de «más de tres días». Los cuales, ante la falta de una específica regulación penal militar sobre la cuestión y de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4 del Código civil («las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»), se computarán con arreglo a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 5 de ese cuerpo legal, que dice que «siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente». Así pues, tanto el día en que el culpable «se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia», como, en su caso, aquel otro «en que debió efectuar su reincorporación», no se cuentan y el plazo vence, consumándose el delito, a las cero horas del cuarto día computado de esta manera.

Las veinticuatro horas previstas para el tiempo de guerra, en cambio, parece que han de contarse de momento a momento, aunque esto puede producir algún problema en los supuestos en que sea imposible determinar cuál fue la hora exacta en que se produjo el abandono de la unidad, destino o lugar de residencia, o cuál el momento en que debió efectuarse la reincorporación. Opina el Comandante Auditor García Labajo, a quien estamos siguiendo en este punto («Delito de abandono de destino o residencia», en *Comentarios al Código penal militar*, cit., pág. 1493), que, en caso de que aparezca tal imposibilidad, habrá que recurrir de nuevo al cómputo civil.

Por último, los tres días o las veinticuatro horas deben ser consecutivos e ininterrumpidos. En cuanto a las dificultades que puede introducir en el cómputo el régimen de horarios del personal militar, serán tratadas en el apartado siguiente, al abordarse el estudio de las causas de exclusión de la antijuridicidad.

## VI. ANTIJURIDICIDAD

### A) *En el delito de abandono de destino o residencia*

Aún habiéndose realizado en todos sus extremos la acción típica, es posible que ésta resulte ajustada a Derecho y no surja responsabilidad criminal, gracias a la concurrencia de alguna de las causas de exclusión de la antijuridicidad (causas de justificación) que el Ordenamiento jurídico-penal admite. El vigente Código penal militar, sin embargo, no contiene un elenco propio de tales de causas y se remite, a través de su artículo 21, al Código penal común. Ahora bien, en el delito de abandono de destino o residencia, dentro de la descripción de la acción típica, tanto en el artículo 119 como en el 119 bis, se ha incluido un elemento especial de la antijuridicidad, que consiste en la exigencia de que el sujeto activo *«injustificadamente se ausentare»*.

No resulta claro el alcance exacto de esta causa específica de exclusión de la antijuridicidad, porque suscita dudas la interpretación que se le deba dar al término «injustificadamente». Si se entiende de manera restrictiva, entonces su función se reduce a excluir la antijuridicidad de las ausencias autorizadas legalmente, sea por la concesión de un permiso, sea por la aplicación del régimen de horarios del personal militar; por el contrario, si se interpreta de forma extensiva, abarcará también todos aquellos supuestos en que concurre una causa o motivo que, a criterio del juzgador, sea lo suficientemente fundado y razonable para justificar la infracción del deber de presencia, aun cuan-

do no se haya solicitado el correspondiente permiso. Por otra parte, en este último caso habrá que concluir que el «injustificadamente» afecta tanto al «se ausentare» como al inciso «no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación».

La defensa de la interpretación extensiva de la expresión «injustificadamente» la desarrolla el Comandante Auditor García Labajo en el capítulo «El delito de abandono de destino o residencia» de los *Comentarios al Código penal militar* que se han venido citando y se basa en que, a su entender, de adoptarse la otra solución hermenéutica, el inciso que nos ocupa devendría innecesario, ya que el militar que, al abrigo de un permiso o por aplicación del régimen de horarios del personal militar, abandona su unidad, destino o lugar de residencia y permanece ausente durante el periodo de tiempo autorizado, en realidad no hace otra cosa que ejercer un derecho, con lo que está amparado por la causa de justificación undécima del artículo 8 del Código penal, en relación con el artículo 21 del Código penal militar.

No nos parece, sin embargo, suficiente tal explicación para llegar a admitir que, en un sistema penal de estricta legalidad como es el nuestro, que relaciona taxativamente las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en el artículo 8 del Código penal, se deje a la apreciación abierta del juzgador la antijuridicidad de la acción típica de un delito. Si en la ausencia no autorizada concurre alguna circunstancia que pueda hacer desaparecer la antijuridicidad de la conducta, para que sea tenida en cuenta por el Tribunal, deberá conducirse a alguna de las causas de justificación del artículo 8 del Código penal, entre las que no cabe duda que resultará de gran utilidad la causa séptima, es decir, el estado de necesidad.

Ciertamente, esta postura puede dejar vacía de contenido sustantivo la expresión «injustificadamente» de los artículos 119 y 119 *bis* del Código penal militar, al rebajar su función a la de simple remisión normativa, pero tal consecuencia resulta menos perturbadora para el Ordenamiento jurídico-penal, como sistema coherente basado en determinados principios, que la que derivaría de la aceptación de la interpretación desechada.

Por otra parte, aun siendo la cláusula «injustificadamente» una remisión, es posible entender que tiene como finalidad específica la de descartar de raíz la persecución penal en los frecuentes casos en que la acción típica va a resultar ajustada a Derecho por la existencia de un permiso o autorización. En efecto, en estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre con causas de exención de la responsabilidad criminal como el citado estado de necesidad, ninguna ponderación de bienes jurídicos en conflicto es necesaria, porque, sencillamente, el bien jurídico que protege la norma ha dejado de existir de ma-

nera temporal: si se cuenta con un permiso, no hay deber de presencia, sino libertad para ausentarse.

Por lo que se refiere al problema que se plantea cuando coinciden dentro del periodo de ausencia injustificada sábados y domingos, días durante los cuales parte del personal militar está relevado de su deber de presencia (aunque no de la obligación de permanecer en su lugar de residencia), sin necesidad de permiso o autorización, la solución que parece más satisfactoria, aun cuando se debe formular con ciertas reservas, es la de no tomarlos en cuenta para el cómputo, abandonando de manera excepcional la aplicación supletoria de la legislación civil («en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles», dice el párrafo tercero del artículo 5 del Código civil), con lo que vendrían a considerarse a estos efectos como inexistentes. El motivo es que durante dichos días desaparece *ex lege* el deber de presencia, de lo que se sigue que no puede considerarse antijurídica la conducta del sujeto.

#### B) *En el delito de deserción*

Hasta aquí sólo se ha hecho referencia al delito de abandono de destino o residencia, y es que la lectura del artículo 120 del Código penal militar muestra que éste no contiene la expresión «injustificadamente». Una primera valoración de este hecho puede ser la escasa relevancia de tal omisión del legislador, dado que acabamos de concluir que el adverbio en cuestión no es más que una remisión a las causas de justificación genéricas. Además, si se acepta que tiene también la función de llamar la atención del intérprete sobre los abundantes casos en que ausencias que integran la acción típica son conformes a Derecho por la existencia de un permiso o autorización, la innecesariedad de introducir una advertencia semejante en el delito de deserción resulta igualmente patente.

En efecto, el deber de prestación del servicio militar, bien jurídico directamente protegido por la existencia del tipo del artículo 120, no desaparece, ni siquiera de forma transitoria, cuando al militar le ha sido concedido un permiso o autorización que le releva de su deber de presencia, sino sólo cuando, o bien el sujeto de que se trate ha dejado de ser militar, o bien ha pasado a determinadas situaciones administrativas que implican también la no sujeción a la legislación penal militar. Pero, entonces, ese individuo ya no podrá ser sujeto activo del delito de deserción, ni tendrá relevancia el «ánimo de sustraerse permanentemente» al cumplimiento de unas obligaciones militares

que han cesado de existir: en definitiva, la conducta no será adecuada a tipo y carecerá de sentido preguntarse por su antijuridicidad.

Es preciso referirse también a la mayor dificultad que existirá en los supuestos de deserción para apreciar el estado de necesidad justificante, frente a lo que ocurre en el abandono de destino o residencia. Ya se ha destacado, al tratar de los bienes jurídicos protegidos por la existencia de estos delitos, que el deber de prestación del servicio es de superior relevancia que el deber de presencia, comparación que se puede plantear en estos términos tan sencillos debido a que el segundo no es más que una concreción inmediata del primero. Así, será más fácil encontrar bienes jurídicos cuyo conflicto con el deber de presencia se resuelva mediante el sacrificio de éste, que bienes que prevalezcan sobre el deber genérico de prestación del servicio militar y puedan justificar un abandono definitivo de las Fuerzas Armadas por la vía de hecho, es decir, sin la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente.

Por último, como consecuencia de todo lo que se ha venido diciendo, se cometerá el delito de deserción siempre que se abandone la unidad, destino o lugar de residencia con *animus deserendi*, aunque la ausencia esté justificada desde la óptica del delito de abandono de destino o residencia por la existencia de una autorización o permiso (por ejemplo, si se aprovecha un permiso para desertar), o por el régimen de horarios del personal militar, puesto que, conviene repetirlo, estas circunstancias eximen del deber de presencia, pero no del deber genérico de prestación del servicio militar. El problema será que las dificultades para encontrar indicios que ayuden a probar el *animus deserendi*, en tanto no vuelva a surgir el deber de presencia y no se produzca la incomparecencia del sujeto en su unidad, destino o lugar de residencia, aumentarán enormemente, porque, en la práctica, la infracción del deber de disponibilidad para el servicio suele ser el punto de partida para demostrar que el sujeto tenía al ausentarse la intención de sustraerse de modo permanente al cumplimiento de sus obligaciones militares.

Sin embargo, la demostración de que en el momento en que se produjo ese abandono justificado del destino concurría el elemento subjetivo del injusto es también la única manera de conseguir que se castiguen como deserción por lo menos algunos de los supuestos de no reincorporación debida a la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares. En efecto, una interpretación del artículo 120 ajustada a las exigencias del principio de tipicidad, como se ha visto al tratar de la acción típica, impone la no adecuación a tipo de las ausencias producidas por no reincorporación en las que el *animus deserendi* surge después de que el sujeto ha

abandonado, tanto sea justificada como injustificadamente, su unidad, destino o lugar de residencia.

## VII. CULPABILIDAD

### A) *Elementos comunes de la culpabilidad en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia*

En primer lugar, hemos de advertir que este apartado se va a centrar en el estudio de las formas de culpabilidad, el dolo y la culpa, en la actual regulación de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, quedando a un lado, por no presentar peculiaridades notables, las cuestiones de la imputabilidad del sujeto activo y de la reprochabilidad o exigibilidad de conducta adecuada a norma.

En efecto, el artículo 21 del vigente Código penal militar se remite *in totum* a las causas de exención de la responsabilidad criminal del artículo 8 del Código penal, que es el precepto de nuestro Ordenamiento jurídico que regula la inimputabilidad (causa primera del artículo citado, dado que la segunda y la tercera resultan inaplicables a los delitos que nos ocupan) y la inexigibilidad. Con respecto a esta última, hay que decir que la causa décima del artículo 8 del Código penal, que contempla los supuestos de miedo insuperable, se aplica también a los militares, al no prohibirlo el vigente Código penal militar. Tampoco plantea particularidades dignas de mención el estado de necesidad excusante y, en cuanto a la obediencia debida, su alegación en relación con estos delitos es difícil de imaginar, sobre todo si se tiene en cuenta el segundo inciso del artículo 21 del Código penal militar.

En consecuencia, reenviamos al lector, por lo que se refiere a estos aspectos, a las obras de teoría general del Derecho penal y lo mismo vale para el error, ya sea de prohibición o de tipo, pues, al no aparecer tratado de manera específica por el Código penal militar, se regirá por los artículos 6 *bis* a) y 6 *bis* b) del Código penal común, por efecto de la remisión contenida en el artículo 5 del primero de los textos legales citados.

Por lo demás, el análisis de las formas de culpabilidad en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia resulta relativamente sencillo. Esto se debe a que el artículo 20 del Código penal militar, párrafo segundo, dispone que «las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga» y, como los artículos 119, 119 *bis* y 120 no prevén de manera expresa la punición de las correspondientes figuras

culposas, se puede partir sin más de que en los delitos que estamos estudiando sólo cabe la comisión dolosa.

### B) *El dolo en el delito de deserción*

El delito de deserción en el sistema subjetivo o espiritualista no admite en ningún caso la comisión culposa, y esto sería así aun en el caso de que el Código penal militar no contuviese una cláusula como la del párrafo segundo de su artículo 20. La presencia en el tipo de un elemento subjetivo del injusto excluye toda posibilidad de imprudencia punible y también el llamado «dolo eventual», que es una forma de culpabilidad, a medio camino entre el dolo propiamente dicho (dolo directo) y la culpa, consistente en que el agente se representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar y, a pesar de ello, actúa, asumiendo éstas, aunque su voluntad no se hallaba ordenada de manera directa a producirlas.

### C) *El dolo en el delito de abandono de destino o residencia*

Las formas de la culpabilidad generan alguna dificultad más en el caso del delito de abandono de destino o residencia. Para empezar, nada hay en la naturaleza de esta figura que haga imposible la tipificación de la comisión culposa e, incluso, ello podría resultar recomendable.

Hay que tener en cuenta a este respecto que el dolo debe abarcar todos los elementos de la acción típica, es decir, tanto la ausencia en sí misma considerada, como el que ésta se extienda durante los plazos legalmente establecidos para la consumación del delito. De la misma manera, ha de alcanzar también al carácter injustificado del abandono de destino o residencia, pero, si éste no se hallase cubierto por la culpabilidad del sujeto, se nos presentaría un caso corriente de error sobre la prohibición, lo que nos releva de extendernos sobre el tema.

Ahora bien, las complicaciones probatorias que pueden nacer de esta necesidad de que el dolo abarque todos los aspectos de la conducta del sujeto son fáciles de imaginar, pues será necesario demostrar, no sólo que el sujeto buscaba de propósito la infracción del deber de presencia ausentándose injustificadamente de su unidad, destino o lugar de residencia, o no presentándose de nuevo a él cuando debía hacerlo, sino también que deseaba de manera intencionada prolongar esa ausencia durante el plazo de tiempo fijado por la ley para la consumación del delito.

La apreciación del dolo eventual, sin embargo, servirá para atenuar estas dificultades de prueba, al permitir la punición en los supuestos en que el sujeto no quería maliciosamente permanecer ausente por todo el plazo necesario para la consumación del delito, pero se había representado la probabilidad de que su ausencia se extendiera durante ese tiempo y, a pesar de todo, puso en práctica su intención de infringir el deber de disponibilidad para el servicio. Como en el delito de abandono de destino o residencia no hay ningún elemento subjetivo del tipo, esta forma de culpabilidad, introducida por la doctrina y admitida por la jurisprudencia, es perfectamente aplicable.

Para acabar, se debe descartar, a nuestro entender, que el inciso «pudiendo hacerlo», que aparece en los artículos 119 y 119 *bis* después de «o no se presentare», baste para tipificar la comisión culposa del delito de abandono de destino o residencia en los casos en que el sujeto, «pudiendo hacerlo», no haya empleado la diligencia necesaria para posibilitar su reincorporación a la unidad, destino o lugar de residencia del que se ausentó: como ya se ha visto, el artículo 20 exige que el castigo de la comisión culposa se disponga de modo expreso, y aquí no cabe duda de que no se da ese requisito.

En consecuencia, habrá de entenderse que ese inciso tiene únicamente la función de recordar al juzgador que, por muy objetivo o formalista que sea el carácter del tipo penal, el delito de abandono de destino o residencia no se consuma si la no presentación del sujeto se debe a la aparición, antes del transcurso del plazo legal, de causas de fuerza mayor que la hacen imposible. Pero, por un lado, en estos casos, más que faltar la culpabilidad, lo que no hay es acción, es decir, no se puede hablar de un acto libre realizado por un ser humano, y, por otro, la fuerza mayor ya está contemplada como causa de exención de la responsabilidad criminal en el número noveno del artículo 8 del Código penal común, al que de nuevo se llega a través de la remisión del artículo 21 del Código penal militar, con lo que se puede concluir que el «pudiendo hacerlo» deviene innecesario.

## VIII. GRADOS DE EJECUCION

En cuanto a la consumación, en el delito de desertión se produce en el mismo instante en que el sujeto se ausenta de su unidad, destino o lugar de residencia, concurriendo el «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares»; en el de abandono de destino o residencia, cuando transcurren los plazos legales de ausencia injustificada.

Al encontrarnos ante delitos de simple omisión, no caben en principio las formas imperfectas de ejecución, aunque la jurisprudencia, dentro del antiguo sistema objetivo o formalista, tendía a apreciarlas (de forma incorrecta) para poder castigar penalmente las ausencias injustificadas con *animus deserendi* que no llegaban a durar el plazo de tiempo exigido por la ley debido a la aprehensión del sujeto.

Esta exclusión de la tentativa y la frustración es absoluta en el abandono de destino o residencia, porque, o transcurre el plazo legal de ausencia injustificada y hay consumación, o no transcurre y desaparece la tipicidad penal de la conducta, que se convierte en infracción disciplinaria: *tertium non datur*. En cambio, en la deserción la cuestión podrá resultar más dudosa, sobre todo cuando se trate de supuestos en que, existiendo el *animus deserendi*, se haya frustrado el abandono de la unidad, destino o lugar de residencia por una causa ajena a la voluntad del sujeto, mas, a nuestro juicio, se debe mantener la atipicidad de la tentativa y la frustración, pues, de admitir el castigo penal cuando aún no haya habido ausencia, se produciría un adelantamiento desmedido de la barrera punitiva, sancionándose penalmente lo que no constituyen sino simples tendencias internas del individuo.

## IX. AUTORIA Y FORMAS DE PARTICIPACION

Sobre la autoría, lo único destacable es que la deserción y el abandono de destino o residencia son delitos de propia mano, ya que el injusto consiste en la infracción de deberes de carácter personal, y, en consecuencia, no pueden ser cometidos utilizando a otro individuo para ello. En cambio, las formas de participación presentan más peculiaridades, porque reciben un tratamiento penal específico en el artículo 129 del Código penal militar (incitación, apología, auxilio y encubrimiento), pero este precepto no fue reformado en 1991 y, por ello, quedan fuera del objeto de nuestro estudio. En los *Comentarios al Código penal militar* citados repetidamente en esta exposición, puede consultarse el capítulo correspondiente (págs. 1601 y sigs.), a cargo del Comandante Auditor Magistrado FERNANDEZ RODERA.

## X. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Desaparecida la atenuante específica del párrafo tercero del artículo 120, que producía graves problemas interpretativos al prever la imposición de la

pena inferior en grado al desertor que en tiempo de paz se presentaba voluntariamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación del delito, olvidando que el límite inferior de la pena establecida para la deserción era de tres meses y un día de prisión y que, por tanto, el artículo 40, párrafo primero, del Código penal militar hacía imposible tal rebaja, ya no existen particularidades en los delitos que nos ocupan. Se rompe así la larga tradición legislativa de prever atenuantes específicas en la deserción, por lo general consistentes en tratar de modo más benévolo la primera infracción cometida en tiempo de paz.

Sin embargo, es necesario advertir que el mencionado párrafo primero del artículo 40 del Código penal militar va a seguir produciendo perturbaciones en el delito de abandono de destino o residencia a la hora de la individualización de la pena, pues, al mantenerse el límite mínimo de ésta en los tres meses y un día de prisión, resultan inaplicables los artículos 36 y 37 del Código penal militar, que prevén la posibilidad de la imposición de la pena inferior en grado cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, o la circunstancia segunda del párrafo primero del artículo 22, o una eximente incompleta.

Por lo que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que regula expresamente el Código penal militar para todos los delitos militares en su artículo 22, la atenuante primera, «para las clases de tropa o marinería... no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas», no plantea ninguna dificultad y podrá ser aplicada en los delitos de deserción y de ausencia de destino o residencia. El transcurso del plazo de treinta días se apreciará en relación con el momento de la consumación del delito.

Más matizaciones requiere la atenuante segunda; «haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso». Con respecto a los antiguos delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, ambos de factura objetiva o formalista, similar a la de los actuales tipos de los artículos 119 y 119 bis, la jurisprudencia era muy reuente a admitirla, porque razonaba, a nuestro entender con acierto, que la necesidad del transcurso de un plazo de tiempo para la consumación del delito borraba la relación de inmediatez entre la provocación y la comisión del delito y, además, reducía en la mayoría de los casos la intensidad del estado pasional o emocional del sujeto.

Esto, sin embargo, no vale para el nuevo delito de deserción, de configuración subjetiva o espiritualista, que no exige el transcurso de plazo algu-

no para su consumación. Por tanto, parece que aquí sí se podrá apreciar la atenuante segunda del artículo 22 del Código penal militar, aunque es de temer que, sea por parte de la doctrina, sea por parte de la jurisprudencia, se busquen nuevos obstáculos para ello, quizás a través de la alegación del discutido carácter permanente del delito.

Por último, la única agravante que contiene el artículo 22, es decir, la reincidencia, no presenta ninguna nota especial cuando se ha de aplicar a los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia.

## XI. PROBLEMAS CONCURSALES

Los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia pueden entrar en concurso principalmente con los delitos de abandono de servicio y contra los deberes del centinela de los artículos 144 y 146 del Código penal militar. Así ocurrirá siempre que, en el momento en que el culpable se ausente de su unidad o destino, esté cumpliendo un servicio de armas o transmisiones, el cual, además, puede ser el de centinela. Conviene advertir, antes de continuar, que no se va a hacer referencia al artículo 145 (salvo en lo que atañe al abandono en tiempo de guerra de un servicio de los no comprendidos en el artículo 144) ni a los números segundos de los artículos 144 y 146, porque tratan del abandono de servicio o del puesto de centinela en circunstancias críticas o ante el enemigo y, por lo tanto, entrarán en concurso, en su caso, con los «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» de la Sección tercera del Capítulo III del Título VI del Libro II del Código penal militar.

Pues bien, parece que la solución de los problemas concursales que estamos tratando han de venir por la vía de la aplicación de las normas del concurso ideal (art. 71 del Código penal común): hay un mismo hecho, la ausencia, que constituye dos delitos diferentes, ya que el desvalor jurídico de la conducta del sujeto no se ve íntegramente abarcado, ni por los artículos 144 o 146, ni por los artículos 119, 119 *bis* o 120. En efecto, los primeros sólo castigan la infracción de deberes específicos y no pretenden proteger el deber genérico de prestación del servicio militar ni el deber de presencia, que, aunque concreción del anterior, sigue siendo más amplio que los otros. Asimismo, esta mayor amplitud de los deberes de presencia y de prestación, su generalidad, impide que los artículos 119, 119 *bis* y 120 contemplen de manera completa el desvalor de conductas en las que, al peligro abstracto que para el potencial bélico del Estado supone la deserción o el abandono de des-

tino o residencia, se le añade un peligro mucho más concreto para la eficacia de la unidad militar a la que estaba destinado el sujeto, producido por el abandono de un servicio de armas o transmisiones determinado, o del puesto de centinela, por parte de quien lo estaba prestando.

Esa mayor concreción del peligro explica también, como se ha adelantado en otro lugar de este trabajo, que las relaciones entre el delito de desertión y los «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» de los artículos 121 y 122 del Código penal militar sean concursales y no de especialidad (ni de lo contrario, es decir, de absorción del tipo más específico por el más genérico). En consecuencia, cuando un militar se ausenta de manera injustificada de su unidad frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, nos hallamos otra vez ante un mismo hecho que constituye dos delitos diferentes, y habrá que aplicar las normas del concurso ideal.

En cuanto a las relaciones de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia con la sedición militar del artículo 91 del Código penal militar, aquí sí que se puede hablar de absorción de las primeras figuras por la segunda, al menos sobre el plano teórico y teniendo en cuenta sólo el desvalor jurídico de las respectivas acciones típicas. Sin embargo, la aplicación del artículo 68 del Código penal común («los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometido»), a través de la remisión del artículo 5 del Código penal militar, obligará en los casos en que la sedición militar se cometa en tiempo de guerra y el sujeto sea mero ejecutor (o incluso cabecilla, Oficial o Suboficial si el concurso es con la desertión) a calificar la conducta por los artículos 119, 119 *bis* o 120, y no por el 91.

Para acabar, es necesario abordar la conexión que puede presentarse en la práctica entre el delito de desertión del artículo 120 y el nuevo párrafo tercero que la Disposición adicional octava de la Ley del Servicio Militar ha introducido en el artículo 102 del Código penal militar. En principio, ambos tipos se diferencian nítidamente en función de las respectivas acciones típicas: abandono de la unidad, destino o lugar de residencia con la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares en un caso y desobediencia consistente en rehusar al cumplimiento, también de forma permanente, de esas mismas obligaciones en el otro; sin embargo, surgirán problemas concursales si a la inicial desobediencia sigue un abandono de la unidad, destino o lugar de residencia, en el que, dada la actitud del sujeto, no cabrá ya duda alguna de que concurre el *animus deserendi*.

A primera vista, parece que debería tratarse de articular un concurso real, pero un estudio de los bienes jurídicos protegidos por estos tipos nos lleva a descartarlo. En efecto, el nuevo párrafo tercero del artículo 102 del Código penal militar no sólo protege la disciplina, como el resto de las figuras de desobediencia, sino que también salvaguarda de manera directa, a nuestro juicio, el deber genérico de prestación del servicio militar, que es el bien jurídico que defiende la configuración subjetiva o espiritualista de la desertión. Así, aunque hay dos hechos diferentes, no se puede decir que el segundo, el abandono con *animus deserendi*, añade nada a la situación antijurídica nacida del primero: el deber de prestación del servicio no se infringe de forma más grave por ausentarse de la unidad, destino o lugar de residencia que por, aun permaneciendo en él, negarse a obedecer permanentemente toda y cualquier orden de los superiores. En cambio, la acción típica de la desobediencia tiene un ingrediente, el ataque frontal contra la disciplina, que falta en la desertión.

En definitiva, en el caso que estamos analizando se aplicará sólo el párrafo tercero del artículo 102 del Código penal militar, y el abandono de la unidad, destino o lugar de residencia se deberá considerar un acto posterior copenado. La verdad es que la previsión de idéntica pena para la comisión de uno y otro tipo en tiempo de paz no se compagina bien con el mayor desvalor que parece conllevar la acción típica de la desobediencia, que atenta directamente, como se acaba de decir, tanto contra la disciplina como contra el deber de prestación del servicio, pero se trata de un defecto de técnica legislativa que, a nuestro juicio, no afecta a la solución propuesta, lo que se ve confirmado por el hecho de que en la comisión en tiempo de guerra se rompa esa equiparación punitiva.

## XII. PENALIDAD

La reforma de 1991 ha supuesto también un endurecimiento del tratamiento penal (aunque, desde luego, sin volver a los rigores de nuestra legislación histórica) de las conductas que lesionan los deberes de prestación del servicio militar y de presencia o disponibilidad para el servicio. El abandono de destino o residencia se castiga ahora con las penas de prisión de tres meses y un día a tres años en tiempo de paz y de tres a diez años en tiempo de guerra, que eran las previstas en el antiguo artículo 119 para los Oficiales y Suboficiales, frente a las penas de tres meses y un día a dos años y de dos a ocho años de prisión que se disponían para los individuos de las clases de tropa y marinería.

Por otra parte, la introducción de un tipo subjetivo o espiritualista de deserción, que abarca conductas que quedaban impunes desde el punto de vista penal con la legislación anterior, supone por sí misma una prueba más del endurecimiento punitivo del que estamos hablando, idea que, por lo demás, se confirma cuando se observa la penalidad prevista para el nuevo delito, que es de dos años y cuatro meses a seis años de prisión en tiempo de paz y de seis a quince años en tiempo de guerra.

En cuanto al porqué de este incremento del rigor de la legislación penal, nuevamente nos encontramos con el silencio de la Exposición de Motivos de la Ley del Servicio Militar y con la escasa atención que en los debates parlamentarios de ésta se le prestó a la reforma de los artículos 119, 119 *bis* y 120 del Código penal militar.

De una manera muy general, se puede decir que la penalidad prevista para los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia por el Código penal militar de 1985 en su versión inicial resultaba insuficiente, si se tiene en cuenta la función que les correspondía cumplir a estas figuras en ausencia de un tipo subjetivo o espiritualista de deserción. La aparición de éste, en cambio, permite mantener penas similares a las de la regulación de 1985 en el abandono de destino o residencia formalista, sin que, a pesar de ello, se pueda seguir tachando al sistema en su conjunto de excesivamente débil, ya que es en la nueva figura espiritualista de deserción donde se carga el peso del endurecimiento punitivo producido.

Sin embargo, se impone una matización en relación con el escalonamiento que presentan las diferentes penas previstas para estos delitos. Nada hay que objetar a la mayor gravedad de las penas de la deserción frente a las del abandono de destino o residencia, ni al rigor más extremado de las establecidas para la comisión en tiempo de guerra, pues en otro punto de esta exposición ya se ha destacado que esto parece correcto desde la perspectiva del desvalor de las respectivas acciones típicas. Sin embargo, el problema se plantea en los supuestos de abandono de destino o residencia que no constituyen delito, sino infracción disciplinaria, y que se han visto incrementados sustancialmente por la reforma de 1991, a través de la ampliación a quince días del plazo de ausencia injustificada cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito en tiempo de paz, cuando el sujeto activo es un militar de reemplazo.

En efecto, dado que en el caso de las infracciones disciplinarias no cabe remisión condicional de la sanción, resultará que los autores de los abandonos de destino o residencia más leves, de menor duración, tendrán que cumplir íntegramente el castigo que se les imponga (qué, hay que recordarlo,

puede llegar hasta los tres meses de arresto, sanción disciplinaria que conlleva la privación de libertad, como la pena de prisión), en tanto que los autores de conductas más graves, siempre que se les sancione con pena no superior al año de prisión, podrán beneficiarse de la citada remisión condicional. No parece necesario extenderse sobre el carácter inconstitucional, por atentar contra los principios de igualdad ante la ley penal y de proporcionalidad, de esta injusta situación, cuya resolución exigiría una total redefinición de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario militar.

En cuanto a las dificultades, a las que se ha hecho alusión más de una vez a lo largo de este trabajo, que plantea la determinación de la pena inferior en grado a la prevista para el delito de abandono de destino o residencia, como consecuencia de la prohibición de bajar de los tres meses y un día de prisión que establece el párrafo segundo del artículo 40 del Código penal militar, es un defecto de técnica legislativa del Código que no afecta sólo a este caso ni tiene su origen en la reforma de 1991, lo que nos exime de examinarlo con mayor detenimiento.

### XIII. CONCLUSIONES

La principal conclusión que cabe obtener al llegar al final de esta exposición es la posibilidad de abordar desde un nuevo punto de vista el ya antiguo enfrentamiento doctrinal entre las tesis objetiva o formalista y subjetiva o espiritualista de conceptualización del delito militar de desertión. Este replanteamiento de la cuestión se basaría en entender que ambas teorías no dan lugar a distintas maneras de proteger un mismo bien jurídico, sino a delitos diferentes, destinados también a salvaguardar deberes que es posible distinguir: el deber genérico de prestación del servicio militar, voluntaria o forzosamente asumido, y el deber, derivado del anterior, de presencia o de disponibilidad para ese servicio. Así, el formalismo riguroso que fracasa cuando se trata de atender a la defensa del primero, es, en cambio, apropiado para la protección del segundo; de la misma manera, la introducción en el tipo penal de un elemento subjetivo del injusto es imprescindible si se quiere articular de un modo técnicamente correcto la salvaguardia penal del deber genérico de prestación del servicio.

Es cierto que estas precisiones que se proponen pueden dejar una cierta sensación de artificiosidad o de excesiva sutileza, pero también hay que tener en cuenta que esto es difícil de evitar cuando se están manejando y delimitando bienes ideales y no objetos materiales, tangibles. Además, la suge-

rencia que se hace en este trabajo presenta, a nuestro entender, la doble ventaja de adaptarse al Derecho positivo (recuérdese la rúbrica «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar») y de conciliar dos construcciones doctrinales que no dejan de tener cada una su parte de razón.

Así, cabe entender la reforma de 1991 como el fruto de un cambio de criterio de política criminal, que ha llevado al legislador a introducir una protección penal específica, antes inexistente, para el deber de prestación del servicio militar, por medio de una figura penal en la que la descripción de la acción típica incluye como elemento subjetivo del injusto la necesidad de la concurrencia del *animus deserendi*, al tiempo que se mantiene la imprescindible salvaguarda, esta sí configurada de manera puramente objetiva, con la previsión de unos plazos de ausencia injustificada cuyo mero transcurso supone la consumación del delito, del llamado «deber de presencia», como una de las obligaciones concretas (en realidad, la primera) que se le imponen a quien está sujeto al deber genérico de prestación del servicio.

Desafortunadamente, la Ley orgánica 13/1991 no cuenta con una buena Exposición de Motivos que explicita las razones de la modificación normativa producida y oriente la interpretación de los nuevos artículos 119, 119 *bis* y 120 del Código penal militar. Esta carencia, por un lado, nos priva de un importante elemento de juicio a la hora de emitir una opinión fundada sobre la oportunidad de la reforma y, por otro, complica la resolución de las dificultades hermenéuticas que presentan estos tipos penales.

A la hora de valorar las modificaciones introducidas en 1991, es de alabar la economía expresiva que se observa en la redacción de los citados artículos 119, 119 *bis* y 120, en especial en lo referente a la descripción de las respectivas acciones típicas. Si ya en su versión inicial suponían una muy notable simplificación frente a la regulación de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia contenida en el Código de Justicia militar de 1945, tras la reforma de 1991 esa sencillez se ha acentuado todavía más.

En cambio, la desaparición de la histórica diferenciación de tratamiento punitivo en función de la graduación, que ha llevado a la uniformidad total de trato en la figura subjetiva o espiritualista de deserción del artículo 120, mientras en el nuevo delito de abandono de destino o residencia se introduce una cierta distinción según el sujeto activo sea militar profesional o de reemplazo, merece un juicio menos encomiástico.

Aparte de que pueda discutirse la conveniencia de hacer distinciones punitivas en estos delitos, resulta criticable, en primer lugar, que no se haya conservado en uno de los dos subtipos de abandono de destino o residencia la

expresión genérica «el militar no comprendido en el artículo anterior», u otra similar, a fin de facilitar la tarea, que puede ser en ciertos casos auténticamente ardua, de determinar en qué subdivisión, si en la de los militares profesionales o en la de los militares de reemplazo, deben ser encuadrados determinados sectores del personal de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, la diferenciación del tratamiento penal a través de la ampliación del plazo cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito, con la consiguiente degradación al ámbito de las infracciones disciplinarias de un número importante de ausencias injustificadas que antes tenían el carácter de delito, pone sobre la mesa con toda agudeza el problema de las relaciones entre el Derecho penal y un Derecho disciplinario, como es el militar, que permite la imposición de sanciones privativas de libertad. La no previsión por este último de la posibilidad de la remisión condicional de las sanciones genera fundadas dudas sobre la constitucionalidad de un sistema punitivo que, como se ha podido comprobar, castiga a efectos prácticos más gravemente en ciertos supuestos a quien comete las infracciones de menor entidad.

Sería también recomendable, aunque esto no tiene tanta importancia como lo anterior, la adición de un nuevo inciso en la descripción de la acción típica del delito de desertión, para tipificar expresamente la comisión por reincorporación a la unidad, destino o lugar de residencia, así como la incriminación de la comisión culposa del delito de abandono de destino o residencia. Igualmente, o estaría de más la tipificación de la multireincidencia en este último delito, dado que dicha conducta posibilita la infracción del deber de prestación del servicio militar sin cometer desertión, por la vía de consumir el tiempo de permanencia en filas a base de sucesivos arrestos.

Por último, hemos de abogar, a pesar de que ésta es una cuestión que carece de una conexión directa con la nueva regulación de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia, por la inmediata reforma del párrafo segundo del artículo 40 del Código penal militar, a fin de que se posibilite de alguna manera la determinación de la pena inferior en grado a la de tres meses y un día de prisión. En efecto, pasados casi nueve años desde la promulgación del Código penal militar de 1985, parece que ya es hora de que el legislador corrija este evidente error.

En todo caso, estas Conclusiones deben entenderse bajo la reserva que impone el que todavía no haya empezado a conocerse un número significativo de sentencias que apliquen los tipos penales introducidos en 1991: ciertamente, la práctica diaria de los Tribunales es el crisol donde, de una manera definitiva, las normas jurídicas acaban consagrando su perfección técnica o mos-

trando sus peores defectos. A la espera de contar con esos datos decisivos, nuestra labor exegética y crítica se puede dar por terminada de momento.

## BIBLIOGRAFIA

- DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: *Principios de Derecho Militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, Ed. Naval, Madrid, sin fecha.
- FERNANDEZ RODERA, José Alberto: «Incitación, apología, auxilio y encubrimiento de los delitos de abandono de destino o residencia y desertión», en *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1601 y sigs.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco: «El marco constitucional. La Jurisdicción militar: su organización y competencia», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- GARCIA LABAJO, Juan María: «Delito de abandono de destino o residencia», en *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1471 y sigs.
- GARCIA LABAJO, Juan María: «Delito de desertión militar», en *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1505 y sigs. Millán Garrido, Antonio: *El delito de desertión militar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- MONTULL LAVILLA «Contribución al estudio de la naturaleza jurídica del delito de desertión en el Derecho comparado», en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, núm. IX-1, primer semestre de 1970, Bruselas, págs. 33 y sigs.).
- MORENO CHAPARRO: «Aspectos psicosociológicos de la desertión», en *Revista de Sanidad Militar*, vol. XXXVI, Madrid, 1974, págs. 21 y sigs.
- RAMIREZ SINEIRO, José Manuel: «El vigente régimen penal de la insumisión», en *Revista General de Derecho*, núms. 580-581, enero-febrero de 1993, págs. 415 a 433.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Deserción», en *Nueva enciclopedia jurídica*, vol. VII, Ed. Seix, Barcelona, 1955, págs. 246 y sigs.
- RUBIO TARDIO, Pedro: «La desertión», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 19. Madrid enero-Junio de 1965, págs. 9 y sigs.

## **2. NOTAS**

## EL USO NO AUTORIZADO DE DISTINTIVOS EN LA LEGISLACION DISCIPLINARIA MILITAR\*

Antonio Millán-Garrido  
Comandante Auditor  
Catedrático

### SUMARIO

I. ANTECEDENTE Y SISTEMA NORMATIVO ACTUAL.—II. NATURALEZA JURIDICA.—  
III. ELEMENTOS GENERICOS: LOS SUJETOS.—IV. ELEMENTOS ESPECIFICOS DE LA  
INFRACCION DISCIPLINARIA.—V. CONSIDERACIONES CRITICAS.

#### I. ANTECEDENTE Y SISTEMA NORMATIVO ACTUAL

El Código de Justicia Militar de 1945 consideró falta grave «hacer uso de insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles sin estar autorizado» (art. 437. 7).

La infracción abarcaba tanto el uso ilegítimo o arbitrario (por quien no tenía concedido el distintivo) como el meramente falto de autorización. No obstante, se destacaba la primera de las manifestaciones de la infracción, por cuanto, según la doctrina, «la autorización [...] va incluida en la propia concesión de las condecoraciones o distintivos. De tal manera que, conocida por el interesado su concesión, la utilización de las mismas resulta ya por sí posible [...]. No es preciso solicitar expresamente de la superioridad autorización para el uso, incluso de condecoraciones civiles legítimamente obtenidas» (1).

---

(\*) Este trabajo constituye la contribución del autor al Libro Homenaje en memoria del Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, fallecido en Córdoba el 3 de julio de 1993.

(1) Cfr. J. Valenciano Almoyna, *Introducción al estudio de las faltas en el Derecho militar español*, edición restringida, Madrid, 1980, p. 100.

En el sistema normativo vigente, el uso indebido de insignias, condecoraciones u otros distintivos es objeto de un tratamiento dual.

El hecho básico y sustancial (ostentación por quien no los tiene condecorados) ha sido, respecto a la legislación precedente, elevado a la categoría de delito. Lo comete «el militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar» (art. 164 CPM).

Por el contrario, el hecho residual (el uso no autorizado de distintivos) ha sido degradado, en el ámbito disciplinario, al considerarse falta leve «el ostentar insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles, sin estar autorizado para ello». Esta es la redacción tanto del artículo 8.6 de la Ley Disciplinaria Militar (LDM) (2), como del artículo 7.17 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (LDGC) (3).

Con carácter general, el Código penal incluye, entre las falsedades, la conducta del que «usare pública e indebidamente título, diploma, nombramiento académico o profesional, uniforme, traje, insignia o condecoración» (art. 324). En el Proyecto de Código penal de 1994, que sigue, en este punto, la orientación marcada por propuestas anteriores y, en concreto, por el Proyecto de 1992 (art. 615) (4), el uso público e indebido «de uniforme, traje, insignia o condecoración oficial» se considera simplemente una falta contra el orden público, castigada con la pena de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de diez a treinta días (art. 625) (5).

## II. NATURALEZA JURIDICA

En las dos infracciones militares, penal y disciplinaria, se dice que el bien jurídico protegido es el decoro militar. En el caso del delito expresamente, a través de su inclusión en el capítulo VIII, del título VI, del Libro II del Código penal castrense, bajo la rúbrica de «delitos contra el decoro

---

(2) El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas es el contenido en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre (BOE núm. 286, de 29 de noviembre de 1985). Vid., especialmente, L. B. Alvarez Roldán y R. Fortún Esquifino, *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986.

(3) El régimen disciplinario de la Guardia Civil fue promulgado por Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (BOE núm. 145, de 18 de junio de 1991). Vid., para una visión de conjunto, A. Millán Garrido, *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992.

(4) «Proyecto de Código Penal», en *Actualidad Penal Legislación*, núm. 13/1992, p. 1045.

(5) «Proyecto de Código Penal», en *Actualidad Penal Legislación*, núm. 12/1994, p. 975.

militar». En el caso de la infracción disciplinaria, son las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (ILDMA) (6) las que la incluyen entre las «faltas contra el decoro» (apart. XI, C).

Lo que no queda tan claro es qué sea, qué haya de entenderse por *decoro militar*, concepto ciertamente ambiguo y de alcance impreciso.

Nada nos dice, al respecto, el originario preámbulo del Código, que se refiere a los delitos contra el decoro militar como «una heterogénea lista de supuestos delictivos colocados bajo tal rúbrica, que se estima es congruente abrazadera de todos ellos. Tienen su origen en muy distintos lugares del Código de Justicia Militar de 1945: en algunos casos se nutre de faltas graves elevadas a la categoría de delitos y en otras se trata de delitos originariamente comunes, en los que el juego de circunstancias concurrentes dan al caso una impronta militar afectante al decoro profesional de sus autores» (7).

Y poco más añade la doctrina, crítica, en general, hacia la nueva categoría. Se afirma que «el decoro, descendiente, distorsionado, empequeñecido, del honor [...] es una actitud formal, un atributo de conducta que afecta al “mínimo deber ser”, al comportamiento exigible básicamente. La actuación guardando el decoro sería la sin tacha moral, prudente o sencillamente propia de la condición militar», observándose cómo «el legislador parece haberse visto abocado a justificar la herencia de los delitos contra el honor y su dispersión en otros capítulos, optando por una mínima y desafortunada expresión de lo que sólo es la apariencia externa, formalista y desespiritualizada del honor: la conducta decorosa» (8).

Sin entrar en un análisis del honor, en sus diversas acepciones (9), como tampoco —al no ser éste el lugar— en una valoración crítica del contenido del capítulo VIII, del título VI, del Libro II del Código penal militar, parece lo cierto que el decoro, en cuanto comportamiento digno,

---

(6) Las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas fueron aprobadas por Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo (Apéndice al BOE núm. 103, de 30 de mayo de 1985; corrección de errores en el núm. 115, de 17 de junio).

(7) Cfr. F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 233.

(8) Cfr. A. Corrales Elizondo, «Delitos contra el decoro militar», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. por R. Blecuá Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1782 y 1785.

(9) *Vid.*, al respecto, la Sentencia del TS de 6 de octubre de 1989 (*Revista General de Derecho*, núms. 556-557, p. 414).

constituye un bien susceptible de determinar y delimitar aquellas «conductas consideradas deshonrosas desde el punto de vista castrense» (10) y que, por ello, deben ser incluidas en el ámbito penal o disciplinario (11).

En este sentido, el decoro se identifica con la dignidad o comportamiento serio y decente de una persona. Lógicamente, la dignidad, «en el caso de los militares, por razón de su profesión y particularmente como consecuencia de su posesión del monopolio de la fuerza, ha de tener una connotación específica, debiendo extremarse el cuidado de evitar todo lo que afecta a la misma [...]. En última palabra, la dignidad militar es la que afecta a los militares, por razón de su profesión —elegida libremente— y que supone llevar hasta su extremo el concepto habitual de la dignidad personal» (12).

### III. ELEMENTOS GENERICOS: LOS SUJETOS

#### A. *Sujeto activo*

Sujeto activo lo es necesariamente un militar, miembro de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil.

a) Están sujetos al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas «los militares de carrera y los militares de empleo que mantienen una relación de servicios profesionales, salvo que, según lo previsto en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, pasen a situaciones administrativas en las que dejen de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares» (art. 3.1 LDM).

---

(10) Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra el decoro militar», en *Diccionario Jurídico*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 283.

(11) Debe, no obstante, tenerse presente que el bien jurídico prioritariamente protegido en los delitos contra el decoro, como en la cobardía o la deslealtad, es el servicio militar, entendido en un sentido objetivo y específico. *Vid.*, respecto a este tema y, en general, sobre la supresión de los delitos contra el honor militar como categoría dogmática, A. Millán-Garrido, «La deslealtad en el marco de los delitos contra los deberes del servicio, con especial referencia a la información militar falsa», en *Delitos y procedimientos militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 207-223.

(12) Sentencia del TS de 24 de junio de 1991 (*Actualidad Administrativa*, núm. 36/1991, ref. 609).

Puede, por ello, ser autor de esta infracción disciplinaria cualquier militar de carrera que se encuentre en servicio activo, disponible, en servicios especiales [supuestos d) o e) del artículo 99.1 LPMP], en excedencia voluntaria (supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 100 LPMP), suspenso de empleo, suspenso de funciones o en la reserva.

Expresamente, ha señalado el Tribunal Supremo que la situación administrativa de «reserva activa» no implica la exclusión del ámbito disciplinario, por cuanto se trata de una situación de «actividad» hasta pasar a la de retirado, «y entre tanto se permanece con el mismo empleo, e incluso con la posibilidad de alcanzar el inmediato superior [...], pudiendo, además, ocupar determinados destinos, de los de plena actividad, en órganos del Ministerio de Defensa no encuadrados en la cadena de Mando Militar y en otros órganos afines, percibiendo este personal incluso la totalidad de las retribuciones inherentes a estos destinos, perfeccionando, en cualquier caso, trienios, cruces y cualquier otra retribución que corresponda en función del tiempo de permanencia en situación de actividad» (13).

Muy cuestionable resulta, en cambio, a mi modo de ver, que el militar de carrera en situación de servicios especiales [art. 99.1 d) y e) LPMP] o, más aún, de excedencia voluntaria, por «atender al cuidado de un hijo» (art. 100.3 LPMP), siga sujeto al régimen general de derechos y obligaciones de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares (arts. 99.3 y 100.9 LPMP) (14).

Los militares de empleo están, asimismo, sometidos al sistema general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas hasta que, a la finalización o rescisión de su compromiso, pasan a la situación de reserva del servicio militar, en la que quedan ya desvinculados de los regímenes penal y disciplinario castrenses (art. 105.2 LPMP).

Los militares de reemplazo tienen como norma administrativa básica la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio militar (LSM), básicamente desarrollada por el Reglamento de Reclutamiento (RRSM), aprobado por Real Decreto 1107/1993, de 9 de julio y por el Reglamento del Servicio Militar (RSM), aprobado por Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio. Se dispone, al respecto, que, durante la prestación del servicio,

---

(13) Sentencia del TS de 24 de enero de 1991 (*Actualidad Administrativa*, núm. 17/1991, ref. 269).

(14) Cfr. A. Millán Garrido, «El concepto de "militar profesional" a efectos penales y la ley 17/1989, de 19 de julio», en *La Función Militar en el actual Ordenamiento constitucional*, coord. por M. Ramírez Jiménez, F. López Ramón y J. Fernández López, Trotta, Madrid, 1995 (en prensa).

«los militares de reemplazo están [...] sujetos al régimen general de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares» (art. 40.1 LSM).

Además de a los militares de reemplazo, el régimen disciplinario militar es de aplicación «a los españoles que se incorporen a prestar servicio a las Fuerzas Armadas, por aplicación de la legislación reguladora de la movilización nacional» (art. 3.2 LDM).

Por último, desde la reforma de 1991, están sujetos a este régimen general, sin perjuicio de las normas de régimen interior de carácter académico, los alumnos de los centros docentes militares de formación, «teniendo en cuenta que las sanciones por infracciones disciplinarias militares se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas y que el expediente disciplinario que se incoe por falta grave podrá tener como resultado la baja del alumno en el centro docente militar» (Disp. Adicional 3ª LDM) (15).

b) El ámbito material subjetivo de aplicación del régimen disciplinario de la Guardia Civil viene determinado en el artículo 2º de su Ley reguladora (16). Conforme a dicho precepto:

a') Están sujetos a tal régimen específico «los Guardias Civiles comprendidos en cualquiera de las situaciones administrativas en las que se mantengan los derechos y obligaciones inherentes a la condición militar» (art. 2.1 LDGC). Al respecto, les es de aplicación la Ley 17/1989, de 19 de julio, pero no el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, de cuyo ámbito queda excluida la Guardia Civil (Disp. Transitoria 13ª).

b') Los Guardias Civiles Auxiliares son los voluntarios especiales que prestan el servicio militar en el Cuerpo de la Guardia Civil, conforme a lo previsto en el Real Decreto 99/1988, de 12 de febrero.

Pues bien, aunque la Disposición Adicional Sexta de la Ley del Servicio militar preveía que, a su entrada en vigor, los voluntarios especiales quedarían integrados como militares de empleo de la categoría de

---

(15) Vid., L. B. Alvarez Roldán, «El régimen disciplinario del alumno en los Centros Docentes de Formación» en *La Función Militar en el actual Ordenamiento constitucional*, cit. (en prensa).

(16) Vid., A. Millán Garrido, *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., pp. 45-48.

tropa y marinería profesionales, la propia Ley, en su Transitoria Cuarta, dispuso el mantenimiento del voluntariado especial de la Guardia Civil, «hasta que se determine reglamentariamente el régimen de [sus] militares de empleo por un período máximo de dos años». Dicho plazo fue, posteriormente, ampliado hasta el 31 de diciembre de 1994 por el artículo 27.3 de la Ley 20/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994. Y ha de considerarse tácitamente prorrogado en virtud del artículo 24.3 de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995.

En consecuencia, el Guardia Civil Auxiliar sigue siendo un militar de reemplazo y le es de aplicación el régimen disciplinario «mientras se encuentre en situación de actividad o servicio en filas» (art. 2.1 *in fine* LDGC).

c') Los alumnos de los centros docentes de formación quedan, en este caso, excluidos del ámbito subjetivo de la Ley, siéndoles de aplicación «sus reglamentos específicos», los cuales deberán adecuarse, en lo posible, al régimen disciplinario (art. 2.2 LDGC).

Este criterio fue el seguido por la legislación general desde 1985 (art. 3.3 y Disp. Adicional 3ª LDM), la que, no obstante, como se ha expuesto, lo abandonó en 1991, a favor de «un nuevo sistema que diferencia régimen disciplinario y régimen académico, en el que el primero adquiere mayor predominio» (17).

Dado que la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, no alcanzó a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, la reforma ha originado en esta materia —como en otras— una discordancia normativa de difícil justificación (18).

## B. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo —como en todas las infracciones militares— lo es el Estado, cuyo potencial bélico-defensivo se ve afectado por los ilícitos disciplinarios, incidentes en las Fuerzas Armadas.

---

(17) Cfr. J. del Olmo Pastor, «Ambito material subjetivo de aplicación», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1993, p. 46.

(18) *Vid.*, A. Millán Garrido, *Código penal militar y legislación complementaria*, 5ª edic., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 50.

Los regímenes disciplinarios militares tienen, precisamente, por objeto «garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda» (art. 1º LDM).

Objeto de protección son, pues, como en el régimen penal, los deberes inherentes a la profesión militar, «deberes con los que se pretende fundamentalmente imponer con todo el vigor necesario la disciplina, garantizar la cohesión de los Ejércitos y asegurar, en definitiva, el mantenimiento de las condiciones que permitan el puntual cumplimiento de las misiones que aquéllos tienen encomendadas por la Constitución (19).

#### IV. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA INFRACCIÓN DISCIPLINARIA

a) La *ostentación*, elemento básico de la conducta, supone el uso público de la insignia, condecoración o distintivo, pues «ostentar» significa «mostrar», «exteriorizar» o «hacer visible y patente una cosa». Dos requisitos son, pues, necesarios:

a') El *uso*, utilización o empleo de la insignia, condecoración o distintivo. Tales términos deben entenderse en un sentido actual, desprovistos de toda consideración finalista. Usa o utiliza una insignia, condecoración o distintivo quien se lo pone, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto.

b') El uso ha de ser *público*, esto es, externo, ostensible y manifiesto a todos, en forma que llegue a noticia de terceros, si bien no es necesaria una publicidad reiterada o persistente en la vida de relación. Basta con un solo acto para que exista publicidad, siempre, naturalmente, que ese acto no tenga naturaleza privada en sentido estricto y riguroso.

Se trata, en cualquier caso, el uso público de un elemento objetivo normativo en el que la valoración (o mejor, desvaloración) del juzgador es de índole puramente cultural.

El uso público ha de ser, además, un uso propio, esto es, aquél para el cual están directamente destinadas las insignias, condecoraciones y dis-

---

(19) Sentencia del TS de 21 de septiembre de 1988 (*Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, t. II, p. 188).

tintivos. Por ello, no puede quedar incluido en este precepto su utilización con fines consuetudinariamente admitidos. Es el caso de quien ostenta insignias o condecoraciones en una representación cinematográfica o en una fiesta de disfraces (20).

b) La ostentación lo es de insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles.

Las insignias y distintivos acreditan, por lo general, la posesión de algún título o haber desarrollado algún curso; las condecoraciones son fruto de la acción premial del Estado, en reconocimiento de especiales cualidades acreditadas o servicios prestados por su poseedor (21).

Las insignias, condecoraciones o distintivos no tienen porqué reunir todos y cada uno de los detalles de índole reglamentaria, bastando con que presenten las características externas fundamentales.

Las recompensas militares están todavía básicamente reguladas en la Ley 15/1970, de 4 de agosto (BOE núm. 187, de 6 de agosto, con corrección de errores en el núm. 307, de 24 de diciembre), desarrollada por Decreto 2834/1971, de 18 de noviembre (BOE núm. 285, de 29 de noviembre, con corrección de errores en el núm. 288, de 2 de diciembre) y modificada por la Ley 47/1972, de 22 de diciembre (BOE núm. 309, de 26 de diciembre), si bien dichas disposiciones sólo están en vigor y con carácter reglamentario en lo que no se opongan a la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional (Disp. Final 1ª).

c) La ostentación de las insignias, condecoraciones u otros distintivos no puede comportar el uso ilegítimo o arbitrario de los mismos, esto es, su utilización por quien carece de derecho a ello, por quien, en suma, no tiene concedida la insignia, condecoración o distintivo. Pues, en dicho supuesto, como se ha indicado, el hecho, mediando los restantes elementos típicos, será constitutivo del delito contemplado en el artículo 164 del Código penal militar.

---

(20) Vid., M. Martín Calzada, *Breve exégesis del artículo 387 del Código de Justicia Militar*, tesis inédita, Sevilla, 1983, pp. 55-59.

(21) Cfr. L. B. Álvarez Roldán y R. Fortún Esquifino, *La Ley Disciplinaria Militar*, cit., pp. 93-94.

d) La ostentación de las insignias, condecoraciones u otros distintivos ha de ser *sin estar autorizado para ello*.

Según las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (22), «no se podrá ostentar sobre el uniforme divisas, emblemas, condecoraciones y distintivos sin previa autorización. El diseño, forma, material y circunstancias en que pueden usarse se ajustarán a los reglamentos correspondientes» (art. 293).

En todo caso, las disposiciones sobre el uso de los distintivos —como las que afectan a la uniformidad— no ostentan carácter general y «carecen de proyección *ad extra* fuera del ámbito castrense, al que van específicamente destinadas», por lo que no requieren su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (23).

Ocurre, sin embargo, que, en general, la concesión de las insignias, condecoraciones y otros distintivos comportan la autorización para su uso reglamentario. Tal autorización sólo será necesaria, tras la concesión, en los upuestos de distintivos o condecoraciones civiles o extranjeras (24).

Resulta muy discutible que el uso del distintivo, con diseño, forma o material no reglamentarios o en circunstancias distintas a las normativamente previstas puedan integrar este ilícito disciplinario. Para Rojas Caro, tal conducta constituye la «infracción de las normas que regulan la uniformidad», prevista, asimismo como falta leve, en el artículo 8.5 de la Ley Disciplinaria (25).

## V. CONSIDERACIONES CRITICAS

La vigente regulación del uso indebido (ilegítimo o meramente no autorizado) de insignias, condecoraciones u otros distintivos no puede considerarse satisfactoria.

Ante todo, resulta muy cuestionable que tal uso arbitrario deba, en ningún caso, revestir carácter delictual. Porque el uso ilegítimo de insig-

---

(22) Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas fueron promulgadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1979, con corrección de errores en el núm. 34, del 8 de febrero). Vid. A. Millán Garrido, *Ordenanzas Militares*, Trivium, Madrid, 1993.

(23) Sentencia del TS de 13 de noviembre de 1992 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 700).

(24) Cfr. L. B. Alvarez Roldán y R. Fortún Esquifino, *La Ley Disciplinaria Militar*, cit., p. 94.

(25) J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 155.

nias, condecoraciones y distintivos —como el de uniforme militar— o constituye un medio de cometer otros delitos (estafa, falsedad, coacciones), con los que entraría en concurso, o supone un hecho carente de la relevancia necesaria para incurrir en el ámbito penal (26).

*Pero es que, por otra parte, con la tipificación como delito del uso ilegítimo, la previsión disciplinaria ha quedado prácticamente sin contenido, reducida a ese uso «no autorizado», que, en realidad, supone poco menos que una «hipótesis de laboratorio».*

*Por ello, entendemos que estos hechos, en sí mismo considerados, debieran quedar excluidos del ámbito penal y relegados al disciplinario, donde su consideración como falta leve o grave pudiera estar en función de la eventual trascendencia del hecho y siempre, naturalmente, con independencia de las infracciones, para cuya comisión hubiese servido, en caso, el uso indebido de insignias, condecoraciones o distintivos.*

---

(26) *Vid.*, asimismo, en este sentido, A. Corrales Elizondo, «Delitos contra el decoro militar», cit., p. 1819.

## ELEMENTOS BIBLIOGRAFICOS. PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO MILITAR

Manuel M. Gómez del Castillo y Gómez  
*Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla*  
Juan Antonio Navas Córdoba  
*Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.*

I. Suele afirmarse, con harta frecuencia, que el Derecho Militar es “un derecho en regresión”. La expresión no es nada feliz y, además, resulta tributaria de una indiscutible imprecisión, si se acepta la idea de que el Derecho, como tal, no puede ser calificado de “regresivo” ni de “progresivo”.

Tal vez lo que desea expresar es que la Ciencia del Derecho Militar es una Ciencia en “retroceso” —en “reculada”—; pero, entonces, la afirmación no responde a la realidad, dada la evidencia del florecimiento que, actualmente, impregna los estudios jurídico-militares.

Es cierto que los cambios sociales, cada vez más vertiginosos, provocan la inutilidad de las normas y, con ello el desuso de las mismas. En nuestro vigente ordenamiento jurídico hay claros ejemplos de ello (1). Pero tampoco esto es predicable del derecho Militar.

Quizás lo más correcto es sostener la “marginación” o el “aislamiento” del Derecho Militar; es decir, hablar, respecto a él, de una situación de separación o de reclusión en ámbitos muy específicos, ajenos, entre otras a la vida universitaria (2).

---

(1) Pensemos en algunos actos de jurisdicción voluntaria, o, sin ir más lejos, en el llamado “procedimiento de apremio en negocios de comercio”, regulado en los arts 1544 a 1560 de la LEC.

(2) Es claro que, en la mayoría de nuestras Facultades de Derecho, el Derecho Militar, Penal y Procesal, brilla precisamente por su ausencia, tanto en el aspecto docente como en el investigador.

Las causas de semejante circunstancia son muy diversas.

De un lado, el denominado carácter "clasista" (algunos hablan de "sectario") de esta rama del Derecho, el ámbito tan específico para el que se legislaba, el apartamiento de su cultivo intelectual, han sido, a todas luces, dificultades que han impedido, al Derecho Militar, un desarrollo normal, dentro del universo científico e investigador, y la obtención, por osmosis, de las influencias y orientaciones de éste.

Por otra parte, desde el momento de autonomía del Derecho Militar, fijado por García Gallo en la época de formación de los Ejércitos permanentes, el legislador ha reunido todas sus normas en textos únicos, bajo la forma de Ordenanzas Generales o Códigos de Justicia Militar (a salvo, de luego, el breve período de finales del siglo pasado), entremezclando los preceptos materiales o sustantivos con los de carácter procesal, y marchando, así, en contra de la corriente establecida.

Y, finalmente, aunque sin ánimo exhaustivo respecto a las causas que se apuntan, no hay que olvidar la singularidad de los movimientos pendulares que afectan a la realidad militar, ensalzada y denostada, una y otra vez, sin solución de continuidad.

II. Reconocer esta situación de apartamiento, a que se viene haciendo referencia, no implica afirmar (como suele suceder, confundándose las cosas) la pobreza científica del Derecho Militar.

Basta volver la mirada hacia la historia para encontrar tratadistas de la talla de Bacardí, Capmany, Colón de Larriategui, Díaz Vela, Feliú de la Peña, Núñez de Arenas, Peña y Ruiz, Vallecillo, o el mismísimo Vicente y Caravantes, cuya brillantez intelectual está fuera de toda duda (3).

Y, si del plano histórico pasamos al campo comparado, comprobaremos, con relativa facilidad, que los estudios jurídicos-militares han sido cultivados por autores tan relevantes como Carnelutti, Landi, Maggi, Maggiore, Stellaci, Venditti o Veutro (Italia), Doll, Hugueney o Moreau (Francia), Gomes Carneiro u O'Connell (Gran Bretaña) (4).

---

(3) Y otros como Conejo D'Ocon, González Maroto, López de la Cuesta, Lorente y Valcarcel, Llorente, Madariaga y Suarez, Martínez de la Vega, Moreno y Lorenzo, Socías, Tapia Casanova, Vidal y Blanca, etc.

(4) Y otros como Bachelet, Cherchi, Intelissano, Maffei, Plagiarulo, Richiello o Verri; Breurec, Parisiella o Pichereau; sin olvidarnos de Gilissen, Gardón o Nyholm.

Es más, no sería aventurado sostener que, en la segunda mitad del siglo en curso, se han multiplicado los estudiosos del Derecho Militar. Y, si bien es cierto, por lo que se refiere a nuestro país, la mayoría de ellos, se han formado, en mayor o menor medida, al amparo de los Cuerpos Jurídicos Militares, no es menos cierto que los temas, las cuestiones y los problemas del Derecho Castrense han preocupado a constitucionalistas, civilistas, penalistas, administrativistas, procesalistas, etc. Y así, los nombres de Calderón Susín, Casado Burbano, Esteban Ramos, Fernández Areal, Fernández Segado, Foraster Serra, Gómez Calero, Hernández Orozco, Jiménez y Jiménez, Jiménez Villarejo, Millán-Garrido, Rodríguez Devesa, Rodríguez-Villasante, Rojas Caro o Valenciano Almoyna, por citar algunos, sin intención omisiva, se cruzan con los de Asensio Mellado, González Deleito, Lorca Navarrete o Pedraz Penalva, por citar también algunos, igualmente sin intención omisiva.

III. Esta pujanza de los estudios de Derecho Militar, en nuestro país, ha tomado, como punto de partida, la promulgación de la Constitución de 1978; tal vez, por ello, se ha dicho que, para el Derecho Militar, nuestra vigente Carta Magna, y su obligado desarrollo en el tercer movimiento codificador castrense (como ha sido calificado por Jiménez y Jiménez (5)), ha supuesto el *die a quo* para su estudio autónomo; y tal vez, por ello, se ha profundizado en el estudio del Derecho Militar al hilo de la profundización en el estudio de la propia Constitución. No es de extrañar, pues, que, en obras como los *Estudios sobre el Proyecto de Constitución* (Madrid, 1978), *Reforma Política y Derecho* (Madrid, 1985), *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (Madrid, 1978), *Comentarios a las Leyes Políticas* (Madrid, 1983), *Comentarios a la Constitución Española* (Madrid, 1983), *Comentarios a la Constitución Española* (Madrid, 1985), *Comentarios a la Constitución Española* (Madrid, 1991), se contengan trabajos sobre temas jurídicos-castrenses.

IV. A este florecimiento ha contribuido, decisivamente, la propia administración militar, impulsando reuniones de estudios, cuyos resultados han sido publicados y divulgados de forma conveniente; tal es el caso de la *Escuela Militar de Estudios Jurídicos*, o de las *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar*, amparadas y fomentadas por el

---

(5) Jiménez y Jiménez, Francisco.: Centenario, Revista Española de Derecho militar nº 55, enero-junio 1990.

Ministerio de Defensa. Pero también han coadyuvando otros departamentos ministeriales (como el Ministerio de Cultura con *Justicia en Guerra*, Madrid 1990), o el Consejo General del Poder Judicial (con *La Jurisdicción Militar*, Madrid, 1992, o *Dercho Penal y Procesal Militar*, Madrid 1993).

V. Toda esta actividad ha dado sus frutos en forma de obras de carácter general, monografías y artículos en revistas científicas, en cantidad y calidad suficiente como para poder aventurar que el Derecho Militar (*rectius*, la Ciencia del Derecho Militar) ha comenzado a romper esa situación de apartamiento, a la que ya nos hemos referido, y a incorporarse, con decisión, al universo de la Ciencia Jurídica.

Quizás, por ello, ya los estudios no se encierran en las revistas especializadas (Ejército, Revista Española de Defensa; Revista General de Marina, Boletín Informativo del Ministerio de Defensa,... y sobre todo, la Revista Española de Derecho Militar), sino que se abren a otras publicaciones periódicas (Revista de Derecho Privado, de Derecho Público, de Derecho Político, de Derecho Constitucional, del Centro de Estudios Constitucionales, de Derecho Administrativo, de Derecho Procesal, Justicia, General de Legislación y Jurisprudencia, General de Derecho, etc.).

Entre estas publicaciones hay que hacer especial mención de la *Revista Española de Derecho Militar* que, con avances y retrocesos, pero superando siempre sus dificultades, ha estado, desde 1956, al servicio de los estudios jurídicos. También hay que hacerlo respecto a la *Revista General de Derecho* que, al crear en su seno una sección de Derecho Penal Militar (hoy desgraciadamente malograda), supo impulsar dichos estudios en su momento particularmente crítico.

En la materia que nos ocupa, todas estas revistas están a la altura de las más prestigiosas de Europa: la Rivista Militare, la Rassegna della Giustizia Militare o la Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, la Revue de Droit Penal el Droit de la Guerra, Recueils de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre (Bélgica); o la Military Law Review (Estados Unidos), por citar simplemente algunas de las más conocidas (6).

---

(6) No sería demasiado correcto obviar la contribución, y el papel que han jugado, las empresas editoriales: desde las antiguas Imprentas de Andrés Díaz y Cía, J. González, A. Repullés, y P. Sanz y Sanz y las Tipografías de Pedro Carra y Manuel G. Hernández,

VI. En las páginas siguientes se procede, con carácter puramente indicativo, a relacionar una selección de trabajos de muy diversa naturaleza. Unos pueden contribuir a entender mucho mejor la evolución histórica de Derecho Militar, en cuanto que, como dice Orestano (7), el Derecho es historia y sólo, a través de ella, es posible el completo y cabal conocimiento científico del mismo. Otros pueden ayudar a comprender también mucho mejor su dimensión comparada, extrayendo de ella los aportes formativos e informativos que permitan el progresivo perfeccionamiento de nuestras vigentes instituciones. Algunos situarán al estudioso ante los problemas y cuestiones más espinosos del Derecho español vigente. Y todos responderán al común denominador de constituir, en definitiva, la viva vida de una rama del Derecho, poco estudiada y demasiado criticada. Con o sin fundamento.

## ELEMENTOS BIBLIOGRÁFICOS

Agundez Fernández, Antonio:

*El Poder Judicial y los jueces en la guerra civil de 1936-1939. Aproximación histórica*, en «Justicia en Guerra», Ministerio de Cultura, Madrid 1990, pp. 407 a 440.

Alaiz Villafafila, Carlos M:

*El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 181 a 191.

Alarcón Roldán, Fernando:

*Código de Justicia Militar vigente*. Editorial Reus, Madrid 1940.

---

hasta las modernas empresas como Aguilar, Aranzadi, Ariel, Bosch, Cívitas, Colex, Comares, Montecorvo, Reus, Santarem o Tecnos, sin olvidarnos de los Servicios de Publicaciones de Universidades, Institutos (particularmente el Francisco de Vitoria), Consejos Superiores, Centros de Estudios y Ministerios. Reconocimiento especial, como siempre, a la Giuffrè y la Jóvene.

(7) Orestano, R.: *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, Torino 1963.

Agundez Fernández, Antonio:

*El Poder Judicial y los jueces en l guerra civil de 1936-1939. Aproximación histórica*, en "Justicia en guerra", Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pp. 407 a 440.

Alaiz Villafafilla, Carlos M:

*El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la conferencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz*, en "Jurisdicción Militar", Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 181 a 191.

Alarcón Roldán, Fernando:

*Código de Justicia Militar vigente*. Editorial Reus, Madrid, 1940.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto.:

*Justicia penal de guerra civil* en « Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional » Ed. de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944, pp. 253 a 294.

Algora Marco y Hernández Orozco:

*Código de Justicia Militar*, Madrid 1963.

Almagro Nosete, José:

*El proceso militar* en «Derecho Procesal, Proceso Penal», Tomo II, 4ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortes Domínguez, pp. 813 a 829.

Almirante Torroella, José:

*Estudios militares. Antología*, Ediciones Ejército, Alcalá de Henares 1943.

Almirante Torroella, José.:

*Diccionario militar*, Tomo I y II, Reedición del Ministerio de Defensa en 1989, Madrid 1869.

Alonso Díaz, Gabriel.:

*Acerca de la organización, competencia y procedimiento de la Jurisdicción Militar*, REDEM nº 37, ene-jun 1979, pp. 202 a 208.

Alvarez Roldán, Luis B.:

*La nueva Jurisdicción Militar*, REDEM nº 53, Tomo I, ene-jun. 1989, pp. 75 a 79.

Alvarez Roldán, Luis B.:

*Los principios constitucionales en la esfera penal y disciplinaria*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar». Ministerio de Defensa, feb. 1990, pp. 45 a 56.

Alvarez Roldán y Fortún Esquifino.:

*Ley Disciplinaria Militar*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1986.

Americo Castaño, L.:

*Los daños a terceros en la navegación aérea española*, Ministerio del Aire, Consejo Superior de investigaciones Científicas, Madrid, 1952.

Aparicio Gallego, Javier.:

*La nueva organización de la Justicia Militar*, en Revista General del Derecho nº 512, mayo 1987, pp. 2457 a 2470.

Aranda y Antón, Gonzalo de.:

*Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, Revista General de Derecho Nº 568-569, ene-feb. 1992, pp. 371 a 379.

Arozamena Sierra, Jerónimo.:

*El principio de unidad jurisdiccional* en «Estudios sobre la Constitución Española Homenaje al Prof. García Enterría», coordinado por Martín Retortillo, Tomo IV, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 3017 a 3040.

Artal Delgado, José A.:

*La ordenanza*. Revista General de Marina, jun. 1971, pp. 675 a 681.

Asensio Mellado, José.:

*La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Jurisdicción Militar*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, mar. 1991, pp. 103 a 118;

Astrosa Herrera, Renato.:

*Derecho Penal Militar*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971.

Bacardi, Alejandro de.:

*Nuevo Colón, Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, Tomo I y II, Barcelona, 1857.

Bachelet, Vittorio.:

*Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Ed. Giuffré, Milano 1962.

Balbontín Pérez, Luis A.:

*Consideraciones sobre el imputado como parte de las diligencias sumariales militares*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 701 a 710.

Ballbé, Manuel.:

*Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Ed. Alianza, Madrid, 1983.

Barbero Santos, Marino (traductor).:

*Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares en la URSS, de 25 de diciembre de 1958*, REDEM nº 12, jul-dic 1961, pp. 211 a 223.

Barcelona Llop, Javier:

*La organización militar: Apuntes jurídicos-constitucionales sobre una realidad estatal*, Revista de Administración Pública nº 110, may-ago 1986, pp. 55 a 105.

Barreda Treviño, Celestino:

*El Código de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas Reales de Marruecos*, REDEM nº 9, ene-jun 1960, pp. 211 a 251.

Barros, Marco A. de:

*A competencia de justiça militar estadual*, Justitia nº 128, 1985, pp. 16 a 18

Bautista Samaniego, José M<sup>a</sup>:

*Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, REDEM nº 54, Tomo I, jul-dic, 1989, pp. 281 a 303.

Bayón Marine, Ignacio (Traductor).:

*El Código de Justicia Militar francés*, Boletín de Legislación Extranjera, Cortes Generales, ene, 1983, pp. 372 a 472.

Beltrán Núñez y Egido Trillo-Figueroa.:

*Breves consideraciones sobre la LO 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar*, Revista Ejército nº 513, oct 1982, pp. 59 a 62.

Beristain, Antonio.:

*Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo III, 1979, pp. 583 a 616.

Bermúdez de Castro, Luis.:

*Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas*, Revista Ejército nº 131, dic 1950, pp. 9 a 14.

Bermúdez de Castro, Luis.:

*A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III*, Revista Ejército nº 124, may, 1950, pp. 19 a 22.

Bermúdez de la Fuente, José L.:

*El recurso de casación penal militar. Analogías y diferencias con el recurso de casación penal ordinario*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid mar, 1991, pp. 25 a 47.

Bermúdez de la Fuente, José L.:

*Las partes en el proceso penal militar*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 639 a 659.

Bermúdez de la Fuente, José L.:

*Las diligencias preparatorias en la Ley Procesal Militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 551 a 579.

Bishop, Josep W.:

*Derecho Militar*. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Volumen III, Ed. Aguilar, Madrid, 1974.

Blanca Carlier, Juan de D.:

*Datos para la historia de la Justicia de Marina*, Revista General de Marina, jul, 1943, pp. 60 y ss.

Blanco, Carlos.:

*La jurisdicción de guerra y los estados excepcionales*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 146, 1925, pp. 155 a 158.

Blanco, Carlos.:

*La Jurisdicción Militar y la policía gubernativa*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 147, 1925, pp. 49 a 54.

Blanco, Eugenio.:

*Los recursos de apelación y casación en la Jurisdicción de Marina*, Revista General de Marina, oct. 1935.

Blay Villasante, Francisco.:

*Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar*, en «Reforma del Código de Justicia Militar», Revista de Aeronáutica y Astronáutica n° 481, 1981, pp. 51 y ss.

Blay Villasante, Francisco.:

*Privilegios y limitaciones en las leyes sancionadoras militares*, REDEM n° 55, Tomo I, ene-jun. 1990, pp. 35 a 65.

Blay Villasante, Francisco.:

*Breve apunte sobre la problemática procesal de algunos archivos de diligencias previas y sobreseimientos definitivos de causas criminales*, REDEM n° 58, jul-dic. 1991, pp. 147 a 152.

Blay Villasante, Francisco.:

*Ministerio Fiscal Jurídico Militar y principio acusatorio*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 517 a 549.

Blecua Fraga, Ramón.:

*Los secretos militares en su aspecto penal*, REDEM n° 38, jul-dic. 1979, pp. 163 a 181.

Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José L. (coords.):  
*Comentarios al Código Penal Militar*, Cívitas, Madrid, 1988.

Braida, Telémaco.:  
*Manual de procedimiento militares*, Ed. Librería Barreiros, Montevideo, 1915.

Bravo Navarro, M.:  
*Reforma de la Justicia Militar*, en « Reforma del Código de Justicia Militar», Revista de Aeronáutica y Astronáutica nº 481, 1981, pp. 51 y ss.

Breurec, F.:  
*Regards sur une évolution de la Justice Militaire en France*, Revue de Droit Penal et Militaire nº 3-4, 1980, pp. 327 a 346,

Cabrerizo, F.:  
*El defensor ante los Tribunales de Guerra y Marina*, 2ª Ed. Ministerio de Marina, Madrid, 1921.

Cacho Mendoza, Manuel.:  
*El Fiscal Jurídico Militar en la preparación del recurso de casación en materia penal*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretarías General Técnica, Madrid, feb. 1990, pp. 83 a 90.

Calderón Serrano, Ricardo.:  
*El Ejército y sus Tribunales*. Ediciones LEX, Méjico, Tomo I-1944 y Tomo II-1946.

Calderón Serrano, Ricardo.:  
*Derecho Procesal Militar*, Ediciones LEX, Méjico, 1947.

Calderón Susín, Eduardo.:  
*Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar*, REDEM nº 40 Especial, 1982, pp. 155 a 186.

Calderón Susín, Eduardo.:  
*La Ley Penal alemana de 1974. Comentarios y Notas*, Cuadernos de la Facultad de Derecho nº 8, Palma de Mallorca, 1984, pp 119 a 153; también en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, ene-abr. 1985, pp. 87 a 110.

Calderón Susín, Eduardo.:

*Comentario de urgencia al proyecto de Código Penal Militar*, Revista General de Derecho, nº 487, 1985, pp. 907 a 920.

Calderón Susín, Eduardo.:

*En torno a los límites constitucionales de la competencia de la Jurisdicción Militar*, REDEM nº 53, Tomo I, ene-jun. 1989, pp. 81 a 106.

Calderón Susín, Eduardo.:

*El concepto penal de fuerza armada*, Cuadernos de la Facultad de Derecho nº 17, Palma de Mallorca, 1991, pp. 79 a 96.

Calvo Prieto, Dámaso.:

*El marco constitucional, organización y en especial competencias de la Jurisdicción Militar*, en « La Jurisdicción Militar », Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 105 a 109.

Cano Bueso, Juan.:

*La política judicial del Régimen de Franco (1936-1945)*. Centro de Estudios, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

Cano Carucha, J.L.:

*Los bandos penales militares*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVI, 1983, pp. 311 a 326.

Cano Tello, Celestino.:

*Determinación de los militares a quienes corresponde autorizar matrimonios y testamentos*, Revista General de Derecho nº 558, mar. 1991, pp. 1088 a 1093.

Canosa Usera, Raúl.:

*Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar*, Poder Judicial nº 34, jun. 1994, pp. 9 a 37.

Capmany, Antonio de.:

*Ordenanzas de las Armadas Navales de la Corona de Aragón, aprobadas por el Rey Pedro IV*, Madrid, 1787.

Carnelutti, F.:

*Rasgos institucionales del nuevo Derecho Penal Militar*, Padova, 1943.

Carrillo Colmenero, José.:

*El acusador particular, el actor civil y los Mandos Militares en el proceso penal militar*, en « La Jurisdicción Militar », Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 663 a 675.

Carrión Moyano, A.:

*El militar como funcionario público*. REDEM nº 18, jul-dic. 1964, pp. 37 a 55.

Casado Burbano, Pablo.:

*Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española*, Revista de Derecho Público nº 74, ene-mar 1979, pp. 23 a 58; también en REDEM nº 36, jul-dic. 1978, pp. 7 a 41.

Casado Burbano, Pablo.:

*Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

Casado Burbano, Pablo.:

*Iniciación al Derecho Constitucional Militar*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

Casado Burbano, Pablo.:

*Diez años de Constitución y Reales Ordenanzas*. Revista Española de Defensa nº 10, dic. 1988.

Casado, P.:

*La Jurisdicción Militar en los inicios del liberalismo político español*, Revue de Droit Penal et Droit de la Guerre, Vol. 3-4, Bruxelles, 1980, pp. 348 a 355.

Castejón y Chacón, Carlos.:

*Reformas de la Legislación Penal de la Marina de Guerra en algunos estados extranjeros*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, ene. 1944, pp. 313 a 322.

Caycedo Gutiérrez, Alirio.:

*La organización de la Jurisdicción penal militar en Colombia*, REDEM nº 3, ene-jun. 1957, pp. 123 a 127.

Clara I Resplandis, Josep.:

*Justicia popular republicana: procesos contra militares en Girona, 1936-37*, en « Justicia en Guerra », Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pp. 141 a 155.

Clarembek, T.:

*La evolución actual de la Justicia Militar en los Países Bajos*, Recueils de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, 1979, pp. 809 y ss.

Claver Valderas, José M.:

*La Jurisdicción Militar y el principio de unidad jurisdiccional*, Revista General de Marina, mar. 1985, pp. 369 y ss.

Claver Valderas, José M.:

*La representación en la instancia única del proceso penal militar*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 679 a 684.

Claver Valderas, José M.:

*Aplicabilidad de la redención de penas por el trabajo a los internos en establecimientos penitenciarios militares*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 757 a 771.

Cochard, Jean (coord.):

*Armé, Guerre et Droit Pénal*, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, Vol. V, Ediciones Cujas, Paris 1986.

Colombo Carlos, J.:

*Sustantividad del Derecho Penal Militar*, REDEM nº 17, ene-jun. 1964, pp. 9 a 42.

Colón de Larriategui, Félix.:

*Juzgados Militares de España y sus Indias*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1817.

Conejos d'Ocon, A.:

*Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, Valencia, 1895.

Coronel Velázquez, Antonio.:

*Nuevas noticias sobre las Ordenanzas de Carlos III.* Revista Ejército, may. 1950, pp. 45 y ss.

Corrales Elizondo, Agustín.:

*Comentarios de urgencia a la Ley Procesal Militar*, REDEM nº 54, Tomo I, jul-dic. 1989, pp. 338 a 351.

Cruz Villalón, Pedro.:

*El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del estado (1789-1878).* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

Cruz Villalón, Pedro:

*El nuevo derecho de excepción*, Revista Española de Derecho Constitucional nº 2, 1981, pp. 93 a 128.

Cruz Villalón, Pedro.:

*Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid 1984.

Chavarri Zapatero, J.:

*Régimen disciplinario militar*, Tecnos, Madrid 1986.

Cherchi, Bruno.:

*Legge di riforma della giustizia militare e Costituzione*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico nº 4, 1982, pp. 1063 a 1105.

D'Oliver Farran, Charles:

*Organización y procedimiento de los Tribunales Militares británicos*, REDEM nº 2, jul-dic. 1956, pp. 69 a 83 (Traducción de Rufz Larrea, Ricardo).

Depierre, René.:

*La Justicia Militar Suiza, (Evolución, organización, competencia)*, REDEM nº 3, ene-jun. 1957, pp. 101 a 121.

Díaz de Aguilar y Elizaga, Ignacio.:

*Justicia Militar en la España Nacional: Instituciones*, en « Justicia en Guerra », Ministerio de Cultura, Madrid 1990, pp. 395 a 404.

Díaz-Llanos Lecuona, Rafael:

*Leyes Penales Militares*, Ed. Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1974.

Díaz Vela, Ramón.:

*Informe sobre el Fuero Militar en lo civil*, Imprenta J. González, Madrid, 1859.

Díez Gómez, Aurelio:

*El testamento militar*, REDEM nº 14, jul-dic. 1962, pp. 9 a 70.

Divisa, Jaques Romain:

*La reforma de la Justicia en materia militar*. Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra nº XXIV 1-2, 1985, pp. 11 a 28.

Doll, P.J.:

*Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire*. Paris, 1966.

Doll, P.J.:

*L'évolution de la Justice militaire en France depuis 1965*. Revue de Sciences Crim. et Droit Penal Comparé nº 4, 1975, pp. 1901 y ss.

Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel:

*Los Tribunales de Honor y la CE de 1978*. Universidad de Salamanca, 1984.

Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel.:

*De nuevo sobre los Tribunales de Honor. (La desaparición de los Tribunales de Honor Militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)*. Revista Vasca de Administración Pública nº 33, may-ago. 1992, pp. 27 a 90.

Esquivias López-Cuervo, Antonio:

*La reforma del régimen penitenciario militar*, Revista General de Derecho nº 517-518, oct. 1987, pp. 5707 a 5737.

Esteban Ramos, Salvador:

*Hacia un nuevo sentido del Derecho Militar*, REDEM nº 11, ene-jun. 1961, pp. 89 a 99.

Esteban Ramos, Salvador.:

Voz «*Jurisdicción Militar*». Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XIV, Barcelona, 1971.

Esteban Ramos, Salvador:

*Evolución de la Justicia Militar en España*. Revue de Droit Penal et Droit de la Guerre, nº 3-4, Bruxelles, 1980, pp. 415 a 421.

F. de Buján, Federico:

*Unas consideraciones acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado*, REDEM nº 41, ene-jun. 1983, pp. 53 a 67.

F. del Vado, Santiago:

*Nuevo Reglamento Penitenciario Militar*, Revista Española de Defensa nº 58, dic. 1992, pp. 28 y ss.

Fairen Guillén, Victor.:

*Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad*, en «El Poder Judicial», Volumen II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1172 a 1211.

Feijoo, Josep:

*La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar (Comentario a la Sentencia 28 oct. 1987)*, Revista General de Derecho nº 547, abr. 1990, pp. 2453 a 2459.

Feliu de la Peña, Francisco.:

*Fundamentos de un nuevo Código Militar*. Barcelona, 1850.

Fernández Areal, José R:

*Responsabilidad penal por accidentes de trabajo en el mar*, Revista General de Marina, nov. 1975, pp. 483 a 487.

Fernández Areal, José R:

*La edad penal, después del Real Decreto-Ley Nº 33/78*, REDEM nº 36, jul-dic. 1978, pp. 145 a 148.

Fernández Areal, José R:  
*Zona marítima-terrestre: ¿Competencia de la Jurisdicción Ordinaria o de la Militar?*. REDEM nº 36, jul-dic. 1978, pp. 149 y ss.

Fernández Areal, José R:  
*Más sobre la Justicia Militar*. Revista General de Marina, feb. 1981, pp. 163 a 173.

Fernández Areal, José R:  
*Reflexiones sobre la sospecha*, REDEM nº 51, ene-jun. 1988, pp. 159 a 174.

Fernández Areal, José R:  
*Notas sobre el derecho disciplinario militar (La Ley nº 12/1985)*, REDEM nº 52, jul-dic. 1988, pp. 89 a 98.

Fernández Areal, José R.:  
*La excepción militar a la abolición de la pena de muerte*. Revista General de Derecho nº 528, sep. 1988, pp. 5219 a 5230.

Fernández Bastarache, F.:  
*La revolución de 1868: Influencias de un pronunciamiento en el Ejército*, en «Temas de Historia Militar», Tomo I, Colección Adalid, Servicio de Publicaciones del Estado Mayor, Zaragoza, 1982, pp. 537 y ss.

Fernández Benito, Alfredo.:  
*La determinación del estatuto personal de Vocales y Jueces Togados: un imperativo constitucional*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 157 a 168.

Fernández Benito, Alfredo.:  
*La preeminencia del Fiscal Jurídico Militar en el procedimiento. ¿Sistema inquisitivo, acusatorio, mixto u otro?*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 687 a 698.

Fernández Dotu, Pedro J.:  
*Algunas consideraciones en torno a la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 8 de abr. de 1987*. Revista General de Derecho nº 543, dic. 1989, pp. 8105 a 8108.

Fernández Fernández, José.:  
*Sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, Revista Ejército

nº 572, sep. 1987.

Fernández Flores, José L.:

*Un Auditor de Guerra del siglo XVIII: Baltasar Ayala*. Revista Ejército nº 506, mar. 1982, pp. 64 a 70.

Fernández Flores, José L.:

*Del Derecho de la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1982.

Fernández Flores, José L.:

*Controversia de Jurisdicciones cautelares*, REDEM nº 58, jul-dic. 1991, pp. 143 a 145.

Fernández Rodera, José A.:

*Límites al ejercicio de derechos civiles en el ámbito castrense*, Revista Ejército nº 525, oct. 1983, pp. 63 a 66.

Fernández Rodera, José A.:

*Las Fuerzas Armadas y el estado de sitio*, en «Libertades públicas y derechos humanos», Madrid, 1984, pp. 12 y ss.

Fernández Segado, Francisco:

*Los estados de excepción en el anteproyecto de la Constitución*, en «Estudios sobre el Proyecto de Constitución», Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1978, pp. 72 a 91.

Fernández Segado, Francisco:

*El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, EDERSA, Madrid, 1978.

Fernández Segado, Francisco:

*La Jurisdicción Militar en nuestro Ordenamiento constitucional, (La problemática del artº 117,5 de nuestra Constitución)*, Revista de Derecho Público nº 88-89, jul-dic. 1982, pp. 533 a 592.

Fernández Segado, Francisco.:

*La competencia de la Jurisdicción Militar tras la reforma del Código de Justicia Militar*, en «El Poder Judicial», Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1273 a 1337.

Fernández Segado, Francisco.:

*El nuevo perfil orgánico y competencial de la Justicia Militar*, en «Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución», Vol. VI, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2895 y ss.

Fernández Segado, Francisco:

*La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica*, REDEM, nº 56-57, jul-jun. 1990-1991, pp. 13 a 61.

Fernández Segado, Francisco.:

*La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*. Revista de Derecho Político, nº 11, 1991, pp. 83 y ss.

Fernández Segado, Francisco:

*La reforma del ámbito competencial de la Jurisdicción militar*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 9, may-ago. 1991, pp. 57 a 113.

Fernández Segado, Francisco:

*La Jurisdicción militar en la doctrina constitucional (Comentario a la STC de 14 de marzo de 1991)*. Revista General de Derecho nº 562-563, jul-ago. 1991, pp. 5847 a 5867.

Fernández Segado, Francisco:

*El marco constitucional. La Jurisdicción Militar: su organización y competencia*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 11 a 102.

Fernández Segado, Francisco:

*La Justicia Militar en el derecho comparado*, Revista General de Derecho nº 568-569, ene-feb. 1992, pp. 335 a 361.

Fernández Segado, Francisco:

*La Jurisdicción castrense en Inglaterra, Estados Unidos e Italia*. Boletín de Información del Ministerio de Defensa, nº 224, 1992, pp. 11 a 32.

Fernández Tejedor y Fernando Ferreiro:

*Derecho Militar*. Ed. 2ª, Santarem, Valladolid, 1940.

Fernández Valverde, Rafael.:

*Visión constitucional de la Administración Militar*. II Jornadas de Dere-

cho Judicial, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 695 a 703.

Fontán Rico, Julio.:

*Testamento marítimo en buques de guerra*. Revista General de Marina, ago-sep. 1971, pp. 189 a 200.

Foraster Serra, Miguel:

*La nueva regulación de la Jurisdicción Militar*, Revista Jurídica de Cataluña, nº 1, 1989, pp. 91 a 103.

Foraster Serra, Miguel:

*La reforma de la Justicia Militar española*, Revista General de Derecho, nº 543, dic. 1989, pp. 8110 a 8117.

Foraster Serra, Miguel.:

*La organización de la Justicia Militar en España*, Revista General de Derecho, nº 547, abr. 1990 pp. 2445 a 2459.

Foraster Serra, Miguel:

*Protección jurisdiccional de la objeción de conciencia*. Revista General de Derecho, nº 556-557, ene-feb. 1991, pp. 373 a 392.

Foraster Serra, Miguel:

*Breves observaciones al nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Revista General de Derecho, nº 568-569, ene-feb. 1992, pp. 381 a 386.

Foraster Serra, Miguel:

*Recursos jurisdiccionales en la objeción de conciencia al servicio militar*, Revista General de Derecho, nº 568-569, ene-feb. 1992, pp. 387 a 390.

Fraga Iribarne, Manuel:

*Baltasar de Ayala*, Revista Española de Derecho Internacional nº 1, 1948.

Galán Aceres y Ayuso Torres:

*Notas sobre la complejidad de la delimitación competencial de la Jurisdicción Militar a la luz de la Constitución de 1978*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 171 a 178.

García Ballester, Pascual:

*Los principios de la disciplina en el Derecho disciplinario militar comparado*.

REDEM nº 37, ene-jun. 1979, pp. 93 a 181.

García Ballester, Pascual:

*Jurisdicción Militar y Constitución española*. REDEM, nº 58, jul-dic. 1991, pp. 153 a 174.

García Labajo, Juan M.:

*Los bienes jurídicos protegidos en el nuevo Código Penal Militar*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica, nº 545, may. 1986, pp. 489 y ss.

García Labajo, Juan M.:

*La acción civil en el proceso penal militar*. REDEM nº 55, Tomo I, ene-jun. 1990, pp. 161 a 175.

García Valdés, C.:

*Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fasc. III, sep-dic. 1986, pp. 771 a 835.

Gardón, Gratien:

*Organización y competencia de las jurisdicciones militares francesas*, REDEM, nº 10, jul-dic. 1960, pp. 153 a 163.

Gilissen, John.:

*Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar*, REDEM nº 33-34, ene-dic. 1977, pp. 11 a 70.

Gilissen, John.:

*Evolution actuelle de la Justice Militaire*, Recueils de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre, Vol. I, Bruxelles, 1981, pp. 27 y ss.

Goerens, F.:

*El Derecho Penal Militar del Gran Ducado de Luxemburgo*, REDEM, nº 8, jul-dic. 1959, pp. 109 a 113.

Gomes Carneiro, Mario Tiburcio:

*Los elementos fundamentales del Derecho Militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza*, REDEM nº 12, jul-dic. 1961, pp. 181 a 209.

Gómez Calero, Jesús.:

*La figura del Juez Togado en la Jurisdicción Militar*, REDEM nº 41, ene-

jun. 1983, pp. 29 a 50.

Gómez Calero, Juan (Traductor):

*Ley de 7 de mayo de 1981, nº 180. Modificaciones al ordenamiento judicial militar italiano en tiempo de paz.* Revista General de Derecho nº 493-494, oct-nov. 1985, pp. 3245 a 3249; también en REDEM nº 44-50, 1987, pp. 165 a 173.

Gómez Calero, Juan:

*Ensayo sobre la Organización y Atribuciones de los Tribunales Militares, después de la Constitución.* Revista General de Derecho, nº 489, jun.1985, pp. 1757 a 1768.

Gómez Calero, Juan.:

*La reforma de la Jurisdicción Militar a partir de la Constitución.* Revista General de Derecho, nº 504, sep. 1986, pp. 3959 a 3984.

Gómez del Castillo y Gómez F., Manuel:

*La extensión y límites de la Jurisdicción Militar.* Universidad de Sevilla, 1972.

Gómez del Castillo y Gómez F., Manuel.:

*La extensión de la Jurisdicción militar en el derecho comparado,* Revista de Derecho Procesal, nº 2-3, 1975, pp. 349 a 411.

González García-Mier, R.:

*El proyecto de Código Penal Militar.* Revista General de Derecho, nº 487, abr. 1985, pp. 975 a 977.

González Maroto, Fernando y Tapia Casanova, José.:

*Manual de los Tribunales de Marina.* Madrid, 1903.

González Pérez, Jesús.:

*La Jurisdicción: Unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales,* en «El Poder Judicial» Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 45 a 83.

González-Deleito y Domingo, Nicolás:

*La regulación de las jurisdicciones castrenses en la Ley Orgánica del Poder Judicial,* Revista de Derecho Procesal, nº 1, 1972, pp. 35 a 37.

González-Deleito y Domingo, Nicolás:

*La evolución histórica de la Jurisdicción Militar en España,* IMPHAE,

Madrid, 1979.

González-Deleito y Domingo, Nicolás:

*La Jurisdicción Penal-Militar Española en las Edades Antigua y Media*, en «Libro Homenaje al Profesor Prieto-Castro», Madrid, 1979.

González-Deleito y Domingo, Nicolás:

*La evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar*. REDEM nº 38, jul-dic. 1979, pp. 9 a 66.

González-Deleito y Domingo, Nicolás:

*Bosquejo histórico-legislativo del Cuerpo Jurídico Militar*, REDEM nº 54, jul-dic. 1989, pp. 249 a 257.

González-Deleito y Domingo, Nicolás:

*Justicia Militar en la España Nacional: La Jurisdicción militar en el período 1918-1936*, en «Justicia en Guerra», Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pp. 389 a 394.

González Quintana, Antonio:

*Justicia militar en la España Republicana*, en «Justicia en Guerra», Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, pp. 171 a 187.

Gordon, G. y Gilissen, J.:

*Relaciones entre acción personal y acción disciplinaria y limite respectivo de las dos acciones*. REDEM nº 8, jul-dic. 1959, pp. 9 a 41. (Traducción de No Louis).

Gorle, F.:

*Rapport generale sur l'evolution actuelle de la Justice Militaire dans les pays communistes*. Recueils de la Societé de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre, Vol. I, Bruxelles, 1981.

Guaita, Aurelio:

*La Administración Militar*, Revista de Administración Pública nº 7, ene-abr. 1952, pp. 105 a 126.

Guaita Martorell, A.:

*Los derechos fundamentales de los militares*, en «Libro homenaje al Prof. Villar Palasí, Cívitas», Madrid, 1989.

Gutiérrez Espada, Cesáreo:

*El estado de necesidad y el uso de la fuerza en el Derecho Internacional*,

Tecnos, Madrid, 1987.

Gutiérrez-Solar y Bragado, Eduardo:

*El testamento militar: su realidad y su futuro*, REDEM nº 43, jul-dic. 1984, pp. 39 a 61.

Heras Santos, José L. de las.:

*La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. Salamanca, 1991.

Hernández Gil, Antonio:

*La necesaria unidad jurisdiccional*. Revista Española de Defensa nº 3, may. 1988, p. 81.

Hernández Muntiel, Arturo:

*En torno a la nueva Jurisdicción Militar*. REDEM nº 55, Tomo I, ene-jun. 1990, pp. 175 a 186.

Hernández Muntiel, Arturo:

*Breve reflexión sobre el criterio competencial por razón del delito en la nueva Jurisdicción Militar*. Revista General de Derecho nº 588, sep. 1993, pp. 8209 a 8213.

Hernández Olivares, Antonio R.:

*De la naturaleza jurídica del régimen disciplinario militar*. Revista General de Derecho nº 580-581, ene-feb. 1993, pp. 435 a 469.

Hernández Orozco, Joaquín:

*Notas sobre el Derecho Penal Suizo*. REDEM nº 6, jul-dic. 1958, pp. 167 a 173.

Hernández Orozco, Joaquín:

*Notas sobre el Derecho Penal Militar suizo*. REDEM nº 18, jul-dic. 1964, pp. 57 a 89.

Hernández Orozco, Joaquín:

*El Proyecto de Código de Justicia Militar francés*. REDEM nº 19, ene-jun. 1965, pp. 97 a 108.

Hernández Orozco, Joaquín.:

*El reciente Código de Justicia Militar francés*. REDEM nº 20, jul-dic. 1965, pp. 77 a 85.

Higuera Guimera, Juan F.:

*La Ley Penal en el espacio: estudio del Convenio de Amistad, defensa y Cooperación entre España y los Estados Unidos de América, de 2 de ju-*

lio de 1982. REDEM n° 42, jul-dic. 1983, pp. 53 a 72.

Higuera Guimera, Juan F.:

*Curso de Derecho Penal Militar español, Parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

Hinojosa Segovia, Rafael.:

*El proceso penal militar*, en «Derecho Procesal Penal» con De la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Muerza Esparza y Tomé García, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, concretamente pp. 829 a 836.

Hinojosa Galindo, Atilano.:

*La Guardia Civil y el moderno concepto de la defensa nacional. Participación en operaciones de mantenimiento de paz*. Cuadernos de la Guardia Civil n° 8, 1992.

Huguency, Pierre.:

*Traité de Droit Pénal et de Procedure militaire*, S.L., 1933.

Intel Issano, A.:

*La giurisdizione penale militare in Italia: sguardo retrospettivo e attuali tendenze evolutive*, Revue de Droit Penal et Droit de la Guerre, Vol. 3-4, Bruxelles, 1980, pp. 422 a 426.

Iñiguez de la Torre, Julián.:

*Aplicación del nuevo Código de Justicia Militar*, Revista Ejército n° 73, 1946.

Iñiguez de la Torre, Julián.:

*El menor de dieciséis años en la Jurisdicción Militar*, REDEM n° 5, ene-jun. 1958, pp. 53 a 72.

Isabal, Marceliano.:

*Voz «Fuero de Guerra»*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XVI, Barcelona s.f.

Izquierdo, Antonio.:

*Organización del Ejército. Sus Tribunales y jurisdicción. Leyes penales y procedimientos*, Reus, Madrid, 1928.

Jaldo Ruiz, José A.:

*Cuestiones sobre la suspensión de condena. Libertad condicional*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial,

Madrid, 1993, pp. 793 a 805.

Jaudenes y Rey, José.:

*Sobre el origen de las Reales Ordenanzas de Carlos III*, Revista Ejército nº 465, oct. 1978, pp. 63 a 67.

Jay Douglass, Jhon.:

*La Justicia Militar en el Ejército de la República de Corea*, REDEM nº 3, ene-jun. 1957, pp. 81 a 99 (Traductor Ruiz-Larrea, Ricardo).

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*La Justicia Militar en Israel*, REDEM nº 13 y 14, 1962, pp. 139 a 192 y 171 a 246, respectivamente.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*La nueva legislación penal militar sueca*, REDEM nº 20, jul-dic. 1965, pp. 87 a 95.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*La Ley Penal Militar de la República de Cuba*, REDEM nº 24, jul-dic.-1967, pp. 69 a 117.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Notas sobre legislación penal militar extranjera*, REDEM nº 25-26, ene-dic. 1968, pp. 101 a 118.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Nuevas normas vigentes en la Justicia militar brasileña*, REDEM nº 33-34, ene-dic. 1977, pp. 91 a 102.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Limiti e caratteri della legi penali militari*, Rassegna della Giustizia Militare, Tomo VIII, 1982, pp. 1 a 21.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*La Jurisdicción Militar*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial». Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaria Técnica, Imprenta Ministerio de Cultura, 1983, pp. 335 a 345.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar*, Revista General

de Derecho nº 493-494, oct-nov. 1985, pp. 3215 a 3221.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Notas sobre la Organización de Tribunales en la guerra civil (1936-1939)*, Revista General de Derecho nº 504, sep. 1986, pp. 3941 a 3957.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Introducción al Derecho Penal Militar*, Cívitas, Madrid 1987.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Centenario*, REDEM nº 55, Tomo I, ene-jun. 1990, pp. 13 a 18.

Jiménez y Jiménez, Francisco.:

*Con motivo del primer centenario del Código de Justicia Militar de 1890*, Revista General de Derecho nº 561, jun. 1991, pp. 5099 a 5104.

Jiménez Villarejo, José L.:

*Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar*, REDEM nº 53, Tomo I, ene-jun. 1989, pp. 11 a 26.

Jiménez Villarejo, José L.:

*El recurso contencioso-disciplinario*, REDEM nº 56-57, jul-jun. 1990-1991, pp. 285 a 294.

Jiménez Villarejo, José L.:

*La sentencia en el recurso contencioso-disciplinario militar*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica, Madrid, mar. 1991, pp. 9 a 21;

Jiménez Villarejo, José L.:

*Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Colex, Madrid 1991.

Jiménez Villarejo, José L.:

*La reforma penal militar. Determinación e individualización de la pena*, Revista del Foro Canario nº 87, 1993, pp. 97 a 119.

La Fuente Balle, J. M<sup>º</sup>.:

*El Rey y las Fuerzas Armadas*, EDERSA, Madrid 1987.

Lacayo Guildrist, Renato.:

*Organización y competencia de los Tribunales Militares en Nicaragua*,

REDEM nº 1, ene-jun. 1956, pp. 73 a 86.

Lamarca Pérez, Carmen.:

*Los Tribunales de Honor militares y la CE de 1978*, Poder Judicial nº 11, 1984, pp. 103 a 112.

Landi, Venturo, Stellacci y Verri.:

*Manuale di Diritto e di procedura penale militare*, Giuffré, Milano 1976.

Landin Carrasco, Amancio.:

*Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares*, Imprenta Ministerio de Marina, 6ª Edición, Madrid 1967.

Le Gallais, Francis.:

*Le nouveau régime pénal de L'armée française*, Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, 3-4, 1983, pp. 328 a 341.

López de la Cuesta, Julián.:

*Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, (Anotada)*, Imprenta P. Sanz y Sanz, 4ª Edición, Madrid, 1853.

López García, Eloy M.:

*El Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria: su presencia en la Justicia Militar*, Revista de Estudios Penitenciarios nº 245, 1991, pp. 13 a 24.

López Garrido, Diego.:

*La posición constitucional de las Fuerzas Armadas*, Revista de Administración Pública, nº 110-102, ene-dic. 1983, pp. 949 a 971.

López Lago, Olga.:

*¿ Jurisdicción Militar o Jurisdicción Ordinaria ?*, Revista La Ley, Madrid, 1980.

López Medel, Jesús.:

*El Ministerio Fiscal. Su naturaleza y función en la Jurisdicción Militar*, REDEM nº 12, jul-dic. 1961, pp. 157 a 180.

López Ramón, Fernando.:

*La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios

Constitucionales, Madrid 1987.

López Ramón, Fernando.:

*Reflexiones sobre el contencioso disciplinario militar*, en «Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución», Volumen IV, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2605 y ss.

Lorca Navarrete, Antonio M.:

*El jurado y el escabinado la opción de la LO 4/87, 15 de julio, sobre competencia y organización de la Jurisdicción Militar*, Revista la Ley, Madrid 1987, Tomo 4, pp. 1124 a 1127.

Lorca Navarrete, Antonio M.:

*Comentarios a la Ley Procesal Militar*, San Sebastian, 1990.

Loustau Ferrán, Francisco.:

*La aeronave y su régimen jurídico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1958.

Lozano Fernández, José L.:

*El artículo 246 de la Ley Orgánica Procesal Militar: Interpretación y contenido*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 869 a 882.

Lozano Fernández, José L.:

*Consideraciones sobre el recurso de casación contra los autos de sobreseimiento*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 911 a 926.

Llorente, Manuel.:

*Proyecto de Código Penal Militar de España*, Imprenta de Repullés, Madrid 1850.

Madariaga, Federico de.:

*La Justicia Militar: su fundamento y su evolución*, Memorial de Infantería, ene. 1916, pp. 397 y ss.

Madariaga y Suárez, Juan.:

*Proemio al Código de Justicia Criminal de la Marina de Guerra y*

*Mercante*, Madrid, 1898.

Maffei, Corrado:

*I nuovi Tribunali militari*, Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale n° 54, 1981, pp. 237 a 247.

Maggi, Vito:

*Limiti costituzionali al diritto e al processo penale militare*, Jovene, Napoles, 1981.

Maggiore, R.:

*Diritto e processo nell'ordinamento militare. Contributo allo studio del processo penale militare*, Jovene, Napoli 1967.

Maggiore, R.:

*Giurisdizione penale militare*, Enciclopedia del Diritto, XIX Guinta-Legi, Varese, Giuffrè, 1970.

Maíz Barrera, José L.:

*El sujeto activo en los delitos contra el deber de presencia*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 749 a 755.

Manzano Sousa, Manuel.:

*Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de la Fuerzas Armadas o la Guardia Civil*, Revista General de Derecho n° 538-539, jul-ago. 1989, pp. 4761 a 4788.

Marchena Gómez, Manuel.:

*La gravosa condición de Militar en la condena condicional*, Revista la Ley, Tomo 3, jul. 1988, pp. 805 a 810.

Marfil, Mariano.:

Voz «*Ordenanzas Militares*», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XXIV, Barcelona s.f.

Marfil, Mariano.:

Voz «*Ordenanzas Navales*», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo

XXIV, Barcelona s.f.

Marín Castán, Fernando.:

*Ensayo sobre el procedimiento abreviado para determinados delitos en la Ley procesal Militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 895 a 902.

Marín Peña, Manuel.:

*Instituciones Militares Romanas*, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menéndez Pelayo, Madrid 1956.

Martí Coll, Antonio.:

*Detención de Militares*, Poder Judicial nº 15, 1985, pp. 79 a 83.

Martín Calzada, Manuel.:

*El delito de usurpación de funciones militares*, Revista la Ley, Tomo 3, 1984, pp. 911 a 918.

Martín Vicente, Manuel A.:

*El auto de inculpación en las diligencias preparatorias*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 883 a 894.

Martín Vicente, Manuel A.:

*Caracterización jurídica de la Guardia Civil*, REDEM nº 55, ene-jun. 1990, pp. 187 a 209.

Martínez Aznar, Germán.:

*Competencia de la Jurisdicción Militar. Delitos comunes conexos*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 113 a 130.

Martínez Caldevilla, José Luis.:

*La Ley Procesal Militar, Procedimiento de carácter civil: de la prevención de los juicios de testamentaria y abintestato*, Revista Jurídica del Notariado, abr-jun. 1992, pp. 317 a 324.

Martínez-Cardos Ruiz, José L.:

*La responsabilidad de la Administración Militar en la doctrina legal del*

*Consejo de Estado*, REDEM nº 44-50, 1987, pp. 149 a 163.

Martínez-Cardos Ruiz, José L.:

*Disposición derogatoria*, en «Comentarios al Código Penal Militar», coordinado por Blecua-Fraga y Rodríguez-Villasante, Madrid, 1988, pp. 2091 a 2107.

Martínez Frieria, Joaquín.:

*Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias sobre Joseph Antonio Portugués*, Revista Ejército nº 141, oct. 1951, pp. 3 a 10.

Martínez García, Gabriel.:

*La Jurisdicción Militar: pasado, presente y futuro*, Revista Ejercido nº 467, ene. 1979, pp. 71 a 76.

Martínez Mico, Juan G.:

*Simposio de Buenos Aires de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, REDEM nº 33-34, ene-dic. 1977, pp. 127 a 130.

Martínez Mico, Juan G.:

*Operaciones de la ONU sobre mantenimiento de la Paz*, en «Sociedad civil y Fuerzas Armadas», REDEM nº 56-57, jul-jun. 1990-1991, pp. 307 a 312.

Martínez Muñoz, I.:

*Derecho militar y derecho disciplinario*, Buenos Aires 1977.

Martínez de la Vega y Zegri, B.:

*Derecho Militar en la Edad Media (España, fueros municipales)*, Oficina Tipográfica Pedro Carra, Madrid 1912.

Martínez Vivot, Julio J.:

*La defensa en el proceso militar*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1980.

Martos Núñez, Juan A.:

*Consideraciones críticas sobre el patriotismo en el Código de Justicia Militar*, Revista General de Derecho nº 487, abr. 1985, pp. 921 a 930.

Mata Guerra, Miguel.:

*En torno al ámbito competencial de la Jurisdicción Militar: reflexiones al hilo de la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del TS de 2 de abril de 1990*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del

Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 195 a 205.

Matamoros Martínez, Rafael.:

*Procedimientos sancionadores por faltas disciplinarias (II)*, Revista Guardia Civil nº 567, jul. 1991, pp. 21 a 25.

Mayor Bordes, Francisco.:

*El sobreseimiento en el proceso penal militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 581 a 653.

Mendoza Fernández, Javier de.:

*Sobreseimiento definitivo. Imparcialidad objetiva*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 903 a 910.

Menéndez Pidal, Faustino.:

*La Justicia Militar*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 159, 1931, pp. 333 a 357.

Meseguer Sánchez, José L.:

*La zona marítima en nuestra legislación*, Revista General de Marina, ene. 1971, pp. 51 a 56.

Meyfarth, Lothar.:

*Historia del Derecho Penal Militar y la Justicia Militar en Prusia branden-burguesa desde la muerte de Federico II hasta la reforma (1787-1814)*, Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra nº XXIV 3-4, 1985.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Los Títulos X y XI del Código Penal Rumano*, REDEM nº 37, ene-jun. 1979, pp. 221 a 229.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Los Capítulos X, XI y XII del Código Penal de Checoslovaquia*, REDEM nº 39, ene-jun. 1980, pp. 167 a 178.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la LO 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar*, REDEM nº 40 Especial, 1982, pp. 195 a 231; también en Revista de

Derecho Público nº 87, 1982, pp. 289 a 332.

Millán-Garrido, Antonio.:

*La Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania*, REDEM nº 42, ene-jun. 1983, pp. 111 a 127; también en *Revista de Derecho Público* nº 95, 1984, pp. 283 a 301.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Retención de haberes militares, (Situación normativa tras la STC de 21 de junio de 1983)*, *Revista General de Derecho* nº 486, mar. 1985, pp. 449 a 454.

Millán-Garrido, Antonio.:

*La suspensión de condena en la legislación penal militar*, *Revista General de Derecho* nº 493-494, 1985, pp. 3257 a 3259.

Millán-Garrido, Antonio.:

*La Legislación Penal Militar de Suecia*, Cuadernos de la Facultad de Derecho nº 15, Palma de Mallorca 1986, pp. 151 a 163.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Competencia y organización de la Jurisdicción Militar*, Tecnos, Madrid 1987.

Millán-Garrido, Antonio (Traductor).:

*Italia: Ley numero 689/1985, de 26 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal Militar para tiempo de paz*, *Revista General de Derecho* nº 512, may. 1987, pp. 2493 a 2512.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Algunas consideraciones generales sobre la LO 4/1987, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar*, REDEM nº 53, ene-jun. 1989, pp. 107 a 119.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Ley Procesal Militar*, Tecnos, Madrid 1989.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Algunas consideraciones generales sobre la LO 2/1989, de 13 de abril*,

*Procesal Militar*, REDEM nº 56-57, jul-jun. 1990-1991, pp. 119 a 134.  
Millán-Garrido, Antonio.:

*Bibliografía sobre la objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria*, Revista General de Derecho nº 556-557, ene-feb. 1991, pp. 387 a 392; también en REDEM nº 55, ene-jun. 1990, pp. 237 a 245.

Millán-Garrido, Antonio.:

*Prestación social y régimen disciplinario*, Revista General de Derecho nº 568-569, ENE-FEB 1992, pp. 391 a 394

Montserrat Alsina, Sebastian.:

*La Justicia Militar en los Tercios*, Revista Ejército, sep. 1945, pp. 29-36.

Montserrat Alsina, Sebastian.:

*El Ejército Real y la Jurisdicción de Guerra; Estado de la Justicia Militar en España durante el reinado de la Casa de Austria*, REDEM nº 21, ene-jun. 1966, pp. 9 a 52.

Montero Aroca, Juan.:

*La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial*. en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Ed. Comares, Granada, 1984, pp. 427 a 449.

Montull Lavilla, Eduardo.:

*Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición de derecho penal común*, REDEM nº 25-26, ene-dic. 1968, pp. 9 a 54.

Montull Lavilla, Eduardo.:

*El delito militar de traición en el derecho español*, Revista General de Derecho nº 499, abr. 1986, pp. 1311 a 1336.

Montull Lavilla, Eduardo.:

*Breves consideraciones acerca de la actual regulación de la cancelación de notas desfavorables obrantes en la documentación personal administrativa de los militares*, Revista General de Derecho nº 528, 1988, pp. 5231 y 5232.

Morales Villanueva, Antonio.:

*Derechos y libertades del militar profesional*, Revista de Estudios

Políticos nº 37, 1984, pp. 89 a 109.

Morales Villanueva, Antonio.:

*Los estados de excepción en nuestro ordenamiento jurídico*, Cuadernos de la Guardia Civil nº 6, 1991, pp. 5 a 21.

Moreau, J.:

*La responsabilité de l'Etat a propos du fonctionnement des établissements pénitentiaires militaires*, Bouzat 1965.

Moreno Casado, J.:

*Cuestiones de Derecho Militar*, Revista Ejército nº 49, 1943, pp. 50 a 52.

Moreno Casado, J.:

*El testamento militar en España*, Revista de Legislación y Jurisprudencia nº 194, 1953, pp. 475 a 499.

Moreno Casado, J.:

*Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587*, Anuario de Historia del Derecho Español nº XXXI, 1961, pp. 431 a 458.

Moreno González-Aler, Ignacio.:

*La desaparición de los Tribunales de Honor castrenses en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar*, REDEM nº 54, Tomo I, jul-dic. 1989, pp. 227 a 246.

Moreno y Lorenzo, Joaquín.:

*La Jurisdicción de Marina*, Madrid 1895.

Mozo Seoane, Antonio.:

*La asistencia letrada en expedientes judiciales del Código de Justicia Militar*, Revista La Ley, Tomo 3, 1984, pp. 955 a 964.

Mozo Seoane, Antonio.:

*Ilícito penal y disciplinario en el Derecho Militar*, en «Comentarios al Código Penal Militar», coordinado por Blecua Fraga y Rodríguez-Villanueva, Madrid 1988, pp. 177 a 196.

Mozo Seoane, Antonio.:

*Sobre la naturaleza del derecho disciplinario. Referencia especial al derecho disciplinario militar*. en «La Jurisdicción Militar», Consejo Ge-

neral del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 287 a 308.

Moxó, Salvador de.:

*El Derecho Militar en al España cristiana medieval*, REDEM n° 12, jul-dic. 1961, pp. 9 a 59.

Muga López, Faustino.:

*Antecedentes del Código Penal Militar de 1884, (Notas para la historia de la Codificación del Derecho Penal Militar)*, Revista Española de Defensa Militar n° 1 y 2, ene-jun. y jul-dic. 1956, pp. 27 a 56 y 21 a 58 respectivamente.

Muñoz Alonso, José M.:

*Derecho Administrativo Militar*, Tomos I y II, Ed. Central de Artes Gráficas, Madrid 1989.

Murillo Pérez, Guadalupe.:

*La Auditoría de Gijón: causas tramitadas por los Tribunales Populares Especiales de Guerra de Avilés, Mieres y Trubia en 1937*, en «Justicia en Guerra», Ministerio de Cultura, Madrid 1990, pp. 205 a 222.

Navarro Miranda, José R.:

*Criterios de la Ley Procesal Militar*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, FEB 1990, pp. 71 a 79.

Nolouis, Eduardo de.:

*El Código de Justicia Militar y los prisioneros de guerra*, Instituto Francisco Vitoria, s.l. 1952.

Nolouis, Eduardo de.:

*Libertad condicional*, REDEM n° 4, jul-dic. 1957, pp. 148 a 150.

Núñez de Arenas, Issac.:

*Bases y motivos en que funda la reforma del tratado de justicia para la nueva Ordenanza Militar*, Madrid 1856.

Nyholm, S.B.:

*La Jurisdicción militar en Dinamarca*, REDEM n° 10, jul-dic. 1960,

pp. 165 a 170.

Nyholm, S.B.:

*La colaboración entre las Autoridades Judiciales Militares de los Países Nórdicos*, REDEM nº 10, jul-dic. 1960, pp. 171 a 174.

O'Connell, D.:

*La naturaleza del Derecho Militar británico*, Military Law Review, 1963.

Olmo Pastor, Jesús. A. del.:

*Justicia castrense*, en «Reforma Política y Derecho», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pp. 222 y ss.

Olmo Pastor, Jesús. A. del.:

*Fuentes judiciales militares. El acceso a los archivos judiciales militares*, en «Justicia en Guerra», Ministerio de Cultura, Madrid 1990, pp. 583 a 594.

Orcasitas Llorente, Luis.:

*Los prisioneros de guerra en la Conferencia de Ginebra de 1949*, Revista Española de Derecho Internacional nº 2, 1950, pp. 473 a 500.

Ortiz Hernández, José M.:

*Las partes en el recurso de revisión penal militar: perspectiva constitucional*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 713 a 719.

Otero Goyanes, Joaquín.:

*Los bandos de guerra*, REDEM nº 3, ene-jun. 1957, pp. 9 a 28.

Pagliarulo, Giovanni.:

*I Tribunali militari nella e. 7 maggio 1981 n. 180*, Rassegna della Giustizia Militare, nov-dic. C 1981, pp. 455-474.

Palomeque Torres, Alvaro.:

*Contribución al estudio del Ejército en los Estados de la Reconquista*, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XV, Madrid 1944, pp. 205 a 351.

Parada Vázquez, J.R.:

*Toque de silencio por la justicia militar*, Revista de Administración

Pública nº 127, ene-abr. 1992, pp. 7 y ss.

Parisielle, Jean.:

*La Justice militaire française a la lumière de son histoire*, Revue du Droit Penal Militaire, 1980, et de Droit de la Guerre, 3-4, 1980, pp. 291 a 324.

Pedraz Penalva, Ernesto.:

*La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional, (Jurisdicciones ordinaria y especiales)*, en «Justicia en Guerra», Ministerio de Cultura, Madrid 1990, pp. 317 a 372; también en Revista Universitaria de Derecho Procesal nº 2, 1989, pp. 37 a 67.

Peña y Cuellar, Nicolás de la.:

*Introducción al estudio del Derecho Militar y organización y atribuciones de los Tribunales de guerra*, Tipografía Manuel G. Hernández, Madrid 1886.

Pérez-Cabezos y Gallego, Esther y Puyol Montero, Francisco J.:

*Derecho Procesal Penal y Militar, (Guía práctica)*, Reus, Madrid 1994.

Pérez Conejo, Lorenzo.:

*En torno a la naturaleza jurídica de la Guardia Civil*, en «La evolución del Derecho en los diez últimos años», Tecnos, Madrid 1992, pp. 527 a 552.

Pérez-Cruz y Martín, Agustín.:

*De nuevo sobre la competencia de la Jurisdicción Militar en el proceso de habeas corpus*, Justicia 1991 nº IV, pp. 817 y ss.

Pérez Esteban, Fernando.:

*El Derecho Penitenciario Militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 117 a 369.

Pérez Martín, Agustín J.:

*La competencia objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales en la LO 6/1984 de 24 de mayo*, Revista Universitaria de Derecho Procesal nº 3, 1989, pp. 105 a 123.

Pérez-Serrabona y Sanz, José L.:

*El procedimiento sumarísimo a la vista de la Ley Orgánica 9/1980*,

REDEM nº 42, jul-dic. 1983, pp. 129 a 165.

Pezza, Vincenzo.:

*La riforma del processo penale militare*, Rivista Militare nº 6, 1982, pp. 27 a 32.

Pichereau, J.M.:

*La réforme de la Justice Militaire et le nouveau code*, Gendarmerie Nationale, ene. 1983.

Pita Blanco, E.:

*Manual de Justicia Militar*, Reus, Madrid 1947.

Pitarch, J.M.:

*La reforma del Código de Justicia Militar*, Derechos Humanos, 1983.

Porras Nadal, Antonio.:

*Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España*, Revista de Estudios Políticos nº 35, sep-oct. 1983, pp. 183 a 234.

Porres Juan-Senabre, Enrique.:

*El Capítulo XXV del Código Penal Yugoslavo*, REDEM 13, ene-jun. 1962, pp. 117 a 192.

Portugués, Joseph Antonio.:

*Colección General de las Ordenanzas, sus innovaciones y aditamentos*, 8 tomos, Imprenta Antonio Marín, Madrid, 1764.

Pou Ribas, Nicasio.:

*Código de Justicia Militar vigente anotado y concordado*, Reus, Madrid 1927.

Prandstraller, Gian Paolo.:

*La profesión Militar en Italia*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid 1990.

Queral, Joan J.:

*Asistencia letrada al detenido*, Cuadernos de la Guardia Civil nº 6, 1991, pp. 5 a 21.

Querol Lombardero, José F. de.:

*Algunas consideraciones prácticas sobre la reforma de la Justicia*

*Militar*, Revista General de Marina, may. 1982.

Querol Lombardero, José F. de.:

*La protección penal del buque de guerra en el Código de Justicia Militar: su consideración como fuerza armada*. Revista General de Marina, mar. 1983, pp. 409 a 414.

Querol Lombardero, José F. de.:

*El Mando Militar ante el recurso de casación*, REDEM. nº 53, Tomo I, ene-jun. 1989, pp. 27 a 56.

Querol Lombardero, José F. de.:

*El recurso de casación en el proceso militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 655 a 675.

Querol y Durán, Fernando de.:

*Principios de Derecho Militar Español*, 2 Tomos, Naval, Madrid, 1946

Quiroga de Abarca, José M.:

*La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Montecorvo, Madrid 1988.

Ramayo, R.A.:

*La Jurisdicción o Justicia Militar y el principio de división de poderes*, La Ley (Argentina), Tomo 122, p. 1183.

Ramírez Sineiro, José M.:

*La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de la constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 133 a 154; también en Poder Judicial nº 33, mar. 1994, pp. 151 a 167.

Ramírez Sineiro, José M.:

*Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la Jurisdicción Militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista General de Derecho nº 574-574, 1992, pp. 7161 a 7183.

Ramos Gancedo, Antonio.:

*El recurso de casación militar en la doctrina del Tribunal Constitucional*,

Revista General de Derecho nº 528, sep. 1988, pp. 5191 a 5218.

Riccio, Giuseppe.:

*Ordinamento militare e porcesso penale. Natura e limiti della giurisdizionale*, Scientifiche Italiane, Roma 1988.

Richiello, F.:

*Giurisdizione militare, parte civile, condanna al risarcimento* Rassegna della Giustizia Militare, 1977, pp. 297 y ss.

Rivas Aramburu, Ignacio de las.:

*La reincidencia en las faltas leves*, Revista Ejército nº 579, abr. 1988, pp. 92 a 99.

Robles Miguel, José.:

*Asimilación, consideración y equiparación militar: diferencias y alcance*, REDEM nº 37, ene-jun. 1979, pp. 183 a 200.

Roda López, A.:

*Un estudio sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Militar por el daño antijurídico causado*, BRICA nº 69, 1978.

Rodi, Gildo.:

*La Justicia Militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la NATO y en España y Suiza*, REDEM nº 11, ene-jun. 1961, pp. 111 a 113.

Rodolfo Rivera, Román.:

*La Justicia militar en la República Argentina*, REDEM nº 10, jul-dic. 1960, pp. 135 a 152.

Rodríguez Devesa, José M.:

Voz «*Consejo Supremo de Justicia Militar*», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo V, 1952, pp. 75 a 80.

Rodríguez Devesa, José M.:

Voz «*Código de Justicia Militar*», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo IV, 1952, pp. 303 a 313.

Rodríguez Devesa, José M.:

Voz «*Consejo de guerra*», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo V,

1953, pp. 58 a 65.

Rodríguez Devesa, José M.:

*La responsabilidad subsidiaria del Estado, por razón de delito, en el Código de Justicia Militar*, REDEM nº 2, jul-dic. 1956, pp. 172 a 179.

Rodríguez Devesa, José M.:

*La legislación militar de la República Federal alemana*, REDEM nº 2, jul-dic. 1956, pp. 59 a 67.

Rodríguez Devesa, José M.:

*Bandos penales militares*, REDEM nº 3, ene-jun. 1957, pp. 157 a 159.

Rodríguez Devesa, José M.:

*La Ley Penal Militar alemana de 30 de marzo de 1957*, REDEM nº 4, jul-dic. 1957, pp. 69 a 86.

Rodríguez Devesa, José M.:

*Voz «Faltas militares»*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo IX, 1958, pp. 619 a 627.

Rodríguez Devesa, José M.:

*La acción penal y la acción disciplinaria*, REDEM nº 7, ene-jun. 1959, pp. 77 a 106.

Rodríguez Devesa, José M.:

*La garantía de los derechos individuales en el Derecho Procesal Militar español*, Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, nº 2, Bruxelles 1964, pp. 123 a 151.

Rodríguez Devesa, José M.:

*Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, REDEM nº 23, ene-jun. 1967, pp. 33 a 42.

Rodríguez Devesa, José M.:

*El Derecho comparado como método de política criminal*, REDEM nº 35, ene-jun. 1978, pp. 7 y ss; también en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, ene-abr. 1979, pp. 5 a 13.

Rodríguez Devesa, José M.:

*Alguna reflexiones sobre la Jurisdicción Militar*, Anuario de Derecho

Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, ene-abr. 1980, pp. 5 a 16.

Rodríguez Devesa, José M.:

*El recurso de casación en la Jurisdicción Militar,*

en «Memoria de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, 1983-1984», pp. 85 a 97.

Rodríguez Devesa, José M.:

*Algunas consideraciones en torno al Código Penal Militar español de 1985,* Revista General de Derecho nº 517-518, oct-nov. 1987; también en Estudios Penales y Criminológicos XI, Universidad de Santiago de Compostela 1988, pp. 327 y ss.

Rodríguez Docavo, Ignacio.:

*Limitaciones al principio acusatorio. Especial examen de los artículos 248, 249, 250, 251, 307 y 393 de la Ley procesal Militar y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 841 a 849.

Rodríguez Docavo, Ignacio.:

*Intervención de los Mandos Militares Superiores en el proceso penal militar por vía del recurso extraordinario de casación,* en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 927 a 938.

Rodríguez Viciana, Esteban.:

*Recurso de casación. Especial legitimación de los Mandos Militares Superiores,* en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 939 a 948.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José L.:

*El Derecho Penal marítimo,* REDEM nº 40 Especial, 1982, pp. 105 a 133.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José L.:

*El Código Penal Militar,* Revista General de Derecho nº 499, 1986, pp. 1257 a 1309.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José L.:

*Evolución actual de la Justicia Militar y Derecho Penal Militar en la República Argentina,* REDEM nº 51, ene-jun. 1988, pp. 181 y ss.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José L.:

*Nota sobre los estudios de Derecho Militar comparado en España, con especial referencia al derecho Militar Inglés*, REDEM n° 52, jul-dic. 1988, pp. 141 a 152.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José L.:

*Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar en diversos países*, REDEM n° 53, ene-jun. 1989, pp. 57 a 74.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José L.:

*Definición de circunstancias críticas en el Código Penal Militar*, Revista Derecho Público n° 568-569, ene-feb. 1992, pp. 363 a 369.

Rojas Caro, José.:

*El procedimiento previo, ¿interrumpe la prescripción?*, REDEM n° 40 Especial, 1982, pp. 187 a 194.

Rojas Caro, José.:

*El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, may-ago. 1983, pp. 327 a 350.

Rojas Caro, José.:

*¿Pueden los Tribunales Ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de delitos comunes?*, Revista de Derecho Público n° 91, 1983, pp. 303 a 332.

Rojas Caro, José.:

*La responsabilidad civil subsidiaria del Estado prevista en el artículo 206 del Código de Justicia Militar*, REDEM n° 42, jul-dic. 1983, pp. 73 a 107.

Rojas Caro, José.:

*Un nuevo recurso de casación introducido por la jurisprudencia constitucional en la Jurisdicción Militar*, Revista de Derecho Procesal n° 3, 1987, pp. 501 a 540.

Rojas Caro, José.:

*El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil*, Revista General de Derecho n° 517-518, 1987, pp. 5739 a 5752.

Rojas Caro, José.:

*Breves reflexiones sobre la parte general del nuevo Código Penal Militar*,  
Revista de Derecho Público nº 108-109, 1987, pp. 695 a 720.

Rojas Caro, José.:

*La responsabilidad civil subsidiaria del Estado*, en «Comentarios al Código Penal Militar», coordinado por Blecua-Fraga y Rodríguez-Villasante, Madrid 1988, pp. 603 a 614.

Rojas Caro, José.:

*La rehabilitación*, en «Comentarios al Código Penal Militar», coordinado por Blecua-Fraga y Rodríguez-Villasante, Madrid 1988, pp. 589 a 602.

Rojas Caro, José.:

*Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid 1990.

Rojas Caro, José.:

*Derecho Procesal Penal Militar*, Bosch, Barcelona 1991.

Rojas Caro, José.:

*El principio acusatorio, la legitimación de los Mandos y el artículo 733 de la LECR*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 851 a 859.

Román Vidal, Sergio M.:

*El Derecho Penal Militar y el Código de Justicia Militar de Chile*, REDEM nº 8, jul-dic. 1959, pp. 115 a 125.

Romero y González Calatayud, Vicente.:

*La nueva Ley penal y procesal del automóvil y su adaptación a la Jurisdicción militar*, REDEM nº 20, jul-dic. 1965, pp. 63 a 76.

Rovira del Canto, Enrique.:

*El artículo 126 de la CE. y su desarrollo en el ámbito castrense*, Cuadernos de la Guardia Civil nº 11, 1994, pp. 17 a 25.

Rubio Tardío, Pedro.:

*La responsabilidad civil en el Código de Justicia Militar: Algunos problemas sustantivos y procesales con ella relacionados*, REDEM nº 20, jul-dic. 1965, pp. 35 a 61.

Ruiz Miguel, Alonso.:

*La justicia de la guerra y de la paz*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, Miguel.:

*El Fiscal Jurídico Militar como parte activa en el proceso penal militar*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid feb. 1990, pp. 27 a 41.

Sahir Erman.:

*Evolución actual de las jurisdicciones militares*, REDEM nº 35, ene-jun. 1978, pp. 81 y ss.

Sainz Guerra, Juan.:

*La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, EUDEMA, Madrid 1992.

Salcedo y Ruiz, Ángel.:

*Evolución del Derecho Militar en la naciones modernas*, Imprenta de la Revista Técnica de Infantería y Caballería, Madrid 1911.

Salcedo y Ruiz, Ángel.:

*Sustantividad y fundamento del Derecho Militar*, Tipografía del Sagrado Corazón, Madrid 1913.

Sánchez Guzmán, Eugenio.:

*El objeto del recurso contencioso-disciplinario militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar» Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 677 a 733;

Sánchez y Jiménez, Miguel.:

*Manual de los Tribunales de la Armada*, Madrid 1917.

Sánchez del Río y Sierra, Javier.:

*Prisioneros de guerra*, en «Comentarios al Código Penal Militar», coordinado por Blecua-Fraga y Rodríguez-Villasante, Madrid, 1988, pp. 283 a 294.

Sánchez del Río y Sierra, Javier.:

*Algunas observaciones críticas sobre el procedimiento contencioso-disciplinario*, en «Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar», Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica, Madrid mar. 1991, pp. 69 a 99.

Sarmiento Núñez, J.G.:

*Organización, jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares de la República de Venezuela*, REDEM nº 2, jul-dic. 1956, pp. 101 a 116.

Seco Serrano, Carlos.:

*Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1984.

Serrano Alberca, José M.:

*La protección de la libertades públicas del Militar*, Revista de Administración Pública, nº 103, ene-abr. 1984, pp. 47 a 87.

Serrano Alberca, José M.:

*Comentario al Artículo 8 y 117*, en «Comentarios a la Constitución Española» dirigido por Garrido Falla, Cívitas, 2ª Ed, Madrid 1985, pp. 116 a 143, y 1616 a 1699.

Serrano Alberca, José M.:

*La definición de tiempo de guerra*, en «Comentarios al Código Penal Militar», coordinado por Bleuca-Fraga y Rodríguez-Villasante, Madrid 1988.

Serrano Alférez, Pedro.:

*Motivación de las sentencias penales: razonamientos de fundamentación y de individualización de la pena*, en «La Jurisdicción Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 621 a 628.

Serrano Guirado, Enrique.:

*Voz «Bandos»*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo III, Barcelona 1951.

Sevilla Andrés, Diego.:

*Comentarios al artículo 8 de la Constitución española*, en «Comentarios a las Leyes políticas», dirigidos por Alzaga Villaamil, Tomo I, Madrid 1983.

Siamm, Albert.:

*Etude de la compétence des Tribunaux Militaires en temps de paix*, Nancy 1932.

Silguero Estagnan, Joaquín.:

*Reflexiones acerca de la sucesión en el ámbito de la Jurisdicción Militar*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo VI, ene. 1994, pp. 29 a 38; también, con ligero incremento en, *Peculiaridades de la sucesión «Mortis-causa» en el ámbito castrense*, Revista General de Marina, feb.1994, pp. 169 a 181.

Socias, Mariano.:

*Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, adicionadas*. Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid 1885.

Soto Nieto, Francisco.:

*La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Revista La Ley, Tomo 3, 1986, pp. 954 a 971.

Steffen, A.F. y Vermeer, W.H.:

*Organización y competencia de los Tribunales Militares en Holanda*, REDEM nº 1, ene-jun. 1956, pp. 65 a 71.

Stellaci, Piero.:

*Criteri fondamentali per una riforma del processo penale militare*, Rassegna dell'Arma dei Carabinieri nº 5, 1969, pp. 852 a 886.

Tapia Salinas, L.:

*El Derecho actual de la guerra aérea*, Universidad de Valladolid, 1961.

Tejada González, L.:

*Los Tribunales Militares en Italia*, REDEM nº 6, jul-dic.C 1958, pp. 95 a 107.

Tejeiro Piñón, Balbino.:

*Algunos aspectos jurídicos de la ocupación militar en territorio extranjero*, REDEM nº42, jul-dic. C 1983, pp. 31 a 51.

Trapaga y Aguado, Adolfo y Blanco de la Viña, Gerardo.:

*Cartera de bolsillo para la Administración de Justicia en el Ejército*, Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervención Militar, 8ª Edición, Madrid 1920.

Trillo-Figueroa M-Conde, Federico.:

*Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional)*, Revista de Estudios Políticos nº 12, nov-dic. 1979; también en REDEM nº 38, jul-dic. C 1979, pp. 67 a 104.

Ugarte, Javier.:

*Manual de formularios para la practica del Código de Justicia Militar*, Librería de Fernando Fe, Madrid 1893.

Vaca Sánchez del Alamo, Juan M.:

*Nota sobre el internamiento en la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar*, REDEM nº 54, Tomo I, jul-dic. 1989, pp. 395 a 311.

Valenciano Almoyna, Jesús.:

*Organización y competencia de las jurisdicciones de las Fuerzas Armadas del Zaire*, REDEM nº 33-34, ene-dic. 1977, pp. 103 a 126.

Valenciano Almoyna, Jesús.:

*En torno a un nuevo Código de Justicia Militar*, REDEM nº 35, ene-jun. 1978, pp. 55 a 79.

Valenciano Almoyna, Jesús.:

*Sobre la reforma del Código de Justicia Militar*, REDEM nº 36, jul-dic. 1978, pp. 137 a 144.

Valenciano Almoyna, Jesús.:

*La reforma del Código de Justicia Militar, Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*, Gráficas JECSA, Madrid 1980.

Valenciano Almoyna, Jesús.:

*Introducción al estudio de las faltas en el Derecho Militar español*, Madrid 1980.

Valenciano Almoyna, Jesús.:

*La Ley de Reforma del Código de Justicia Militar. Aspectos más importantes*, en «Reforma del Código de Justicia Militar», Revista de Aeronáutica y Astronáutica n° 481, 1981, pp. 51 y ss.

Vallecillo, Antonio.:

*Legislación militar antigua y moderna*, Imprenta de Díaz y Compañía, Madrid 1853.

Vallecillo, Antonio.:

*Ordenanzas de SM. para el régimen, disciplina, subordinación y servicios de sus Ejércitos (ilustradas)*, Sr. Andrés y Díaz, Madrid 1852.

Vander Mousen, Janine.:

*Organización y procedimiento de los Tribunales Militares en Bélgica*, REDEM n° 2, jul-dic. 1956, pp. 85 a 99.

Vázquez Tapioles, Francisco G.:

*El artículo 395 de la Ley Procesal Militar y el artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: La posible celebración de la vista en ausencia del acusado*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 861 a 868.

Vejar Vázquez, Octavio.:

*Autonomía del Derecho Militar*. STYLO, México 1948.

Vejar Vázquez, Octavio.:

*Las garantías individuales en la Jurisdicción castrense mexicana*, REDEM n° 18, jul-dic. 1964, pp. 91 a 96.

Venditti, Rodolfo.:

*Profili del processo penale militare*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale n° 1-2, 1971, pp. 96 a 134.

Venditti, Rodolfo.:

*Azione civile e procedimento penale e militare*, Giurisprudenza Costituzionale, 1977, pp. 1274 y ss.

Venditti, Rodolfo.:

*Il diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, Milano 1978.

Venditti, Rodolfo.:

*Il processo penale militare secondo la legge 7 maggio 1981, n° 180*, Giuffrè, Milán 1982.

Venditti, Rodolfo.:

*Novedades de la reforma de 1981 en la organización de la Justicia Militar y en la estructura del proceso penal militar en Italia*, Revista General de Derecho n° 504, sep. 1986, pp. 3995 a 4002; también en REDEM n° 43, jul-dic. 1984, pp. 173 y ss (traducción Higuera Guimerá).

Venditti, Rodolfo.:

*Il processo penale militare*, Giuffrè, Milano 1993.

Veutro, Vittorio.:

*Manuale di diritto e di procedura penale militare*, Milano 1976.

Veutro, Vittorio.:

*La independencia en la Justicia Militar*, REDEM n° 37, ene-jun. 1979, pp. 9 a 13.

Veutro, Vittorio.:

*El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia. Historia breve de una reforma*, REDEM n° 40 Especial, 1982, pp. 13 a 26.

Vicente y Caravantes, J.:

*Tratado de los procedimientos en los Juzgados Militares*, Gaspar y Roig, Madrid 1853.

Vidal Aznarez, Pascual.:

*El nuevo Código de Justicia Militar*, Revista Ejército n° 70, nov. 1945, pp. 3 a 8.

Vidal y Blanca, José y Lorente y Valcarcel, Crisanto.:

*Justicia de Marina*, Madrid 1896.

Vigier Glaria, Luis.:

*Los accidentes de circulación ante la Jurisdicción Militar*, Revista General de Marina, ago. 1972, pp. 195 a 211.

Vigier Glaria, Luis.:

*La responsabilidad civil de la Marina en los accidentes de circulación*, Revista General de Marina, jul. 1975, pp. 39 a 43.

Vilar Badía, Ramón.:

*Jurisdicción penal militar*, Poder Judicial nº 12, 1984, pp. 121 a 124.

Villa Gómez, A.:

*Composición y atribuciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*, en «Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución», Volumen IV, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Villar y Romero, José M.:

*Unificación de fueros: El problema de las jurisdicciones especiales*. Revista de Derecho Privado nº 452, nov. 1954, pp. 992 a 1003.

Zaffaroni, Eugenio R. y Cavallero, Ricardo J.:

*Derecho Penal Militar. Lineamientos de la parte general*, Ariel, Buenos Aires 1980.

Zafra Riascos, Manuel.:

*La aplicación del moderno sistema progresivo o de individualización científica en el ámbito penitenciario militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 773 a 791.

Zarifis, Georges.:

*La Justicia Militar en Grecia*, REDEM nº 19, ene-jun. 1965, pp. 89 a 95.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

*REAL DECRETO 2161/1993, de 10 de diciembre, por que se establecen las condiciones para la asunción por el Ejército del Aire del control de la circulación aérea general en situaciones de emergencia o crisis, y se modifica el Real Decreto 3185/1978, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/1978, de 27 de abril.*

(Del BOE núm. 3, de 4.1.1994)

## MINISTERIO DE DEFENSA

*REAL DECRETO 1099/1994, de 27 de mayo, por el que se regula las investigaciones e informes técnicos sobre los accidentes de aeronaves militares.*

(Del BOE núm. 144, de 17.6.1994)

*ORDEN 68/1994, de 28 de junio, sobre la organización y actualización de la Seguridad de Vuelo en los accidentes de Aeronaves Militares Españolas.*

(Del BOD núm. 136, de 13.7.1994)

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

*REAL DECRETO 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa.*

(Del BOE núm. 191 de 11.8.1994)

## MINISTERIO DE DEFENSA

*ORDEN MINISTERIAL número 76/1994, de 26 de julio, por la que se aprueba el procedimiento para formular reclamaciones los militares de reemplazo.*

(Del BOD núm. 148 de 29.7.1994).

*ORDEN MINISTERIAL número 77/1994, de 26 de julio, por la que se reconocen derechos y consideraciones anejas a la categoría de Encomienda, en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.*

(Del BOD núm. 149 de 1.8.1994).

*REAL DECRETO 1728/1994, de 29 de julio, por el que se adecua a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los procedimientos relativos a determinados derechos eco-*

*nómicos en materia de Seguridad Social y acción social en el ámbito de la Administración Militar.*

(Del BOD núm 152 de 4.8.1994).

*REAL DECRETO 1770/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de clasificación y de revisión de clasificaciones en materia de contratación administrativa.*

(Del BOE núm. 198 de 19.8.1994).

*ORDEN MINISTERIAL número 98/1994, de 10 de octubre, sobre Régimen del profesorado de los Centros Docentes Militares.*

(Del BOD núm. 204, de 19.10.1994)  
*ORDEN MINISTERIAL número 100/1994, de 14 de octubre, sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares.*

(Del BOD núm. 205 de 20.10.1994).

## **JEFATURA DEL ESTADO**

*LEY 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil.*

(Del BOE núm. 250, de 19.10.1994).

*LEY ORGANICA 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

(Del BOE núm. 268 de 9.11.1994).

## **2. JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR

### Nota de la Redacción

*La selección de Jurisprudencia, limitada a la del Tribunal Supremo (Sala Quinta de lo Militar), ha sido recogida del Boletín Judicial Militar, que incluye además algunas resoluciones judiciales del Tribunal Militar Central, Territorial y Constitucional (1).*

*El período considerado abarca desde julio a diciembre de 1994, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando los de enero y sucesivos para el próximo número de la REDEM, aunque estén ya publicados en el número 13 del citado Boletín.*

*Los índices alfabéticos responden a igual criterio cronológico.*

---

(1) B.J.M.; Boletín Judicial Militar. Tribunal Militar Central. Ministerio de Defensa. Centro de Publicaciones.

**JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR**  
**(Sala 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo)**  
**Índice alfabético**

*Agravantes:*

Reincidencia. STS 45/94.

*Atenuantes:*

Arrepentimiento. STS 63/94.

Drogodependencia por analogía. STS 80/94.

Enajenación mental incompleta. STS 80/94.

*Ausencia injustificada:*

STS 47/94; STS 59/94.

*Autoría directa:*

STS 69/94.

*Calificación:*

Variación de la calificación. STS 53/94.

*Cosa juzgada:*

STS 60/94.

*Deber de presencia:*

STS 65/94.

*Declinatoria de jurisdicción:*

ATS 24/94; STS 57/94.

*Delitos:*

Abandono de destino. STS 47/94; STS 68/94.

Cómputo del plazo. STS 77/94.

Dolo necesario e imposibilidad de comisión culposa. STS 80/94.

Elementos. STS 77/94.

Abandono de puesto de centinela. STS 72/94.

Abandono de residencia. STS 65/94.

Abandono de servicio de armas. STS 64/94.

Abuso de autoridad. STS 43/94; STS 45/94; STS 52/94.

Atentado contra los medios o recursos de la Defensa Nacional. STS 81/94.

Inutilización temporal para el servicio de un medio de transporte. STS 81/94.

Contra el deber de presencia. STS 62/94.

Incomparecencia a bordo. STS 71/94.

Contra la hacienda en el ámbito militar:

Prevalerse de su condición para procurarse intereses. STS 82/94.

Objeto del delito: cualquier operación negocial que afecte a la Administración. STS 82/94.

Requisitos. STS 82/94.

Solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta. STS 69/94.

Contra los deberes del servicio a bordo, en su modalidad de embarcar sin autorización drogas tóxicas o estupefacientes. STS 60/94.

Contra la eficacia del servicio.

Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio de armas.

Interpretación del art. 159 C.P.M. STS 51/94; sts 67/94.

Imprudencia en acto de servicio de armas. STS 56/94.

Incumplimiento de los deberes militares fundamentales. STS 69/94.

Negligencia profesional en acto de servicio de armas. STS 57/94.

Deserción. STS 59/94, STS 83/93.

La baja médica no desvirtua la falta de presencia. STS 83/94.

Deslealtad. STS 79/94.

Desobediencia. STS 66/94.

Formas comisivas. STS 78/94.

Inutilización para el Servicio de un medio de transporte. STS 81/94.

Insulto a superior. STS 58/94; STS 61/94.

Con resultado de muerte. STS 63/94.

Examen de la figura de la amenaza. 44/94.

#### *Derechos:*

A ser informados de la acusación. STS 53/94; STS 58/94.

Libertad religiosa. ATS 24/94.

*Disciplina:*

Bien jurídico prevalente en el delito de abandono de puesto de centinela. STS 72/94.

*Documentos:*

A efectos de casación. STS 59/94.

Auténticos a efectos casacionales. STS 73/94.

Carácter a efectos casacionales. STS 79/94.

No tienen tal consideración los informes médicos a efectos casacionales. STS 62/94.

No tienen tal consideración los informes periciales a efectos casacionales. STS 64/94.

*Error de Derecho:*

STS 82/94.

*Error de tipo:*

STS 69/94.

*Eximentes:*

Caso fortuito. STS 56/94.

Cumplimiento de un deber. STS 43/94.

Enajenación mental. STS 77/94, STS 80/94.

Estado de necesidad. STS 43/94, STS 49/94, STS 72/94.

Fuerza irresistible. STS 72/94.

Trastorno mental transitorio. STS 68/94, STS 77/94.

*Guardia civil:*

Condición de militar de sus miembros. STS 51/94.

*Imparcialidad objetiva:*

Su falta por "contaminación inquisitiva" no concurre en los vocales cuando resuelven los recursos, ni el ponente cuando actúa como delegado de la Sala de Justicia. STS 69/94.

*Indulto:*

Fundamentación de la propuesta. STS 81/94.

*Irretroactividad:*

STS 51/94.

*Juez ordinario predeterminado por la Ley:*

STS 51/94.

*Letrado:*

Renuncia por el proceado. STS 75/94.

*Nulidad:*

Inexistencia. STS 75/94.

La de un acto no implica la de los sucesivos que fueran independientes. STS 75/94.

*Orden militar:*

Mandato emitido en forma adcauda. STS 66/94.

*Participación:*

Del extraño en el delito militar. STS 50/94.

*Pena:*

Individualización. STS 61/94.

*Presunción de inocencia:*

STS 54/94, STS 66/94, STS 69/94, STS 72/94, STS 73/94, STS 74/94, STS 77/94, STS 79/94.

Se desvirtua con pruebas de cargo suficiente. STS 81/94.

*Principio acusatorio:*

STS 57/94.

*Principio de contradicción:*

STS 70/94.

*Principio de economía procesal:*

ATS 17/94.

*Principio de defensa:*

STS 57/94.

*Principio de igualdad ante la Ley:*

STS 69/94.

*Principio de legalidad:*

STS 51/94.

*Principio "in dubio pro reo":*

STS 60/94.

*Procesamiento:*

Auto de procesamiento: La anulación del auto de sobreseimiento y la orden de continuar el procedimiento privan de eficacia a la revocación del primer procesamiento. STS 69/94.

*Prueba:*

STS 72/94; STS 73/94; STS 74/94.

Análisis de la que fundamentó la convicción del Tribunal. STS 79/94.

De testigos:

Incomparecencia en el Acto del Juicio Oral. STS 78/94.

Veracidad. STS 82/94.

*Documental:*

A efectos de casación. STS 79/94.

Concepto. STS 62/94.

Diferencia con prueba documentada. STS 60/94.

Error de Derecho: inexistencia. STS 82/94.

Error en la apreciación. STS 55/94.

Necesidad de citar a los documentos o designar a los particulares. STS 78/94.

Error en la apreciación, no existencia. STS 59/94; STS 60/94; STS 62/94.

Fundamento de la convicción. STS 51/94.

Grabación de cinta magnetofónica. STS 70/94.

Juicio oral. STS 58/94.

Libre apreciación por el Tribunal de Instancia. STS 73/94, STS 79/94, STS 82/94.

La negativa a la suspensión de la vista solicitada por incomparecencia de un testigo, que había sido admitido previamente por el Tribunal, constituye quebrantamiento de forma. STS 48/94.

La omisión de las protestas en el escrito de conclusiones no constituye quebrantamiento de forma cuando en el acto de la vista, el defensor se limita a formular protesta, pero no se solicita la suspensión. STS 47/94.

*Pericial:*

No procede su nulidad aún cuando la practicada en Diligencias Previas lo fue sin presencia del acusado, pues éste pudo solicitar nueva práctica y además, el perito estuvo sometido a contradicción en el acto de la vista STS 56/94.

El informe de esta naturaleza no constituye documento. STS 61/94.

Valoración. STS 66/94, STS 70/94, STS 79/94, STS 82/94.

*Recurso de casación:*

Ámbito de la casación como recurso extraordinario y función valorativa del Tribunal sentenciador. STS 73/94.

Defectos formales que no impiden dar respuesta en la sentencia al propósito impugnatorio. STS 72/94.

Documento:

Auténticos a efectos casacionales. STS 83/94.

Carácter a efectos casacionales. STS 79/94.

Falta de designación de particulares de los documentos demostrativos del error en el escrito de interposición. STS 78/94.

Incongruencia omisiva de la sentencia. STS 78/94.

Protesta no efectuada ante la denegación de la prueba pericial solicitada. STS 83/94.

La falta de citación del perjudicado para el acto del juicio oral, no constituye quebrantamiento de forma. STS 52/94.

Improcedencia de la inadmisión del recurso por interposición extemporánea, de responsabilidad exclusiva del letrado de oficio no transferible al interesado. STS 71/94.

Legitimación de los mandos militares superiores. ATS 17/94.

La negativa a la suspensión de la vista solicitada por incomparecencia de un testigo, que había sido admitido previamente por el Tribunal, constituye quebrantamiento de forma. STS 48/94.

Prueba: La omisión de las propuestas en el escrito de conclusiones no constituye quebrantamiento de forma cuando en el acto de la vista, el defensor se limita a formular protesta, pero no solicita la suspensión. STS 47/94.

*Recurso de revisión:*

Falta de presupuesto legal para abrir el procedimiento. ATS 15/94.

*Recusación:*

STS 69/94.

*Responsabilidad civil:*

Bases para su fijación. STS 67/94.

Confusión de derechos al concurrir en el Estado la condición de acreedor y deudor. STS 67/94.

Determinación por el Tribunal de Cuentas. STS 69/94.

*Sentencia:*

Condena por un delito más grave que el que fue objeto de la acusación. STS 55/94.

Congruencia. STS 83/94.

Incongruencia omisiva. STS 57/94, STS 78/94.

Infracción de los principios de defensa y tutela judicial efectiva. STS 57/94.

Motivación. STS 83/94.

Predeterminación del fallo: Inexistencia. STS 61/94, 62/94.

*Sobreseimiento:*

Definitivo. STS 76/94.

Exige una falta de tipicidad absoluta.

Legitimación para recurrir en casación de los mandos militares superiores. STS 17/94.

Su acuerdo por el Tribunal no se condiciona a la petición del Fiscal. STS 76/94.

*Tutela judicial efectiva:*

STS 57/94, STS 67/94.

*Vista oral:*

Suspensión, examen del artículo 746.3 LECR. STS 46/94.

**JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL MILITAR**  
**(Sala 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo)**

**SENTENCIA NUM. 43/94**

- Sentencia:** De 1 de julio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia dictada por Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito de abuso de autoridad: una vez más la Sala analiza los elementos constitutivos de esta figura delictiva y, específicamente, el dolo, que no se requiere sea específico del prevalimiento de la autoridad que se ostenta. Eximente de obrar en cumplimiento de un deber: no concurre. Estado de necesidad: tampoco concurre.
- Normas aplicadas:** Artículos 104 y 137 del Código Penal Militar.  
Artículo 8.7 y 8.11 del Código Penal Común.
- (BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 59-62).

**SENTENCIA NUM. 44/94**

- Sentencia:** De 7 de julio de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia dictada por Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito de insulto a superior por medio de amenazas. El bien jurídico protegido es la disciplina, de la que la subordinación es una de sus facetas esenciales, aunque el objeto material de la acción delictiva sea la integridad física o moral del superior, con la conminación de un mal. Examen de la figura de la amenaza.

**Normas aplicadas:** Artículo 101 del Código Penal Militar. Artículos 493, 494 del Código Penal Común.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 63-65).

### SENTENCIA NUM. 45/94

**Sentencia:** De 13 de julio de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley *contra sentencia de Tribunal Militar Territorial*. Estimación del recurso.

**Materia:** Delito de abuso de autoridad del artículo 104 del Código Penal. Elementos del mismo. Circunstancia agravante de reincidencia: esta circunstancia, prevista en el artículo 22 del Código Penal Militar, tiene un concepto más restringido que la del Código Penal Común, ya que solamente pueden tenerse en cuenta para su apreciación los propios delitos tipificados en el C.P. no en los otros Códigos o Leyes Penales.

**Normas aplicadas** Artículos 22 y 104 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 66-69).

### SENTENCIA NUM. 46/94

- Sentencia:** De 14 de julio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Decisión del Tribunal «a quo» de no suspender el acto de la Vista Oral ante la incomparecencia de dos testigos propuestos por el Fiscal y admitidos por el Tribunal, al entender éste que no resultaba necesaria la práctica de esa prueba a pesar de haber sido previamente admitida. Examen sobre si concurren o no en el presente caso los requisitos exigidos por el artículo 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Normas aplicadas:** Artículo 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 70-72).

### AUTO NUM. 15/94

- Auto:** De 27 de junio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de Revisión contra sentencias de Consejo de Guerra y del Consejo Supremo de Justicia Militar. Denegación de la autorización para interponer el recurso.

**Materia:** El recurso de revisión solamente podrá reiniciarse cuando concurren, al menor en principio, alguna de las causas previstas legalmente a tal fin, y que el Tribunal Supremo habrá de examinar y resolver “in limite litis”. En el presente caso no concurre el presupuesto legal alegado para abrir el procedimiento.

**Normas aplicadas:** Normas aplicadas: Artículo 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 328.6 y 336 de la Ley Procesal Militar.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 73-74).

#### AUTO NUM. 17/94

**Auto:** De 5 de julio de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.

**Procedimiento:** Recurso de Queja interpuesto por Mando Militar Superior contra auto de Tribunal militar acordando el sobreseimiento definitivo de una causa. Desestimación del recurso.

**Materia:** El Mando Militar Superior está legitimado para impugnar el sobreseimiento definitivo acordado a instancia del Ministerio Fiscal, porque tal evento tiene lugar en la fase sumarial o intermedia. Abierta la fase de juicio oral, el proceso debe terminar por sentencia, por lo que no cabe en este período procesal de sobreseimiento definitivo, sino, en su caso, la retirada de la acusación por el Fiscal y subsiguiente sentencia absolutoria. Principios de economía procesal y de conservación de los actos procesales.

**Normas aplicadas** Artículos 297.2 y 298 de la Ley Procesal Militar.

Artículo 111 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio. Artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 75-78).

#### AUTO NUM. 24/94

- Auto:** De 14 de julio de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Voto particular:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Auto resolutorio de recurso de apelación contra otro de la misma Sala 5.<sup>a</sup> de archivo de diligencias previas instruidas por denuncia contra Teniente General. Desestimación del recurso.
- Materia:** Competencia para conocer sobre un presunto delito contra la libertad religiosa. Artículos 205 del Código Penal Común y 103 del Código Penal Militar. Examen de la regla de competencia contenida en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio.- La declinatorio de jurisdicción no puede plantearse por quien no es parte en el procedimiento no teniendo tal condición quién está jerárquicamente subordinado al denunciado.- La orden de formar parte de una Compañía de honores militares a una imagen de la virgen no constituye delito.
- Normas aplicadas** Artículo 103 del Código Penal Militar. Artículo 205 del Código Penal Común. Artículos 127 de la Ley Procesal Militar y 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, Artículo 12 de la L.O. 4/1987 de 15 de julio.

**Voto particular:** Tratándose de un supuesto específicamente contemplado en el Código Penal Común y genéricamente en el Castrense, la rigurosa y adecuada aplicación del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/87, cuyo contenido se analiza. impone la atribución de la competencia a la jurisdicción ordinaria, juntamente con la existencia de otros motivos que, en el caso de autos, refuerzan esa resolución.

(BJM, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 59-62).

### SENTENCIA NUM 47/94

**Sentencia:** De 7 de septiembre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Abandono de destino. Quebrantamiento de forma: no se aprecia pues, pese a no haberse practicado pruebas propuestas en el escrito de conclusiones provisionales y admitido por el Tribunal, en el acto de la vista el defensor se limitó a formular protesta, pero no solicitó la suspensión de la vista para subsanar dicha omisión. Infracción de ley: no se apreciaba aplicación indebida del artículo 119 del Código Penal Militar. Concepto de ausencia justificada Desestimación del recurso.

**Normas aplicadas:** Artículos 850.1.º, 884.5.º, 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 297.1.º de la Ley Procesal Militar. 119 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 15-18).

### SENTENCIA NUM. 48/94

- Sentencia:** De 9 de septiembre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Quebrantamiento de forma al no haberse accedido por el Tribunal a la suspensión de la vista solicitada por el defensor al no comparecer un testigo, cuya prueba había sido admitida previamente por el Tribunal (Estimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 850.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.  
(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 19-20).

### SENTENCIA NUM. 49/94

- Sentencia:** De 14 de septiembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Infracción de ley por implicación del artículo 8.7 del Código Penal: no se aprecia. Estado de necesidad (Desestimación del recurso).

**Normas aplicadas:** Artículo 8.7 del Código Penal.  
(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 21-23).

**SENTENCIA NUM. 50/94**

**Sentencia:** De 19 de septiembre de 1994.  
**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.  
**Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.  
**Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.  
**Materia:** Participación del extraño en el delito militar (Desestimación del recurso)

**Normas aplicadas:** Artículos 196 y 197 del Código Penal Militar.  
(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 24-26).

**SENTENCIA NUM. 51/94**

**Sentencia:** De 20 de septiembre de 1994.  
**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.  
**Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.  
**Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Central.  
**Materia:** Juez ordinario predeterminado por la Ley. Principio de legalidad e irretroactividad. Fundamento de la convicción de la deducción de hechos probados. Claridad de los hechos declarados probados. Condición de militar de los miembros de la Guardia

Civil. Acto de servicio de armas. Interpretación del artículo 159 del Código Penal Militar (Desestimación del recurso).

**Normas aplicadas:** Artículos 9.3, 24.1 y 2.25 y 120.3 de la Constitución 849.1.º y 351.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 420 del Código Penal, 16 y 159 del Código Penal Militar: 85.2.ª de la Ley Procesal Militar: 1.3 y 4.3 de la Ley de Régimen del Personal Militar Profesional: 7.3. 9 b). 13.1 14.3 y 15.1 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 27-36).

#### SENTENCIA NUM. 52/94

- Sentencia:** De 20 de septiembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Jose Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial.
- Materia:** Quebrantamiento de forma: no se aprecia por no ser citado el perjudicado para el acto del juicio oral. Infracción del artículo 104 del Código Penal Militar: no se aprecia. Delito de abuso de autoridad. (Desestimación del recurso).
- Normas aplicadas:** Artículo 849. 1.º y 850. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Artículo 104 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 37-40).

### SENTENCIA NUM 53/94

- Sentencia:** De 26 de septiembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** José Francisco de Querol Lombardero
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo.
- Materia:** Infracción del derecho a ser informado de la acusación. Indefensión. El cambio de la calificación jurídica de la acusación fiscal en el acto de la vista del juicio oral fundamentado en hechos, que aún recogidos en sus conclusiones provisionales, —y en la sentencia—, no han sido objeto de reproche penal alguno, no puede ser objeto de la acusación en dicho acto, toda vez que la prueba practicada lo fue respecto a la acreditación o el desvanecimiento del delito por el que, hasta la modificación de la acusación, había sido objeto de imputación.
- Normas aplicadas:** Artículos 24 de la Constitución; 88, 90 y 95 del Código Penal Militar  
(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 41-45).

### SENTENCIA NUM 54/94

- Sentencia:** De 27 de septiembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo.

**Materia:** Principio «in dubio pro reo». Presunción de inocencia (Desestimación del recurso).

**Normas aplicadas:** Artículos 21 de la Constitución; 322 de la Ley Procesal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 46-48).

#### SENTENCIA NUM 55/94

**Sentencia:** De 29 de septiembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de formal contra sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo.

**Materia:** Error de hecho en la apreciación de la prueba. Condena por un delito más grave que el que fue objeto de la acusación. (Desestimación del recurso)

**Normas aplicadas:** Artículos 733. 849. 2.ª y 851. 4. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 325 de la Ley Procesal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 49-51).

#### SENTENCIA NUM 56/94

**Sentencia:** De 4 de octubre de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Delito contra la eficacia del servicio en su modalidad de causar lesiones por imprudencia en acto de servicio de armas. Solicitud de declaración de nulidad de informe pericial practicado en diligencias previas sin presencia del recurrente: no procede, pues el acusado pudo solicitar la práctica de nueva prueba pericial, lo que no hizo, y, por otro lado, el perito estuvo sometido a contradicción en el acto de Vista. Factura de gastos hospitalarios. Caso fortuito: no existe al creditada la imprudencia del acusado.

**Normas aplicadas:** LECr. Arts.: 466 y 477. Código Penal: Arts. 6 bis b; 586 bis. Ley Procesal Militar: Art. 182.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 52-55).

#### SENTENCIA NUM 57/94

**Sentencia:** De 5 de octubre de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia del Tribunal Militar Central

**Materia:** Delito contra la eficacia del servicio en su modalidad de negligencia profesional en acto de servicio de armas con resultado de muerte.- La declinatoria de Jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento, no puede ser reproducida en el Juicio Oral, pues la resolución recaída es cosa juzgada.- La imprudencia y la negligencia profesional son modalidades del mismo tipo delictivo que conlleva la misma pena, a diferencia del art. 565 del Código Penal en que la negligencia profesional es un subtipo agravado de la imprudencia regulada en el párrafo primero. No se vulnera el principio acu-

satorio si se acusa de imprudencia y se condena por negligencia profesional del art. 159 C.P.M.- La sentencia infringe los principios de defensa y tutela judicial efectiva cuando habiendo solicitado las partes acusadoras que se condene a que el acusado, y subsidiariamente el Estado, abonen a los "herederos" del fallecido determinadas cantidades, y la sentencia señala como beneficiarios a la "viuda u otros perjudicados", pues los conceptos de herederos y perjudicado son distintos y pueden no coincidir en las mismas personas. Incongruencia omisiva de la Sentencia al no darse respuesta alguna a la conclusión alternativa planteada por la Defensa en su escrito de calificación.

**Normas aplicadas:** Art. 159 Código Penal Militar. Art. 565 Código Penal Común.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 56-60).

### SENTENCIA NUM 58/94

- Sentencia:** De 6 de octubre de 1994
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de Tribunal Militar Territorial .
- Materia:** Delito de insulto a superior. Indefensión: no existe pues aunque el acusado prestó una inicial declaración en atestado sin asistencia letrada, esta declaración no resulta decisiva para fundar el fallo condenatorio, que se basa en las declaraciones testificales prestadas en el acto de la Vista. Derecho a ser informado de la acusación: se ha respetado.

**Normas aplicadas:** Arts. 24 y 25 de la Constitución. Arts. 238 y 240 Ley Orgánica del Poder Judicial.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 61-62).

#### SENTENCIA NUM 59/94

**Sentencia:** De 11 de octubre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia del Tribunal Militar

**Materia:** Delito de deserción.- Calidad de "documento" a efectos casacionales.- Error en la apreciación de la prueba: no existe.- Injustificación de la ausencia.- Disponibilidad para el servicio que se quebranta con falta de presencia: la valoración de esa disponibilidad corresponde al Mando.- Conocimiento por el acusado de: la trascendencia anti-jurídica de su conducta.- No exigencia de dolo específico.

**Normas aplicadas:** Art. 120 Código Penal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 63-67).

#### SENTENCIA NUM 60/94

**Sentencia:** De 17 de octubre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia del Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Delito contra los deberes del servicio a bordo en su modalidad de “embarcar sin autorización drogas tóxicas o estupefacientes”. Análisis de los requisitos legales para su consumación.- Este delito es compatible con la infracción disciplinaria del consumo de drogas, y no exige un dolo específico.- Error en la apreciación de la prueba. No existe. Distinción entre pruebas documentadas” y “pruebas documentales”.- Non bis in idem y cosa juzgada.

**Normas aplicadas:** Art. 177.3 Código Penal Militar. Art. 8.23 y 9.7 de la Ley del Régimen Disciplinario Militar. Arts. 24 y 25 de la Constitución.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 68-71).

### SENTENCIA NUM 61/94

**Sentencia:** De 18 de octubre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Francisco de Quirol Lombardero.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Delito de insulto a superior del art. 99.3 del Código Penal Militar.- Individualización de la pena.- Al no estar las penas militares divididas en grados, no es posible aplicar los artículos 61.1 y 62 del Código Penal Común en sentido estricto.- Valoración de la prueba: los informes periciales no pueden reputarse como documentos en que amparar el error en la apreciación de la prueba. Valoración del acta del juicio oral a estos efectos.- Predeterminación del fallo: no existe cuando en la narración de los hechos no se emplean conceptos que estén comprendidos en el tipo penal. Requisitos para su existencia.

**Normas aplicadas:** Art. 35 Código Penal Militar. Arts. 61.1 y 62 Código Penal Común.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 72-76).

### **SENTENCIA NUM 62/94**

**Sentencia:** De 22 de octubre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Delito contra el deber de presencia del art. 119 bis del Código Penal Militar. Concepto de «prueba documental»: no tienen condición de documentos ni los partes médicos ni los informes periciales. Error en la valoración de la prueba: no existe. Predeterminación del fallo: no existe.

**Normas aplicadas:** Art. 119 bis Código Penal Militar

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 77-79).

### **SENTENCIA NUM 63/94**

**Sentencia:** De 25 de octubre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José JL. Bermúdez de la Fuente.

**Procedimiento:** Recurso de de casación penal contra sentencia de Tribunal Territorial.

**Materia:** Delito de insulto a superior con resultado de muerte del art. 99.1 del Código Penal Militar. Es suficiente para intentar este delito el dolo genérico que se conforma con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y con el consentimiento de su producción.- Atenuante de arrepentimiento espontáneo: requisitos para su apreciación.

**Normas aplicadas:** Art. 99 del Código Penal Militar. Art. 9.9 del Código Penal Común.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 80-85).

### SENTENCIA NUM 64/94

**Sentencia:** De 26 de octubre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia de Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Delito de abandono de servicio de armas. Concepto de "documentos" a efectos casacionales: se reitera el criterio de que el dictamen pericial y el informe del perito en el acto de la vista no tienen la calidad de "documento" a estos efectos. Excepciones a la regla general. Incoherencia, discordancia e incongruencia del recurrente en el planteamiento del recurso de casación.

**Normas aplicadas:** Art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 86-89).

### SENTENCIA NUM 65/94

- Sentencia:** De 2 de noviembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra Sentencia Tribunal Militar Territorial .
- Materia:** Delito de abandono de residencia del art. 119 del Código Penal Militar.- La sentencia no desconoce el derecho del condenado a la protección de la salud, sino que no acepta que vicisitudes de su historia clínica constituyesen causas que justificaran el incumplimiento del deber de presencia.- Falta de respeto recurrente a la intangibilidad de los hechos declarados probados - Error de hecho de la sentencia basado en documentos: no existe.
- Normas aplicadas:** Art. 119 Código Penal Militar.

(BJM. núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág 90-93).

### SENTENCIA NUM 66/94

- Sentencia:** De 3 de noviembre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de precepto constitucional y por infracción de ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del Recurso.

**Materia:** Derecho a la presunción de inocencia y valoración subjetiva de las pruebas. Doctrina de la Sala. Mandato emitido en «forma adecuada» conforme al artículo 19 del Código Penal Militar. Valoración de la gravedad de la desobediencia como ataque al bien jurídico de la disciplina. Conducta reiterada constitutiva de delito.

**Normas aplicadas:** Artículos 19 y 102 del Código Penal Militar. (BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 94-97).

### SENTENCIA NUM 67/94

**Sentencia:** De 4 de noviembre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley y quebrantamiento de forma, y por infracción de precepto constitucional contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Estimación parcial del recurso (responsabilidades civiles). Segunda sentencia.

**Materia:** Planteamiento de una cuestión nueva introducida fuera de la instancia. Derecho a la tutela judicial efectiva: justificación en la sentencia de las pretensiones indemnizatorias. Contenido de la acusación particular en sus conclusiones definitivas. Montante de la indemnización por perjuicios. Delito contra la eficacia en el servicio: elementos del tipo previsto en el artículo 159, párrafo segundo, inciso primero, del Código Penal Militar. Bases utilizadas para el cálculo de la indemnización. No concurrencia de culpas. Confusión de derechos al concurrir en una misma persona (el Estado) la condición de acreedor

y deudor. Segunda sentencia: nueva cuantía de las responsabilidades civiles.

**Normas aplicadas:** Artículo 24 de la Constitución. Art. 85 de la Ley Procesal Militar. Arts. 19, 22, 101, 103 y 104 del Código Penal. Arts. 48 y 159 del Código Penal Militar. Arts. 1156 y 1192 del Código Civil.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 98-109).

#### SENTENCIA NUM 68/94

**Sentencia:** De 8 de noviembre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial.

**Materia:** Concepto jurisprudencial del trastorno mental transitorio. Delito de abandono de destino del artículo 119 del Código Penal Militar. Imposibilidad de que un estado de trastorno mental transitorio produzca un efecto de ausencia prolongada en el tiempo, ni siquiera la consumación del delito de deserción.

**Normas aplicadas:** Art. 8.1 del Código Penal, Art. 119 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 110-112).

#### SENTENCIA NUM 69/94

**Sentencia:** De 14 de noviembre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por quebrantamiento de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por el Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** La anulación por la Sala del Tribunal Supremo de un Auto de sobreseimiento y la orden de continuar el procedimiento privan de eficacia a la revocación del primer procesamiento, cuya intrínseca provisionalidad es pareja a la del mismo procesamiento, por lo que el nuevo procesamiento no vulnera la Constitución. Recusación no planteada antes del juicio oral. Falta de imparcialidad objetiva por «contaminación inquisitiva» derivada de la investigación directa de los hechos. No concurre en los miembros de un Tribunal cuando resuelven los recursos, ni en el Ponente cuando actúa como delegado de la Sala de Justicia. Presunción de inocencia: pruebas contenidas en el acta del juicio oral y examen de la documentación incorporada a las actuaciones. No vulneración del principio de igualdad ante la ley: comparación entre la sentencia recurrida y otra absolutoria del mismo Tribunal. Diferencias: apreciación del error de tipo y distinta calificación de los hechos (delito contra la eficacia en el servicio frente a delito contra la hacienda en el ámbito militar). Determinación de la responsabilidad civil por el Tribunal de Cuentas. Inexistencia de error en la valoración de la prueba. Solicitud de asignación de un crédito presupuestario simulado y conducta sistemáticamente realizada con posterioridad. Bienes jurídicos protegidos. Autoría directa
- Normas aplicadas:** Arts. 9, 14, 24 y 118 de la Constitución. Arts. 157 y 189 del Código Penal Militar. Arts. 53, 56, 244, 246, 313 y 322 de la Ley Procesal Militar. Art. 219.10. de la L.O. Poder Judicial. Arts. 726, 741 y 851.3. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 14 del Código Penal.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 113-128).

### SENTENCIA NUM 70/94

- Sentencia:** De 17 de noviembre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Audición en el juicio oral de una cinta magnetofónica incorporada al sumario, a instancia del Fiscal. No vulneración del principio de contradicción, ni existencia de indefensión. Ausencia de protesta de la defensa. La grabación de una cinta magnetofónica es lícita y puede ser utilizada como prueba. Valoración de la declaración testifical por el Tribunal. Inexistencia de delito provocado.
- Normas aplicadas:** Art. 24 de la Constitución. Arts. 31. 311 n.º 3 y 312 de la Ley Procesal Militar, Arts. 741 y 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, págs. 129-131).

### SENTENCIA NUM 71/94

- Sentencia:** De 21 de noviembre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Improcedencia de la inadmisión del recurso por interposición extemporánea, de responsabilidad exclusiva del Letrado de oficio no transferible al interesado. Delito Militar de incomparecencia a bordo (art. 123 del Código Penal Militar). Requisito de la injustificación de la no presencia a bordo.

**Normas aplicadas:** Arts. 859, 873 y 876 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 123 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 132-133).

### SENTENCIA NUM 72/94

**Sentencia:** De 22 de noviembre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de precepto constitucional e infracción de ley contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Defectos formales en la interposición y formalización del recurso que no impiden dar respuesta en la sentencia al propósito impugnatorio. Doctrina sobre la presunción de inocencia. Existencia de prueba de cargo suficiente. Eximente de fuerza irresistible; doctrina del Tribunal Supremo. Estado de necesidad en relación con el delito de abandono de puesto de centinela. La disciplina como bien jurídico prevalente en este delito.

**Normas aplicadas:** Art. 24.1 de la Constitución. Arts. 849, 874 y 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 8.9.º del Código Penal.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 134-136).

### SENTENCIA NUM 73/94

- Sentencia:** De 23 de noviembre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Análisis de la presunción de inocencia; libre valoración de la prueba en el proceso penal y actividad probatoria suficiente. Ambito de la casación como recurso extraordinario y función valorativa del Tribunal sentenciador.
- Normas aplicadas:** Art. 117 de la Constitución Art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(BJM. núm 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 137-139)

### SENTENCIA NUM 74/94

- Sentencia:** De 24 de noviembre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley y quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Doctrina reiterada de la Sala sobre la presunción de inocencia: verdad interina que ampara al acusado y cede ante un pronunciamiento de culpabilidad basado en una actividad probatoria de cargo, practicada con respeto de los derechos fundamentales. No concurrencia de error invencible sobre los elementos esenciales de la infracción penal.

**Normas aplicadas:** Art. 24 de la Constitución. Arts. 741 y 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 6 bis a), párrafo 1.º del Código Penal.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 140-141).

#### **SENTENCIA NUM 75/94**

**Sentencia:** De 24 de noviembre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal por infracción de ley y quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Inexistencia de nulidad de las actuaciones. Renuncia del procesado a ser asistido por Letrado. La nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que fueran independientes.

**Normas aplicadas:** Art. 24.1 de la Constitución.

(BJM, núm. 12, octubre-diciembre 1994, pág. 142-144).

#### **SENTENCIA NUM. 76/94**

**Sentencia:** De 29 de noviembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de precepto constitucional contra Auto de sobreseimiento definitivo acordado por el Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Pretension del Fiscal en orden a la anulación de un Auto de sobreseimiento definitivo, por indefensión. No concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho. La inactividad del Fiscal impide considerar quebrantado el principio de audiencia. Si el Fiscal ha guardado silencio ante la propuesta de sobreseimiento provisional, el Tribunal puede acordar el sobreseimiento, pues no se condiciona dicho acuerdo, ni la índole del sobreseimiento, a que exista petición en tal sentido. El acuerdo de sobreseimiento no es el resultado de un debate entre las partes, sino producto de la decisión racional del Tribunal.
- Normas aplicadas:** Artículo 24.1 de la Constitución. Artículos 5.4 y 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículos 241, 242, 244, 246 y 247.1 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 5-7).

### **SENTENCIA NUM. 77/94**

- Sentencia:** De 29 de noviembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Cómputo de los días que han de transcurrir para la comisión del delito de abandono de destino. No aplicabilidad de la regla del artículo 5.1 del Código civil. Elementos integrantes del tipo del artículo 119 del Código Penal Militar. Necesidad de que transcurra un lapso continuado de tiempo superior a tres días contado "de momento ad momentum", siempre que el instante inicial sea determinable. No concurrencia de la eximente de enajenación mental. Concepto del trastorno mental transitorio e incompatibilidad con la ausencia prolongada que implican los delitos contra el deber de presencia.

**Normas aplicadas:** Artículo 119 del Código Penal Militar. Artículo 5.1 del Código Civil. Artículo 8.1 del Código Penal.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 8-12).

#### **SENTENCIA NUM. 78/94**

**Sentencia:** De 1 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra la sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Incomparecencia de un testigo de la defensa en el acto del juicio oral. Incumplimiento del requisito de hacer explícitas ante el Tribunal las preguntas que se proponía dirigir al testigo. La incongruencia omisiva y sus requisitos. Error de hecho en la apreciación de la prueba: es preciso citar los documentos o hacer designación de particulares. Delito de desobediencia militar: formas comisivas.

**Normas aplicadas:** Artículos 849.2 , 850.1, 851.3 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 102 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 13-17).

#### **SENTENCIA NUM 79/94**

**Sentencia:** De 2 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente :** D. Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito de deslealtad del artículo 117 del Código Penal Militar. Análisis de la prueba en que se fundamenta la convicción del Tribunal. Doctrina jurisprudencial sobre la presunción de inocencia y libre facultad de valoración de la prueba. Concepto de documento a efectos casacionales.

**Normas aplicadas :** artículos 24.2 y 117.3 de la Constitución. Artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 18-20).

#### **SENTENCIA NUM. 80/94**

**Sentencia:** De 9 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente :** D. José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Delito de abandono de destino previsto en el artículo 119 del Código Penal Militar. Dolo necesario e imposibilidad de la comisión culposa de este delito. Concurrencia de los factores que integran la conducta dolosa. Inaplicación del artículo 8.1 del Código penal. Circunstancia atenuante n.º 10 del artículo 9 del Código penal, por analogía con la enajenación mental incompleta. Valoración jurisprudencial de la drogodependencia como eximente incompleta de trastorno mental transitorio.

**Normas aplicadas:** Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 119 del Código penal Militar. Artículos 1, 8.1 y 9.10 del Código penal.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 21-23).

### SENTENCIA NUM. 81/94

**Sentencia:** De 12 de diciembre de 1994.

**Tribunal :** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de precepto constitucional contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** No vulneración de la presunción de inocencia ante la existencia de pruebas de cargo. Función nomofláctica de la Sala de casación y fundamentación de la propuesta de indulto. Análisis del artículo 58 del Código Penal Militar. Interpretación del alcance del

adverbio “intencionadamente”. Necesidad de que el autor se represente y quiera no sólo la realización del tipo objetivo sino también la lesión del bien jurídico protegido. Exigencia de que concurra el dolo directo e insuficiencia del dolo eventual. La inutilización temporal para el servicio de un medio de transporte. Propuesta de indulto.

**Normas aplicadas:** Artículos 20, 41 y 58 del Código Penal Militar.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 24-27).

### SENTENCIA NUM. 82/94

- Sentencia :** De 20 de diciembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente :** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley y de precepto constitucional contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Delito contra la Hacienda en el ámbito militar. Inexistencia de infracción del principio constitucional de presunción de inocencia y libre facultad de valoración de la prueba por el Tribunal. Juicio sobre la veracidad de la prueba testifical. Inexistencia de error de derecho al calificar los hechos probados como constitutivos de un delito militar previsto en el artículo 191 del Código Penal Militar. Objeto de este delito: cualquier operación negocial que afecte a la Administración. Requisitos del tipo delictivo. Delito de simple actividad y consumación del delito. Bien jurídico protegido.

**Normas aplicadas:** Artículos 741, 859.1 , 884.3 y 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 322 de la Ley Procesal Militar. Artículo 24.2 de la Constitución. Artículo 191 del Código Penal Militar. Artículo 401 del Código penal. Artículo 15 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 28-33).

### SENTENCIA NUM. 83/94

**Sentencia:** De 22 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. Luis Tejada González.

**Procedimiento:** Recurso de casación penal militar por infracción de ley, quebrantamiento de forma y precepto constitucional contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Artículo 120 del Código Penal Militar. La circunstancia de encontrarse de baja médica no desvirtúa la falta de presencia respecto al lugar de destino o residencia. Carácter de documentos auténticos a efectos casacionales. Falta de recurso o protesta ante la denegación de la prueba pericial solicitada. Sentencia clara, precisa y congruente. Cumplimiento del requisito de motivación de la sentencia.

**Normas aplicadas:** Artículo 120 del Código Penal Militar. Artículos 849.1 , 850.1 , 851.1 , 855 y 884.3º y 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Artículo 24.1 de Constitución. Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1994, pág. 34-37).

## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR

Nota de la Redacción

*La selección de Jurisprudencia, limitada a la del Tribunal Supremo (Sala Quinta de lo Militar), ha sido recogida del Boletín Judicial Militar, que incluye además algunas resoluciones judiciales del Tribunal Militar Central, Territorial y Constitucional (1).*

*El período considerado abarca desde julio a diciembre de 1994, con las Sentencias y Autos dictados hasta tal fecha, reseñando de enero y sucesivas para el próximo número de la REDEM, aunque estén ya publicados en el número 13 del citado Boletín.*

*Los índices alfabéticos responden a igual criterio cronológico*

---

(1) B.J.M.; Boletín Judicial Militar. Tribunal Militar Central. Ministerio de Defensa. Centro de Publicaciones.

**JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR**  
**(Sala 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo)**  
**Índice Alfabético**

*Caducidad:*

STS 30/94

*Derechos fundamentales:*

Interpretación sobre si es o no, requisito indispensable en la interposición del recurso preferente y sumario alegar el derecho obligado. STS 28/94, STS 37/94.

*Derecho a la libertad:*

Diferencia entre sanciones privativas y restrictivas de libertad. STS 35/94.

*Derecho al honor:*

STS 33/94.

*Dignidad militar:*

STS 29/94.

*Falta grave:*

Quebrantamiento de sanción disciplinaria. STS 35/94.

Realizar acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menoscabo a las Fuerzas Armadas. STS 29/94.

Ser condenado por un Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, mediante sentencia firme dictada en aplicación de normas distintas de las contenidas en el Código Penal Militar, a cualquier falta leve como autor de falta penal dolosa, siempre que afecte al servicio o decoro de la Institución. (8.26/L.O. 11/91), STS 40/94.

*Falta leve:*

Ausencia del destino o residencia por un plazo inferior a veinticuatro horas, con infracción de las normas sobre permisos. STS 38/94.

Conducta que da lugar a dos sanciones disciplinarias por sendas faltas leves. STS 27/94.

Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas. STS 32/94.

Inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior. STS 27/94.

Negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto. STS 31/94.

*Procedimiento:*

Oral por falta leve. STS 27/94.

*Inadmisión:*

Casos de inadmisión: supuesto no contemplado. STS 28/94.

El incumplimiento de requisitos formales no es causa legal de sentencia de inadmisión. STS 37/94.

*Indefensión:*

El Tribunal "a quo" debe resolver la totalidad de las cuestiones planteadas por el demandante. STS 36/94.

*Irretroactividad:*

Irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables. STS 36/94.

*Legitimación para recurrir:*

STS 33/94.

*Mando militar:*

Inexistencia de parcialidad en el mando sancionador. STS 27/94.

*Normas de régimen interior:*

STS 27/94.

*Orden Militar:*

Ausencias del destino de la Guardia Civil, Orden General núm 21 de 24/02/94. STS 38/94.

*Plazos:*

Observancia como presupuesto indispensable para el normal desarrollo del proceso. STS 30/94.

*Presentación de escritos.*

STS 30/94.

Supuestos excepcionales. STS 30/94.

*Presunción de inocencia.*

STS 27/94, STS 31/94.

A su amparo no cabe discutir la calificación jurídica de los hechos. STS 31/94.

No se vulnera por la menor gravedad de la falta leve ni por establecerse un procedimiento más simplificado y sencillo para su corrección. STS 32/94.

*Principio de igualdad.*

No se vulnera por la exigencia de que la conducta se ajuste al honor y dignidad exigible a los militares. STS 34/94.

*Principio de legalidad:* STS 27/94, STS 32/94, STS 39/94.

Se vulnera si se subsume una conducta en un tipo disciplinario creado por norma posterior a su comisión. STS 36/94.

*Recurso de casación:*

Inadmisibilidad por no impugnar as argumentaciones jurídicas de la sentencia, pretendiendo “per saltum” directamente, la impugnación de la resolución sancionadora STS 32/94.

*Sanción:*

Extraordinaria. STS 34/94.

*Seguridad jurídica:*

Observancia de los plazos. STS 30/94.

Tipificación en el Código de Justicia Militar y en la actual legislación de los actos contrarios al honor militar con la separación del servicio. STS 34/94.

*Tipicidad relativa.*

STS 39/94.

*Tribunal de honor.*

STS 34/94.

*Tutela judicial efectiva:* STS 30/94, STS 37/94.

Interpretación amplia de la vía judicial en el procedimiento preferente y sumario por falta leve. STS 28/94.

No vulneración por repetición de los mismos fundamentos jurídicos esgrimidos en un previo recurso. STS 40/94.

Se satisface este derecho, con la resolución judicial jurídicamente razonada. STS 33/94.

**JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-DISCIPLINARIA MILITAR**  
**(Sala de lo Militar del Tribunal Supremo)**

**SENTENCIA NUM. 27/94**

- Sentencia:** De 7 de julio de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial desestimatoria de un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Conducta que da lugar a dos sanciones disciplinarias por sendas faltas leves, fácilmente divisible en dos fases, con infracciones de índole distinta y escasa gravedad. Procedimiento oral para faltas leves y derecho de defensa. Inexistencia de parcialidad en el Mandó sancionador. Concurrencia de los indispensables acreditamientos para no infringir la presunción de inocencia. Falta leve de inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior, que no han sido explicitadas en la resolución sancionadora. Normas de régimen interior incumplidas cuyo conocimiento era exigible al sancionado. No vulneración del principio de legalidad. Desestimación del recurso.
- Normas aplicadas** Arts. 24 y 25 de la Constitución. Arts. 7.9, 10.2, 38 de la L.O. 11/1991. Art. 5.4 de la L.O. del Poder Judicial. Art. 118 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Art. 39 del Reglamento Militar de la Guardia Civil. Arts. 13 y 46 del Reglamento de Servicio de la Guardia Civil.

(*BJM*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, pág. 163-167.)

### SENTENCIA NUM. 28/94

- Sentencia:** De 14 de julio de 1994.
- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Francisco de Querol Lombardero.
- Procedimiento:** Recurso de casación contra auto de un Tribunal Militar Territorial confirmatorio de un auto anterior que inadmitió un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.
- Materia:** Interpretación del Tribunal sobre si es o no requisito indispensable que, al interponer el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario, se haga constar el derecho fundamental violado. Al tratarse de la única vía de tutela judicial efectiva del sancionado por falta leve debe huirse de interpretaciones restrictivas. Remisión del artículo 518 de la Ley Procesal Militar al artículo 474 sobre los requisitos del escrito de interposición del recurso, sin que pueda exigirse ningún otro. El supuesto contemplado —no alegación del derecho fundamental violado en el escrito de interposición— no se encuentra entre los casos de inadmisión del recurso establecidos en los artículos 478 y 493 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Estimación del recurso.
- Normas aplicadas** Artículos 9.3 v 24. 1 y 2 de la Constitución. Artículos 474. 478.493 v 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Artículos 1.1 y 6 del Código Civil.

(*BJM*, núm. 11 julio-septiembre, 1994, pág. 168-171).

### SENTENCIA NUM 29/94

- Sentencia:** De 21 de septiembre de 1994.

- Tribunal:** Supremo, Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Falta grave del n.º 18 del art. 9 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas: "realizar acciones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio a las Fuerzas Armadas". Acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar, independientemente de cual sea la intención del sujeto activo, la intencionalidad se refiere a la realización del acto en sí.
- Normas aplicadas:** Artículos 15 y 22 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, Art. 9.18 L.O. 12/85 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 145-147)

### SENTENCIA NUM 30/91

- Sentencia:** De 28 de septiembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra una sentencia dictada por un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Defecto en el ejercicio de la Jurisdicción: no apreciación de dicho motivo. Lugar de presentación de escritos: excepcionalidad de la presentación de escritos en lugar distinto de la sede del Tribunal competente.

Diferenciación entre cauces establecidos reglamentariamente como militar y la actuación como justificable ante los órganos de la jurisdicción militar.

Derecho a la tutela judicial efectiva: satisfacción con un pronunciamiento fundado en derecho aunque no sea de fondo y sí de inadmisión. Observancia de los plazos como presupuesto indispensable para el normal desarrollo del proceso en aras de la seguridad jurídica.

Caducidad en la presentación del recurso contencioso-disciplinario:

Inadmisión del mismo por extemporáneo.

**Normas aplicadas:** Artículo 24.1 Constitución: Arts. 108, 110, 111, 113, 478 d), 493 g) y 518 e) Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 148-151)

#### SENTENCIA NUM 31/94

**Sentencia:** De 5 de octubre de 1994

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.

**Materia:** Derecho a la presunción de inocencia: ámbito del mismo: imposibilidad de discutir al amparo de dicho derecho la calificación jurídica de los hechos. Falta leve del n. 1 del art. 8 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. "Negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto".

**Normas aplicadas:** Constitución. Artículo 8.1 L.O. 12/85 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(*BJM*, núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 153-155).

### SENTENCIA NUM 32/94

- Sentencia:** De 13 de octubre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso.
- Materia:** Inadmisibilidad del recurso de casación por no impugnar las argumentaciones jurídicas de la sentencia impugnando "per saltum" la resolución sancionadora directamente.  
Principio de legalidad y derecho a la presunción de inocencia: no vulneración de los mismos: no discriminación, ni limitación del derecho a la presunción de inocencia por la menor gravedad de la falta leve ni por establecerse un procedimiento más simplificado y sencillo para su corrección.  
Falta leve del núm. 10 del art. 7 Ley Régimen disciplinario de la Guardia Civil: "inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas."
- Normas aplicadas:** An. 24.1 y 29.1 de la Constitución. Art. 95.1.4. Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa. arts. 7.10 y 38 L.O. 11/91 Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Art. 503 Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 156-159).

### SENTENCIA NUM 33/94

- Sentencia:** De 26 de octubre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra Auto del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.
- Materia:** Derecho de tutela judicial efectiva: satisfacción no sólo con una decisión sobre el fondo del asunto, sino también con su pronunciamiento de inadmisión debidamente razonado.  
Legitimación para recurrir en el proceso contencioso-disciplinario militar objeto del recurso: necesidad de un interés legítimo para recurrir un acto administrativo definitivo que cause estado en la vía administrativa, no necesariamente sancionador: necesidad de que el interés legítimo afectado sea algún derecho fundamental en el procedimiento por falta leve: legitimación para recurrir de aquellos contra los que se sigue un expediente disciplinario, que termina sin sanción al apreciarse prescripción de la falta corregida.  
Derecho al honor: no menoscabo del derecho, por instruirse expediente disciplinario, y declararse la terminación del mismo sin responsabilidad al apreciarse prescripción de la falta corregida.
- Normas aplicadas:** Artículo 24 Constitución. Artículo 465, 468 b) y 518 Ley Procesal Militar.

(*BJM*, núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 160-164).

### SENTENCIA NUM 34/94

- Sentencia:** De 31 de octubre de 1994
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. Luis Tejada González.
- Procedimiento:** Recurso contencioso-disciplinario militar contra Orden del Ministro de Defensa por la que se separó del servicio al recurrente.
- Materia:** Tribunal de Honor. carácter administrativo del procedimiento que se regulaba en el antiguo Código de Justicia Militar.  
Seguridad Jurídica: no vulneración de la misma: tipificación tanto en el Código de Justicia Militar como en la legislación vigente de los actos contrarios al honor militar con la separación del servicio.  
Sanción disciplinaria extraordinaria: hechos que implican un ataque al honor exigible a los oficiales profesionales de los Ejércitos.  
Constitucionalidad de los Tribunales de Honor así como de las normas de su funcionamiento: carácter secreto del proceso dada su especial naturaleza.  
Derogación por la Ley Procesal Militar.  
Principio de Igualdad: no vulneración por la exigencia de que la conducta se ajuste al Honor y dignidad exigible a los militares.
- Normas aplicadas:** Artículos 24 y 26 Constitución. Artículo 59.3 L.O. 12/85 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Artículos 1011, 1025 y siguientes del Código de Justicia Militar.

(*BJM*, núm. 12, octubre-diciembre, 1994, pág. 165-169).

#### **SENTENCIA NUM. 35/94**

- Sentencia:** De 28 de noviembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central: Desestimación del recurso.
- Materia:** Es causa de desestimación el planteamiento en casación de cuestiones que no han sido examinadas en el Tribunal de instancia por imperativo legal. Acierto de la sentencia recurrida al estimar la existencia de la falta grave de "quebrantar una sanción disciplinaria". Restricción y privación de libertad.
- Normas aplicadas:** Artículos 15, 25.1 y 53.2 C.E.; Artículo 518 L.P.M.; Artículos 9.30 y 14 LRDFA.

(BJM, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 151-153).

#### SENTENCIA NUM. 36/94

- Sentencia:** De 16 de diciembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Francisco Mayor Bordes.
- Procedimiento:** Recurso de casacion contencioso-disciplinario militar contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimacion del recurso.
- Materia:** La Sala advierte sobre la necesidad de que el Tribunal "a quo" se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones planteadas por el demandante, pues, de limitarse a resolver una sola de ellas -que motivó la estimación de la demanda- y no las demás, el recurrente puede verse en situación de indefensión en el caso de que la sentencia de instancia fuere casada. Análisis del principio constitucional de irretroactividad de las normas sancionadoras no favora-

bles. El principio constitucional de legalidad (como garantía de la seguridad jurídica) se vulnera si se subsume una conducta en un tipo disciplinario creado por una norma posterior a su comisión.

**Normas aplicadas:** Artículos 9.3 y 25.1 C.E.; Artículos 8.9 y 10.2 y Disposición Transitoria, apartado 1, de la Ley Orgánica 11/1991.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 154-157).

### SENTENCIA NUM. 37/94

**Sentencia:** De 17 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.

**Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. Desestimación del recurso y declaración de nulidad de la sentencia recurrida.

**Materia:** La sentencia de inadmisión dictada por el Tribunal a quo" infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: el incumplimiento de los requisitos formales no es causa legal de sentencia de inadmisibilidad. Tampoco se admite la tesis de falta de claridad en la concreción del derecho fundamental vulnerado por la resolución sancionadora recurrida.

**Normas aplicadas:** Artículo 24 C.E. Artículos 238,3 y 240.2 LOPJ. Artículos 493, 468 y 517 L.P.M.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 158-160).

### SENTENCIA NUM. 38/94

**Sentencia:** De 19 de diciembre de 1994.

- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. Arturo Gimeno Amiguet.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia de un Tribunal Territorial Militar. *Desestimación del recurso.*
- Materia:** La ausencia del lugar de residencia de un Guardia Civil por plazo inferior a 24 horas, estando la baja médica, no es constitutiva de la infracción disciplinaria sancionada, si el hecho tuvo lugar con anterioridad a la vigencia de la Orden general nº 21, de 4 de febrero de 1992, de la Dirección General, que impone la obligación, para tal supuesto, de obtener previa autorización superior.
- Normas aplicadas:** Artículo 7.6 de la Ley Orgánica 11/1991. Orden General de la Dirección General de la Guardia Civil nº 21 de 4 de febrero de 1992.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 161-163).

#### SENTENCIA NUM. 39/94

- Sentencia:** De 21 de diciembre de 1994.
- Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.
- Ponente:** D. José Jiménez Villarejo.
- Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia de un Tribunal Militar Territorial. *Estimación del recurso.*
- Materia:** No se infringe el principio de legalidad cuando la conducta sancionada es incardinable en otro tipo disciplinario de aquél en que erróneamente fue tipifica-

da aquélla, pues, en tal caso, no se produce una falta de tipicidad absoluta, sino solo relativa, que no supone violación del artículo 25.1 de la Constitución.

**Normas aplicadas:** Artículo 25.1 C.E. Artículos 7.9 y 7.27 de la L.O. 11/1991. Artículo 47 de las Reales Ordenanzas. Artículo 4.3 Ley 17/89.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 164-166).

#### **SENTENCIA NUM. 40/94**

**Sentencia:** De 22 de diciembre de 1994.

**Tribunal:** Supremo. Sala de lo Militar.

**Ponente:** D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

**Procedimiento:** Recurso de casación contencioso-disciplinario contra sentencia del Tribunal Militar Central. Desestimación del recurso.

**Materia:** No existe indebida aplicación de precepto disciplinario si resulta plenamente acreditada la condena del recela judicial efectiva cuando se repiten los mismos fundamentos jurídicos esgrimidos en un previo recurso (y que fueron objeto de la oportuna respuesta por el Tribunal, que los desestimó, y también en ulterior sentencia casacional del Tribunal Supremo que también los desestimó) si el Tribunal "a quo" da por reproducido lo dicho en su anterior sentencia.

**Normas aplicadas:** Artículo 24.1 C.E. Artículo 8.26 de la L. O. 11/1991.

(*BJM*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pág. 167-170).

## JURISPRUDENCIA, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Comandante Auditor.*  
*Doctor en Derecho*

### INDICE ANALITICO

**I. ASCENSOS.** Impugnación del R.D. 1662/1990, de 14 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional. Vulneración del principio de reserva de Ley, del derecho de igualdad ante la Ley y límites de la potestad reglamentaria. Desestimación.

**II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.** Lesiones padecidas por un soldado, mientras cumplía el Servicio Militar, al arrojarse al mar desde un espigón existente dentro del recinto militar en el que estaba destinado. Desplazamiento del nexo causal por la actuación del propio perjudicado.

**III. RETRIBUCIONES.** Impugnación del R.D. 1494/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas. Omisión del trámite de audiencia a corporaciones y organizaciones interesadas. Vulneración del principio de igualdad en relación con los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Desestimación. El tiempo correspondiente al servicio militar no es computable a efectos de trienios para el personal militar.

**IV. SECRETOS OFICIALES.** Imprudencia de interesar del Ministerio de Defensa la remisión de determinados documentos en relación con el ascenso de un Teniente Coronel. Estimación del recurso de súplica interpuesto por el Abogado del Estado.

**V. VIVIENDAS MILITARES.** Impugnación de las Ordenes Ministeriales núms. 8/91, 9/91 y 10/91 por las que se fijan los cánones por uso de viviendas militares y se determinan las compensaciones eco-

nómicas sustitutorias, se establece el baremo a aplicar para la adjudicación de viviendas militares de apoyo logístico; y se modifica la Orden Ministerial que regula la ayuda económica para adjudicación de viviendas.

Vulneración de los principios jurídicos de irretroactividad de normas reglamentarias restrictivas de derechos y de protección de la confianza legítima. Arbitrariedad por discriminación en la fijación de cánones. Desestimación. El uso de las viviendas no configura un derecho individual a favor de quien las utiliza sino una situación jurídica que puede ser modificada en razón a las necesidades que se derivan de la adecuada organización y funcionamiento de la Defensa como servicio público al que están adscritas.

**I. ASCENSOS.** Impugnación del R.D. 1662/1990, de 14 de diciembre por el que se aprobó el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional. Vulneración del principio de reserva de Ley, del derecho de igualdad ante la Ley y límites de la potestad reglamentaria. Desestimación.

**Tribunal Supremo (Sala Tercera. Sección 7.ª). Sentencia de 22 de julio de 1994. Ponente: Excmo. Sr. García Carrero.**

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* Las ambigüedades y contradicciones en que ha incurrido el recurrente al tratar de fijar el objeto de su pretensión en diferentes secuencias del proceso –detectadas por el Abogado del Estado como justificación de su petición inicial de inadmisibilidad–, requieren dejar claramente establecido, antes de abordar los temas de fondo y a la vista de las precisiones formuladas por el demandante en su escrito de conclusiones, cual sea en definitiva el objeto de la pretensión sobre el que esta Sala deba efectuar el pertinente análisis y eventuales conclusiones.

De acuerdo con este planteamiento, el ámbito conflictual que define el objeto de este proceso comprende la resolución denegatoria presunta, posteriormente denegación expresa del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1991, del recurso de reposición optativamente interpuesto frente al R.D. 1622/1990, de 14 de diciembre, aprobatorio del Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional «especialmente sus artículos 22 y 31», así como los actos dictados en aplicación, de los que no se hace especificación individualizada. Obviamente, el marco institucional de la jurisdicción revisora contencioso-administrativa excluye las impugnaciones directas de disposiciones con rango de Ley (art. 9.4 LOPJ y 1.º LJ) ni siquiera bajo la invocación de su inconstitucionalidad cuyo control está sometido a la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional [art. 161. 1.a) CE].

*Segundo.* Hecha esta precisión, el tema de fondo queda esencialmente circunscrito al alegato del demandante según el cual el Real Decreto 1622/1990 regula una materia sujeta a reserva de ley. Entiende el recurrente, en referencia explícita a los artículos 22 y 31 de dicho Reglamento, que los mismos vulneran lo previsto en el artículo 103 CE «...mediante el apoderamiento a través de la potestad reglamentaria de facultades atribuidas constitucionalmente a la reserva de ley en favor del Parlamento y por tanto invadiendo la esfera de competencias de éste, en una clara quiebra del precepto constitucional expresado». Esto es así porque la materia concernida por el citado texto reglamentario –Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos–, constituye parte de la normativa esencial del estatuto funcionarial militar, y la potestad reglamentaria es ejercida en este Decreto conforme al libre arbitrio del Ejecutivo, ejercitado sin condicionamientos ni trabas de ninguna clase. Menciona asimismo el demandante el artículo 26.2 de la LO 6/1980, el 1 de julio, sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar en el que se establece que «las escalas, régimen de ascensos y recompensas, sistemas de ingreso y retiro y empleo de los miembros de las Fuerzas Armadas se regularán por Ley».

Dentro de los límites competenciales de esta jurisdicción revisora anteriormente enunciados el juicio de legalidad en este proceso tiene que referirse o bien a la posible vigencia de un principio de reserva de ley, en los términos absolutos concebidos por el demandante, que impedirá toda normación reglamentaria o, alternativamente la inclusión en el texto reglamentario de supuestas invocaciones que excedieran los límites establecidos en la ley a la que se vinculan.

En el caso que aquí analizamos se reconoce que los textos reglamentarios están conectados a la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre Régimen del Personal Militar Profesional, y, más concretamente el artículo 84, norma habilitante, así como la disposición transitoria cuarta. Pero en las alegaciones formuladas no se hace referencia a preceptos concretos y determinados en los que se pudiera hacer patente las posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico. Se manifiesta pura y simplemente el rechazo al citado Reglamento, de una manera absoluta e incondicionada, amparándose en la alegación de la insuficiencia de su rango normativo.

*Tercero.* La razonable aplicación del principio de reserva de ley cuando viene establecido en norma de rango adecuado exige de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia que la ley en cuestión tenga un contenido mínimo orientativo y definidor de las coordenadas normativas, sin

reducirse al mero requisito formal pero no sólo no excluye sino que hace insoslayable en muchas ocasiones la función colaboradora y complementadora del reglamento.

Este principio entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro estado de derecho y como tal ha de ser preservado pues su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 83/1984). Pero descendiendo del plano de los principios a la realidad legislativa y específicamente el texto del artículo 103.3 CE sobre regulación por ley del régimen estatutario de los funcionarios públicos, la STC 99/1987, de 11 de junio, citada por las partes en relación con sus respectivas tesis, puntualiza que «... en el artículo 103.3 CE se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el "Estatuto de los funcionarios públicos". Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera, la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al Reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa».

*Cuarto.* La regulación reglamentaria que estamos enjuiciando no dimana de una remisión abstracta e incondicionada a la actividad discrecional de la Administración. Por el contrario, se materializa a partir de su integración en un capítulo de la ley dedicado a la materia de ascensos, conteniendo las normas básicas de articulación de sus condiciones entre las que sólo la cuantificación del tiempo de servicios efectivos en el empleo y el tiempo de mando o de desempeño de determinadas funciones queda diferido al dictado de la norma reglamentaria; norma que se completa con la disposición transitoria que establece las pautas de adaptación al nuevo sistema, a través del régimen transitorio de ascensos que la misma contiene.

Como resumen, pues, de cuanto llevamos expuesto es pertinente declarar que la disposición reglamentaria cuestionada tiene una legítima cobertura habilitante en las autorizaciones establecidas en la Ley 17/1989, de 19 de julio (art. 84 y disposición transitoria 4.<sup>a</sup>), las cuales no están concebidas en términos tan amplios e incondicionados que equivalgan a transferir el régimen de ascensos a la potestad reglamentaria, sino que és-

ta viene predeterminada en sus bases esenciales por lo establecido al respecto en el Capítulo cuatro del Título V y disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de la citada Ley.

*Quinto.* Alega el demandante la vulneración del derecho fundamental de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE que se habría consumado por el diferente tratamiento dispensado a los funcionarios militares, en la materia debatida, en relación con el recibido por los funcionarios civiles a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la reserva de la ley, a propósito de la anulación de determinados preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública. Es claro que tal imputación no está dirigida contra el contenido material de la disposición reglamentaria cuestionada sino contra la norma autorizada habilitante (art. 84 Ley 17/1989) y su supuesta inconstitucionalidad que legitimaría el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Como dice el Abogado del Estado en la contestación a la demanda la invocación de la lesión del referido principio exige que la comparación se haga entre iguales, concreción que está ausente en las alegaciones del demandante salvo la vaga referencia a la citada Ley 30/1984. En cualquier caso hay que puntualizar que las materias afectadas por las declaraciones de inconstitucionalidad acordadas en la STC 99/1987, de 11 de junio, guardan muy remota analogía con la materia de ascensos planteada en este proceso y no se producen por la aplicación del principio de reserva de ley en los términos absolutos sugeridos por el recurrente, sino por apreciar un exceso en la norma remisoria equivalente en la práctica a la deslegalización; quiebra de la reserva de ley que se manifiesta, por ejemplo, en aquellos preceptos en los que «... se contienen puras y simples remisiones al reglamento vacías de todo vínculo sustantivo, para que por el Gobierno se determinen, respectivamente, los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de los Cuerpos o Escalas declarados a extinguir se integren en otros Cuerpos o Escalas...».

*Sexto.* Expuestas las motivaciones que anteceden, a propósito de la cobertura habilitante de la disposición reglamentaria impugnada es evidente la falta de fundamento de la supuesta infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3. CE) hecha por el demandante. Por el contrario, entendida en su verdadera naturaleza –colaboradora y complementadora de la Ley–, el ejercicio de la potestad reglamentaria es una manera adecuada de contribuir a dar certeza a las relaciones jurídicas y a los derechos de sus destinatarios, siempre que, naturalmente, dicha regulación se realice con criterios objetivos y en el marco de la ley habilitante.

Finalmente, carece de sentido la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión (art. 24 CE) pues dice bien el demandante cuando glosando la jurisprudencia constitucional afirma que la tutela judicial no consiste sólo en permitir el acceso de los ciudadanos a los recursos y alcanzar las instancias judiciales, sino velar y salvaguardar que esos ciudadanos vean tutelados sus derechos al amparo de la ley. Otra cosa es que el grado de tutela se pretenda extenderlo hasta el extremo de la exigibilidad del derecho a una sentencia favorable a sus pretensiones.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, sin que haya lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad instada por el recurrente.

## **II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.**

Lesiones padecidas por un soldado mientras cumplía el Servicio Militar al arrojarse al mar desde un espigón existente dentro del recinto militar ocupado por el lugar de destino del interesado. Desplazamiento del nexo causal por la actuación del propio perjudicado.

**Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo- Sección 4.<sup>a</sup>). Sentencia de 27 de octubre de 1994. Ponente: Sr. Vallés López.**

### **Fundamento de Derecho**

*Primero.* Se impugna en este recurso jurisdiccional la denegación presunta, por silencio administrativo, de la petición formulada en fecha 29 de mayo de 1990, por D. César Rivarola García, ahora recurrente, al Ministerio de Defensa, en reclamación de 80.000.000 pesetas, al amparo del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por las lesiones que sufrió cuando estuvo cumpliendo el Servicio Militar como soldado del Ejército del Aire, en la Academia General de San Javier (Murcia), el día 29 de junio de 1982, a las 17,45 horas, al arrojarse al mar desde un espigón existente en el recinto de playa de la citada Academia y caer de cabeza en posición vertical donde no había profundidad suficiente, lesiones que le produjeron una tetraplejía irreversible y que fuera declarado excluido total del Servicio Militar.

*Segundo.* El recurrente fundamenta su pretensión en el art. 106.2 de la Constitución Española, sobre el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y en los términos establecidos por la Ley, que en este caso es el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Entiende la parte actora que ocurrió un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pues siendo el interesado soldado del Ejército del Aire, pudo bañarse en la playa de un recinto militar en la Academia General del Aire, sin estar acotada o prohibido el baño, que era peligroso por existir mareas, lo que ante el contingente de posibles usuarios militares debía estar previsto por el Mando, y no de forma anormal estar la zona sin señales ni acotamientos. Frente a lo expuesto el Sr. Abogado del Estado alega que las reclamaciones por lesión deben producirse en el plazo de un año a partir del momento en que la lesión se produjo y, que dicho plazo, aun descontado el período de actividad administrativa, ha transcurrido sobradamente. Alega también que el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece los requisitos de que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado y que estos requisitos no se acreditan.

*Tercero.* La responsabilidad patrimonial del Estado se recogió de manera amplia en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (arts. 120 a 123), y se plasmó con carácter general en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (arts. 40 y siguientes), adquiriendo rango constitucional al incluirse en el art. 106.2 de la Constitución de 1978.

Tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y tiene como fundamento la asunción por parte del Estado de los riesgos y consecuencias dañosas derivadas de su actuar en el ejercicio de sus potestades y, consiguientemente, al margen y con independencia de la condición de quien ejerce dichas potestades y de su intencionalidad o culpabilidad, según doctrina jurisprudencial, plasmada, entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989.

Para que surja la responsabilidad patrimonial así entendida, se exige la concurrencia de una serie de requisitos que, según la jurisprudencia, pueden sintetizarse en los siguientes: primero, la existencia de un daño real, individualizado y ponderable económicamente; segundo, que el daño resulte imputable a la Administración como una consecuencia del funcio-

namiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa o indirecta de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños o actuaciones de terceros o del propio perjudicado que alteren dicho nexo causal; y tercero, que se exija dentro del plazo señalado en la Ley.

Se trata de examinar si en el presente caso concurren los expresados requisitos. A tal efecto, hay que comenzar señalando que la reclamación no se presentó fuera de plazo, pues como alega la parte actora de la reclamación objeto del presente recurso es continuidad de las emprendidas anteriormente, sin que prosperara ninguna de ellas. Como recuerdan las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1987 y 4 de julio de 1990, entre otras, se recoge en este ámbito el principio de la "actio nata", que significa que "el cómputo del plazo para ejercitarla solamente puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, en este orden o en el inverso", criterio recordado por la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 21 de enero de 1991.

En el supuesto de autos, se ha de partir de la fecha de 25 de febrero de 1983, en la que el Tribunal Médico Militar declara al recurrente "excluido total" por padecer tetraplejía irreversible, lo que conduce a solicitar de la Administración la declaración de accidente en acto de servicio y su derecho al ingreso en el Cuerpo de Mutilados de Guerra, petición que le es desestimada, así como el recurso de reposición interpuesto contra tal Resolución, lo que ocasionó el recurso contencioso-administrativo, seguido ante la Sección Quinta de esta Sala, con el n.º 314.260, que también fue desestimado por sentencia de fecha 31 de octubre de 1987, notificada el 23 del siguiente mes de noviembre. A peticiones posteriores le contesta negativamente la Administración en escrito de fecha 7 de febrero de 1990, lo que da lugar a que por medio del escrito presentado en fecha 29 de mayo de 1990 inicie su reclamación ante el Ministerio de Defensa, deduciéndose de todo ello la acción continuada que alega el recurrente, cuando no prospera la inicial.

*Cuarto.* En lo referente al examen de la concurrencia del segundo de los requisitos anteriormente expuesto, se ha de considerar que por la parte actora se imputa la responsabilidad a la Administración porque en el lugar del accidente había descendido la marea, existiendo poca profundidad, y pone de relieve que tal riesgo no estaba señalado ni había acotamiento alguno de playa peligrosa, es decir, no estaban adoptadas medidas de precaución para evitar estos posibles accidentes.

Pero de la prueba practicada se deduce que en la playa de la Academia General del Aire de San Javier, perteneciente al Mar Menor, no se producen mareas regulares o repentinas. Sólo se puede apreciar, en los meses de invierno hasta el mes de abril (período de tiempo en el cual no se produjo el accidente), mareas bajas y que en el lugar y playa donde ocurrió el accidente no encierra peligro alguno, sobre todo en la costa por su escasa profundidad. En otro de los informes se añade que la profundidad del agua en la zona es, aproximadamente, de un metro veintitrés centímetros y que ni en el año 1982, ni actualmente se encuentra acotada ni señalizada, pero que existía advertencia de "poco fondo".

Tal prueba demuestra que no había descendido la marea y que en el lugar del accidente se mantiene siempre el mismo nivel, sin que exista peligro alguno, razón por la cual no había acotamiento de playa peligrosa porque no lo es.

Por todo ello ha de reconocerse que el daño no es imputable a la Administración demandada, como una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa o indirecta de causa a efecto. Por el contrario, sí se deduce que hubo una actuación lamentable y desafortunada del propio perjudicado, que alteró, el nexo causal para atribuir la responsabilidad del accidente a la Administración del Estado.

*Quinto.* De cuanto antecede se deduce la procedencia de desestimar el presente recurso, sin que se aprecien circunstancias merecedoras de imposición de costas, según lo dispuesto en el art. 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción.

**III. RETRIBUCIONES.** Impugnación del R. D. 1494/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas.- Omisión del trámite de audiencia a corporaciones y organizaciones interesadas.- Vulneración del principio de igualdad en relación con los funcionarios de la Administración Civil del Estado.- Desestimación.- El tiempo correspondiente al servicio militar no es computable a efectos de trienios para el personal militar.

**Tribunal Supremo (Sala Tercera. Sección 7.ª). Sentencia de 10 de octubre de 1994. P.: Excmo. Sr. García Carrero.**

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico del Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas y especialmente de los apartados segundo y tercero del artículo tercero y del apartado quinto del artículo décimo de dicho Reglamento.

En primer lugar hay que analizar si procede la causa de nulidad de pleno derecho en la que, según el recurrente, ha incurrido el Real Decreto impugnado al no haber respetado el mandato constitucional de oír a los colectivos afectados.

El recurrente alega que debería haberse dado trámite de audiencia a los Consejos Superiores de los tres Ejércitos que, junto a otras organizaciones menores como la de viudas, retirados y otras similares, deberían haber sido llamadas a opinar, ya que sin ser su opinión vinculante, si hubiera sido legalmente aconsejable oírlos, dando el Ejecutivo por cumplido el trámite voluntario o necesario, según criterios, impuesto por el Art. 105 de la Constitución en relación con el 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Tal argumentación debe ser rechazada a tenor de la jurisprudencia sentada por este Tribunal a partir de la sentencia de esta Sala de fecha 17 de marzo de 1992, que ha establecido:

“La jurisprudencia de este Alto Tribunal ha fluctuado en la calificación de éste trámite de audiencia considerado en las sentencias de 6 de diciembre de 1966, y 17 de octubre de 1978, como facultativo, de observancia discrecional, no afectando su inobservancia a la validez de la disposición general administrativa, pero no es menos cierto, que la más moderna jurisprudencia contenida en las sentencias de 16 de mayo de 1972, 7 de mayo de 1977, 19 de mayo de 1988, 5 de febrero y 1990 y 22 de mayo de 1991, ha mantenido que el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativas de los intereses afectados por tales disposiciones, que establece el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento administrativo, equivale y sustituye al de audiencia a los interesados que respecto del procedimiento común preceptúa al art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de suerte, que su cumplimiento no constituye formalidad accesorias, sino requisito y garantía esencial ligada a la validez de resultado del procedimiento de elaboración, postura reforzada por nuestra

Constitución, que en su art. 105, establece que la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y es claro, que mientras no se dé cumplimiento de este mandato constitucional y se publique una nueva Ley, resulta obligada la aplicación del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que preceptúa que siempre que sea posible, y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la organización sindical y demás entidades que por Ley ostentan la representación de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer, pero, no obstante, a tenor de este precepto y tal como matizan las sentencias de este Tribunal de 19 de enero y 22 de mayo de 1991, ello no significa que en la elaboración de tales disposiciones hayan de ser oídas cuantas asociaciones se constituyan, pues solamente ha de exigirse esta audiencia cuando se trate de asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, cualidades que no ostentan las entidades interesadas que no representan intereses de carácter general, dado su ámbito de actuación, ni corporativo reconocido por la Ley”.

En relación a la falta de audiencia a los Consejos Superiores de los tres Ejércitos, es evidente, como acertadamente ha expuesto el Abogado del Estado, que al formar parte de la propia organización del Ministerio de Defensa no es preciso su audiencia porque su opinión debe estar recogida en el propio proyecto elaborado por el Ejecutivo en el que se encuentran incardinados. Su alta cualificación como órganos superiores de la función militar y la competencia que la Ley les atribuye, entre otros cometidos, como *órganos colegiados asesores y consultivos del Ministro de Defensa y del Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo* (art. 9.º ley 17/89), no permite, sin embargo, conferirles carácter representativo con el alcance y efectos que se deducen de los artículos 105.a) de la Constitución y 130.4 y 47.1.c) y de la Ley de Procedimiento Administrativo.

*Segundo.* El artículo 3.º.3 del Reglamento de retribuciones objeto de recurso, dispone en su párrafo final que “el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no se computará para devengo de trienios”. Entiende el demandante que este precepto vulnera el principio de igualdad al que sirve de cobertura el artículo 14 CE, estableciendo una discriminación en relación con los funcionarios públicos, que no permite deferir al reglamento una norma limita-

tiva de retribuciones de tal naturaleza y el de jerarquía normativa, por su oposición a normas de superior rango como es la ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, en cuyos artículos 23.2b) y 24.1 se establece que los trienios son retribuciones básicas y que dichas retribuciones básicas serán iguales para todas las Administraciones Públicas.

Sobre la materia concreta debatida en este apartado ya se ha pronunciado la Sala en la STS. 3.<sup>a</sup> 7 de 25 de octubre de 1993, con una amplia argumentación que aquí reproducimos respondiendo al principio de unidad de doctrina.

Ante todo, debe destacarse que el mencionado precepto reglamentario cuenta con los siguientes antecedentes normativos: 1) Ley 113/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones del personal militar y asimilado, que disponía en su art. 5.6; «Para el personal procedente de las Clases de Tropa y Marinería reenganchado se computará a efectos de trienios el tiempo de servicios efectivos a partir de los ocho años de ingreso o desde su ascenso a Suboficial, cuando éste se produzca con anterioridad a dicho plazo». Se partía, pues, de que el tiempo servido como Clase de Tropa o Marinería no causaba derecho a trienios, aunque se conservaban los llamados premios de permanencia —períodos trienales—, pues el indicado precepto añadía: «Este personal, hasta su promoción a Oficial, conservará los premios de permanencia que hubiere perfeccionado, con un máximo de dos», lo que suponía excluir los dos años entonces de servicio militar obligatorio. 2) Decreto 329/1967, de 23 de febrero, sobre retribuciones de las Clases de Tropa y Marinería. Dispone en su art. 1.1 que sus preceptos se aplicarán a las Clases de Tropa y Marinería «una vez cumplidos los dos años iniciales del servicio militar en filas» y en el art. 4, después de señalar en el ap.1 que los premios de permanencia remunerarán los períodos trienales de servicios efectivos prestados a las Fuerzas Armadas, establece en el ap.2: «Para el devengo de estos premios se computarán el tiempo servido de acuerdo con lo previsto en las disposiciones vigentes para las Clases de Tropa y Marinería, iniciándose el cómputo a partir de la fecha en que se hayan completado los dos años de servicios efectivos». 3) Ley 20/1973, de 21 de julio, que dispone se computen como trienios los premios de permanencia del personal procedente de Clases de Tropa y Marinería, modificando en tal sentido, por lo que aquí interesa, el ar. 5.6 de la Ley 113/1966. 4) Real Decreto 3160/1977, de 28 octubre, sobre régimen retributivo de Cabos Especialistas y Clases de Tropa y Marinería. Establece en su art. 1.1 que el mencionado personal, «una vez cumplidos los dos años iniciales de Servicio Militar en Filas» sólo podrán ser remu-

nerados por los conceptos que se establecen en dicho Real Decreto, añadiendo en el art. 5.2 que el cómputo de los trienios «se iniciará a partir de la fecha en que les sea de aplicación el presente Real Decreto».

Por consiguiente, la exclusión del tiempo de servicio militar obligatorio para el cómputo de los trienios, viene siendo una constante en la normativa sobre retribuciones del personal militar, y ello es lógico habida cuenta de que los miembros de las Fuerzas Armadas se hallan excluidos temporalmente del contingente anual del servicio militar (Art. 32.1, Ley 19/1984, de 8 junio, peculiaridad esta que, unida al hecho de que dicho servicio no es computable a efectos de trienios, según se verá seguidamente, justifican que la mencionada norma forme parte del texto reglamentario impugnado, sin incurrir en extralimitación legal alguna.

Pero con referencia concreta a la legalidad vigente no existe en el presente supuesto la identidad de situaciones que constituyen presupuesto indispensable para poder apreciar la infracción del artículo 14 CE, pues así como la prestación del servicio militar determina el pase del funcionario público a la situación administrativa que establezca su régimen estatutario, según dispone el art. 5.4 de la Ley 19/1984, de 8 junio, del Servicio Militar, la condición militar, en cambio, es causa de exclusión temporal del contingente anual de dicho servicio, con arreglo a lo dispuesto en el art. 32.1 de la misma Ley, antes citado, debiendo señalarse que, conforme establece el art. 1.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, la condición militar se adquiere no sólo por la incorporación a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales, sino también por el ingreso en los centros docentes militares de formación, cuyos planes de estudios han de ser superados para adquirir la condición de militar de carrera (art. 63 de la Ley 17/1989), lo que comporta el hecho de que al militar se le abone como servicio en filas el tiempo de permanencia en el Centro de Enseñanza Militar (cfr. art. 65 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar, aprobado por Real Decreto 611/1986, de 21 marzo, mientras que el funcionario civil se ve obligado a optar entre demorar su preparación para el ingreso en la Administración, previas las oportunas prórrogas o cumplir el servicio militar una vez ingresado, pasando a la situación administrativa de servicios especiales, prevista en el art. 29.2 k) de la Ley 30/1984. Por tanto, el precepto impugnado se aplicará en la práctica sobre el período de preparación para el ingreso en la Carrera Militar, situación bien distinta a la de servicios especiales que regula la Ley 30/1984 para quien ya es funcionario público.

Tan sensibles diferencias, en definitiva, impiden apreciar la alegada discriminación en relación a los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Es de notar que la aplicabilidad de la ley 30/84 al personal de las Fuerzas Armadas le viene dada inmediatamente, bien por su carácter de norma supletoria conforme al artículo 1.5 de dicha Ley o por la remisión que a ella hace la Ley especial, con sus particulares matizaciones como la contenida en la Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la ley 17/89, según la cual “el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas será el de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, adaptado a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados.

La significación y alcance de dicha Disposición Final 3.<sup>a</sup> y su proyección sobre los reglamentos de desarrollo han sido analizados ampliamente en la STS. 3.<sup>a</sup> 7 de 26 de abril de 1991 y en las numerosísimas de fecha posterior dictadas en línea de continuidad doctrinal.

*Tercero.* La impugnación del artículo 3.2 del Reglamento cuestionado, la fundamenta el demandante partiendo de la base de que los grupos de clasificación funcionariales del artículo 25 de la ley 30/84 están siempre ordenados teniendo en cuenta la titulación exigida para el acceso a la función pública. En la ley 17/89, —afirma—, se quiebra este criterio, ya que se incluyen en los grupos a personas de la mas diversa procedencia y sin tener en cuenta la titulación exigida. Así un Brigada y un Subteniente están situados en dos grupos diferentes cuando la titulación exigida para ambos empleos es la misma, existiendo solamente la antigüedad como criterio diferenciador entre ambos.

La referida conclusión viene condicionada por la tesis de una supuesta colisión entre dos leyes, —la 30/84 y la 17/89—, que se pretende resolver reconociendo absoluta primacía a la primera, con olvido de que es la ley 17/89, —de igual rango que la 30/84—, la que abre la vía a la adaptación de esta última teniendo en cuenta los factores de peculiaridad concurrentes en las Fuerzas Armadas reseñados en la citada Disposición Final 3.<sup>a</sup>, por lo que se impone reiterar en este punto la doctrina jurisprudencial recogida en anterior apartado. En un ámbito más concreto como el que se menciona de pasada referido a la clasificación de Brigadas y Subtenientes hemos de remitirnos a las SSTS. 3.<sup>a</sup> 7 de 19-4-93 y 8-10-93 en las que se razona su falta de contenido discriminatorio.

*Cuarto.* Finalmente hace referencia el demandante el régimen retributivo del personal en situación de reserva.

En cuanto a los argumentos utilizados en la impugnación del apartado 5º del artículo 10 las sentencias de 27 de octubre de 1993, 18 de febrero de 1994 y 25 de marzo de 1994, entre otras muchas, han reiterado la conformidad de dicho precepto con el ordenamiento jurídico.

Con arreglo a la citada doctrina jurisprudencial es inaceptable hablar de discriminación cuando los términos de comparación elegidos son cualitativamente distintos, pues ni en cuanto a los funcionarios militares pueden asimilarse las situaciones de servicio activo y reserva, ni entre aquellos y los funcionarios civiles existe identidad de situaciones, al ser la situación de reserva exclusiva de los primeros.

*Quinta.* Dados los términos del artículo 131.1 de la Ley de la Jurisdicción no ha lugar a formular declaración de condena en costas.

**IV. SECRETOS OFICIALES.** Improcedencia de interesar del Ministerio de Defensa la remisión de determinados documentos en relación con el ascenso de un Teniente Coronel .- Estimación del recurso de súplica interpuesto por el Abogado del Estado.

**Tribunal Supremo (Sala Tercera.- Sección Séptima) Sentencia de 15 de julio de 1994 P.: Excmo. Sr. González Mallo.**

### **Hechos**

*Primero.* El Abogado del Estado recurre en súplica la diligencia de ordenación de fecha 20 de diciembre de 1993, por la que se acordó solicitar del Ministerio de Defensa determinados documentos como ampliación del expediente administrativo que había sido remitido con anterioridad, alegando que la misma es nula de pleno derecho por no ser el tipo de resolución adecuado para resolver la cuestión planteada, no haber tenido en cuenta las razones expuestas por el Ministerio de Defensa para no remitir determinados documentos y acordar en cambio literalmente el contenido de un escrito extraprocesal dirigido por un Letrado a un Procurador y unido indebidamente al expediente administrativo, además de que, en todo caso, la no remisión de los documentos en cuestión por el Ministerio de Defensa se halla amparada por las normas dictadas en materia de Secretos Oficiales y jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

*Segundo.* Conferido traslado del recurso de súplica a la parte recurrente, la misma se opuso a su admisión alegando en síntesis que la diligencia de ordenación recurrida era repetición y mera ejecución de otras resoluciones anteriores y, en cuanto al fondo, que la Ley de Secretos Oficiales y el acuerdo del Consejo de Ministros sobre clasificación de determinados asuntos y materias tienen carácter excepcional y deben por ello ser interpretados con criterio restrictivo, prevaleciendo en definitiva los derechos fundamentales de defensa y tutela judicial efectiva interpretados extensivamente, y que el hecho de que una materia no haya sido clasificada no afecta al Congreso y Senado y lógicamente tampoco puede afectar al Tribunal Supremo.

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* De acuerdo con la Ley reguladora de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, especialmente su artículo 4.º, modificado por la Ley de 7 de octubre de 1978; el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, primero, número 3, y segundo, número 6, asimismo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, fundamentalmente la sentencia de la antigua Sala Quinta de 23 de junio de 1987 (Rfa.: Azdi.: 4281/87), dictada en un recurso de apelación en interés de la Ley en el que también se cuestionaba la procedencia de remitir determinados documentos en relación con el ascenso a Coronel de un Teniente Coronel, es procedente estimar el recurso de súplica interpuesto por el Abogado del Estado, reponer la diligencia de ordenación objeto del mismo y declarar en su lugar que no ha lugar a interesar del Ministerio de Defensa la remisión de los documentos en cuestión, siendo procedente acordar en su lugar que, con entrega al recurrente del expediente administrativo y bajo apercibimiento de caducidad del recurso conforme previene el artículo 67 de la Ley Jurisdiccional, deduzca demanda en el plazo de veinte días, que fue el inicialmente concedido en la diligencia de ordenación de 7 de octubre de 1991, todo ello sin perjuicio de lo que pudiera acordar la Sala en período de prueba o para mejor proveer.

*Segundo.* Las cuestiones procesales son de orden público, modificables incluso de oficio, por lo que no es óbice a esta resolución la existencia de otras anteriores sobre ampliación del expediente administrativo.

*Tercero.* En dicho expediente obra un escrito que un Letrado dirige desde Sevilla al Procurador de la parte recurrente, al que debe ser entregado, quedando constancia de ello en los autos.

La Sala, por ante mí el Secretario Judicial, acordó: Reponemos la diligencia de ordenación de fecha 20 de diciembre de 1993, recurrida por el representante de la Administración, y en su lugar declaramos que no ha lugar a reclamar del Ministerio de Defensa la remisión de los documentos a que la misma se refiere, a salvo las facultades que pudiera tener y ejercitar la Sala, en período probatorio o para mejor proveer, para reclamar documentos o datos dentro de las competencias y facultades que pudieran corresponderle.

**V. VIVIENDAS MILITARES** Impugnación de las Ordenes Ministeriales núms. 8/91, 9/91 y 10/91 por las que se fijan los cánones por uso de viviendas militares y se determinan las compensaciones económicas sustitutorias, se establece el baremo a aplicar para la adjudicación de viviendas militares de apoyo logístico; y se modifica la Orden Ministerial que regula la ayuda económica para adjudicación de viviendas.

Vulneración de los principios jurídicos de irretroactividad de normas reglamentarias restrictivas de derechos y de protección de la confianza legítima. Arbitrariedad por discriminación en la fijación de cánones. Desestimación.- El uso de las viviendas no configura un derecho individual a favor de quien las utiliza sino una situación jurídica que puede ser modificada en razón a las necesidades que se derivan de la adecuada organización y funcionamiento de la Defensa, como servicio público al que están adscritas.

**Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo.- Sección Cuarta).- Sentencia de 11 de noviembre de 1994. P.: Sr. Sánchez Díaz**

### **Fundamentos de derecho**

*Primero.* Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de 30 de julio de 1991, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden 8/91, de 7 de febrero de 1991, y contra las Ordenes 9 y 10/91, de 7 de febrero. Por ellas, respectivamente, se fijan los cánones por uso de viviendas militares y, se determinan las compensaciones económicas susti-

tutorias, se establece el baremo a aplicar para la adjudicación de viviendas militares de apoyo logístico; y se modifica la Orden Ministerial que regula la ayuda económica para adjudicación de viviendas.

Solicitan los actores que se declaren nulas, anulen o revoquen las Ordenes impugnadas o, en su caso, los preceptos a que se refiere la demanda. Que se reconozca el derecho de los recurrentes a no ser perturbados en el disfrute de las viviendas militares, que ocupan al momento de publicarse las Ordenes impugnadas, y finalmente, que se adopten cuantas medidas fueren necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

*Segundo.* Se ha de partir en primer lugar de la conformidad a Derecho del Real Decreto 1751/1990, el cual desarrolla la Orden impugnada.

El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 16 y 17 de marzo, 16 de noviembre y 5 de diciembre de 1992, 26 de enero, 22 de marzo y 11 de octubre de 1993, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad del Real Decreto 1751/1990, declarando únicamente la nulidad de pleno derecho del art. 5.2 y Disposición Adicional segunda, párrafo 1º, exclusivamente en cuanto a la facultad de enajenación de locales, edificios y terrenos referidos en el citado artículo; así como el art. 36 de la redacción del mismo desde "transcurrido el cual" hasta el final, y la Disposición Transitoria cuarta, declarando la validez y conformidad del resto del articulado del referido Real Decreto. En consecuencia éste Tribunal la enjuiciar la Orden impugnada parte de tales pronunciamientos, sin cuestionar la aplicabilidad de tal Decreto (al que queda sometida jerárquicamente la Orden impugnada), al haber sido declarado aquél ajustado a Derecho.

*Tercero.* Sentado lo anterior, se ha de tomar en consideración, con carácter general, que en virtud del principio de jerarquía normativa, las Ordenes impugnadas sólo pueden ser contrarias a Derecho en la medida en que se aparten o sean contrarias al Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, dictado en cumplimiento de la Disposición Adicional séptima de la Ley 4/1990, que autorizó al Ministro de Defensa a modificar el régimen de calificación de viviendas pertenecientes al Organismo Autónomo resultante de la refundición del Patronato de Casas Militares, del Patronato de Casas de la Armada y del Patronato de Casas del Ejército del Aire.

*Cuarto.* Los actores fundamentan su pretensión, en primer término, en que las Ordenes violan el principio jurídico de irretroactividad (la nueva norma afecta negativamente a una "situación consolidada", nacida al

amparo de una normativa anterior) y, en concreto, el principio de protección de la confianza legítima, arraigado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia. Las normas reglamentarias añaden -no pueden establecer sin más su retroactividad-. La posibilidad de aplicación retroactiva es propia de Leyes formales y no de Disposiciones reglamentarias. Tesis que se apoya en el art. 2 del Código Civil y en el art. 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Sólo la Ley puede actuar sobre el pasado; el Reglamento, en cambio, únicamente la está permitido cuando sus efectos sean favorables.

La irretroactividad "in peius" de los Reglamentos resulta así una consecuencia del propio principio de legalidad al que ha de acomodarse, en todo caso la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución).

En el presente caso -argumenta la parte recurrente tanto el Decreto de habilitación como las Ordenes impugnadas, establecen el carácter retroactivo de sus Disposiciones, sin la previa habilitación legal, pues no existe tal habilitación como tal y a éstos efectos en la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

Particulariza además, la parte actora, que el art. 3, párrafo 2º de la Orden Ministerial impugnada nº 8/91, de 7 de febrero, sobre fijación de cánones, tiene un contenido retroactivo, cuando establece que: "A quienes estuviesen ocupando vivienda a la entrada en vigor del mencionado Real Decreto, la cuantía del canon será, para el año 1991, la establecida en el Anexo I. Dicha cuantía se modificará anualmente de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria quinta y el art. 29 del citado Real Decreto".

Pues bien, partiendo de los propios planteamientos indicados, la parte actora implícitamente está admitiendo la identidad de contenido entre el Decreto y las Ordenes impugnadas, y, por tanto, la no violación del principio de jerarquía normativa de éstas últimas respecto de aquél.

Además, habiendo dictado Sentencia el Tribunal Supremo declarando que el Decreto es ajustado a Derecho, no es cuestionable su inaplicación.

*Quinto.* En términos generales los recurrentes vinculan su pretensión de nulidad de las Disposiciones que impugnan con el principio de irretroactividad de los Reglamentos, cuando estos lesionan derechos individuales consolidados.

Pues bien, la teoría de los derechos adquiridos nació en el derecho civil al amparo de la problemática que plantea el derecho intertemporal o transitorio, para discernir un conflicto de Leyes en el tiempo, si la Ley nueva ha de ser

aplicada incluso a las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la Ley antigua (principio de retroactividad) o ha de respetar el estado jurídico creado con anterioridad (principio de irretroactividad de la Ley). Tal conexión ha sido igualmente admitida, con matizaciones en la jurisprudencia contencioso administrativa (así las sentencias de 6 de marzo de 1962, 30 de diciembre de 1967, 25 de abril de 1978 y 7 de febrero de 1987), aunque alguna sentencia niega esa correlación entre irretroactividad-derechos adquiridos (sentencias de 4 de junio de 1974, 9 de abril de 1968 y 26 de enero de 1980).

En virtud de tal conexión se impone al legislador como límite el dar a las normas carácter retroactivo, cuando restrinjan los derechos adquiridos, que deben ser respetados. Principio que nuestra Constitución acoge en relación no a los derechos adquiridos, sino a los derechos individuales, proclamando "la irretroactividad de las Disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales" (art. 9).

Fuera de ellos, nada impide que el legislador dote a la Ley, sin trabas constitucionales, del ámbito de retroactividad que considere oportuno (sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1981 (r. 27) y la nº 6/1983, de 4 de febrero).

*Sexto.* La Orden 8/91, de 7 de febrero, no tiene alcance retroactivo. Su aplicación se proyecta al futuro, y el tratamiento de las situaciones individuales anteriores afectadas es materia de la que se ocupa no la Orden impugnada, sino las Disposiciones Transitorias del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, que no es objeto de este recurso; y cuya adecuación al ordenamiento jurídico ha sido reconocida en las Sentencias del Tribunal Supremo citadas precedentemente, que declaran tales Disposiciones conformes a Derecho, salvo la Transitoria cuarta. Tan sólo afecta a situaciones jurídicas anteriores a la Orden el art. 3, párrafo 2 de la Orden impugnada, que arranca de la habilitación otorgada al Ministerio de Defensa por la Disposición Transitoria quinta del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre.

Dicho precepto fija una nueva cuantía del canon a pagar por el uso de las viviendas para el año 1991, que se fija en un Anexo de la Orden, y prevé la modificación de su cuantía anualmente, de acuerdo con la Disposición Transitoria citada y el art. 29 del citado Decreto.

La cuestión controvertida queda pues reducida a fijar si con tal precepto expresa y particularmente impugnado en este recurso, se lesionan derechos individuales de los militares afectados. Pues bien, sobre tal particular no es posible desconocer la vinculación que la utilización de las viviendas tiene con la defensa, como servicio público. Tales viviendas se

califican expresamente de “apoyo logístico” en el Real Decreto (capítulo III), y quedan integradas en “el demanio” o dominio público afecto al Ministerio de Defensa que cede su uso a los militares, tomando en consideración la movilidad geográfica que caracteriza a la función militar (art. 6 del Decreto). Se establece una directa vinculación entre el uso de las viviendas y las necesidades de apoyo logístico a las distintas Unidades, Centros y Organismos (Exposición de motivos del Decreto). En definitiva, las viviendas quedan vinculadas al servicio público de Defensa, que prestan a quienes las utilizan lo que determina la condición de bien demanial (o de dominio público) y que la norma atribuye a tales viviendas y que determina su régimen jurídico: la utilización particular de estos bienes da lugar al paso por el usuario de un cánón, que no se configura como el precio de un arrendamiento civil; excluyendo tal uso del ámbito de la Ley de Arrendamiento Urbanos (art. 19 del Real Decreto).

De ello resulta que el uso de la vivienda, regulado en el Decreto que sirve de antecedente a la Orden y cuya legalidad ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, no configura derechos individuales a favor de quienes utilizan las viviendas, sino situaciones jurídicas que puedan ser modificadas en razón a las necesidades que derivan de la adecuada organización y funcionamiento de la Defensa, como servicio público, al que están adscritos. Consideración extensible a los demás inmuebles que se rigen en cuanto a su uso por la Ley de Patrimonio del Estado (art. 80 a 86), al estar adscritos a los fines del Organismo Autónomo INVIFAS.

Razones todas ellas que determinan que la utilización de las viviendas no suponga una consolidación de derechos individuales a quienes las utilizan, y la posibilidad de modificación unilateral de la Administración de los cánones que su uso comporta.

En este sentido, y salvando los particulares matices de cada sentencia, el Tribunal Supremo ha reiterado en relación al ámbito de la función pública, que no existen derechos adquiridos frente al poder organizatorio de la Administración y frente a las normas reguladoras del régimen interno de la misma. Además tampoco han probado los actores la titularidad de derecho real administrativo sobre las viviendas, dada su naturaleza demanial. Los actores disponen tan sólo de una autorización para el uso de las viviendas, en tanto el militar tenga su destino y servicio activo en la plaza (salvo excepciones que admite el Real Decreto); pero no de un derecho concesional sobre las mismas. No existen en definitiva, derechos individuales consolidados en los usuarios de las viviendas, y la situación jurídica de quienes las ocupan es modificable, unilateralmente por la

Administración por vía reglamentaria (que en este caso, cuenta con habilitación legal). Es pues ajustado a Derecho el art. 3, párrafo segundo de la Orden Ministerial nº 8/91, de 7 de febrero.

En cuanto a la compensación económica, es una indemnización subsidiaria que perciben también mensualmente el personal militar de carrera, que habiendo solicitado vivienda militar de apoyo logístico, conforme al art. 17 del Real Decreto, por habersele asignado destino en localidad distinta del primer destino, no haya podido acceder aún a ella, por carencia en la localidad donde haya sido destinado. Su finalidad no es otra, que posibilitar el alquiler de viviendas mientras no les sea adjudicada una vivienda militar. La Disposición Adicional duodécima del Real Decreto prescribe asimismo que el cánón ha de guardar relación con la compensación económica por carencia de vivienda, y por tal la razón que se establece en la misma cuantía final (de 45.000 a 15.000 pesetas, atendiendo al empleo militar). La única diferencia es que el cánón se fija conforme a un sistema progresivo en un periodo de tres años (Disposición Transitoria quinta del Real Decreto), y la compensación pecuniaria de forma lineal en un periodo de tres años (Disposición Transitoria sexta), por resultar en ambos casos más favorable a los beneficiarios al pagar los usuarios la cuantía del cánón escalonadamente y percibir, los que no son aún usuarios, la cantidad final de la compensación desde el primer año.

*Séptimo.* Fundamentan además los actores el recurso en infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad en relación con la finalidad de las Ordenes impugnadas, que, centran en la movilidad del personal militar y que consideran no alcanzable con las medidas previstas en las Disposiciones que impugnan. Y además arbitrariedad por discriminación al fijar los cánones atendiendo a zonas geográficas.

Pues bien, con relación a tales alegatos hay que precisar que la movilidad de los integrantes de la función militar se configura en la Exposición de Motivos del Real Decreto "como una de las características y exigencias más relevantes de dicha función". Pero el fin de la normativa no es exclusivamente propiciar tal movilidad sino "vincular" la política de viviendas a desarrollar por el Ministerio de Defensa con las necesidades de apoyo logístico a las distintas Unidades, Centros y Organismos. Movilidad que además favorece si no se configura la utilización de la vivienda como un derecho personal, independiente de la prestación del servicio.

*Octavo.* Por lo que respecta a la alegada arbitrariedad por discriminación al fijar los cánones, hay que tener en cuenta que, la doctrina jurisprudencial en torno al art. 14 de la Constitución (sentencia de 26 de enero

de 1993) se basa en que el principio de igualdad supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales, sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma, criterio de diferenciación que para su relevancia ha de ser no sólo objetivo, sino también razonable.

El término comparativo para hablar de desigualdad y arbitrariedad en el importe del cánón mensual que han de abonar los militares, no debe ser la cantidad que se abonaba anteriormente, sino el índice de alquiler de viviendas en el año en que se empieza a aplicar el nuevo sistema.

La memoria justificativa económica que acompaña al informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, sobre el proyecto de Orden Ministerial por la que se fijan los cánones de uso de viviendas militares, que dió lugar a la Orden 8/91 impugnada, señala que se tuvo en cuenta el índice medio de alquiler de viviendas del Instituto Nacional de Estadística, agrupándose en tres zonas geográficas que comprendían las provincias con similitud de dichos índices medios. La igualdad, por tanto, ha de predicarse con relación a supuestos de hecho iguales, como es el precio de alquiler de viviendas en cada zona del territorio nacional, y no únicamente con relación a la retribución que tenga cada categoría de empleo militar.

La desigualdad ante la Ley sería el que tuviera que pagar el mismo cánón el usuario de una vivienda en que el índice medio de alquiler es bajo, y aquél en que su piso se encuentra en una zona de índice medio alto.

*Noveno.* El Real Decreto 1751/1990 no viene a establecer una actualización o revisión de cánones, sino que autoriza al Ministerio de Defensa a que fije los cánones a satisfacer por los usuarios de viviendas militares en la nueva organización administrativa de viviendas para el personal militar (Disposición Adicional duodécima). En la Orden Ministerial 8/91 se tiene en cuenta el último cánón establecido en la Resolución del Subsecretario de Defensa, de 12 de diciembre de 1989, como referencia para fijar el cánón definitivo por el uso de viviendas militares, pero no supone una revisión de los cánones anteriormente abonados por los usuarios de éstas viviendas. Así, no cabe hablar de porcentajes de incremento del coste de los alquileres con relación a los establecidos en 1990, pues hay que entender que el nuevo cánón obedece al nuevo diseño de política en viviendas militares, sistema que se inicia a la entrada en vigor del Real Decreto 1751/1990.

La razón de las Disposiciones Transitorias previstas en el Real

Decreto, como señala su Exposición de Motivos, es conjugar la consecuencia del objetivo de cubrir las necesidades de vivienda del personal militar en activo, derivadas de su movilidad geográfica, y las razones de operatividad de los Ejércitos, con el menor coste posible para aquéllos que resulten afectados por la aplicación de las medidas contenidas en el Real Decreto.

Se hace así una aplicación gradual y progresiva de dichas medidas, y en lo que a los cánones y compensaciones económicas sustitutorias se refiere, se establecen periodos de ocho y tres años, respectivamente, para llegar a la cuantía final que se fija en la Orden Ministerial 8/91. Las cantidades resultantes de esta situación transitoria, que han de abonarse mensualmente, están por debajo de los precios normales de mercado de alquiler de viviendas. La posición del militar usuario de viviendas acogidas a este régimen, o el que reciba una indemnización sustitutoria, es más beneficiosa que la del militar que no ha tenido acceso a viviendas militares, que indudablemente tendrá que pagar una renta mensual superior para el pago del alquiler de la vivienda que ocupe. De nuevo el elemento comparativo ofrece un trato más favorable a los recurrentes que a los militares que no son usuarios de estas viviendas, en igualdad de empleo militar y zona geográfica, criterios objetivos legalmente admisibles.

*Décimo.* Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las Ordenes impugnadas, en los extremos a que se contrae el recurso, que declaramos ajustadas a Derecho; sin que se aprecien motivos para hacer una expresa imposición de las costas procesales a tenor del art. 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **3. DOCUMENTACION**

## RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA JUDICIAL MILITAR\*

### *Artículo 128 (L.O. 4/1987)*

Quienes ejerzan cargos judiciales, fiscales y Secretarías Relatorías, estarán sujetos a responsabilidad disciplinaria judicial en los casos y con las garantías establecidas en este Capítulo.

Los artículos 129 a 134 y 136 a 142 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar han sido dejados in contenido por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, de reforma la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de forma que la responsabilidad disciplinaria de quienes, conforme a la Ley Orgánica 4/1987 ejerzan cargos judiciales, fiscales y Secretarías Relatorías será exigida con arreglo a lo dispuesto al efecto para Jueces y Magistrados en el Capítulo III del Título III del Libro IV de la Ley Orgánica 6/1985, con las adecuaciones pertinentes y las salvedades que se establecen a continuación.

### *Artículo 415 (L.O.6/1985)*

1. La responsabilidad disciplinaria sólo podrá exigirse por la Autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este capítulo.

2. La incoación de un procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, pero no se dictará resolución en éste hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal.

---

(\*) Textos Preparados por J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto.

En todo caso, la declaración de hechos probados contenida en la resolución que pone término al procedimiento penal vinculará a la resolución que se dicte en el expediente disciplinario, sin perjuicio de distinta calificación jurídica que puedan merecer en una y otra vía.

3. Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido.

#### *Artículo 416 (L.O.6/1985).*

1. Las faltas cometidas por quienes ejerzan funciones judiciales, fiscales y Secretarías Relatorías en el ejercicio de sus cargos podrán ser muy graves, graves y leves.

2. Las faltas muy graves prescribirán a los dos años, las graves al año, y las leves en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido. No obstante, en el supuesto previsto en el artículo 417.5, el plazo de prescripción se iniciará a partir de la firmeza de la sentencia que declare la responsabilidad civil.

3. La prescripción se interrumpirá desde la fecha de notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario o, en su caso, de las diligencias informativas relacionadas con la conducta investigada.

El plazo de prescripción vuelve a correr si las diligencias o el procedimiento permanecen paralizados durante seis meses por causa no imputable al sujeto al expediente disciplinario.

#### *Artículo 417 (L.O.6/1985)*

Son faltas muy graves:

1. El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme.

2. (No aplicable a la Jurisdicción Militar).

3. La provocación reiterada de enfrentamientos graves con las Autoridades de la circunscripción en que se desempeñe el cargo, por motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional.

4. La intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

5. Las acciones u omisiones que hayan dado lugar en sentencia firme a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave conforme al artículo 411 de esta ley.

6. El ejercicio de cualquiera de las actividades incompatibles con el cargo, establecidas en el artículo 389 de esta Ley, salvo las que puedan constituir falta grave con arreglo a lo dispuesto en el artículo 418.13º de la misma.

7. Provocar el nombramiento para funciones judiciales, fiscales o de Secretaría Relatoría en que concurra alguna de las situaciones de incompatibilidad o prohibición previstas en el artículo 120 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, o mantenerse en el desempeño de su cargo sin poner en conocimiento del Organismo competente las circunstancias necesarias para proceder al cese en el destino.

8. La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas.

9. La desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales, fiscales y de las Secretarías Relatorías.

10. (No aplicable a la Jurisdicción Militar).

11. Faltar a la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas.

12. La revelación de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona.

13. El abuso de la condición de Juez para obtener un trato favorable e injustificado de Autoridades, funcionarios o profesionales.

14. La comisión de una falta grave cuando hubiere sido anteriormente sancionado por otras dos graves, que hayan adquirido firmeza, sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en el art. 427 de esta Ley.

La Disposición Adicional Primera de la L.O.16/1994, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985 añadió, en el ámbito de la Jurisdicción Militar, la siguiente falta muy grave:

— Los enfrentamientos graves y reiterados, por causas imputables a las personas a que se refiere el artículo 128 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, con las Autoridades y con los Mandos militares de la circunscripción en que desempeñan su cargo.

*Artículo 418 (L.O.6/1985)*

Son faltas graves:

1. La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad.

2. Interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro órgano judicial o fiscal.

3. Dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o Corporaciones Oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando las funciones judiciales o fiscales o sirviéndose de esta condición.

4. Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción.

5. El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los subordinados, miembros de la Fiscalía Jurídico Militar, abogados, procuradores y de quienes acudieren a los Organos Judiciales Militares en cualquier concepto.

6. Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden.

7. Revelar hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando no constituyan la falta muy grave del apartado 12 del artículo 417 de esta Ley.

8. (No es aplicable a la Jurisdicción Militar).

9. El incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados, cuando no constituya falta muy grave.

10. El retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave.

11. El incumplimiento o desatención reiterada a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el Consejo General del Poder Judicial, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y los Auditores Presidentes de los Tribunales Militares Central y Territoriales y, en el caso de quienes desempeñen cargos fiscales, del Fiscal General del Estado, Fiscal Togado o los Fiscales Jefes de los Tribunales Militares o sus respectivos representantes, o la obstaculización, en su caso y en todos los supuestos, de sus funciones inspectoras.

12. (No es aplicable a la Jurisdicción Militar).

13. El ejercicio de cualquier actividad de las consideradas compatibilizables a que se refiere el artículo 389.5º de esta Ley, sin obtener cuando esté prevista la pertinente autorización o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados.

14. La abstención injustificada cuando así sea declarada por el Organismo competente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica Procesal Militar.

15. La comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por resolución firme por otras dos leves sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en el art. 427.

La Disposición Adicional Primera de la L.O.16/1994, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985 añadió, en el ámbito de Jurisdicción Militar, la siguiente falta grave:

— El incumplimiento por los Fiscales, de las Ordenes concretas e Instrucciones sobre la aplicación e interpretación de las leyes, con carácter general o referentes a un hecho determinado, que se les hayan dado por sus superiores.

#### *Artículo 419 (L.O.6/1985)*

Son faltas leves:

1. La falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave.

2. La desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico judicial o fiscal, con los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar, abogados y procuradores, con los Secretarios, oficiales, auxiliares del órgano jurisdiccional y con quienes acudieren a los mismos en cualquier concepto.

3. El incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resoluciones en cualquier clase de asunto que conozca.

4. (No es aplicable a la Jurisdicción Militar).

5. La desatención a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el Consejo General del Poder Judicial, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y los Auditores Presidentes de los Tribunales Militares Central y Territoriales y, en el caso de quienes

desempeñaren cargos fiscales, del Fiscal General del Estado, Fiscal To-gado, los Fiscales Jefes de los Tribunales Militares o sus representantes.

*Artículo 420 (L.O.6/1985)*

1. Las sanciones que se pueden imponer a quienes ejerzan cargos judiciales, fiscales y Secretarías Relatorías por faltas cometidas en el ejer-cicio de sus cargos son:

- a) Advertencia.
- b) Multa de hasta quinientas mil pesetas.
- c) Pérdida de destino.
- d) Suspensión de hasta tres años.
- e) Separación del servicio.

La pérdida de destino tendrá como efecto el cese en el cargo que de-sempeñe el sancionado quien no podrá durante dos años ser destinado a cargos judiciales, fiscales o de Secretaría Relatoría.

2. Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o multa de hasta cincuenta mil pesetas o con ambas; las graves con multa de cin-cuenta mil una a quinientas mil pesetas; y las muy graves con suspensión, pérdida de destino y separación del servicio.

3. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los dos años; las impuestas por faltas graves al año; y por faltas leves en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas. Dichos plazos de prescripción comenzarán a computarse desde el día si-guiente a aquel en que *adquiera firmeza la resolución por la que se impu-sieron las sanciones.*

*Artículo 421 (L.O. 6/1985)*

1. Serán competentes para la imposición de sanciones a quienes ejerzan cargos judiciales militares:

- a) Para la sanción de advertencia la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.
- b) Para la sanción de multa o de advertencia y multa correspondien-te a faltas leves, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.
- c) Para las sanciones correspondientes a faltas graves, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial.
- d) Para las muy graves, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

2. No obstante, los órganos a que hacen referencia las anteriores reglas pueden imponer sanciones de menor gravedad que las que tienen ordinariamente atribuidas si, al examinar un expediente que inicialmente está atribuido a su competencia, resulta que los hechos objeto del mismo merecen un inferior reproche disciplinario.

3. En la imposición de sanciones por las Autoridades y órganos competentes deberá observarse la debida adecuación o proporcionalidad entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

#### *Artículo 422 (L.O.6/1985)*

1. La sanción de advertencia se impondrá sin más trámite que la audiencia del interesado, previa una información sumaria.

Contra la resolución que recaiga sobre dicha clase de sanción podrá interponer el sancionado con carácter potestativo, antes de acudir a la vía prevista en el artículo 23.6 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, recurso administrativo y el denunciante, en su caso, acudir a la misma vía.

2. Las restantes sanciones deberán ser impuestas por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

#### *Artículo 423 (L.O.6/1985)*

1. El procedimiento disciplinario se iniciará de oficio, por acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central o, en su caso, de la Comisión Disciplinaria o del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, bien por propia iniciativa, como consecuencia de orden o petición razonada de distinto órgano, o de denuncia. También se iniciará a instancia de la Fiscalía Jurídico Militar.

2. Toda denuncia sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general y de la actuación de quienes ejerzan funciones judiciales en particular será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe del Servicio de Inspección, quien podrá proponer el archivo de plano, la formación de diligencias informativas o la incoación directa de procedimiento disciplinario. Previamente deberá solicitarse informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.

La resolución motivada que dicte la Sala de Gobierno o la Comisión Disciplinaria sobre la iniciación del expediente se notificará al denunciante, que no podrá impugnarla en vía administrativa, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional.

Si se incoare expediente disciplinario se notificarán al denunciante las resoluciones que recaigan y podrá formular alegaciones, pero no recurrir la decisión del expediente en vía administrativa, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional.

3. En el acuerdo que mande iniciar el procedimiento se designará Instructor delegado a un miembro del Cuerpo Jurídico Militar que ejerza funciones judiciales militares, de empleo superior al de aquél contra el que se dirija el procedimiento, salvo que el Instructor designado sea Oficial General que será válido para cualquier expedientado. A propuesta del Instructor delegado se designará un Secretario del mismo Cuerpo y en las mismas funciones.

*Artículo 424 (L.O. 6/1985)*

La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, por propia iniciativa, oído el instructor delegado o a propuesta de éste, previa audiencia de la persona contra la que se dirija el expediente, de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y de la Fiscalía Jurídico Militar, puede acordar cautelarmente la suspensión provisional del expedientado por un periodo máximo de seis meses, cuando aparezcan indicios racionales de la comisión de una falta muy grave.

*Artículo 425 (L.O. 6/1985).*

1. El instructor delegado practicará cuantas pruebas y actuaciones sean necesarias para la determinación y comprobación de los hechos y responsabilidades susceptibles de sanción, con intervención de la Fiscalía Jurídico Militar y del interesado, que podrá valerse de abogado desde el inicio del expediente.

2. A la vista de las pruebas y actuaciones practicadas, el instructor delegado formulará, si procediere, pliego de cargos, en el que se expondrán los hechos imputados con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que pudieran ser de aplicación.

El pliego de cargos se notificará al interesado para que, en el plazo de ocho días, pueda contestarlo y proponer la prueba que precise, cuya pertinencia será calificada por el instructor delegado.

3. Contestado el pliego o transcurrido el plazo sin hacerlo, y practicadas, en su caso, las pruebas propuestas por el interesado, el instructor delegado, previa audiencia de la Fiscalía Jurídico Militar, formulará propuesta

de resolución, en la que fijará con precisión los hechos, hará la valoración jurídica de los mismos e indicará la sanción que estime procedente.

Dicha propuesta de resolución se notificará al interesado para que en el plazo de ocho días, alegue lo que a su derecho convenga.

4. Evacuado el referido trámite, o transcurrido el plazo para ello, se remitirá lo actuado a la autoridad que hubiere ordenado la iniciación del procedimiento para la decisión que proceda. Cuando esta autoridad entienda procedente una sanción de mayor gravedad que las que están dentro de su competencia, elevará el procedimiento, con su propuesta, a la que sea competente. En los procedimientos por faltas graves y muy graves deberá solicitarse informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central una vez evacuado o finalizado el trámite de alegaciones a la propuesta de resolución.

5. Podrán las Autoridades competentes devolver el expediente al instructor delegado para que comprenda otros hechos en el pliego de cargos, complete la instrucción o someta al interesado una propuesta de resolución que incluya una calificación jurídica de mayor gravedad.

6. La duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses. Cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la autoridad que hubiere mandado proceder.

7. La resolución que ponga término al procedimiento disciplinario será motivada y en ella no se podrán contemplar hechos distintos de los que sirvieron de base a la propuesta de resolución, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica siempre que no sea de mayor gravedad.

8. La resolución que recaiga deberá ser notificada al interesado y a la Fiscalía Jurídico Militar, quienes si el acuerdo procede de la Sala de Gobierno o de la Comisión Disciplinaria podrán interponer contra él recurso potestativo en vía administrativa, sin perjuicio de los que legalmente procedan en vía jurisdiccional. Asimismo se notificará al denunciante, si lo hubiere, quien únicamente podrá recurrir, en su caso, en la vía prevista en el artículo 23.6 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

9. La resolución sancionadora será ejecutiva cuando agote la vía administrativa, aún cuando se hubiere interpuesto el recurso previsto en el artículo 23.6 de la Ley Orgánica 4/1987, salvo que el Tribunal acuerde su suspensión.

#### *Artículo 426 (L.O. 6/1985).*

1. Las sanciones disciplinarias serán anotadas en el expediente personal del interesado, con expresión de los hechos imputados.

2. La Autoridad que las impusiere cuidara de que se cumpla lo anterior.

*Artículo 427 (L.O. 6/1985).*

1. La anotación de la sanción de advertencia quedará cancelada por el transcurso del plazo de seis meses desde que adquirió firmeza, si durante ese tiempo no hubiere dado lugar el sancionado a otro procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción.

2. La anotación de las restantes sanciones, con excepción de la de separación del servicio, podrá cancelarse, a instancia del interesado y oída la Fiscalía Jurídico Militar, cuando hayan transcurrido al menos uno, dos o cuatro años desde la imposición firme de la sanción, según que se trate de falta leve, grave o muy grave, y durante ese tiempo no hubiere dado lugar el sancionado a nuevo procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción.

3. La cancelación borrarán el antecedente a todos los efectos.  
*Artículo 135 (L.O. 4/1987).*

Las sanciones impuestas por faltas muy graves, una vez firmes, serán comunicadas al Ministro de Defensa para que ordene su ejecución.

**Sección III.** *De la competencia y procedimientos sancionadores en relación con los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar.*

*Artículo 143 (L.O. 4/1987).*

Serán competentes para la imposición de sanciones :

1. Para imponer la de advertencia, el Fiscal Jefe respectivo. 2. Para imponer la sanción de multa en toda su extensión, el Fiscal General del Estado y por su delegación, el Fiscal Togado. 3. Para imponer las sanciones correspondientes a faltas muy graves, el Ministro de Defensa a propuesta del Fiscal General del Estado.

*Artículo 144 (L.O. 4/1987).*

La sanción de advertencia podrá imponerse, previa audiencia del interesado. Para la imposición de las restantes, será preceptiva la instrucción de expediente contradictorio, con audiencia del interesado.

La incoación del expediente contradictorio será competencia de la Autoridad sancionadora que determina el artículo 143.

En el expediente contradictorio se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 425 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuanto le sea aplicable.

*Artículo 145 (L.O. 4/1987).*

Las resoluciones del Fiscal Jefe serán recurribles en alzada ante el Fiscal Togado. Las de éste, cuando no actúe por delegación, dictadas en instancia, ante el Fiscal General del Estado.

Las resoluciones del Fiscal General del Estado o las del Fiscal Togado, cuando actúe por delegación de aquél, dictadas en instancia, serán recurribles en alzada ante el Ministro de Defensa.

Las resoluciones en vía de recurso del Fiscal Togado y del Fiscal General del Estado, y las del Ministro de Defensa, serán recurribles ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

**Sección IV.** *De la competencia y procedimiento sancionador en relación con los miembros de las Secretarías Relatorias.*

*Artículo 146 (L.O. 4/1987).*

Serán competentes para la imposición de sanciones a quienes desempeñen Secretarías Relatorias :

1. El Auditor Presidente del Tribunal o Juez Togado del que dependan, para las faltas leves.
2. La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, para las faltas graves.
3. El Ministro de Defensa, para las faltas muy graves.

*Artículo 147 (L.O. 4/1987).*

La sanción de advertencia podrá imponerse previa audiencia del interesado. Para la imposición de las restantes, será preceptivo la instrucción de un expediente contradictorio, con audiencia del interesado e intervención de la Fiscalía Jurídico Militar. En este expediente se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 425 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuanto le sea aplicable.

La incoación del expediente contradictorio será competencia de las autoridades sancionadoras.

*Artículo 148 (L.O.4/1987).*

Las resoluciones de los Auditores Presidentes de los Tribunales Militares, o de los Jueces Togados Militares, serán recurribles en alzada ante la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.

Las resoluciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dictadas en instancia, serán recurribles en alzada ante el Ministro de Defensa.

Las resoluciones en vía de recurso del Tribunal Militar Central y las del Ministro de Defensa, serán recurribles en vía contencioso disciplinaria militar ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

**CONCORDANCIAS.** Artículos 18, 23.6, 66.7, 67.3 Y 119 de la L.O. 4/1987. Artículos 42, 43, 106 y 300 de la L.O.2/1989. Artículos 200, 258, 379 y 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 437 a 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 190 a 195, 414 y siguientes, 464, 465 y 466 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José Leandro Martínez-Cardos Ruiz  
*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO: 1. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS URBANÍSTICOS; 2. RESPONSABILIDAD POR ERRÓNEA INFORMACIÓN FACILITADA POR LOS SERVICIOS ADMINISTRATIVOS; 3. CAMBIO DE ACCIONISTAS COMO CAUSA DE CADUCIDAD DE UNA CONCESIÓN.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.

1. Se incluyen en esta ocasión diversas consultas evacuadas por el Consejo de Estado durante 1994. Algunas de ellas, de forma completa y con su tenor literal. De otras, simplemente se da cuenta de su doctrina.

2. El Dictamen de 15 de junio de 1994, expdte. número 696/94, cuyo texto, incluido, está referido a un caso de revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, del acto de aprobación de la modificación de un Plan Parcial que comportó una diferente zonificación de un espacio verde.

El Consejo de Estado recuerda el criterio legal, contenido en el actual artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo, de que la intervención del propio Consejo en las modificaciones de Planes de urbanismo que afectan a zonas verdes es no sólo preceptivo sino también vinculante. La omisión de dicho trámite comporta la nulidad del acto de aprobación que, por otra parte, corresponde con carácter definitivo al órgano de gobierno de la correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Además, el Consejo aborda la cuestión atinente a si puede un Ayuntamiento revisar el acto de aprobación de un Plan hecho, conforme a la legislación anterior, por la Comisión de Urbanismo en un caso en el

que ésta actuó sin ostentar competencias para hacerlo. El Consejo señala que “en términos de principio puede anticiparse que la Administración Local, a través del órgano competente (en el caso municipal el Pleno, según lo prevenido en el art. 22.2.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril) carece de competencia para la revisión” en tales casos “pues el acto objeto de la revisión no procede de la Administración Local, sino de la Comisión Provincial de Urbanismo, integrada a la sazón como órgano periférico en la Administración del Estado”.

3. El dictamen número 504/94 aborda la cuestión relativa al alcance del artículo 6º del Código Civil, en conexión con la información errónea facilitada por la Administración Pública. En él, se sienta el criterio de que el artículo 6º del Código Civil ni impone ni comporta la existencia de un deber jurídico de conocer el contenido del ordenamiento jurídico sino que es simplemente un presupuesto de su eficacia jurídica.

4. El dictamen recaído en el expediente número 2046/94 trata del silencio positivo; en concreto, del silencio positivo en el caso de aprobación definitiva de instrumentos de planeamiento. La doctrina sentada resulta, no obstante, aplicable a todos los casos. Sabido es que la tradicional regla general de silencio negativo ha quedado muy matizada en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

En relación a esta institución, el Consejo de Estado señala que la inactividad de la Administración dentro del plazo legalmente determinado es razón suficiente para que en el ámbito de las relaciones administrativas se produzca una presunción -verdadero acto, en el caso del silencio positivo- en sentido aprobatorio, tal y como previene con carácter general el artículo 43.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. La aplicación del silencio positivo es automática, *ope legis*, siempre que concurren determinados requisitos o presupuestos, formales y sustantivos. Los requisitos formales hacen referencia, entre otros, al transcurso del plazo legal; los sustantivos, a la conformidad de lo solicitado con el ordenamiento, pues en ningún caso se puede conceder u otorgar por silencio positivo algo que no se puede conceder u otorgar mediante acto expreso. Los efectos del silencio positivo son varios, a saber: produce la estimación o aprobación del acto con todos sus efectos; el acto presunto goza de idénticas garantías de seguridad y permanencia que si el acto hubiera sido expreso; la Administración no puede ni desconocer, ni contradecir, ni alterar, mediante acto posterior expreso, la situación jurídica consolidada al amparo del silencio positivo; y, por último, la Administración, frente a dicho acto,

únicamente podrá ejercer sus facultades de revisión, dentro de los cauces legales previstos en la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

5. Entre los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado, cuyo texto no se incluye, merecen ser reseñados:

a) *Personal: Contratación laboral.*

En el Dictamen 1503/93, el Consejo de Estado señala que las Administraciones Públicas, en cuanto al personal laboral, no están excluidas de la contratación colectiva. En ella, las Administraciones Públicas no participan en el Convenio en su calidad de “poder público” sino que lo hacen como “empleadores” o “empresarios”, dando a este concepto el significado que tiene en el marco de las relaciones laborales.

b) *Contratación administrativa.*

En el Dictamen 1219/93, por su parte, se indica que es doctrina reiterada del Consejo de Estado que resulta inviable que el contratista abandone la ejecución de las obras como consecuencias de la deteriorada situación económica que pueda atravesar, aún habiéndose solicitado la declaración de suspensión.

c) *Expropiación forzosa.*

En el Dictamen 144/93 se recuerda que la declaración de utilidad pública es susceptible de recurso administrativo. Por consiguiente, las notificaciones que se practiquen deberán indicar los recursos procedentes.

ch) *Procedimiento administrativo.*

La propuesta final de resolución debe formularse inmediatamente a continuación de la audiencia a los interesados, por lo que no cabe considerar que el acuerdo de iniciación contenga ya esa propuesta afirma el Dictamen 613/93. En relación con la Ley 30/92, de 26 de noviembre, se afirma en el Dictamen 637/93 que dicho texto legal ha introducido dos cambios: la fijación en tres meses del plazo máximo para dictar resolución y la atribución de efectos positivos a la inactividad de la Administración en todos aquellos casos en que, transcurrido dicho plazo, no se esta-

blezca expresamente la desestimación presunta de las solicitudes presentadas por los interesados.

La publicidad por edictos no es el medio más idóneo para poner en conocimiento de los interesados que han formulado sus peticiones de forma defectuosa y que deben subsanarlas, afirma, por su parte, el Dictamen 1047/93.

La consulta 838/93 reitera que el trámite de audiencia es indisponible en el procedimiento) y la número 1146/93 que el instituto de la caducidad del expediente ha de utilizarse restrictivamente por la Administración”.

d) *Recurso extraordinario de revisión.*

En el dictamen 39/93 se afirma que la exigencia de “documentos incorporados al expediente” debe interpretarse en el sentido de que se entienden por tales tanto los que materialmente se encuentran incorporados al dicho expediente, como aquéllos que -en un actuar diligente- deberían estarlo y los propios archivos administrativos). También se recuerda que, mediante la invocación de existencia de “error de hecho”, no es admisible, en el trámite de sustanciación de un recurso extraordinario de revisión, abrir un nuevo debate jurídico sobre un asunto ya debatido (Dictamen 1362/93).

e) *Error judicial.*

En relación con que el error judicial, el Consejo estudió un asunto relativo a un Guardia Civil que fué detenido y posteriormente ingresado en prisión preventiva, situación en la que permaneció más de un año, acusado de un delito de sedición militar, tipificado en el artículo 92 del Código Penal Militar. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1992, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, quedaron despenalizados los supuestos de mínima transcendencia penal. Entre esos supuestos se incardinó la conducta del Guardia Civil, razón por la cual el Tribunal Militar Territorial Primero, en Auto de 14 de julio de 1992, acordó el sobreseimiento de la Causa. El afectado solicitó una indemnización al amparo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, afirmando que los hechos imputados eran inexistentes. En relación a dicho asunto, el Consejo afirmó que “la comisión de unos hechos delictivos determinó, en su día, la iniciación de un proceso penal, y, en marcha éste, el legislador transformó la sanción penal de esos hechos en sanción administrativa, por lo que el proceso perdió su objeto y terminó. Pero esta cir-

cunstancia no convirtió el funcionamiento previo de la Administración de Justicia en anormal o generador, sin más, de un derecho de indemnización. El hecho, típico en su momento, no puede entenderse “inexistente” (Dictamen 1075/93).

## II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO.

### 1. *Revisión de oficio de actos urbanísticos.*

“Primero.- La presente consulta versa sobre la pretendida nulidad de pleno derecho de la aprobación de la modificación del Plan Parcial “El Parque” de T., instada por el Ayuntamiento y que la Comisión de Urbanismo ha manifestado asumir. Para el Ayuntamiento, según lo recogido al efecto por sus órganos corporativos siguiendo el parecer del Secretario de la Corporación, se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho, invocando prioritariamente como causa de nulidad el régimen de modificaciones del planeamiento que tuviera por objeto la diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres. Como es bien conocido, la modificación del planeamiento que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, está sometida a unas garantías adicionales de competencia y procedimiento que se introdujeron en el sistema del urbanismo por la Ley de 2 de diciembre de 1963 y luego han sido incorporadas a las sucesivas Leyes sobre Ordenación urbanística, actualmente en la Ley del Suelo, Texto Refundido de 26 de junio de 1992. Las garantías consisten en la reserva de la aprobación al Órgano Ejecutivo supremo, (hasta la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas, en el marco constitucional del art. 148.1.3 a, el Consejo de Ministros, y ahora el órgano ejecutivo o de Gobierno de la Comunidad Autónoma), acuerdo que ha de ir precedido de un quórum reforzado en la aprobación inicial y en la provisional, e informes favorables del Consejo de Estado y del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo y hoy del Consejero autonómico con competencias en la materia.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1991, en una línea necesariamente coincidente con la regla legal referida a la modificación que afecte a zonas verdes o espacios libres, la jurisprudencia ha sido especialmente rigurosa a este respecto poniendo de relieve que el régimen jurídico mencionado implica una prohibición terminante

de llevar a cabo la modificación del planeamiento, sin ajustarse a las reglas de competencia y procedimiento establecidas en el antes citado artículo 50 (hoy art. 129 de la Ley del Suelo de 1992). La vulneración de indicadas reglas competenciales y de procedimiento se ha conceptualizado como generadora de un supuesto de nulidad de pleno derecho, aunque ciertamente tal calificación, si bien es predicable de las licencias otorgadas con vulneración del régimen de zonas verdes, no se hace típicamente respecto de la modificación del Plan. Así resulta del entonces art. 188 de la Ley del Suelo de 1976 y hoy del art. 255 de la Ley del Suelo de 1992.

La cuestión vista desde la perspectiva del artículo 109 en relación con el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y hoy desde lo que disponen los artículos 102 y 62.1 de la Ley 30/1992, se centra pues en si concurre el supuesto de nulidad de pleno derecho tipificados en el artículo 47.1., en su caso, art. 62.1 de la Ley citada en segundo lugar. Aunque las consecuencias derivadas de que se aplica uno u otro régimen legal, no varían sustancialmente, la cuestión debe examinarse atendiendo a lo que dispone la Ley de 17 de julio de 1958, por ser la ley vigente cuando se produjo la presunta ilegalidad competencial y procedimental.

En primer lugar, actos afectados por nulidad de pleno derecho, según lo establecido en el citado artículo 47, son aquellos que proceden de órgano manifiestamente incompetente. Que en el caso considerado se ha aprobado la modificación del Plan por órgano que carecía de competencia, resulta sin más de las reglas propias del régimen urbanístico, pues a la sazón la competencia estaba atribuida al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo y previo informe de la Comisión Central de Urbanismo y en el derecho actualmente vigente al órgano ejecutivo superior de la Comunidad Autónoma correspondiente, previo informe favorable del Consejero competente por razón de la materia y del Consejo de Estado u órgano autonómico correspondiente. A este vicio de incompetencia se añade la omisión total del procedimiento especial requerido, pues ni se ha recabado el informe del Ministro (ahora del Consejero) ni el del Consejo de Estado, de especial relevancia dado el carácter de órgano constitucional externo a la Administración actora que tiene el Consejo de Estado y de su esencial función garantista, acentuada en el caso del régimen de zonas verdes.

El carácter irrenunciable de la competencia y lo ostensible del vicio competencial permite, en el caso considerado, entender que la aprobación definitiva objeto de la revisión, configura un supuesto de nulidad de pleno derecho, a lo que se suma la falta total y absoluta del procedimiento

legalmente establecido para la modificación de planes que afecten a zonas verdes y espacios libres. No se ha omitido alguno de los trámites de tal procedimiento especial, sino que se ha prescindido por entero, de un modo manifiestamente terminante, del procedimiento fijado para elaborar un planeamiento afectante a zonas verdes. No se trata de una vulneración o insuficiencia parcial de trámites, sino que se ha burlado el procedimiento legalmente establecido al efecto.

Segundo.- Sentada con rigor la existencia de una vulneración ostensible de las reglas de competencia y procedimiento, debe examinarse a continuación si el Ayuntamiento de T. tiene competencia para instruir y resolver el procedimiento de revisión.

El hecho de que el acto de aprobación definitiva del Plan incurso en vulneración de las reglas garantistas de inexcusable observancia para la modificación o alteración de zonas verdes, proceda de la Comisión de Urbanismo y no del Ayuntamiento de T., requiere estudiar si la potestad revisora podía asumirla la Corporación Municipal, para ello ha de partirse de que la genérica atribución de la competencia para revisar de oficio, en las dos modalidades, previstas en los artículos 109 y 110, se refieren sin más especificaciones a la Administración. En términos de principio puede anticiparse que la Administración Local, a través del órgano competente (en el caso municipal el Pleno, según lo prevenido en el art. 22.2.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril) carece de competencia para la revisión, pues el acto objeto de la revisión no procede de la Administración Local, sino de la Comisión Provincial de Urbanismo, integrada a la sazón como órgano periférico en la Administración del Estado. Mas la cuestión ofrece una mayor complejidad.

En efecto, como ha declarado la Jurisprudencia, la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen del planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas, y su actuación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que la aprobación inicial y la provisional corresponde al Municipio, a la que sigue en el tiempo la aprobación definitiva que corresponde en la actualidad a la Comunidad Autónoma y en el tiempo al que se refiere el presente asunto correspondía a la Administración del Estado a través de su órgano periférico esto es, la Comisión Provincial de Urbanismo.

Cuando se trata de una modificación que afecta a zonas verdes, el procedimiento a seguir se ajusta al procedimiento general, en el que es requisito que la Corporación Municipal se sujete a las reglas propias para

adoptar acuerdos, pero se exigen unos trámites especiales que, tratándose del régimen vigente cuando se elaboró la modificación del planeamiento, son el informe favorable de la Comisión Central de Urbanismo y, en su caso, del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo. Cumplidos estos trámites y previo informe preceptivo y vinculante del Consejo de Estado, se somete a la aprobación del Consejo de Ministros. Resulta así que la Comisión Provincial de Urbanismo carecía de competencia para la aprobación definitiva de la modificación del Plan pues debió dirigir el procedimiento para culminar en la decisión del Consejo de Ministros. Siendo esto así es claro, en principio, que el Ayuntamiento de T. no puede revisar de oficio la aprobación definitiva, sino que debió remitir la decisión a la Comisión de Urbanismo, aunque es innegable el interés del Ayuntamiento para instar la nulidad, por los cauces legalmente establecidos.

La cuestión es si la asunción por la Comisión de Urbanismo, por unanimidad de sus miembros, de la revisión de oficio de su acuerdo relativo a la aprobación definitiva del Plan parcial "El Parque", de T., cumple las exigencias competenciales. Podría pensarse que la Comisión Provincial al asumir la revisión ejerció debidamente la potestad y competencia revisora. Si por asunción entendemos atraer o tomar para si o aceptar lo decidido por el Ayuntamiento de Talavera, podría llegarse a la conclusión de que la Comisión Provincial de Urbanismo ha tomado como propia la decisión de revisión. La asunción del acuerdo municipal, como forma atípica de adjudicarse el acto de revisión de oficio emanado del Ayuntamiento de T., no permite entender que la Administración autora de la aprobación definitiva del Plan Parcial "El Parque", haya decidido su nulidad, pues las notas definidoras de la competencia, cuales son su atribución por una norma de derecho objetivo y su carácter de improrrogable, no permite una, a modo de figura inversa a la avocación competencial, que pueda atribuir la revisión acordada por el Ayuntamiento a la Administración Autónoma

Tercero.- Partiendo de que la modificación del Plan Parcial "El Parque" no se atuvo a las reglas competenciales y de procedimiento cuando la modificación afecta a zonas verdes o espacios libres, y por esto en los términos estudiados quedó incurso en una severa crítica con efectos subsumibles en la nulidad de pleno derecho, debe recordarse, sin embargo, que en el expediente hay referencias suficientes de que un instrumento urbanístico general, de ordenación y efectos parejos a los Planes Generales, ha introducido modificaciones afectantes al terreno objeto de la revisión, pasando al parecer de su calificación de zona verde a la de suelo edificable, con Ordenanza. No hay certeza absoluta de que esto sea

así, mas tendría que aclararse, pues, si fuera cierto que un instrumento de planeamiento general, ha alterado la calificación de zona verde, el ejercicio de la potestad revisora estaría impedido por el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo (y hoy del artículo 106 de la Ley 30/1992), pues no sería posible dado el tiempo transcurrido, el cambio de circunstancias y el derecho de los particulares, que se procediera a la revisión de un instrumento parcial que, tras el indicado cambio del planeamiento general, estaría ajustado a derecho.

No sería correcto decir que las indicadas Normas Subsidiarias no se han aprobado cumpliendo las garantías competenciales y de procedimiento establecidas al servicio de la protección de las zonas verdes o espacios libres, pues como ha dicho la doctrina jurisprudencial con un antecedente en el RPU (art. 154) el procedimiento reforzado de protección de las zonas verdes y espacios libres es aplicable a la modificación de los planes, pero no a la otra modalidad de alteración del planeamiento, cual es la revisión; el procedimiento especial solamente es aplicable en los supuestos de modificación de los planes, en sentido estricto, pero no en los casos de revisión de un Plan, bien mediante la revisión de este instrumento o su sustitución por el instrumento de ordenación general cual son las Normas Subsidiarias del Planeamiento. En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988 y la posterior de 30 de abril de 1990. Cuando el Plan General se sustituye por un nuevo Plan o por unas Normas Subsidiarias de Planeamiento, se está en presencia de un supuesto de revisión (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1985) pues la ordenación urbanística de los Municipios puede realizarse a través de Planes Generales o de Normas Subsidiarias o complementarias del Planeamiento, de modo que no hay inconveniente en entender que unas Normas Subsidiarias se configuren como un instrumento de planeamiento general y comporten una revisión o nueva redacción, no efectada por las limitaciones aplicables a la modificación de elementos del plan que se refieren a las zonas verdes.(Dictamen número 696/94).

## 2. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.*

1. "Conforme a los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común el derecho a reclamar prescribe al año de produci-

do el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Esta previsión legal acoge el denominado principio general de la "actio nata" que significa que el "cómputo del plazo para ejercer la acción de reclamación sólo puede comenzar cuando ello es posible" (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985 y 15 de octubre de 1990); en otros términos, el plazo se cuenta desde el momento en que se manifiesta la lesión.

En el caso sometido a consulta, el eventual daño sufrido por el reclamante se puede concretar en el momento de desestimarse su petición de devolución del 90% del importe de la tasa abonada en concepto de licencia de obras, esto es el día 23 de octubre de 1990.

El plazo de un año para reclamar ha de contarse desde desde la citada fecha de 23 de octubre de 1990. Los servicios administrativos estiman que desde ese momento hasta bien septiembre de 1992, fecha de la presentación de la correspondiente queja ante el Defensor del Pueblo Vasco, bien el 22 de septiembre de 1993, habían transcurrido con exceso el plazo de un año a que se refiere la Ley. Los servicios administrativos no toman en consideración el escrito presentado por el reclamante ante el Ayuntamiento de B. el día 19 de noviembre de 1990 en el que se contiene una solicitud de indemnización de los daños y perjuicios para el caso de que no se reconocieran los beneficios fiscales.

La presentación del referido escrito de reclamación de daños y perjuicios el día 19 de noviembre de 1990 comporta que deba estimarse presentada en plazo la solicitud de indemnización, de tal suerte que la deducida en 22 de noviembre de 1993 ha de considerarse reiteración de la inicial.

Es cierto que dicha reclamación se presentó ante una Administración distinta, el Ayuntamiento de Basauri, de aquélla a la que, en última instancia, se le imputa la causación del daño, el Gobierno vasco. Una interpretación estricta de los artículos 65 y 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo llevaría a estimar que dicha reclamación resultó irrelevante a cualquier efecto y, en especial, a los de interrumpir la prescripción. Pero debe señalarse que el Ayuntamiento de B. ni rechazó la recepción de la reclamación, ni la remitió al Gobierno Vasco, ni, en fin, advirtió al solicitante de la incorrección de su actuación.

El artículo 8.2 de la Ley de Procedimiento administrativo establece que el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto, remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si depende del mismo Departamento ministerial. Aunque referido a órganos y no a organismos, la jurisprudencia ha hecho

extensiva la previsión del citado artículo 8.2 a los supuestos de escritos presentados ante organismos que carecen de competencia, de tal suerte que éstos quedan obligados a remitirlos a quienes lo son (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1986).

Al estimarse que la reclamación se presentó dentro del año inmediatamente siguiente al de la producción del daño y, en concreto, el 18 de noviembre de 1990, resulta aplicable el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y procede considerar si concurren o no los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad de ésta.

Ha quedado acreditado el daño, su carácter individual, concreto y evaluable económicamente, sufrido por el reclamante. También está demostrado que el Gobierno Vasco facilitó al peticionario una información inexacta en relación con las bonificaciones fiscales de que disfrutaría caso de rehabilitar su vivienda. La única cuestión que debe abordarse es la de si el Gobierno Vasco debe indemnizar al reclamante por ello.

Los servicios administrativos se muestran contrarios por cuanto, aun cuando reconocen la inexactitud de la información facilitada, estiman que resulta de aplicación el artículo 6 del Código Civil que prevé que "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento"; en otros términos, que el Sr. M., pese a lo que constaba en el folleto informativo facilitado por el Gobierno Vasco, debía conocer que las bonificaciones fiscales para las tasas devengadas por la obtención de licencias de obras habían quedado derogadas tras la entrada en vigor de la Ley de Haciendas Locales.

Yerran los servicios administrativos al dar al artículo 6 la significación que expresan. El precepto del Código Civil no impone la obligación de conocer las leyes sino que se limita a declarar que la ignorancia jurídica de las personas no impide el cumplimiento de las leyes. Ello explica que el ordenamiento recoja preceptos en los que se protege al que ha obrado equivocadamente por desconocer el derecho, en los que se valora su buena fé y en los que se estima el error del que contrata o paga por no conocer bien el contenido de las disposiciones vigentes.

En el caso sometido a consulta, el artículo 6 del Código Civil ha sido aplicado pues el Sr. M. ha abonado íntegramente la tasa devengada con ocasión de la licencia de obras solicitada. Pero resulta innegable que la Administración, al facilitarle una información errónea sobre las bonificaciones fiscales de que gozaría al rehabilitar su vivienda, indujo al reclamante a actuar de una determinada manera, ocasionándole un perjuicio económico. La Administración creó una apariencia que sólo a ella es imputable y, amparado en la misma, el reclamante se decidió a actuar como

lo hizo, sufriendo un perjuicio económico que es imputable, en definitiva, a los servicios administrativos.

Al concurrir pues los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para declarar la responsabilidad patrimonial de la Autónoma del Gobierno Vasco, procede hacerlo." (Dictamen número 504/94).

2. "El Consejo de Estado estima que no procede reconocer derecho de indemnización alguna en favor de la parte reclamante por cuanto ninguno de los daños aducidos constituye lesión indemnizable en sentido técnico jurídico.

En efecto, los primeros invocados, la destrucción del medio ambiente urbano y el impacto visual negativo para los usuarios de la vivienda, no comportan menoscabo o lesión de derecho alguno de los propietarios de las fincas afectadas, por cuanto éstos, y sin perjuicio de la relatividad de todo juicio estético, no tienen derecho a una especial configuración de los elementos urbanos y naturales que configuran el paisaje como ya ha puesto de manifiesto una significativa jurisprudencia extranjera (*Tribunal Supremo de Dinamarca, Sentencia de 17 de febrero de 1989*). La forma de configurar una obra pública, y sin perjuicio de indemnizar a los particulares por daños concretos e individualizados que produjere, corresponde a la Administración Pública. Es a ella a compete valorar los intereses públicos y determinar la ubicación y estructura de la obra pública, de tal suerte que los administrados están obligados a soportar las molestias que su ejecución o establecimiento pudieren producir. Por ello, en el caso presente, ha de concluirse que los eventuales perjuicios estéticos aducidos, además de ser fruto de apreciación subjetiva, constituirían en su caso cargas generales derivadas de la satisfacción de los intereses de los administrados por parte de la Administración mediante la construcción del correspondiente viaducto y, en consecuencia, no indemnizables.

Por lo que se refiere a los eventuales daños producidos por los ruidos que ocasionará el tráfico de la vía pública y por el peligro de caída sobre las viviendas de algún vehículo, el Consejo de Estado considera que no resulta tampoco procedente reconocer en favor de la parte reclamante indemnización alguna por cuanto los perjuicios aducidos no constituyen lesión jurídica en sentido estricto. Como bien señala la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en su artículo, para que un daño sea indemnizable debe ser individualizado y concreto, lo que comporta su realidad. En el caso de los reclamados, los daños no son tales sino simples riesgos que eventualmente pudieren concretarse en el futuro y produ-

cir lesiones indemnizables o simples molestias no indemnizables y de obligado sufrimiento por el afectado. Falta, pues, en ellos la nota de la realidad y de la especificación precisa para reconocerlos como daños jurídicos.” (Dictamen 1041/93).

3. “La extinción del vínculo reglamentario del militar de empleo por expiración del tiempo pactado, puede dar lugar a la percepción de una prestación por razón de desempleo, pero no comporta indefectiblemente la causación de un daño indemnizable” (Dictamen 1650/92).

### 3. *Concesiones administrativas: modificación del accionariado.*

“La segunda cuestión a considerar es la de si la transmisión de todas las acciones de la entidad concesionaria constituye o no una transferencia de la concesión.

La consideración ha de hacerse desde la especial perspectiva de las concesiones administrativas; en concreto, en atención a la cuestión de la libre transferencia de las mismas. Nuestro ordenamiento jurídico distinguía tradicionalmente dos supuestos en materia de transferencias concesionales: en el caso de las concesiones de dominio público, y conforme al artículo 103 de la Ley de Obras Públicas de 1877, el concesionario podía transferir su concesión libremente, sin perjuicio de dar cuenta a la Administración; en el caso de concesiones de servicio público, la transferencia de la concesión exige previa autorización administrativa. Dicha nítida separación de regímenes se ha venido empañando progresivamente mediante la progresiva atracción de la disciplina jurídica de la concesión de dominio público por la de servicio público, bien mediante la imbricación de caracteres propios de una y otra en concesiones mixtas, bien mediante la acentuación del carácter personalista de la concesión de dominio público.

La calificación de una concesión como mixta de dominio y servicio público, lo que debe hacerse en atención a la legislación aplicable, tiene una consecuencia determinante, a saber: la importancia de la identidad del concesionario. A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión y las condiciones en que explota el servicio y la obra pública. Ello se evidencia en el caso de la concesión sometida a consulta en la cláusula 14ª del pliego del otorgamiento que permite la transferencia de la concesión, “previa la conformidad expresa de la Administración”.

Sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, procede analizar la cuestión relativa a si la

transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión. Es claro que en tal caso no se produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los últimos propietarios. Como se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de las instituciones jurídicas. Es preciso, traspasando los conceptos abstractos y las formas jurídicas, investigar el fondo de las situaciones.

En el caso presente, la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario, de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías. Este criterio, especificación de la doctrina ampliamente amparada por la jurisprudencia y denominada del "levantamiento del velo", se ha visto además ratificada incluso reglamentariamente en el artículo 137.4 del Reglamento de Costas, tan invocado en el expediente, que preve que "cualquier cambio de titularidad de las acciones o participaciones que suponga sustitución de los socios o accionistas que lo fueren al tiempo del otorgamiento de la concesión, en porcentaje igual o superior al 50 por ciento del capital social".

3. La aplicación de lo expuesto al caso sometido a consulta comporta que resulte procedente declarar la caducidad de la concesión cuyo expediente se somete a consulta. En efecto, ha quedado acreditado que se produjo una transferencia de la titularidad de las acciones de la entidad concesionaria sin haberse obtenido la previa autorización administrativa y antes de levantarse el acta de reconocimiento de las obras. Ello debe equipararse a transmisión de la concesión sin haber obtenido la conformidad de la Administración y antes de reconocerse las obras, lo que constituye una infracción grave de las condiciones del otorgamiento y, en consecuencia, determinante de que la concesión quede incurso en causa de caducidad." (Dictamen número 998/94).

**NACIONES UNIDAS**  
**ASAMBLEA GENERAL A/C. 6/49/L.9**  
**9 de noviembre de 1994**

**Cuadragésimo noveno periodo de sesiones**

**SEXTA COMISION**

**Tema 141 del programa**

**CUESTION DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ATAQUES  
CONTRA EL PERSONAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y  
PERSONAL CONEXO Y MEDIDAS PARA QUE SE SOMETA  
A JUICIO A LOS RESPONSABLES DE ESOS ATAQUES**

Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, Federación de Rusia, Fiji, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Tailandia, Kenya, Liechtenstein, Malasia, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, República de Moldova, Rumanía, Singapur, Suecia, Trinidad y Tobago y Ucrania: proyecto de resolución.

**LA ASAMBLEA GENERAL**

Considerando que el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional contribuyen al logro de los propósitos y principios establecidos en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

Gravemente preocupada por el número cada vez mayor de ataques contra el personal de las Naciones Unidas y personal conexo que han causado muertes o heridas graves.

Teniendo presente que las operaciones de las Naciones Unidas pueden llevarse a cabo en situaciones que entrañan riesgos para la seguridad del personal de las Naciones Unidas y personal conexo.

Reconociendo la necesidad de fortalecer y de mantener bajo examen los arreglos para la protección del personal de las Naciones Unidas y personal conexo.

Recordando su resolución 48/37, de 9 de diciembre de 1993, por la que creó el Comité Especial encargado de elaborar una Convención Internacional sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el personal conexo, con especial referencia a la responsabilidad por los ataques contra ese personal.

Tomando en cuenta el informe del Comité Especial (1), en particular el texto revisado de negociación elaborado por el Comité Especial.

Recordando su decisión, de conformidad con la recomendación del Comité Especial, de volver a crear un grupo de trabajo en el marco de la Sexta Comisión en el actual periodo de sesiones de la Asamblea General a fin de continuar el examen del texto revisado de negociación y de las propuestas relativas a este último.

Habiendo examinado el texto del proyecto de convención elaborado por el Grupo de Trabajo (2) y presentado a la Sexta Comisión para que lo examinara con miras a su aprobación,

1. Aprueba y declara la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, cuyo texto se adjunta a la presente resolución, abierta a la firma y ratificación, aceptación o aprobación, o a la adhesión a ella.

2. Insta a los Estados a que adopten todas las medidas apropiadas que garanticen la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado en su territorio.

3. Recomienda que todos los órganos pertinentes de la Organización mantengan en examen continuo la cuestión de la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado.

4. Subraya la importancia que atribuye a la rápida finalización de un examen amplio de los arreglos relativos a la indemnización por muerte, invalidez, lesiones o enfermedad que puedan atribuirse al servicio para el mantenimiento de la paz, con miras a elaborar arreglos equitativos y apropiados y asegurar un reembolso expeditivo.

---

(1) Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno periodo de sesiones. Suplemento n° 22 (A/19/22).

(2) A/C. 6/49/L.4, anexo

**ANEXO**  
**CONVENCION SOBRE LA SEGURIDAD DEL PERSONAL DE**  
**LAS NACIONES UNIDAS Y EL PERSONAL ASOCIADO**

**LOS ESTADOS PARTES EN LA PRESENTE CONVENCION**

Profundamente preocupados por el creciente número de muertos y heridos como resultado de atentados deliberados contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado,

Teniendo presente que no puede justificarse ni aceptarse que el personal que actúa en nombre de las Naciones Unidas sea objeto de atentados o malos tratos de cualquier tipo quienquiera los cometa,

Reconociendo que las operaciones de las Naciones Unidas se realizan en interés de toda la comunidad internacional y de conformidad con los principios y los propósitos de las Naciones Unidas.

Reconociendo la importante contribución que el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado aportan a las actividades de las Naciones Unidas en las esferas de la diplomacia preventiva, el establecimiento, el mantenimiento y la consolidación de la paz, y las operaciones humanitarias y de otro orden,

Conscientes de los acuerdos existentes para velar por la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado, en particular de las medidas adoptadas por los órganos principales de las Naciones Unidas a ese respecto,

Reconociendo no obstante, que las medidas existentes para la protección del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado son insuficientes.

Reconociendo que la eficacia y seguridad de las operaciones de las Naciones Unidas mejoran cuando esas operaciones se realizan con el consentimiento y la cooperación del Estado receptor,

Apelando a todos los Estados en que estén desplegados el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, y a todas las entidades cuya ayuda pueda necesitar ese personal, para que presten apoyo cabal con miras a facilitar la realización y el cumplimiento del mandato de las operaciones de las Naciones Unidas,

Convencidos, por ello, de la urgente necesidad de adoptar medidas apropiadas y eficaces para prevenir los atentados cometidos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y para castigar a quienes los hayan cometido,

Han convenido en lo siguiente:

## ARTICULO 1

### **Definiciones**

Para los efectos de la presente Convención:

- a) Por “personal de las Naciones Unidas” se entenderá:
  - i) Las personas contratadas o desplegadas por el Secretario General de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas;
  - ii) Otros funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas o sus organismos especializados o el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) que se encuentren presentes, con carácter oficial, en una zona donde se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas;
- b) Por “personal asociado” se entenderá:
  - i) Las personas asignadas por un gobierno o por una organización intergubernamental con el acuerdo del órgano competente de las Naciones Unidas;
  - ii) Las personas contratadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, por un organismo especializado o por el OIEA;
  - iii) Las personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el Secretario General de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el OIEA;

Para realizar actividades en apoyo del cumplimiento del mandato de una operación de las Naciones Unidas:

c) Por “operación de las Naciones Unidas” se entenderá una operación establecida por el órgano competente de las Naciones Unidas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y realizada bajo la autoridad y control de las Naciones Unidas:

- i) Cuando la operación esté destinada a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales; o

- ii) Cuando el Consejo de Seguridad o la Asamblea General haya declarado, a los efectos de la presente Convención, que existe un riesgo excepcional para la seguridad del personal que participa en la operación.
- d) Por “Estado receptor” se entenderá un Estado en cuyo territorio se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas;
- e) Por “Estados de tránsito” se entenderá un Estado, distinto del Estado receptor, en cuyo territorio el personal de las Naciones Unidas y asociado o su equipo estén en tránsito o temporalmente presentes en relación con una operación de las Naciones Unidas.

## ARTICULO 2

### **Ambito de aplicación**

1. La presente Convención se aplicará al personal de las Naciones Unidas y al personal asociado y a las operaciones de las Naciones Unidas, según se definen en el artículo 1.

2. La presente Convención no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales.

## ARTICULO 3

### **Identificación**

1. Los componentes militares y de policía de las operaciones de las Naciones Unidas, así como sus vehículos, embarcaciones y aeronaves, llevarán una identificación distintiva. El resto del personal, vehículos, embarcaciones y aeronaves que participen en la operación de las Naciones Unidas llevarán la debida identificación a menos que el Secretario General de las Naciones Unidas decida otra cosa.

2. Todo el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado portará los documentos de identificación correspondientes.

## ARTICULO 4

### **Acuerdos sobre el estatuto de la operación**

El Estado receptor y las Naciones Unidas concluirán lo antes posible un acuerdo sobre el estatuto de la operación de las Naciones Unidas y de

todo el personal que participa en la operación, el cual comprenderá, entre otras, disposiciones sobre las prerrogativas e inmunidades de los componentes militares y de policía de la operación.

#### ARTICULO 5

##### **Tránsito**

El Estado de tránsito facilitará el tránsito sin obstáculos del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y de su equipo hacia el Estado receptor y desde éste.

#### ARTICULO 6

##### **Respeto de las leyes y reglamentos**

1. Sin perjuicio de las prerrogativas e inmunidades de que gocen o de las exigencias de sus funciones, el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado:

a) Respetará las leyes y reglamentos del Estado receptor y del Estado de tránsito; y

b) Se abstendrá de toda acción o actividad incompatible con el carácter imparcial e internacional de sus funciones.

2. El Secretario General tomará todas las medidas apropiadas para asegurar la observancia de estas obligaciones.

#### ARTICULO 7

##### **Obligación de velar por la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado**

1. El personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, su equipo y sus locales no serán objeto de ataques ni de acción alguna que les impida cumplir su mandato.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para velar por la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal conexo. En particular, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para proteger al personal de las Naciones Unidas y el personal asociado desplegado en su territorio contra los delitos enumerados en el artículo 9.

3. Los Estados Partes cooperarán con las Naciones Unidas y con los demás Estados Partes, según proceda, en la aplicación de la presente

Convención, especialmente en los casos en que el Estado receptor no esté en condiciones de adoptar por sí mismo las medidas requeridas.

#### ARTICULO 8

### **Obligación de poner en libertad o devolver al personal de las Naciones Unidas y al personal asociado capturado o detenido**

Salvo que esté previsto de otra forma en un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas que sea aplicable, si el personal de las Naciones Unidas o el personal asociado es capturado o detenido en el curso del desempeño de sus funciones y se ha establecido su identidad, no será sometido a interrogatorio y será puesto en libertad de inmediato y devuelto a las Naciones Unidas o a otras autoridades pertinentes. Durante su detención o captura, dicho personal será tratado de conformidad con las normas de derechos humanos universalmente reconocidas y con los principios y el espíritu de los Convenios de Ginebra de 1949.

#### ARTICULO 9

### **Delitos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado**

I. La comisión intencional de:

- a) Un homicidio, secuestro u otro ataque contra la integridad física o la libertad de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o el personal asociado;
- b) Un ataque violento contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o del personal asociado, que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;
- c) Una amenaza de tal ataque con el objetivo de obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto;
- d) Una tentativa de cometer tal ataque; y
- e) Un acto que constituya la participación como cómplice en tal ataque o tentativa de ataque o que suponga organizar u ordenar a terceros la comisión de tal ataque;

Será considerado delito por cada Estado Parte en su legislación nacional.

2. Los Estados Partes sancionarán los delitos enumerados en el párrafo 1 con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

#### ARTICULO 10

##### **Establecimiento de jurisdicción**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en los casos siguientes:

- a) Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado;
- b) Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado.

2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:

- a) Sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o
- b) Sea cometido contra un nacional de ese Estado; o
- c) Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3. Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario General de las Naciones Unidas. Si ese Estado Parte deroga con posterioridad tal jurisdicción, lo notificará al Secretario General de las Naciones Unidas.

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que ese Estado no conceda su extradición, conforme al artículo 15, a alguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 ó 2.

5. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

#### ARTICULO 11

##### **Prevención de los delitos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado**

Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enumerados en el artículo 9, en particular:

a) Adoptando todas las medidas factibles para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos dentro o fuera de su territorio; y

b) Intercambiando información de acuerdo con su legislación nacional y coordinando la adopción de las medidas administrativas y de otra índole que sean procedentes para impedir que se cometan esos delitos.

## ARTICULO 12

### **Comunicación de información**

1. En las condiciones previstas en su legislación nacional, el Estado Parte en cuyo territorio se haya cometido uno de los delitos definidos en el artículo 9 si tiene razones para creer que el presunto culpable ha huído de su territorio deberá comunicar al Secretario General de las Naciones Unidas y, directamente por conducto del Secretario General, al Estado o Estados interesados, todos los datos pertinentes relativos al delito cometido y toda la información de que disponga sobre la identidad del presunto culpable.

2. Cuando se haya cometido uno de los delitos enumerados en el artículo 9, todo Estado Parte que disponga de información sobre la víctima y las circunstancias del delito se esforzará por comunicarla completa y rápidamente, en las condiciones establecidas por su legislación nacional, al Secretario General de las Naciones Unidas y al Estado o los Estados interesados.

## ARTICULO 13

### **Medidas destinadas a asegurar el enjuiciamiento o la extradición**

1. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable adoptará las medidas pertinentes, previstas en su legislación nacional, para asegurar la presencia de esa persona a los efectos de su enjuiciamiento o extradición.

2. Las medidas tomadas de conformidad con el párrafo 1 serán notificadas de conformidad con la legislación nacional y sin demora al Secretario General de las Naciones Unidas y, directamente o por conducto del Secretario General:

a) Al Estado en que se haya cometido el delito;

b) Al Estado o los Estados de que sea nacional el presunto culpable o, si éste es apátrida, al Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual esa persona;

c) Al Estado o los Estados de que sea nacional la víctima;

- d) A los demás Estados interesados.

#### ARTICULO 14

#### **Enjuiciamiento de los presuntos culpables**

El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable, si no concede su extradición, someterá el caso, sin ninguna excepción y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según el procedimiento establecido en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el Derecho de ese Estado.

#### ARTICULO 15

#### **Extradición de los presuntos culpables**

1. Si los delitos enumerados en el artículo 9 no están enumerados entre los que dan lugar a extradición en un tratado de extradición vigente entre los Estados Partes, se considerarán incluidos como tales en esa disposición. Los Estados partes se comprometen a incluir esos delitos, en todo tratado de extradición que concluyan entre sí, entre los que dan lugar a extradición.

2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe una petición de extradición de otro Estado Parte con el que no tenga tratado de extradición, podrá, a su discreción, considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición en lo que respecta a esos delitos. La extradición estará sometida a las condiciones establecidas por la legislación del Estado requerido.

3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerá que esos delitos dan lugar a extradición entre ellos con sujeción a lo que dispone la legislación del Estado requerido.

4. A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que esos delitos se han cometido no solamente en el lugar donde se perpetraron, sino también en el territorio de los Estados Partes a que se hace referencia en los párrafos 1 ó 2 del artículo 10.

#### ARTICULO 16

#### **Asistencia mutua en cuestiones penales**

1. Los Estados Partes se prestarán toda la asistencia posible en relación con los procedimientos penales relativos a los delitos enumerados en

el artículo 9, en particular asistencia para obtener todos los elementos de prueba de que dispongan que sean necesarios para tales actuaciones. En todos los casos se aplicará la legislación del Estado requerido.

2. Las disposiciones del párrafo 1 no afectarán a las obligaciones derivadas de cualquier otro tratado en lo relativo a la asistencia mutua en cuestiones penales.

#### ARTICULO 17

#### **Trato imparcial**

1. Se garantizará un trato justo, un juicio imparcial y plena protección de los derechos en todas las fases de las investigaciones o del procedimiento, a las personas respecto de las cuales se estén realizando investigaciones o actuaciones en relación con cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 9.

2. Todo presunto culpable tendrá derecho:

a) A ponerse sin demora en comunicación con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al que competa por otras razones la protección de sus derechos o, si esa persona es apátrida, del Estado que esa persona solicite y que está dispuesto a proteger sus derechos; y

b) A recibir la visita de un representante de ese Estado o de esos Estados.

#### ARTICULO 18

#### **Notificación del resultado de las actuaciones**

El Estado Parte en el que se procese a un presunto culpable comunicará el resultado final de las actuaciones al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá la información a los demás Estados Partes.

#### ARTICULO 19

#### **Difusión**

Los Estados Partes se comprometen a dar a la presente Convención la difusión más amplia posible y, en particular, a incluir su estudio, así como el de las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario, en sus programas de instrucción militar.

## ARTICULO 20

### **Claúsulas de salvaguarda**

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a:

- a) La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal conexo, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas;
- b) Los derechos y obligaciones de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en lo que respecta al consentimiento para la entrada de personas en su territorio;
- c) La obligación del personal de las Naciones Unidas y el personal conexo de actuar de conformidad con los términos del mandato de una operación de las Naciones Unidas;
- d) El derecho de los Estados que voluntariamente aporten personal a una operación de las Naciones Unidas a retirar a su personal de la participación en esa operación; o
- e) El derecho a recibir indemnización apropiada en el caso de defunción, discapacidad, lesión o enfermedad atribuible a los servicios de mantenimiento de la paz prestados por el personal voluntariamente aportado por los Estados a operaciones de las Naciones Unidas.

## ARTICULO 21

### **Derecho a actuar en defensa propia**

Nada de lo dispuesto en la presente Convención será interpretado en forma que menoscabe el derecho a actuar en defensa propia.

## ARTICULO 22

### **Arreglo de controversias**

1. Las controversias entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no puedan resolverse mediante negociación serán sometidas a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la solici-

tud de un arbitraje las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la organización de éste, cualquiera de ellas podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado Parte, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de su adhesión a ella, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1. Los demás Estados Partes no estarán obligados por lo dispuesto en el párrafo 1 o por la parte pertinente del mismo respecto de ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.

Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 podrá retirarla en cualquier momento mediante una notificación al Secretario General de las Naciones Unidas.

#### ARTICULO 23

#### **Reuniones de examen**

A petición de uno o más Estados Partes, y si así lo aprueba una mayoría de los Estados Partes, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una reunión de los Estados Partes, para examinar la aplicación de la Convención y cualquier problema que su aplicación pudiere plantear.

#### ARTICULO 24

#### **Firma**

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados hasta el 31 de diciembre de 1995, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

#### ARTICULO 25

#### **Ratificación, aceptación o aprobación**

La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

## ARTICULO 26

### **Adhesión**

Todos los Estados podrán adherirse a la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

## ARTICULO 27

### **Entrada en vigor**

1. La presente Convención entrará en vigor 30 días después de que se hayan depositado 22 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para todo Estado que ratifique, acepte o apruebe la Convención o se adhiera a ésta después de depositados 22 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor al décimo día después de que dicho Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

## ARTICULO 28

### **Renuncia**

1. Los Estados Partes podrán denunciar la presente Convención mediante una notificación escrita dirigida al Secretario General.

2. La denuncia tendrá efecto un año después de que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación.

## ARTICULO 29

### **Textos auténticos**

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que enviará a todos los Estados copias certificadas de esos textos.

## ESTADO DE ACEPTACION DE LOS CONVENIOS HUMANITARIOS(\*)

En 30 de septiembre de 1994, el estado de aceptación de los principales tratados de Derecho Internacional Humanitario es el siguiente:

— Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra	185 Estados
— Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977	
• Protocolo I (conflictos armados internacionales)	135 Estados
• Protocolo II (conflictos armados no internacionales)	125 Estados
• Declaración según el artículo 90 del Protocolo I	41 Estados
— Convención de 1980 sobre la prohibición o la limitación del empleo de ciertas armas convencionales	41 Estados
— Convención de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado	84 Estados

---

(\*) Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

## ANEXO

### ESTADOS PARTES EN LOS PRINCIPALES TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Estados Partes en 30.09.1994	Conv. Ginebra 1949	Conv. La Haya 1954	Prot. I Ginebra 1977	Prot. II Ginebra 1977	Declar. Prot. I Art. 90	Conv. Armas 1980
AFGANISTAN	1956					
ALBANIA	1957	1960	1993	1993		
ALEMANIA	1954	1967	1991	1991	1991	1992
ANDORRA	1993					
ANGOLA	1984		1984			
ANTIGUA Y BARBUDA	1986		1986	1986		
ARABIA SAUDI	1963	1971	1987			
ARGELIA	1960		1989	1989	1989	
ARGENTINA	1956	1989	1986	1986		
ARMENIA	1993	1993	1993	1993		
AUSTRALIA	1958	1984	1991	1991	1992	1983
AUSTRIA	1953	1964	1982	1982	1982	1983
AZERBAIYAN	1993	1992				
BAHAMAS	1975		1980	1980		
BAHREIN	1971		1986	1986		
BANGLADESH	1972		1980	1980		
BARBADOS	1968		1990	1990		
BELARUS	1954	1957	1989	1989	1989	1982
BELGICA	1952	1960	1986	1986	1987	
BELICE	1984		1984	1984		
BENIN	1961		1986	1986		1989
BOLIVIA	1976		1983	1983	1992	
BOSNIA-HERZEGOVINA	1992	1993	1992	1992	1992	1993
BOTSUANA	1968		1979	1979		
BRASIL	1957	1958	1992	1992	1993	
BRUNEI	1991		1991	1991		
BULGARIA	1954	1956	1989	1989	1994	1982
BURKINA FASO	1961	1969	1987	1987		
BURUNDI	1971		1993	1993		
BUTAN	1991					

Estados Partes en 30.09.1994	Conv.	Conv.	Prot. I	Prot. II	Declar.	Conv.
	Ginebra	La Haya	Ginebra	Ginebra	Prot. I	Armas
	1949	1954	1977	1977	Art. 90	1980
CABO VERDE	1984					
CAMBOYA	1958	1962				
CAMERUN	1963	1961	1984	1984		
CANADA	1965		1990	1990	1990	
CENTROAFRICANA (Rep.)	1966		1984	1984		
COLOMBIA	1961		1993			
COMORAS	1985		1985	1985		
CONGO	1967		1983	1983		
COREA (República de)	1966		1982	1982		
COREA (Rep. Pop. Dem.)	1957		1988			
COSTA RICA	1969		1983	1983		
COTE D'IVOIRE	1961	1980	1980	1989		
CROACIA	1992	1992	1992	1992	1992	1993
CUBA	1954	1957	1982			1987
CHAD	1970					
CHILE	1950		1991	1991	1991	
CHINA	1956		1983	1983		1982
CHIPRE	1962	1964	1979			1988
DINAMARCA	1951		1982	1982	1982	1982
DOMINICA	1981					
DOMINICANA (República)	1958	1960	1994	1994		
ECUADOR	1954	1956	1979	1979		1982
EGIPTO	1952	1955	1992	1992		
EL SALVADOR	1953		1978	1978		
EMIRATOS ARABES UNIDOS	1972		1983	1983	1992	
ERITREA						
ESLOVENIA	1992	1992	1992	1992	1992	1992
ESPAÑA	1952	1960	1989	1989	1989	1993
ESTADOS UNIDOS	1955					
ESTONIA	1993		1993	1993		
ESTIOPÍA	1969		1994	1994		
EX. REP. YUG. DE MACEDONIA	1993		1993	1993	1993	
FILIPINAS	1952			1986		

Estados Partes en 30.09.1994	Conv. Ginebra 1949	Conv. La Haya 1954	Prot. I Ginebra 1977	Prot. II Ginebra 1977	Declar. Prot. I Art. 90 1980	Conv. Armas 1980
FINLANDIA	1955		1980	1980	1980	1982
FIJI	1971					
FRANCIA	1951	1957		1984		1988
GABON	1965	1961	1980	1980		
GAMBIA	1966		1989	1989		
GEORGIA	1993	1992	1993	1993		
GHANA	1958	1960	1978	1978		
GRANADA	1981					
GRECIA	1956	1981	1989	1993		1992
GUATEMALA	1952	1985	1987	1987		1983
GUINEA	1984	1960	1984	1984	1993	
GUINEA-BISSAU	1974		1986	1986		
GUINEA ECUATORIAL	1986		1986	1986		
GUYANA	1968		1988	1988		
HAITI	1957					
HONDURAS	1965					
HUNGRÍA	1954	1956	1989	1989	1991	1982
INDIA	1950	1958				1984
INDONESIA	1958	1967				
IRAK	1956	1967				
IRAN	1957	1959				
IRLANDA	1962					
ISLANDIA	1965		1987	1987	1987	
ISRAEL	1951	1957				
ITALIA	1951	1958	1986	1986	1986	
JAMAHIRIYA ARABE						
LIBIA	1956	1957	1978	1978		
JAMAICA	1964		1986	1986		
JAPON	1953					1982
JORDANIA	1951	1957	1979	1979		
KAZAJISTAN	1992		1992	1992		
KENIA	1966					
KIRGUIZISTAN	1992		1992	1992		
KIRIBATI	1989					
KUWAIT	1967	1969	1985	1985		

Estados Partes en 30.09.1994	Conv. Ginebra 1949	Conv. La Haya 1954	Prot. I Ginebra 1977	Prot. II Ginebra 1977	Declar. Prot. I Art. 90	Conv. Armas 1980
LAOS	1956		1980	1980		1983
LESOTO	1968		1994	1994		
LETONIA	1991		1991	1991		1993
LIBANO	1951	1960				
LIBERIA	1954		1988	1988		
LIECHTENSTEIN	1950	1960	1989	199	1989	1989
LITUANIA (1)						
LUXEMBURGO	1953	1961	1989	1989	1993	
MADAGASCAR	1963	1961	1992	1992	1993	
MALASIA	1962	1960				
MALAUÍ	1968		1991	1991		
MALDIVAS	1991		1991	1991		
MALI	1965	1961	1989	1989		
MALTA	1968		1989	1989	1989	
MARRUECOS	1956	1968				
MAURICIO	1970		1982	1982		
MAURITANIA	1962		1980	1980		
MEXICO	1952	1956	1983			1982
MYANMAR	1992	1956				
MOLDOVA	1993		1993	1993		
MONACO	1950	1957				
MONGOLIA	1958	1964				1982
MOZAMBIQUE	1983		1983			
NAMIBIA	1991		1994	1994	1994	
NEPAL	1964					
NICARAGUA	1953	1959				
NIGER	1964	1976	1979	1979		1992
NIGERIA	1961	1961	1988	1988		
NORUEGA	1951	1961	1981	1981	1981	1983
NUEVA ZELANDA	1959		1988	1988	1988	1993
OMAN	1974	1977	1984	1984		
PAISES BAJOS	1954	1958	1987	1987	1987	1987

(1) Estado Parte en los Convenios de Ginebra de 1929 (heridos y enfermos, prisioneros de guerra).

Estados Partes en 30.09.1994	Conv.	Conv.	Prot. I	Prot. II	Declar.	Conv.
	Ginebra 1949	La Haya 1954	Ginebra 1977	Ginebra 1977	Prot. I Art. 90	Armas 1980
PAKISTAN	1951	1959				1985
PANAMA	1956	1962				
PAPUA NUEVA GUINEA	1976					
PARAGUAY	1961		1990	1990		
PERU	1956	1989	1989	1989		
POLONIA	1954	1956	1991	1991	1992	1983
PORTUGAL	1961		1992	1992	1994	
QATAR	1975	1973	1988		1991	
REINO UNIDO	1957					
REPUBLICA CHECA	1993	1993	1993	1993		1982
REPUBLICA ESLOVACA	1993	1993	1993	1993		1982
RUANDA	1964		1984	1984		
RUMANIA	1954	1958	1990	1990		
RUSIA (Fed. de)	1954	1957	1989	1989	1989	1982
SALOMON	1981		1988	1988		
SAMOA	1984		1984	1984		
SAN CRISTOBAL Y NIEVES	1986		1986	1986		
SAN MARINO	1953	1956	1994	1994		
SANTA LUCIA	1981		1982	1982		
SANTA SEDE	1951	1958	1985	1985		
SANTO TOME Y PRINCIPE	1976					
SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS	1981		1983	1983		
SENEGAL	1963	1987	1985	1985		
SEYCHELLES	1984		1984	1984	1992	
SIERRA LEONA	1965		1986	1986		
SINGAPUR	1973					
SIRIA	1953	1958	1983			
SOMALIA	1962					
SRI LANKA	1959					
SUAZILANDIA	1973					
SUDAFRICA	1952					
SUDAN	1957	1970				
SUECIA	1953	1985	1972	1979	1979	1982
SUIZA	1950	1962	1982	1982	1982	1982

Estados Partes en 30.09.1994	Conv. Ginebra 1949	Conv. La Haya 1954	Prot. I Ginebra 1977	Prot. II Ginebra 1977	Declar. Prot. I Art. 90	Conv. Armas 1980
SURINAM	1976		1985	1985		
TAILANDIA	1954	1958				
TANZANIA	1962	1971	1983	1983		
TAYIKISTAN	1993	1992	1993	1993		
TOGO	1962		1984	1984	1991	
TONGA	1978					
TRINIDAD Y TOBAGO	1963					
TUNEZ	1957	1981	1979	1979		1987
TURKMENISTAN	1992		1992	1992		
TURQUIA	1954	1965				
TUVALU	1981					
UCRANIA	1954	1957	1990	1990	1990	1982
UGANDA	1964		1991	1991		
URUGUAY	1969		1985	1985	1990	
UZBEKISTAN	1993		1993	1993		
VANUATU	1982		1985	1985		
VENEZUELA	1956					
VIETNAM	1957		1981			
YEMEN	1979	1970	1990	1990		
YIBUTI	1978		1991	1991		
YUGOSLAVIA	1950	1956	1979	1979		1983
ZAIRE	1961	1961	1982			
ZAMBIA	1966					
ZIMBABUE	1983		1992	1992		

**Nota:**

Palestina — Con fecha del 21.06.89, el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores recibió una carta del Observador permanente de Palestina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra informando al Consejo Federal suizo de «que el Comité Ejecutivo de la Organización para la Liberación de Palestina, encargado de ejercer las funciones de Gobierno del Estado de Palestina, por decisión del Consejo Nacional de Palestina, decidió adherirse, el 04.05.89, a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales.

El 13.09.89, el Consejo Federal suizo comunicó a los Estados que no puede decidir la cuestión de saber si se trata de un instrumento de adhesión, «debido a la incertidumbre, en el seno de la comunidad internacional sobre la existencia, o no, de un Estado de Palestina».

### **III. BIBLIOGRAFIA**

# **1. RECENSION DE LIBROS**

RUIZ VADILLO, Enrique: *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Madrid, Actualidad Editorial, 1994, 251 págs.

El autor ya publicó con anterioridad un breve trabajo acerca del principio acusatorio, en base a la doctrina científica imperante y a la del Tribunal Constitucional, así como con fundamento en la incipiente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que preside. Pero esta vez su formulación tiene más altos vuelos, pues al ofrecer la realidad actual doctrinal del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, por el transcurso del tiempo más matizada y completa, y al acertar en su exégesis, convierte su monografía en una exposición clarividente, completa, extensa y rica, que despeja algunas incertidumbres desde siempre existentes en la concepción teórica y en la aplicación práctica del principio acusatorio y la constituye en un manual de inapreciable valor para los que se interesen en el tema.

Aún cuando confiese no tener ninguna pretensión científica y menos aún de elucubraciones dogmáticas, limitando su finalidad a ordenar el extenso material jurisprudencial existente, lo cierto es que entresacar de la ya copiosa jurisprudencia el fiel contenido, los límites y las violaciones del principio acusatorio, significa acotar unas ideas claras, muy necesarias, sobre el mismo y un sobresaliente ejercicio de lucidez para subrayar lo esencial, cualesquiera que fueren las situaciones fácticas de su aplicación, que son muchas.

El trabajo, además, le sirve al autor, con la profundidad a que nos tiene acostumbrados, para escudriñar todos los entresijos del proceso penal y de la proscripción constitucional de la indefensión, con enfoque analítico y crítico que le aboca a la certidumbre de que la reforma procesal es urgente, imperiosa, sin admisión de retrasos, pues no es de recibo que un nuevo proceso penal lo esté construyendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la dejadez del legislador, siempre a remolque de la dinámica del procedimiento. Si el proceso penal ha de ser eficaz para cumplir sus esenciales cometidos —condenar al culpable, absolver al inocente o aquél contra quien no se prueba el hecho y la participación, rehabilitar al conde-

nado y reparar a la víctima— el ideal de justicia no se realizará si no existen toda clase de garantías para el justiciable como instrumento técnico jurídico procesal para evitar toda indefensión. Que esa es la finalidad del principio acusatorio. Que ha de ser completado estableciendo solo dos tipos de procesos, uno, ordinario, cuando se trate de delitos muy complejos y otro abreviado para los demás supuestos, estableciendo en ambos un sistema de doble instancia para poder discutirse los hechos, las cuantías de las penas y de las indemnizaciones, a más de establecer un doble recurso de casación, el ordinario para los delitos que llevan aparejada penas muy graves y el extraordinario para unificar la doctrina de todos los demás Tribunales con efecto en la Sentencias de instancia, mediante un tamiz —admisión/inadmisión—que impida el colapso de la Sala.

La monografía objeto de este comentario, luego de exponer unas ideas generales y de distinguir entre principio acusatorio y sistema acusatorio, así como de bucear en la doctrina del Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y su artículo 24, se adentra en la exégesis del derecho de defensa para hallar en él la fuente del principio acusatorio y examinar, con toda minucia, en los subsiguientes capítulos, su problemática: la homogeneidad y la heterogeneidad de los delitos, imprescindible para que exista un correlato entre acusación y defensa; el derecho del acusado a conocer los términos de la pretensión punitiva formulada para poderse oponer eficazmente a la misma; la presunción de inocencia, las pruebas válidas (no se puede obtener la verdad real a cualquier precio, con violación de los derechos fundamentales, sino dentro de los parámetros fijados por la ley) y los principios de inmediación y contradicción; el principio de igualdad en el proceso penal; el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; que quien instruye no decida, o sea, que la existencia de la acusación y el contenido de la misma no puedan provenir ni ser fijadas por el mismo órgano que después será el juzgador, para garantizar la imparcialidad; correlato entre la acusación y la Sentencia, etc.

El descrito amplio temario, que concreta, aclara y agota el perfil del principio acusatorio, tiene como fundamento una copiosísima, y yo diría que exhaustiva jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ordenada e interpretada con objetividad y medida. Por si fuera poco, dedica sendos capítulos al valor justicia y al valor certeza, al derecho comparado, al Ministerio Fiscal, las acusaciones y la defensa, al sobreseimiento y al archivo, al derecho sancionador, a la unidad del derecho penal sustantivo, procesal y ejecucional o pe-

nitenciaro, a los sistemas inquisitivo y acusatorio, a las medidas y a las faltas en relación con el principio acusatorio.

Termina el trabajo con un resumen y unas consideraciones finales en las que resalta que pretendiendo el proceso penal descubrir la verdad histórica o material para absolver o condenar, en esa búsqueda de la verdad no se pueden sobrepasar los límites que impone la condición humana de los acusados, con observancia ineludible de los mandatos constitucionales, y que los límites de la condena penal deben situarse en relación con el derecho del inculpado a saber de qué se le acusa y sobre todo a poderse defender con eficacia de todo lo que se le impute, porque ello constituye un derecho fundamental, pues el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 de la Constitución.

Al final incluye muchas de las Sentencias citadas en el texto con una breve referencia a su contenido, lo cual añade utilidad a la obra por su fácil consulta.

En definitiva, 250 páginas en torno a un tema que es hoy de vital importancia, y que lo desentraña en todos sus minúsculos aspectos y flecos, constituyendo así un valioso trabajo al que acudir los operadores jurídicos para resolver sus dudas y los estudiosos para aprehender en toda su complejidad y riqueza el principio acusatorio, amén de poder fundamentar con la jurisprudencia citada las decisiones a adoptar en el proceso penal.

La lucidez, la honradez intelectual, la profundidad de sus críticas y apreciaciones, se dan por sentadas, como siempre, en quien es un jurista eminente y experimentado, que además pilota con tino la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Francisco Blay Villasante

GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERI LLOBREGAT, José: *Los procesos de amparo* (Ordinario, Constitucional e Internacional). Madrid, Colex, 1994, 386 págs.

La obra de los Catedráticos Giménez Sendra y Barberi Llobregat sin duda constituye una primera aportación sobre la interesante temática de los procesos de amparo de la tutela procesal ordinaria, en los distintos órdenes jurisdiccionales, en el ámbito constitucional y, finalmente, en el ámbito internacional, de los Derechos Fundamentales.

El capítulo primero, sobre las nociones básicas de la tutela jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, contiene un análisis sucinto de los caracteres esenciales de los mismos, “de los que carecen el resto de los derechos subjetivos –constitucionales o no–, como son, por un lado, el que su interpretación por parte de los Poderes Públicos haya de efectuarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre todo dado que su tutela jurisdiccional está reforzada solidamente al poderse reclamar la protección de los mismos no sólo ante los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial sino también ante el Tribunal Constitucional.

Seguidamente, dentro del examen de la articulación de la tutela jurisdiccional de estos derechos, en tres distintos niveles, ordinario, constitucional e internacional; pasan a estudiar el principio de subsidiariedad, recogido explícitamente en el art. 53.2 de la Constitución, y en los artículos 43.1 y 44.1 a). de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; para interrelacionar los niveles ordinario y constitucional; y el art. 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para interrelacionar asimismo los niveles constitucionales e internacional. “El ciudadano presuntamente agraviado habrá de sujetar su solicitud de tutela jurisdiccional a dicha estructura funcional subsidiaria, y sólo cuando no reciba satisfacción a su queja por parte del Poder Judicial podrá acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, y sólo cuando este órgano no satisfaga su pretensión podrá entonces instar la actuación tuteladora de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

No obstante, el principio de subsidiariedad tiene sus excepciones en las materias de amparo frente a actos del poder legislativo, art. 42 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 3/87 de 26 de Marzo) y en materia de conflictos jurisdiccionales (art. 20 de la Ley Orgánica 2/87 de 18 de Mayo)

El amparo ordinario es estudiado en los capítulos II al V; en primer término, el amparo en la orden civil (cap. II) con el proceso civil especial de amparo, sus presupuestos competencia y procedimiento. A continuación refiere el proceso de amparo del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen; y por último, en este orden, se recoge el proceso del Derecho de Rectificación.

La tutela procesal penal (cap. III), comprende los procesos penales ordinario y abreviado, el proceso por delitos cometidos por medio de la Imprenta, el Grabado u otro medio mecánico de publicación, y en particular el proceso de Habeas Corpus. Los autores al referir la competencia de la jurisdicción militar, concretamente del juzgado togado militar de instrucción, mantienen el criterio no afortunado que tales juzgados militares no reúnen los requisitos trazados por el art. 53.2 de la Constitución para los órganos jurisdiccionales. Tal criterio no se adecúa con la propia jurisprudencia que los mismos autores recogen del Tribunal Constitucional, estimando la competencia de la jurisdicción militar para conocer el proceso de Habeas Corpus frente a sanciones de miembros de la Guardia Civil (SSTC 184/1989, de 11 de Noviembre, 44/1991, de 25 de Febrero y 106/1994 de 1 de Julio). A dichas sentencias hemos de añadir la reciente de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional de 11 de Julio de 1994 en los recursos de amparo acumulados 1949/91 y 548/92, donde se recoge la doctrina de la Sala precisamente sobre independencia e inamovilidad de los jueces togados militares. Por último debe subrayarse, que en la Ley Orgánica del Poder Judicial, culmina la organización de la jurisdicción militar en la Sala V, por lo que queda incardinada dentro de este orden jurisdiccional.

La tutela ordinaria administrativa (cap. IV) se analiza a través del procedimiento administrativo especial de la sección segunda de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (arts. 6/10) y del procedimiento ordinario. En este epígrafe se trata también del amparo del Derecho de Reunión y de los procesos electorales. Finalmente, el capítulo VI se dedica al proceso laboral especial de amparo, regulado en el título II del libro II de la Ley del Proceso Laboral, arts. 174 a 181.

Al amparo constitucional se dedican los capítulos VII y VIII. Para los autores “si la protección de los Derechos Fundamentales se realiza mediante la aplicación y defensa de la Constitución, si le está prohibido al Tribunal Constitucional entrar a conocer de los hechos causantes de la violación, si está autorizado a asegurar la interpretación uniforme de la Constitución y a crear su doctrina legal, y si la ejecución de sus sentencias suele realizarse mediante la técnica del reenvío, parece obligado concluir que la naturaleza del recurso de amparo hay que reconducirla a la de un recurso de casación especial por su objeto, cual es la defensa de la Constitución”.

Los últimos capítulos, el IX y el X, comprenden el proceso de amparo internacional, con el procedimiento ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, una vez agotadas todas las posibilidades del derecho interno, el procedimiento ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa y el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Apuntan los autores a la problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyendo “que en nuestro país, ante la falta de cauces procesales específicos mediante los que articular la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos Humanos, o bien ha de acudir al mecanismo de la satisfacción equitativa previsto por el art. 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o bien al Tribunal Constitucional en demanda de amparo pero en los estrictos supuestos en los que el derecho declarado vulnerado está reconocido tanto por el Convenio como por la Constitución, y la no ejecución de la sentencia origine una violación actual del referido Derecho Fundamental”.

Completa la obra un apéndice legislativo en el que se recogen las disposiciones generales sobre la materia.

En resumen, un estudio profundo sobre los procesos de amparo, con una amplitud hasta ahora no tratada y con un referencia constante a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

José Carlos Girgado Doce

SALAS LOPEZ, Fernando. *Ordenanzas militares en España e Hispanoamérica*. Madrid, Mapfre, 1992, 482 págs.

La historia sistemática del derecho militar está por hacer. Las referencias al ordenamiento y las instituciones militares abundan en las obras y trabajos históricos generales. Las publicaciones monográficas sobre temas de derecho castrense histórico son mucho más escasas. Falta, en todo caso, una obra que, aún en síntesis, estudie el derecho marcial. Su necesidad se hace sentir más cada día, pero la falta de estudios monográficos sobre la materia y la gran cantidad de materiales que aún permanecen inéditos tiene como consecuencia que no se cuente con el andamiaje preciso para una construcción de conjunto. Por eso, debe darse la bienvenida a todo trabajo que, aun de forma parcial, aborde algún aspecto de esa historia jurídica del ordenamiento militar.

La obra del Coronel de Infantería, Diplomado de Estado Mayor y Profesor del CESEDEN, Don Fernando Salas López viene a cubrir un hueco en una materia de singular interés: las Ordenanzas militares en la historia.

El libro tiene dos partes diferenciadas: una, la primera, estudia y analiza con rigor y amplitud las Ordenanzas militares en la época de los Austrias y los Borbones. Otra, la segunda, da cuenta de forma muy sucinta de las ordenanzas militares de los nuevos Ejércitos hispanoamericanos.

El libro tiene valor sobre todo por su primera parte. La segunda resulta demasiado concisa y no permite conocer, sino de forma muy sumaria, los textos legales, históricos y vigentes, de las Ordenanzas de los Estados hispanoamericanos.

El análisis histórico de las Ordenanzas militares españolas hecho por el Coronel Salas tiene como pórtico una descripción acertada y breve de la herencia medieval en el ámbito marcial. Esta herencia y las transformaciones producidas por el espíritu renacentista se plasman en las Ordenanzas de Hernán Cortes de 1520 cuyos criterios informadores y previsiones más relevantes analiza el autor. Las Ordenanzas de los primeros Borbones y las dictadas por el Archiduque Carlos de Austria, con ocasión de la Guerra de Sucesión, son señaladas en el libro. Las recopilacio-

nes de Ordenanzas y la labor de Joseph Antonio Portugués y Monente, autor de la Colección General de Ordenanzas Militares, merecen atención, y así lo hace el Coronel Salas, en cuanto dichos trabajos compilatorios son los que permitieron a Carlos III aprobar las suyas de 1768.

Las Ordenanzas de Carlos III de 1768 son estudiadas con detenimiento; en especial, en los asuntos de administración y justicia. El reclutamiento, las revistas de comisario y las fórmulas de juramento a la bandera, el fuero militar, los consejos de guerra, la pena de tormento, la degradación de un oficial delincuente, los crímenes militares y las penas que les corresponden y el testamento militar son temas tratados de forma minuciosa y asequible para el lector, aún ajeno a los conocimientos militares y jurídicos, dándose cuenta y noticia de datos de interés.

Las Ordenanzas militares para los ingenieros y para las Guarniciones de América, las de Callao (1753), Cuba (1769) y Perú también son expuestas por el autor y proporcionan información sobre unos textos legales, cuando no desconocidos, ignorados.

El libro, tras dar cuenta de las Ordenanzas militares de los Estados iberoamericanos, concluye con una valoración de la importancia del hecho histórico de la pervivencia de los criterios informadores de la regulación española en las normas de aquéllos.

En síntesis, un trabajo que cubre un hueco en la historia jurídica del derecho militar y que lo hace con concisión y amenidad.

José-Leandro Martínez-Cardós Ruíz

PEREZ GONZALEZ, Manuel, (coord.) *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco". Madrid, Tecnos, 1993, 1436 págs.

La dilatada y brillante trayectoria académica del profesor Manuel Díez de Velasco Vallejo, junto a sus etapas en los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas y Constitucional español y en el Consejo de Estado, tiene, como uno de sus colofones, este libro jubilar, entre cuyos más de noventa autores destacan aquellos internacionalistas formados al calor del magisterio del homenajeado.

Hombre de convicciones arraigadas, no dudó el profesor Díez de Velasco en constituirse en adalid de las ideas europeistas en nuestra patria y en comprometerse en la defensa de los valores del progreso, la cooperación y, en definitiva, la paz, aun cuando todo ello se tradujera, en algunas épocas, en incomprensiones y dificultades, que arrojó sin vacilar.

Pero es, ante todo, en el marco de su dilatado magisterio universitario, a lo largo de más de cuarenta y tres años, donde la fecundidad de la obra, y de la vida, del profesor Díez de Velasco marca, con huella indeleble, una biografía consagrada al derecho y a la Universidad. Iniciada su trayectoria universitaria como discípulo del profesor Mijaja de la Muela, pronto su rica aportación científica personal y su capacidad de investigación culminan en numerosa producción científica, entre la que forzoso resulta destacar las "Instituciones de Derecho internacional público".

Con motivo de su jubilación, el 22 de mayo de 1991, en la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, un grupo de profesores del Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la prerreferida Universidad puso en práctica, junto con docentes de otras Universidades, esta obra homenaje en la que, junto a destacados discípulos y colegas del profesor Díez de Velasco, colaboran miembros del Instituto de Derecho Internacional y jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El carácter omnicompreensivo del título de la obra, permite dividir esta en tres partes, si bien todas agrupadas en torno a una común idea: el ca-

mino hacia un nuevo orden internacional y europeo. A su vez, cada una de aquellas partes se ciñe al análisis de diversos temas atinentes al Derecho internacional público y relaciones internacionales, al Derecho comunitario y al Derecho internacional privado.

Bajo la rúbrica "Derecho internacional público y relaciones internacionales", se cobija la serie más numerosa de trabajos, entre los que hemos de destacar, sin merma alguna de aquellos otros a cuya omisión la obligada limitación de estas líneas constriñe, el de Victoria Abellán Honrubia, atinente al fundamento y discrecionalidad política en la ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el que se analizan las tendencias y riesgos a que el reajuste del sistema de las Naciones Unidas ante las nuevas coordenadas políticas mundiales, especialmente en lo concerniente a la aplicación del Capítulo VII de la Carta, parece apuntar; el de George Abi-Saab, en el que se llevan a cabo algunas reflexiones acerca del papel de la jurisprudencia en el desarrollo del derecho internacional, desde la perspectiva del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia; el de Celestino del Arenal sobre el nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales, en el que tras analizar los factores que definen el nuevo orden o sistema internacional que ha sustituido al alumbrado tras la Segunda Guerra Mundial, así como las dinámicas determinantes de este proceso de mutación del sistema internacional, con las consecuentes modificaciones en el problema de la seguridad nacional, y el avance hacia la unipolaridad y la multipolaridad que caracteriza a la sociedad internacional de nuestros días, se finaliza afirmando la necesidad de la renovación de la visión clásica de las relaciones internacionales en orden a ofrecer un nuevo marco interpretativo de la realidad mundial que permita un adecuado conocimiento y comprensión de la misma; destacan, asimismo, los estudios de Juan Antonio Carrillo Salcedo sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que, frente al pretendidamente único valor moral que a tal Declaración otorga el profesor Díez de Velasco, se concluye que la misma se ha transformado en una norma general de Derecho internacional consuetudinario, integrante, junto con la Carta de las Naciones Unidas, de paradigmático ejemplo de expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias del principio de la dignidad de la persona humana, generalmente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo, de René Jean Dupuy sobre el derecho de injerencia y asistencia humanitaria, en el que se señalan tanto los límites de la

no-injerencia, constituidos, ante todo, por el riesgo de la no-asistencia, como los principios, de subsidiariedad e imparcialidad, a que debe ajustarse el ejercicio de la asistencia humanitaria, de José Luis Fernández Flores relativo al planteamiento general de las infracciones del derecho de la guerra y consideración de las atribuibles a los Estados y a las Organizaciones Internacionales, en el que, tras analizar la estructura general de la represión, tanto en los ordenamientos estatales como en el internacional, se efectúa un minucioso análisis de la represión particular de las infracciones del derecho de la guerra atribuibles tanto a los Estados como a las Organizaciones Internacionales; en esta primera parte destacan, también, los trabajos de los profesores Cesáreo Gutiérrez Espada sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, en el que se analiza el Convenio de Viena de 23 de agosto de 1978 a la luz de la actualidad del tema derivada de los problemas que conlleva el hundimiento del sistema comunista en el Este de Europa, con la consiguiente fragmentación, de todos conocida, de una serie de estructuras estatales, y José Antonio Pastor Ridruejo, acerca de la jurisdicción de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar, en el que con preclara anticipación a recientes y actuales problemáticas, se analiza la tendencia de ciertos Estados poseedores de grandes fachadas marítimas a extender la aplicación de disposiciones nacionales en materia de pesca a áreas que, indudablemente, forman parte de la alta mar, es decir, más allá de las doscientas millas de su zona económica exclusiva, lo que, dado el precedente del éxito de la reivindicación de la zona económica exclusiva, a la que, si en la década de los años cincuenta, se calificó de extravagante y revolucionaria, hoy se le reconoce sólido arraigo en el Derecho Internacional General de naturaleza consuetudinaria, genera inquietud y preocupación en muchos Estados. Destaca aquí el estudio del profesor Manuel Pérez González en el que se realizan algunas observaciones sobre el empleo de la técnica convencional en la cooperación transfronteriza entre colectividades territoriales, en el que partiendo de la premisa de que las posibilidades de desarrollar y fortalecer la participación de las entidades regionales en la realización de la cooperación transfronteriza en Europa dependen de la voluntad política de los gobiernos nacionales en orden a favorecer una cada vez más activa presencia de las regiones en el proceso de construcción europea, se analizan los niveles en que puede desarrollarse aquella cooperación y las vías idóneas para articular normativamente las iniciativas y allanar los obstáculos a la cooperación, tanto a nivel intergubernamental (con posibilidad, para los Estados de estructura descentralizada, de incorporar junto a representantes del po-

der central a otros de las colectividades territoriales afectadas) como de colectividades territoriales, principalmente mediante “decisiones comunes” establecidas sobre la base de contratos o acuerdos transfronterizos celebrados entre las propias colectividades territoriales de ambos lados de la frontera, técnica ésta que se examina pormenorizadamente, deteniéndose especialmente en la cobertura jurídica de que el Derecho internacional, a través de la técnica convencional, puede dotar a la concertación transfronteriza entre colectividades territoriales a fin de auspiciar y potenciar unas *low-level relations* en continua expansión y que responden a la necesidad de acercar las soluciones jurídico-políticas de los problemas suscitados por el hecho fronterizo a las colectividades que los sufren y afrontan; en suma, y en orden a sobrepasar el estadio de las soluciones basadas en la tolerancia de los poderes centrales o de tutela, el tratado internacional, ya se trate de un acuerdo interestatal de cobertura de carácter bilateral como de un convenio marco multilateral del tipo del Convenio Marco Europeo de 1980, se aparece al autor como un excelente instrumento armonizador de los textos legislativos internos, particularmente útil, que ofrece la ventaja de establecer unas reglas bien definidas que sirven de cuadro jurídico a los distintos aspectos de la cooperación, contribuyendo a superar las rigideces de los Derechos estatales en lo tocante a la viabilidad de sus acciones de cooperación transfronteriza.

No puede, tampoco, dejar de reseñarse el estudio de Santiago Torres Bernardez, en el que se analizan las perspectivas que la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los quince Miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, hecha el 31 de enero de 1992, al término de la 3046ª sesión del mismo, y atinente a la cuestión de la responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, abre en orden a potenciar al Consejo de Seguridad como órgano en el que la Carta de San Francisco residencia la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, consolidando la autoridad y protagonismo que el órgano ha ido adquiriendo desde la “perestroika” y que culminó en la crisis del Golfo con la Resolución 678 (1990), de 29 de noviembre, por la que se autorizaba el uso de la fuerza contra el Irak para restablecer a Kuwait en su soberanía e integridad territorial, Declaración que motivó el Informe presentado por el Secretario General (Doc. A/47/277, S/24111), intitulado “Un programa de paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz”; la Declaración configura un Consejo de Seguridad con capacidad, autoridad y eficacia para la acción como instrumento indispensable para el

desarrollo de la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, y si bien parte de la aceptación de las nuevas circunstancias internacionales que favorecen aquella concepción del Consejo (el fin de la guerra fría y los avances tanto hacia la democracia y “hacia formas de gobierno que responden a las aspiraciones de los gobernados” como hacia “el logro de los Propósitos enunciados en la Carta”), aparece inspirada por un innegable continuismo que impide considerar la posibilidad futura de enmiendas o reformas de la Carta, tanto puntuales como de carácter general, en lo que no es posible dejar de ver la presión de los actuales Miembros Permanentes del Consejo.

Finalmente, el profesor Antonio Truyol y Serra aporta un estudio acerca de la introducción de la geopolítica en España en el que evoca los cursos para graduados desarrollados en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos de la Fundación Nacional para Investigaciones Científicas, en Madrid, en el año académico 1935-36, y, especialmente, el impartido por el profesor Manuel Terán, del 1 de abril al 12 de junio de 1936.

En segundo lugar, y bajo la rúbrica “Derecho Comunitario”, se agrupa un conjunto de estudios entre los que destacan el de Ole Due, Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la protección jurisdiccional en las Comunidades Europeas, en el que se analizan tanto los diferentes tipos de conflictos que pueden derivar de la normativa comunitaria como las soluciones jurisdiccionales que a las partes brinda aquella normativa; el de Araceli Mangas Martín sobre la dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea, en que, bajo un prisma crítico y partiendo de las grandes líneas constantes de las reformas, se califica el Tratado de la Unión Europea como obra de codificación más que de desarrollo progresivo, mantenedor de la indeterminación de la frontera competencial entre la Unión y los Estados miembros, lo que, a juicio de la autora, propicia una inadecuada y contradictoria vertebración jurídica; y, finalmente, el de Elisa Pérez Vera acerca de la ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht, en el que, tras abordar el aspecto político y jurídico de aquella ciudadanía, se lleva a cabo un análisis de los derechos de los ciudadanos europeos tanto los que surten sus efectos en el interior de los Estados miembros, como los que los producen en el ámbito comunitario.

En tercer, y último, lugar, una más numéricamente reducida serie de trabajos se contrae al Derecho Internacional Privado, destacando entre ellos el de Antonio Marín López sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado frente a los extranjeros.

Nos hallamos, en suma, ante una obra de notable ambición, tanto por lo que concierne a su extensión como en lo atinente a su nivel científico, que, con absoluta seguridad, constituye una valiosa aportación a la ciencia del Derecho y de las relaciones internacionales. Aun cuando, obviamente, y como no puede dejar de ocurrir en una obra colectiva, la calidad de los trabajos no es pareja, y el interés de los mismos para cada estudioso resultará, dada la inevitable multiplicidad y variedad del heteróclito conjunto de temas abordados, desigual, el nivel de la obra resulta sobresaliente, como no podía ser de otro modo dada la solvencia, tanto en el estudio de la ciencia del Derecho como en su aplicación, de los más de noventa autores que han colaborado al alumbramiento de la misma.

Fernando Pignatelli y Meca

DÍAZ PITA, María del Mar: *El dolo eventual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, 359 págs.

El tristemente famoso caso conocido como el del conductor suicida, es el primero de un grupo de supuestos con cuya enumeración la autora de esta obra, la que constituye su tesis doctoral, da inicio a la misma, al objeto de significar desde un principio la dificultad de fijación de la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

Enseguida se apunta la insuficiencia de las soluciones ofrecidas hasta ahora por las teorías tradicionales, a tales fines de delimitación de una u otra figura, como consecuencia de las graves dificultades que surgen al intentar construir un concepto de dolo eventual que encaje en la definición tradicional del dolo —conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo—, lo que ha conducido necesariamente, bien a la desfiguración del elemento de la voluntad, bien a prescindir de aquel elemento centrando exclusivamente el contenido del dolo eventual en el elemento cognitivo.

De forma detallada y sucesiva se analizan los distintos criterios o paradigmas propuestos doctrinalmente para la delimitación del concepto del dolo, —el del conocimiento, el de la voluntad, el del riesgo y el de la capacidad de evitación—, exponiendo las diferentes posturas mantenidas sobre el particular por la más reciente doctrina alemana, concluyendo en la necesidad de llevar a cabo una revisión de la definición tradicional del dolo, mediante el hallazgo de un concepto más amplio donde puedan tener cabida, sin dificultades, todas las formas que aquel admite y entre ellas, la del dolo eventual.

En la construcción de esta teoría unitaria del dolo, es esencial la determinación de la “ratio” de la más grave penalidad de aquél. Esto es, ¿cuál es la razón por la que el legislador incrimina o reprocha con mayor severidad el comportamiento doloso respecto del imprudente?. Para la autora, dicha razón es triple, y se basa en la especial relación entre el sujeto doloso y el bien jurídico protegido, sujeto doloso y norma penal infringida y sujeto doloso y sociedad de la que forma parte. En primer término, nos dice, la acción dolosa patentiza un desinterés o desprecio del sujeto

hacia la integridad del bien jurídico amenazado, pero al propio tiempo, al decidirse a actuar, menosprecia o lesiona la norma que protege aquel bien jurídico y con ello evidencia, finalmente, una absoluta indiferencia por algo estimado como valioso por el resto de la sociedad. Se concluye, en síntesis, que quien ataca dolosamente un bien jurídico ajeno, lesiona, además de ese bien concreto, la norma que lo protege, incluso algo más: la expectativa de la sociedad de que la acción de cada uno se llevará a cabo teniendo en cuenta la perspectiva de los demás.

Centrada de tal manera la fundamentación de la verdadera “ratio” de la mayor gravedad de la pena de la que es merecedora el dolo, se hace entonces posible, a juicio de la Dra. DÍAZ PITA, una redefinición del dolo que abarque todas las formas de aparición del mismo y que pueda servir adecuadamente para su delimitación frente a la imprudencia, mediante la asunción de un concepto objetivo que refleje la participación interna del sujeto en el suceso o acontecimiento externo, sin acudir a actitudes internas de aquel ajenas a la valoración penal. No se trata en la opinión de la autora, de investigar si el sujeto quería o no quería la lesión del bien jurídico, si consentía o no consentía en ella, si la aprobaba o no la aprobaba. Se trata de dilucidar si el sujeto adoptó o no una decisión que podía perjudicar a un bien jurídico merecedor de la especial protección que la norma penal le otorga. Mas claramente, “lo que importa es saber si el sujeto, consciente de la situación de riesgo en su globalidad, incluyendo las demás alternativas de comportamiento, eligió o no el camino que suponía la integridad de los bienes jurídicos protegidos”. Por consiguiente, para el hallazgo de ese concepto objetivo del dolo, se propugna el necesario abandono de la relación intencional entre sujeto y resultado, propia de las teorías tradicionales, aún sin excluir por ello el elemento volitivo como componente de dicho concepto. Se define así por la autora el dolo, siguiendo el concepto propuesto por un sector de la doctrina alemana más reciente, como “la decisión consciente del sujeto en contra del bien jurídico”. Se trata de un concepto que se asienta en una triple secuencia: la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico protegido, la correcta aprehensión de dicha situación por parte del sujeto, y finalmente la decisión de dicho sujeto contraria al bien jurídico amenazado por aquella situación de peligro y ya sea porque su objetivo consista precisamente en la destrucción de aquél bien, ya porque el menoscabo de éste aparezca como consecuencia irrenunciable a la consecución del fin último al que el propio sujeto aspira. Para la constatación de esta triple secuencia, el juzgador deberá apoyarse en distintos indicadores externos, entre los que

destacan el riesgo implícito a la acción o medios empleados conformadores de la situación de peligro, así como la capacidad de evitación del resultado en la secuencia última atinente a la toma de decisión.

Tras el somero análisis de los criterios seguidos por nuestra jurisprudencia (mayoritariamente participe de la aplicación de la teoría del consentimiento) para la delimitación del concepto y ámbito del dolo eventual, la autora culmina su interesante obra, ejemplificando la aplicación concreta del nuevo concepto de dolo por ella propugnado con pormenorizado análisis de las secuencias en que él mismo se fundamenta, en distintos supuestos o casos de la realidad práctica, que al inicio del trabajo se citaban, para significar la dificultad existente para delimitar con nitidez la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente.

Jesús Bello Gil.

*Guerra, Moral y Derecho*. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid Actas, 1994. 298 páginas.

Fruto de la actividad desarrollada por la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, durante el curso 1992-1993, es este volumen que ha visto la luz a fines de 1994. Es el segundo de una serie iniciada -nos advierte Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Presidente de la Academia, en la presentación de la obra- con "Los Principios Generales del Derecho" que recogía los trabajos del curso anterior, y promete continuar con otros dedicados al estudio y análisis de "El Estado de Derecho" y de la "Ley y Ordenamiento Jurídico".

El volumen que se comenta consta de los trabajos siguientes: 1. Los principios del Derecho de guerra en la antigüedad griega, de Ángel Sánchez de la Torre. 2. Los límites de la guerra justa, de Eurico Pascucci. 3. Condiciones de la guerra justa, de Juan Cayón Peña. 4. La paz justa, de Evaristo Palomar Maldonado. 5. La guerra y la justificación de la muerte del inocente en el mundo contemporáneo, de José Miguel Serrano Ruiz-Calderón. 6. Guerra y Derecho internacional, de Juan Antonio Martínez Muñoz. 7. ¿No intervención o solidaridad entre las naciones?, de Miguel Ayuso Torres. 8. La guerra subversiva o revolucionaria, de José de la Torre Martínez. 9. El terrorismo, de María del Carmen Fernández de la Cigoña. 10. Derecho de resistencia, de Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda. 11. Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil, de María José Falcón y Tella. 12. La objeción de conciencia al servicio militar, de Estanislao Cantero Núñez.

"Guerra, Moral y Derecho" es el título genérico que agrupa estos trabajos. Trilogía vinculada a la misma historia del pensamiento, que los autores analizan desde una perspectiva iusnaturalista de clara inspiración cristiana, combinando, en su estudio, los criterios morales con los argumentos jurídicos, y la exposición de principios e ideas con la respuesta a problemas de permanente actualidad; todo ello con un sustrato común: pensamiento católico, dignidad del hombre, y la guerra como realidad no superada.

Destacaría, de entre todos los trabajos, los dedicados al análisis de la guerra y el derecho internacional, o a la guerra justa y, por consiguiente, también a la paz justa que, como dice su autor, no está tan fuera de lugar como parece, pues, al fin y al cabo, la consecución de ésta debe ser el objeto de aquélla.

Efectivamente, el recordatorio de los principios por los que debe re- girse la guerra no resulta ocioso desde el momento en que este fenómeno no es, ni tiene visos de ser, una reliquia del pasado, aunque la candidez de algunos les impulse a pensar lo contrario, confundiendo unos loables deseos de solución de los conflictos por medios pacíficos con una realidad que no responde a los mismos, aún sin ignorar, tampoco, que gran parte de las actitudes y doctrinas pacifistas nos permiten dudar de su sinceridad o de su aparente ingenuidad utópica.

En todo caso, a cualquier observador de la realidad no se le escapa que los conflictos, en la actualidad, siguen plenamente vigentes e, incluso, en auge. El informe del Instituto Internacional de Investigación de la Paz, correspondiente a 1994, constata la existencia de treinta y cuatro grandes conflictos armados dispersos por los cinco continentes, junto a un número muy superior de los que los analistas denominan “conflictos de baja intensidad” o guerras subconvencionales.

Las distintas circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y técnicas de cada momento imprimen de hecho características peculiares a los conflictos pero no han logrado suprimirlos. Es más, a medida que aquéllas evolucionan, los conflictos discurren, tanto en su desarrollo como a su término, por cauces particularmente violentos. Especialmente es tras su término, cuando podemos observar, en numerosas ocasiones, el exceso en las represalias, la ausencia de respeto por el ser humano, el desprecio por cualquier regla o norma, es decir, formas y modos muy alejados, por ejemplo, de aquéllos que nos ha legado nuestra historia, a través de la literatura o de la pintura, en casos como los de Carlos V, interesándose personalmente por su prisionero, herido y vencido en Pavia, Francisco I de Francia; de Spinola con el brazo por encima del hombro de Justino de Nassau como muestra la velazqueña rendición de Breda; o del General Castaños saludando a Dupont de l'Etang en la capitulación de Bailén.

También sus causas responden a motivos de origen muy diverso: religiosas, étnicas, ideológicas o por diferencias entre civilizaciones, como se ha vaticinado de conflictos futuros. De ahí que, por todo ello, se deje sentir la necesidad e importancia que adquieren los principios enunciados por la escuela española del derecho natural y de gentes, y fundamentalmente por aquellos teólogos-juristas que la representan, como Vitoria, Suarez, Soto o Molina, acogidos por ilustres juristas posteriores y defendidos, igualmente, por los autores de los trabajos que componen este volumen.

Mención especial deseo hacer de los trabajos suscritos por Miguel Ayuso y Estanislao Cantero. De ambos conocemos, especialmente quienes, como ellos, pertenecemos al Cuerpo Jurídico Militar, su producción científica -que comienza a ser abundante- reflejada en libros y artículos sobre temas históricos, educativos, filosóficos y jurídicos. En este caso, dedican su análisis a dos cuestiones puntuales: la solidaridad entre las naciones y la objeción de conciencia al servicio militar, respectivamente.

Explica Ayuso, el tránsito desde el principio de no intervención al de injerencia, como postulados de la actuación en el ámbito internacional. Opone al primero, el de solidaridad entre las naciones, defendido por la Iglesia Católica cuando aquél era incontestado, de forma general, en los foros políticos, internacionales, científicos o universitarios; y muestra sus severas reservas respecto al segundo.

Ciertamente, el principio neutralista de la no intervención y no injerencia en los asuntos internos de otros Estados está siendo desplazado hacia nuevas formas de conducta internacional. Aunque no deba olvidarse el efecto condicionante de la situación política internacional, y salvo algunos precedentes -Palestina, Cachemira, Egipto, Congo, entre otros-, es lo cierto que en los últimos años se ha producido lo que se ha denominado "la dramática expansión de la demanda de los servicios de Naciones Unidas".

Ayuso subraya este hecho y manifiesta su preocupación acerca de que la ONU resulte ser un instrumento de movilización al servicio de las acciones exteriores de otras naciones. *En realidad, esta reserva que expresa su autor, no es sino un aspecto parcial, e importante, de las graves cuestiones que suscita la complejidad de la actividad de los organismos internacionales.* Los graves problemas de naturaleza política, económica y militar que gravitan sobre las nuevas operaciones auspiciadas por la ONU, su ausencia en la propia Carta de Naciones Unidas, o el resultado de algunas de ellas, justifican la cautela en las referencias a las mismas.

Aunque, sin embargo, debe considerarse que no todas las operaciones internacionales presentan idénticas características ni admiten un tratamiento común. Es cierto que éstas nacieron en virtud de las circunstancias impuestas por el momento histórico y la necesidad de superar las dificultades que presentaba el funcionamiento de la propia Organización, con un objetivo intermedio entre los medios de solución pacífica y voluntaria de controversias previstos en el Capítulo VI de la Carta, y las acciones coercitivas de su Capítulo VII, a modo de medidas integrantes de un hipotético "Capítulo VI y medio", en expresión del entonces Secretario

General Dag Hammarskjöld. Pero, en cualquier caso, desde el regreso a las acciones de diplomacia preventiva, o las tradicionales operaciones de mantenimiento de la paz, hasta las que tienen por finalidad la ayuda humanitaria, o las de construcción e, incluso, imposición de la paz, constituyen un variado catálogo de actuaciones internacionales de distintas características.

Finalmente, plantea Ayuso otras varias cuestiones e interrogantes, algunas referidas al derecho interno y a la participación de nuestras Fuerzas Armadas en tales operaciones, no carentes de interés, pero cuyo análisis desborda el objeto y el propósito de este comentario.

Por su parte, Estanislao Cantero realiza un riguroso análisis de la objeción de conciencia al servicio militar. Tras deshacer el equívoco, mantenido por algunos autores, del fundamento de la objeción de conciencia en el cristianismo de los primeros tiempos, nos advierte el autor que, a diferencia de la objeción de la conciencia, u objeción impropia, que no cuestiona de forma genérica el cumplimiento de las obligaciones militares, pues consiste en no practicar o no cumplir algo objetivamente injusto, la objeción de conciencia moderna se ejerce en nombre de la conciencia individual y referida al servicio militar supone, recogiendo la definición de Millán Garrido, "la negativa a cumplir las obligaciones militares legalmente establecidas por quien las considera incompatibles con sus propias convicciones".

La objeción de conciencia es, en efecto, una cuestión grave que está adquiriendo considerables dimensiones en nuestra sociedad, por causa de la misma adulteración de su naturaleza. Se olvida con demasiada frecuencia que el servicio militar es un derecho y un deber, y una causa de exención al mismo es la objeción, pero no se trata de opciones alternativas en un mismo plano pues el servicio militar viene establecido como consecuencia de una necesidad objetiva de interés general.

En la génesis y actual configuración de la cuestión han concurrido diversos factores, algunos de los cuales el autor analiza a través de un recorrido por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia o los datos estadísticos. Sintéticamente, cabe señalar, entre otros, los siguientes: una legislación que concibe de modo amplio los motivos de conciencia que otorgan el derecho a un reconocimiento prácticamente automático de la condición de objetor; una doctrina vacilante del Tribunal Constitucional en interpretación del artículo 30 de la Constitución; algunas resoluciones de diversos órganos judiciales en la aplicación de las normas sancionadoras de la insumisión; las dificultades de realización de la prestación social sustituto-

ria en condiciones; o la actitud de algunas instituciones y entidades locales favoreciendo, directa o indirectamente, la objeción.

Todo ello ha conducido al incremento sustancial del número de objetores con los importantes perjuicios que conlleva para una eficaz prestación del servicio militar y, en definitiva, para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Una amplia objeción generalmente ejercitada con desconocimiento e ignorancia de su verdadero sentido y en interés de la propia conveniencia, aunque sea una conveniencia o interés transitorio, como manifiesta la evidente incongruencia de las solicitudes de quienes, tras ser reconocidos objetores, piden su ingreso como profesionales de las Fuerzas Armadas o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Un salto cualitativo representa la insumisión como negativa absoluta a realizar tanto el servicio militar como la prestación social sustitutoria que, si bien, numéricamente no alcanza los niveles de la objeción, sus efectos son, y pueden ser, devastadores.

Las soluciones son complejas y algunas propuestas razonables se han ofrecido al respecto. En todo caso no parece que aquéllas deban pasar necesariamente solo por la proposición de medidas o la aprobación de disposiciones tendentes a edulcorar la prestación del servicio militar, con el riesgo de hacerle perder su sentido y significado, ni tampoco por endurecer las condiciones de la prestación social sustitutoria exclusivamente con finalidad disuasoria, pero deben tener en cuenta, como dice Cantero, en la última de las conclusiones con las que cierra su trabajo, que “es necesario que toda la sociedad comprenda que la defensa de la nación constituye un bien objetivo”.

Ricardo Fortún Esquifino

COMENTARIOS A LA LEGISLACION PENAL, Tomo XVI: Delitos electorales. Responsabilidad Civil derivada del delito. *Delitos contra el deber de prestación del servicio militar*. Nueva regulación de la “corrupción” pública. Madrid, Edersa, 1994, 244 págs.

Se publica, en el primer semestre de 1994, el Tomo XVI de los Comentarios a la Legislación Penal que dirige el Catedrático Sr. Cobo del Rosal y coordina el también Catedrático Sr. Bajo Fernández. En dicho volumen se contienen comentarios a las más recientes reformas del Código Penal y a los delitos electorales contenidos en la Ley Orgánica 5/1985; de entre todos ellos, prestaremos especial atención en esta recensión a los comentarios que formula el Prof. Portilla Contreras a los (ya no tan nuevos) artículos 135 bis h) y 135 bis i) del Código Penal, en los que se castigan -en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria- las conductas consistentes en la falta de incorporación al servicio militar y en la negativa a prestarlo.

El Tomo XVI se inicia con una Introducción General del Profesor Cobo del Rosal en la que se ocupa de precisar alguna de las muchas razones por las que considera que no es el momento oportuno para abordar la ingente tarea (en todos los órdenes) que supondrá la aprobación de un nuevo Código Penal, proponiendo, eso sí, la realización de un *Texto revisado del vigente Código Penal*, en el que sería esencial —entre otras reformas— poner en congruencia el régimen de penas con el daño y lesividad producida por el delito. “Convendría —dice Cobo del Rosal— realizar una labor más modesta, pero eficacísima, de la que saldría beneficiada la vida en sociedad en España, sin gestos o actitudes ni demagógicas ni triunfalistas que pueden desencadenar una catástrofe en la ya deshilachada Administración de Justicia y que produjese cierta confianza y seguridad en ella por parte de la ciudadanía honrada”.

A continuación, en la misma Introducción, el director de la obra se ocupa de hacer una breve referencia de cada uno de los distintos comentarios incluidos en el Tomo, todos ellos realizados por profesores de la Universidad de Granada: “Los delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio”, por María José Jiménez Díaz;

“La responsabilidad civil derivada del delito” (a propósito de la reforma operada por Ley 1/1991, de 7 de enero), por José E. Sáinz-Cantero Caparrós; “Los delitos de no incorporación a filas y de rehusar el servicio militar”, por Guillermo Portilla Contreras; y, “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, por Lorenzo Morillas Cueva y Guillermo Portilla Contreras.

Respecto de los delitos electorales, su tipificación en la Ley Orgánica 5/1985 obedece, fundamentalmente, a la necesidad de dotar de rango orgánico a la legislación penal especial en que se encontraban recogidos hasta entonces, el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo. La nueva ley penal especial se inicia con cuatro preceptos de carácter general contenidos en los artículos 135 a 138 (concepto de funcionario público, concurso de leyes, pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo y remisión al Código Penal) y los concretos tipos penales recogidos en los artículos 139 a 150. La Profesora Jiménez Díaz realiza sus comentarios a cada uno de dichos artículos y no puede decirse que sus conclusiones sean ciertamente favorables; así, el propio Director de la obra ya señala en su Introducción —citando a la autora de los comentarios— que el texto adolece de “graves defectos de técnica legislativa” y constituye un auténtico “marasmo de conductas delictivas”, llegando a sostener que el rasgo característico de la Ley de 19 de junio de 1985 es el de su superfluidad.

Por su parte, el Profesor Sáinz-Cantero Caparrós se ocupa de comentar la reforma operada por Ley 1/1991, de 7 de enero, mediante la que se modificó el artículo 22 del Código Penal (y los arts. 1903 y 1904 del Código Civil), en lo relativo al régimen de la responsabilidad civil subsidiaria en delitos cometidos por los alumnos de centros docentes de enseñanza no superior, desplazando la hasta entonces responsabilidad subsidiaria de los maestros y profesores hacia los titulares de dichos centros docentes. En sus comentarios, el autor, tras una breve introducción, se ocupa de ofrecernos una interesante aproximación a los problemas que plantea la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* y a las reglas contenidas en el Código Penal para determinar las personas civilmente responsables de los daños producidos por el ilícito penal; a continuación, entra de lleno en el comentario del nuevo precepto ocupándose de las causas y fundamento de la reforma (esencialmente, el atender reclamaciones del colectivo docente) y en las innovaciones materiales de la nueva regulación; tampoco en esta ocasión los comentarios del autor son

especialmente favorables al nuevo precepto, poniendo su acento en la ocasión, desaprovechada, con que se ha contado para clarificar el régimen jurídico de las responsabilidades civiles por daños derivados del delito y en la inconveniencia de legislar con criterios exclusivos de oportunismo político.

Por lo que se refiere a los nuevos delitos comunes de falta de incorporación a filas y negativa a prestar el servicio militar, conviene comenzar destacando las oportunas palabras que el director de la obra dedica en la "Introducción general" del Tomo a los artículos objeto de posterior comentario por el Profesor Portilla Contreras; así, Cobo del Rosal, en ese breve trance previo, sin dejar de esbozar (dado lo escueto del texto) alguna cuestión puramente técnica, prefiere plantear cuáles deben ser los principios inspiradores del Servicio Militar y los problemas que se plantean respecto de la profesionalización de los Ejércitos y la influencia que en el tema ejercen no sólo el sentir del entramado social, sino también determinadas y patéticas conductas hábilmente utilizadas para crear un abierto sentimiento de rechazo al servicio militar obligatorio en la entraña del mayoritario y más permeable estrato cultural de nuestra sociedad. Así, el Profesor Cobo del Rosal, para describir la diferencia de tratamiento que merecieron, dos situaciones de cierta semejanza, dice: "Todos fuimos testigos del lamentable espectáculo, en los medios de comunicación social, de reclutas que iban en funciones de vigilancia, no estrictamente bélicas, a la Guerra del Golfo y que compungidos, cuando no llorosos, fueron embarcados con inverecundas alegaciones ante dichos medios de que ni siquiera sabían nadar y, sin embargo, formaban parte de tropas de marinería. El entusiasmo plañidero por la protección de los soldados constituyó, en esa misma línea, un coro aleccionador. No ha sucedido así, sin embargo, aunque la misión era mucho más peligrosa y delicada, en la espantosa y cruel guerra civil de Bosnia-Herzegovina. La razón es evidente: son tropas profesionales... Las imágenes de uno y otro suceso no dejaron lugar a la menor duda".

Al ocuparnos ya de los comentarios de Portilla Contreras a los artículos 135 bis h) y 135 bis i) del Código Penal, debemos comenzar recordando, aunque parezca innecesario, que se trata de los dos tipos penales (falta de incorporación al servicio militar y negativa a prestarlo) que la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, extrajo de la competencia de la jurisdicción militar (los derogados arts. 124 y 127 del Código Penal Militar) y los trasvasó a la competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

Los comentarios -que toman como base el art. 135 bis h), para destacar al final las pocas diferencias que plantea el art. 135 bis i)-, además de realizar un análisis de técnica penal de los concretos tipos delictivos, abordan una serie de cuestiones a ellos concomitantes, tales como el fenómeno de la insumisión y la objeción de conciencia.

A nuestro juicio, en el análisis de estas últimas cuestiones el autor — llevado de una evidente opinión contraria a cuanto no sea la más amplia concepción de la objeción de conciencia (para la que propone la supresión de toda norma de derecho positivo distinta del art. 30 de la Constitución, en lo que denomina derecho fundamental a la objeción) y el absoluto “derecho” a no realizar el servicio militar— incurre, en unas ocasiones, en negar abiertamente lo que es doctrina constitucional consolidada y que él mismo se ocupa de señalar (el “deber” constitucional de prestación del servicio militar y la consideración de la objeción de conciencia como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental) y en otras ocasiones, en realizar un análisis demasiado superficial de las cuestiones que trata; así, cuando acepta, sin necesidad de definición o concreción previa en el ámbito penal, la figura de la “insumisión”; cuando propone —en una visión excesivamente simplista (o ¿interesada?)— como “verdaderas” causas del fenómeno de la “insumisión” la actual regulación del servicio militar y de la objeción de conciencia; o cuando considera el servicio militar obligatorio como un atentado a la dignidad del insumiso que no ha sido valorado negativamente por el ordenamiento jurídico (olvidando, con ello, el mandato impuesto por un precepto constitucional, en este caso, el fundamental art. 10.1).

En cualquier caso, el interés principal de los comentarios de Portilla Contreras se halla fundamentalmente en ocuparse de unos tipos penales que se encuentran en constante debate público, político y jurídico sobre su oportunidad y aplicación.

Por último, el Tomo XVI de los Comentarios a la Legislación Penal que nos ocupa finaliza con los que realizan el Catedrático Morillas Cuevas y el Profesor Portilla Contreras sobre los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias, que han sido modificados o introducidos *ex novo* por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, en los artículos 367, 368, 390, 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c) del Código Penal.

Ya en la Introducción de sus comentarios, los autores ponen de relieve que la reforma tiene situado su punto de mira en la corrupción pública que “se enmarca en el seno de las relaciones financieras existentes entre

el sector público y el privado, en el intercambio de favores entre funcionarios y particulares.

El trabajo se inicia con un cuidado análisis sobre los elementos comunes a aquellos delitos: por un lado, el bien jurídico protegido en los delitos cometidos por funcionarios públicos, en el que se incorporan las modernas aportaciones doctrinales extranjeras y nacionales sobre el tema, para concluir con la teoría del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido por aquellos tipos penales; por otro, el sujeto activo (funcionario público y autoridad) de los delitos objeto del comentario.

La segunda parte del trabajo la dedican los autores al estudio de cada uno de los concretos tipos penales antes mencionados, bajo la común estructura de antecedentes legales, derecho comparado y análisis de los elementos del tipo, sujeto activo, conducta típica, autoría y participación, formas de aparición, y concurso de leyes o de delitos.

Alfonso Barrada Ferreirós

---

## **2. RECENSION DE REVISTAS**

*Cuadernos de la Guardia Civil*. Número 11, 1994

En la tarea de leer la precitada y meritoria Revista detecto nuevas monografías sobre el tema, ya tratado casi exhaustivamente, de la “policía judicial”, junto con otros trabajos -todos de interés para nuestros lectores- de los que parece oportuno detenerse especialmente en algunos, tras subrayar el integro de su contenido.

*SUMARIO*

JOSE FELIX LOPEZ ARAUJO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVA QUE REGULA LA POLICIA JUDICIAL .....	5
ENRIQUE ROVIRA DEL CANTO: EL ARTICULO 126 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y SU DESARROLLO EN EL AMBITO CASTRENSE.....	17
ANTONIO N.MARCHAL ESCALONA: PROCEDIMIENTO ORAL.....	27
CARMEN LAMARCA PEREZ: EL MENOR COMO OBJETO DE TUTELA PENAL ..	59
RAFAEL RODRIGUEZ CANTERO: LA PREVENCION EN RELACION CON EL NARCOTRAFICO Y LA DROGADICCION.....	71
SAGRARIO MORAN BLANCO: ESPAÑA Y FRANCIA CONTRA ETA .....	81
ENRIQUE GARCIA AGUILAR: TERRORISMO Y NACIONALISMO .....	89
FRANCISCO MORALES UTRABO: LA INFLUENCIA DE LA INTOLERANCIA Y LA DISCRIMINACION POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN LA PAZ SOCIAL.....	99
MARIA ANGUSTIAS CARACUEL RAYA: NACIONES UNIDAS EN MOZAMBIQUE: EL PAPEL DE ESPAÑA.....	109
JOSEP CARLES CLEMENTE: CRUZ ROJA DE LA REPUBLICA ESPAÑOLA: DE LA LEGALIDAD AL EXILIO FRANCÉS .....	121
MIGUEL MARTINEZ GARCIA: EL PRIMER REGLAMENTO MILITAR DEL CUERPO Y SUS AUTORES .....	133
MAXIMILIANO LASEN PAZ: LA FORMACION DEL GUARDIA CIVIL CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES .....	141

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVA QUE REGULA LA POLICIA  
JUDICIAL**

*José Félix López Araujo*, Vocal Asesor del Director General de la Guardia Civil y Técnico de Instituciones Penitenciarias, ofrece su colabo-

ración al tema de la "policía judicial", objeto de preferente dedicación en Cuadernos de la Guardia Civil.

Expone una acertada visión general, acorde con los planteamientos generales de otros trabajos, ya publicados, propugnando la clasificación, concreción, puntualización y precisión, de la insuficiente normativa reguladora de la policía judicial. El autor se pronuncia a favor de unificar las dependencias orgánica y funcional de la policía judicial, con mayores atribuciones de los órganos judiciales al respecto.

#### EL ARTICULO 126 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y SU DESARROLLO EN EL AMBITO CASTRENSE

*Enrique Rovira del Canto*, Comandante Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, tras una excelente síntesis sobre la policía judicial con abundantes citas doctrinales, se refiere al desarrollo normativo del artículo 126 de la C.E. en el ámbito castrense.

La L.O. 4/87, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) precisa, en el ámbito castrense, la existencia de la policía judicial al servicio de Tribunales Militares y Jueces Togados y Fiscales Jurídico Militares (art. 86), tratando el autor el proyecto y tramitación parlamentaria; examina posteriormente la L.O. 2/89, Procesal Militar (arts. 140 y 348), referentes a la información prejudicial del Fiscal Jurídico Militar, y la materialidad del ingreso de los condenados en prisión.

Se refiere a las reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar de 1990, que al respecto trataron del problema de los retrasos de los traslados de los presos preventivos a juicio, y de la conveniencia de una específica regulación de la relación de la policía judicial a requerimiento de los Fiscales Jurídico Militares.

La existencia de las Unidades de Policía Judicial se especifica en el ámbito de la Jurisdicción Militar, con mucho retraso, el 12 de mayo de 1992, en que se crean en la Guardia Civil los "Grupos de Policía Judicial de Apoyo a la Jurisdicción Militar".

Se muestra partidario de la asimilación de la Policía Militar a la Policía Judicial; debe regularse la asimilación, hoy inexistente, ya que la Policía Militar auxilia a la Jurisdicción Militar, así como resolverse el problema de su dependencia orgánica y funcional, ya que hoy no está normativizada ni siquiera la dependencia funcional de Jueces Togados.

Resalta que la protección penal militar de la Policía Judicial, que asista a la Jurisdicción Militar, es inexistente en ésta; la protección existe en el Código Penal común, pero en el Código Penal Militar sólo se protege a la Policía Militar; el Comandante Auditor Rovira propugna que la Jurisdicción Militar tenga intervención en esa protección penal en razón al ser militar el Policía Judicial (Guardia Civil), actuar en auxilio de la Jurisdicción Militar y en lo que respecta al delito militar.

El trabajo monográfico es sumamente interesante, por la profundidad del estudio; por lo inédito del tema en lo referente a la Policía Militar (salvo la manografía - no publicada- del Capitán Auditor Alvarez Abeile); y, por la referencia a la Guardia Civil como Policía Judicial de la Jurisdicción Militar.

#### PROCEDIMIENTO ORAL

*Antonio N. Marchal Escalona*, Capitán de la Guardia Civil, Licenciado en Derecho y Profesor de la Academia Especial de la Guardia Civil, publica un esquemático, claro, preciso y no exento de profundidad, trabajo cuyo título es corto y no completo: *el procedimiento oral por falta leve disciplinaria* (art. 38 de la L.D.G.C.).

El Capitán Marchal efectúa acertadas interpretaciones de los principios de legalidad (infracción y sanción), tipicidad, irretroactividad, non bis in idem, y prescripción.

Cuestiona la competencia del mando interino o accidental, resolviendo que no puede acceder al nivel sancionador del titular del Mando cuando tales facultades se concretan con el empleo militar, a pesar de que la regla genérica es la de que los mandos interinos o accidentales tendrán las mismas competencias sancionadoras que los titulares a los que sustituyen (art. 30).

Criterio que no comparto, por entender que, incluso la dicción literal de "Oficiales Generales con Mando" significa el nivel del cargo más que el empleo militar, y en consecuencia es aquel el determinante y es de aplicación la regla genérica precisada.

De forma exhaustiva examina los *principios procesales*: tutela judicial efectiva, prueba suficiente enervadora del principio de presunción de inocencia, principio de contradicción, derecho a la defensa (audiencia, prueba, letrado y asesor militar), publicidad (audiencia del interesado y vista del expediente), etc.

Es un trabajo muy completo, y de enorme interés utilísimo para la más correcta aplicación del procedimiento por falta leve disciplinaria, tanto en la Guardia Civil como en las FAS.

#### CRUZ ROJA DE LA REPUBLICA ESPAÑOLA: DE LA LEGALIDAD AL EXILIO FRANCES

*Josep Carles Clemente*, Historiador y Secretario del CEDIH (Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario), de la Cruz Roja Española, es un excelente historiador y con fervorosa entrega a los fines y misiones de la Cruz Roja.

Efectúa una muy amable y agradable exposición histórica de la creación de la Cruz Roja (1863), y de la Cruz Roja Española (1864, Isabel II), -gestionada por la Orden de San Juan de Jerusalén, Caballeros de Rodas y luego por la Orden de Malta-, hasta institucionalizarla como Organización no Gubernamental, pero auxiliar de la Sanidad Militar.

La mejora de la Sanidad Militar permite hoy, en tiempos de paz, que la Cruz Roja pueda dedicarse a actividades secundarias; ancianos, incapacitados, enfermos de SIDA, etc.

Anteriormente expone la actuación de la Cruz Roja en el exilio hasta su disolución e integración en la actual Cruz Roja, con la que se siente ilusionado.

#### EL PRIMER REGLAMENTO MILITAR DEL CUERPO Y SUS AUTORES

*Miguel Martínez García*, Comandante de la Guardia Civil y Licenciado en Historia, cuestiona la tradicional creencia sobre la redacción autógrafa del Duque de Ahumada del primer reglamento militar de la Guardia Civil frente a las influencias extranjeras del Reglamento del Servicio.

Pone de relieve las divergencias entre los Ministerios de Gobernación y de la Guerra en 1844, año del nacimiento del Cuerpo, concretándolos en los “dos Decretos fundacionales”: el de Gobernación de 28 de marzo, con el Reglamento para el Servicio de 9 de octubre, y el “definitivo” Decreto de 13 de mayo; y el Reglamento Militar de 15 de octubre, del Ministerio de la Guerra.

Con profusión de citas históricas, y a través de amplia comparación de textos, incide en la influencia de la Gendarmerie francesa en la crea-

ción de nuestro benemérito Instituto, llegando incluso a basar su primitiva afirmación en palabras del propio Duque de Ahumada: “La creación de la Gendarmería en Francia, que es el Cuerpo al que debe imitar nuestra nueva Guardia Civil...”.

El lector encontrará innumerables detalles históricos sobre los trámites de elaboración del Reglamento Militar del Cuerpo de la Guardia Civil.

#### LA FORMACION DEL GUARDIA CIVIL CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

*Maxiliano Lasen Paz*, Coronel de la Guardia Civil, da a conocer un trabajo efectuado para el Comité de Expertos de Educación y de la Formación en el dominio de los Derechos del Hombre, en Estrasburgo (1989).

Tras describir la organización de la enseñanza en la Guardia Civil, y el contexto internacional de apoyo a los Derechos Humanos, se extiende en el contexto nacional español (CE, ordenamiento jurídico, Tribunales, Defensor del Pueblo, sistema educativo, medios de comunicación social).

Subraya la demanda social sobre Derechos y Libertades y examina su observancia en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Las Guardias Civiles, unos 70.000 hombres, entran en contacto cada año por razón de su servicio público con unos 10.000.000 de personas, lo que obliga a profundizar en el estudio de los Derechos y Libertades, con “métodos de aprendizaje de hábitos y actitudes a través de una pedagogía activa y más avanzada”.

Desarrolla aquella profundización de forma completa, tan detallada y concreta que hace imposible su resumen.

Luis B. Alvarez Roldán

*Revista de Administración Pública*, nº 134, mayo-agosto, 1994.

El número de la RAP que comentamos contiene algunos trabajos que merecen nuestra atención, unos por su interés específico desde el punto de vista del Derecho militar y otros desde la perspectiva general del ordenamiento jurídico-administrativo.

Dentro del primer bloque citaremos la colaboración del profesor Lorenzo Martín-Retortillo "Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado" (pág. 29 y siguientes), que constituye el texto de la conferencia pronunciada por el autor en un Seminario celebrado en la Academia General de Zaragoza en febrero de 1994. El trabajo arranca situando el servicio militar entre los deberes constitucionales de los ciudadanos y, específicamente, en la modalidad, tradicional en el ordenamiento público, de las "prestaciones personales" -como, por lo demás, lo califica la vigente Ley del Servicio Militar, L.O. 13/1991, de 20 de diciembre-. El grueso del estudio se centra, a continuación, en el estatuto jurídico del soldado, estructurado en tres aspectos: el principio de legalidad como garantía y cobertura de las obligaciones del militar de reemplazo; la previsión por la ley de las modalidades disciplinarias, con referencia a las especialidades en este ámbito; y, por último -y con cierto mayor detenimiento, sin duda justificado por la importancia de la materia-, el análisis de los derechos fundamentales y sus limitaciones en esta esfera.

En definitiva, una síntesis general del régimen jurídico del servicio militar, de fácil lectura -por su origen como exposición oral, se mantiene sin notas doctrinales, aunque incorpora una nota bibliográfica final- y que constituye una interesante aproximación al tema.

Por su parte, Luis Alberto Poméd Sánchez, de la Universidad de Zaragoza, nos ofrece un estudio sobre "Objeción, insumisión y servicio militar obligatorio" (pág. 155 y siguientes). Su contenido lo podemos resumir en tres grandes apartados o aspectos: la plasmación constitucional del derecho a la objeción de conciencia, con sus precedentes inmediatos, así como las principales aportaciones doctrinales al debate que esta materia ha suscitado y sigue suscitando; el desarrollo legislativo por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, con el "rechazo social" (insumisión) que ha

generado y la respuesta judicial a los problemas que su aplicación viene planteando; y, por último, “algunas reflexiones acerca del servicio militar obligatorio y de la objeción de conciencia”, con reflejo de la polémica sobre la constitucionalización del servicio militar obligatorio o la opción de un Ejército voluntario.

Todas y cada una de las cuestiones apuntadas tienen el suficiente interés y actualidad como para excusar de recalcar la oportunidad del trabajo que reseñamos.

Entre las aportaciones jurídico-administrativas de carácter general merece destacarse el breve trabajo del profesor Jesús González Pérez, “La subsanación de la falta de comunicar al órgano administrativo la interposición del recurso contencioso-administrativo” (pág. 63 y siguientes), que se inscribe en su conocida línea de crítica a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En su opinión, el requisito del artículo 110.3 de la LRJ-PAC es inconstitucional, por su formalismo injustificado y desproporcionado. De todos modos, de los diversos problemas que plantea el aludido requisito procesal, el trabajo se ocupa -como expresa su propio título- de la subsanación, a partir de la doctrina sentada por un Auto del TS, de fecha 20 de enero de 1994 (Sala 3ª).

Para terminar, haremos referencia a dos Comentarios jurisprudenciales de entre los incluidos en el presente número. En primer lugar, “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, de Alejandro Saiz Arnaiz, donde se analiza la más reciente doctrina jurisprudencial sobre el “recuperado” concepto de acto político -calificado de “inexistente” por algún significado sector doctrinal español- y las posibilidades de su control judicial.

“La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales (SSTC 120/93 y 122/93, de 19 de abril)”, por Diego J. Vera Jurado, es el otro comentario que incluimos en esta recensión; tras el análisis de la justificación constitucional de dicha reclamación previa, se aborda su discutida naturaleza jurídica (acto de conciliación o requisito procesal) y, por último, la subsanación de los defectos en su presentación.

Antonio Mozo Seoane.

CID MOLINE, José: *Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Fasc. I, enero-abril 1994.

Partiendo de la escasa precisión con que se define cada supuesto de hecho en las normas que para el concurso de delitos se recogen en los arts. 68 al 71 del Código Penal, el profesor Cid Moliné dedica este estudio a someter a examen las definiciones dogmáticas y la clasificación de los diversos supuestos de concurso de delitos, con el objetivo de determinar si se dan en ellas los requisitos suficientes para poder afirmar que nos hallamos ante una clasificación formal y materialmente correcta que aporte seguras definiciones y concrete todos los supuestos de hecho posibles a los que se enfrenta el juzgador y a los que ha de aplicar aquellas normas concursales. Por ello, se sostiene que en este supuesto «la tarea que realiza la dogmática consiste [...] en aportar definiciones de los supuestos de hecho de las normas de segundo nivel (o concursales), con el objetivo de que para todos los casos en que se dé una concurrencia de normas de primer nivel (definidoras de tipos penales) exista una, y sólo una, norma de segundo nivel aplicable. Esta tarea definitoria, que lleva a una clasificación del conjunto de casos en que se da concurrencia de normas de primer nivel -según Cid Moliné-, no está situada en el terreno de la interpretación, pues las definiciones dogmáticas incluyen elementos a los que, en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel, no se alude en absoluto. Por ello puede decirse que nos encontramos ante una tarea que se sitúa en el nivel de las propuestas de aplicación del Código Penal (o de *sententia ferenda*)».

A tales fines, comienza el estudio ocupándose de lo que denomina las definiciones doctrinales amplia y restringida del concurso de delitos -según se incluya o no en ella el denominado concurso aparente-, decantándose el autor por la definición amplia, entre otras razones, por poseer la ventaja de que se pueden incluir en ella todos los supuestos de concurrencia de normas de primer nivel. Sobre este presupuesto, llega el profesor Cid Moliné a la clasificación y definición que de las diversas especies de concurso de delitos ha llegado a formular la dogmática y de la norma de

segundo nivel que a cada una de dichas especies debe aplicársele: a) *concurso aparente*, cuando un individuo realiza una o varias acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel y entre estas normas de primer nivel existe una relación de especialidad, alternatividad, subsidiariedad o consunción; al que se aplicará una norma implícita (que establece que debe aplicarse la norma especial, principal, consumidora o alguna alternativa), por lo que no siempre se aplicará el art. 68; b) *concurso ideal*, cuando una sola acción de un individuo resulta subsumible en dos o más normas de primer nivel sin que exista concurso aparente; al que se aplicará el art. 71; c) *concurso medial*, cuando dos acciones de un individuo resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel y existe entre ellas una relación de medio necesario a fin, sin que exista concurso aparente; al que se aplicará el art. 71; d) *delito continuado*, cuando un individuo realiza varias acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en la misma norma), existiendo entre las acciones continuidad delictiva, pero sin que exista concurso aparente o medial; al que se aplicará el art. 69 bis; y, e) *concurso real*, cuando un individuo realiza dos o más acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel, existiendo entre las acciones relación jurídica de conexión, pero sin que exista concurso aparente, medial o delito continuado; al que se aplicarán los arts. 69 ó 70.

A partir de este momento el estudio entra ya en lo que es su auténtico objetivo, sometiendo dicha clasificación del concurso de delitos a un profundo análisis con la finalidad de descubrir si nos hallamos ante una clasificación que cumpla, además de los requisitos de adecuación formal (en esencia, que las distintas especies sean conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes), el postulado de la adecuación material, esto es, que la clasificación sea relevante para la materia objeto de análisis a través del respeto de la legalidad, la racionalidad y la justicia.

Tanto en el análisis de la adecuación formal como en el de la adecuación material de aquella clasificación, el estudio dedica especial atención a los diversos supuestos del concurso aparente de delitos (aquellos en los que entre las normas de primer nivel concurrentes existe una relación de especialidad, de alternatividad, de subsidiariedad o de consunción) por ser precisamente éstos los que presentan una solución más difícil.

Precisamente para estos supuestos de concurso aparente se propone en el estudio -desde la perspectiva de *sententia ferenda* antes comentada-

la existencia de una norma implícita de segundo nivel según la cual *en caso de concurso aparente debe aplicarse exclusivamente la norma especial, o una de las alternativas, o la principal o la que consume*. «Esta norma -nos dice el autor- no llevará siempre a resultados iguales que los que establece la norma de segundo nivel contenida en el art. 68 del Código Penal, en base a la cual debe aplicarse exclusivamente la norma que sancione más gravemente la acción o, en su caso, acciones. La dogmática española ha puesto de manifiesto que esta norma implícita de segundo nivel es necesaria, por lo menos para los casos de especialidad en que la norma de primer nivel especial atribuye a su presupuesto de hecho una pena menos grave que la norma general». Respecto de los concursos aparentes en los que existe una relación de alternatividad, de subsidiariedad o de consunción, el autor propone la aplicación de la norma de segundo nivel del art. 68 pues no encuentra posibilidades de conflicto entre esta norma expresa y la norma tácita antes propuesta.

El interés del estudio reside, por un lado, en el completo análisis conceptual que en él se realiza de los diferentes supuestos de concurso de delitos, delimitando cada uno de ellos mediante la descripción muy precisa de sus requisitos y *elementos característicos* y, por otro, en el carácter práctico que ha querido dársele, ocupándose de la norma -expresa o tácita- con la que debe resolverse cada uno de aquellos supuestos.

Alfonso Barrada Ferreirós

## **IV. INFORMACION**

### III JORNADAS SOBRE JURISDICCION MILITAR DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (\*)

Durante los días 26, 27 y 28 de septiembre de 1994, se celebraron en el el Salón de Actos del Consejo General del Poder Judicial las III Jornadas sobre Jurisdicción Militar, esta vez bajo el título «Delitos y Procedimientos militares». La dirección del curso fue desempeñada por D. Javier Sánchez del Río, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Las sesiones se desarrollaron según el siguiente programa:

#### DIA 26 DE SEPTIEMBRE

9,30 Entrega de documentación.

9,45 Presentación de las jornadas por el Vocal Delegado de Formación del C.G.P.J. Profesor Doctor D. Tomás Vives Antón.

#### *1.ª Ponencia*

10,00 «El delito de insulto a superior». D. Pascual García Ballester. Fiscalía Sala 5ª del Tribunal Supremo.

#### *Comunicaciones*

D. Carlos Melón Muñoz: «Problemas concursales en el delito de insulto a superior».

D. Carlos María Alaiz Villafáfila: «Del sujeto activo del delito de insulto a superior en comparación con el sujeto activo de los delitos de atentado y desacato».

D. Arturo Hernández Muntiel: «El dolo específico de delito de insulto a superior en relación con el bien jurídico protegido por este delito».

D. Cristóbal Velo González: «Comentario al artículo 101 del Código Penal Militar. ¿Corresponde tutelar al Ministerio Público?».

---

(\*) Información aparecida en el Boletín Judicial Militar, núm. 11, julio-septiembre, 1994.

D. Enrique Rovira del Canto: «Cuestiones sobre el maltrato de obra a superior».

D. Francisco Javier Mendoza Fernández: «El delito de tendencia a ofender de obra en las R.O. de Don Carlos III y en el Código Penal Militar. Análisis a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional».

D. Alfredo Fernández Benito: «La condición de superior del cabo».

D. Javier Granados Peñacoba: «Consideraciones sobre el artículo 100 del Código Penal Militar».

Coloquio.

### *2.ª Ponencia*

12,30. «La deslealtad en el marco de los delitos contra los deberes del servicio, con especial referencia a la información militar falsa». D. Antonio Millán-Garrido. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera.

#### *Comunicaciones*

D. Antonio Mata Alonso-Las Heras: «La información falsa del subordinado: algunos supuestos».

D. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri: «La naturaleza jurídica de la retractación en el delito de información militar falsa».

D. Alfredo Fernández Benito: «El artículo 115 del Código Penal Militar».

Coloquio.

### *3.ª Ponencia*

16,20. «Extralimitación o negligencia profesional en actos de servicio de armas». D. Carlos García Lozano. Vocal Togado del Tribunal Militar Central.

#### *Comunicaciones*

Dámaso Calvo Prieto «Art. 159 C.P.M.: 565 C.P. Factor determinante de la competencia».

D. Miguel Rodríguez Sánchez: «Armonización del artículo 159, párrafo 1.º y el artículo 2 del Código Penal Militar».

D. Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana: «La interpretación del artículo 159 del Código Penal Militar en la Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo» de 25 de marzo 1991.

D. David Suárez Leoz: «El delito de extralimitación en acto de servicio de armas cometido por miembros de la Guardia civil».

## DIA 27 DE SEPTIEMBRE

### 4.<sup>a</sup> Ponencia

9,30. «Principios y garantías del proceso penal militar». D. Juan Luis Gómez Colomer. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaime I de Castellón.

### Comunicaciones

D. Jaime Conejo Heredia: «Garantías procesales en la fase de instrucción preliminar del proceso penal militar: atestados militares».

D. José Oliveros Roselló: «La garantía del juez legal militar: problemas de predeterminación».

D. José Rojas Caro: «El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿puede frustrar el fin del proceso?».

D. Luis Alonso del Olmo: «El Juez Togado Militar ante la denuncia anónima».

D. Fernando Parga Pérez-Magdalena: «El reflejo e incidencia de los principios y garantías del proceso penal militar en los atestados».

D. Salvador Calderón Madrigal: «La tutela judicial efectiva en el proceso penal militar».

Coloquio.

### 5.<sup>a</sup> Ponencia

12,00. «El estatuto del imputado y procesado en la Ley Procesal Militar». D. Javier Sánchez del Rífo. Magistrado de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

### Comunicaciones

D. Lázaro Montero López: «Sobre el carácter gratuito de la defensa en el orden jurisdiccional penal militar».

D. Gonzálo Zamorano Cabo: «Aproximación al concepto de imputado».

D. Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana: «El inculgado, su posición entre imputado y procesado».

D. Carlos Granados Moya: «El estatuto del imputado y procesado en la Ley Procesal Militar».

D. José Balsalobre Martínez: «Garantías y protección judicial del imputado».

D. Alfredo Baena Cazenave y D. Fernando Marín Castán: «Crisis del procesamiento en el vigente sistema procesal español».

Coloquio.

### *6.ª Ponencia*

16,30. «Las medidas cautelares personales: detención y prisión de militares». D. José de Querol Lombardero. Magistrado de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo.

#### *Comunicaciones*

D. Carlos María Alaiz Villafáfila: «De la prisión del inculgado de delito contra la disciplina».

D. José Manuel Claver Valderas: «La incidencia de la disciplina o el servicio en la prisión preventiva castrense: su legitimación».

Coloquio.

DIA 28 DE SEPTIEMBRE

### *7.ª Ponencia*

9,30. «Competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz. El art. 12.1 de la L.O. 4/1987». D. Eduardo Calderón Susín. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Palma de Mallorca.

#### *Comunicaciones*

D. Salvador Calderón Madrigal: «La afectación del servicio como cláusula de atribución de competencias».

Coloquio.

### *8.ª Ponencia*

12,00. «La sentencia en el proceso penal militar». D. José Jiménez Villarejo. Presidente de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo.

#### *Comunicaciones*

D. José Romero Muros: «La sentencia oral en las Diligencias Preparatorias».

D. Ignacio Rodríguez Docavo: «Las sentencias de conformidad: sus requisitos y limitaciones».

D. Esteban Rodríguez Viciano: «La sentencia dictada oralmente. Art. 396 de la Ley Procesal Militar».

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández: «La fundamentación de la convicción en las sentencias».

Coloquio.

*9.ª Ponencia*

16,30. «El procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario». D. Eugenio Sánchez Guzmán. Presidente del Tribunal Militar Central. Coloquio.

Las Jornadas, en las que intervinieron —además de los Ponentes y Comunicaciones— numerosos asistentes (todos ellos Magistrados y miembros del Cuerpo Jurídico Militar en funciones judiciales, fiscales o de Secretaría Relatoria), fueron clausuradas por el Vocal del Consejo General del Poder Judicial D. Tomás Vives Antón.

## CINCUENTENARIO DEL CONVENIO DE CHICAGO Y DE LA CREACION DE LA OACI.

No puede pasar desapercibido que el día 7 de diciembre de 1944 fue firmado en Chicago el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, por el que se creó la Organización de Aviación Civil Internacional.

Aun cuando en un examen superficial del suceso pueda parecer que dicho convenio es totalmente ajeno a los intereses del Derecho Militar, es lo cierto que el reconocimiento por los estados parte de que todo estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio, implica, inevitablemente, a las fuerzas armadas en la defensa de esa soberanía, función que tienen encomendada en virtud de las disposiciones constitucionales y de las legislaciones internas.

Dicho interés se acentúa toda vez que se encuentra pendiente de ratificación por el número necesario de estados para su vigencia, el artículo 3.º bis del Convenio, que fue redactado en el XXV periodo de sesiones extraordinario de la Asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional, y firmado en Montreal el 10 de mayo de 1984.

Dicho artículo 3 bis establece el reconocimiento por parte de los estados del deber de abstenerse de recurrir al uso de las armas contra aeronaves civiles en vuelo, y que las interceptaciones, en caso de tener que realizarse, no deberán poner en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de éstas. Este mandato es consecuencia del conocido incidente en el que un avión civil de la Korean Air Line (KAL) fue derribado por interceptadores soviéticos por haber sobrevolado, a consecuencia de una deriva en su ruta, una zona prohibida al vuelo.

Igualmente reconoce el artículo citado el derecho de los estados, en ejercicio de su soberanía, a exigir el aterrizaje en un aeropuerto designado de toda aeronave civil que sobrevuele su territorio sin estar facultada para ello, o si llega a la conclusión, por motivos razonables, de que se utiliza con propósitos incompatibles con los fines del Convenio, pudiendo, a tales efectos, recurrir a todos los medios apropiados compatibles con los preceptos pertinentes del derecho internacional, debiendo, cada estado,

publicar sus reglamentos en materia de interceptación de aeronaves civiles.

También se establece la obligación a la aeronave civil de acatar las órdenes dadas al respecto, y la necesidad de que los estados adopten las medidas adecuadas para prohibir el uso deliberado de aeronaves civiles en ellos matriculadas, o explotadas por un explotador que tenga su oficina principal o su residencia permanente en dicho estado, para cualquier propósito incompatible con los fines del Convenio.

La Organización de Aviación Civil Internacional, creada y regulada en los artículos 43 y siguientes del Convenio, se ha transformado en un órgano gestor de los intereses generales de la aviación civil internacional a nivel mundial, habiendo sido promotora de una extensa serie de reuniones y conferencias diplomáticas que han cristalizado en un gran número de convenios internacionales. De ellos podemos destacar los relativos a la protección penal de la navegación aérea, conocidos como Convenio de Tokio, sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, de 14 de septiembre de 1963; Convenio de La Haya, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, suscrito el 16 de diciembre de 1970; Convenio de Montreal, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho el 23 de septiembre de 1971; y Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del anterior, y hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

En homenaje a la Organización de Aviación Civil Internacional, tuvieron lugar, en todo el mundo, diversos actos diplomáticos y académicos, debiendo destacarse la reunión extraordinaria de la Asamblea General de la Organización, celebrada en Montreal en la fecha del cincuentenario, un Seminario sobre la aviación civil y el desarrollo del transporte aéreo en el mundo, organizado por la Universidad de Santiago de Compostela y la Dirección General de Aviación Civil, con asistencia del Ministro español de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y del Director General de Aviación Civil, y al que también asistió el Presidente del Consejo de la Organización, y un Seminario organizado por la Asociación Portuguesa de Derecho Aéreo y Espacial, presidido por el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones de la República Portuguesa y en el que, entre otros, se trató el tema de las implicaciones del Convenio de Chicago en la aviación militar.

Javier Aparicio Gallego

## APERTURA DEL AÑO JUDICIAL 1994-1995.

El día 12 de septiembre de 1994, en el Palacio de Justicia, bajo la presidencia de S.M. el Rey, se celebró el acto solemne de apertura de los Tribunales.

El discurso de apertura del año judicial 1994-1995 lo pronunció el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial y versó sobre la *Delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*. Tema de actualidad e interés. De actualidad, por cuanto no hace muchos meses, la Sala Primera del Tribunal Supremo había solicitado el amparo regio frente a lo que consideraba invasión de sus competencias por parte del Tribunal Constitucional. De interés, por cuanto suscitaba la cuestión, ya debatida desde la década de los veinte del presente siglo, del difícil deslinde entre la jurisdicción de amparo y los tribunales ordinarios.

El discurso de Don Pascual Sala constó de siete partes diferenciadas, a saber: introducción; análisis de la progresiva extensión del ámbito de actuación de la jurisdicción constitucional cuando el objeto del proceso de amparo son actos y omisiones de los órganos jurisdiccionales; estudio de la configuración constitucional y legal de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas y una primera valoración; consideración sobre el desarrollo de la previsión constitucional de un procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas; estudio de la situación definitiva de la protección jurisdiccional del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión y del de igualdad en la aplicación judicial de la ley; análisis de la función del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de las leyes y el problema de su revisión en amparo y, por último, un epílogo.

En la introducción, se señalaba que una de las características de nuestra Constitución es que efectúa un extenso e intenso reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, distinguiendo entre derechos fundamentales y libertades públicas, derechos constitucionales y principios rectores de política social y económica. Los derechos fundamentales gozan de las

máximas garantías que el ordenamiento puede ofrecerles: rigidez acusada para cualquier posible modificación constitucional, reserva de ley orgánica para su desarrollo, especial y protección del Poder Judicial y posibilidad de intervención de la justicia constitucional. Y, es precisamente la garantía jurisdiccional la que ha provocado la existencia de diversas disfunciones en un sistema concebido, en principio, con la finalidad de alcanzar las cotas más altas en el diseño garantista. El problema, dice Sala, tiene su origen en la existencia de dos jurisdicciones que, en último término, pueden encontrarse determinadas a aplicar la misma normativa cuando de conflictos intersubjetivos afectantes a derechos fundamentales se trata. A esta realidad ha de unirse la extensión con que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contempla el recurso de amparo prevenido para los derechos fundamentales y libertades públicas.

El problema se plantea sobre todo en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. En un principio, el Tribunal Constitucional lo configuró como el derecho a obtener una decisión judicial, favorable o adversa, que no tenía que abordar necesariamente el fondo del asunto. Ulteriormente, dicho derecho fué objeto de una extensiva interpretación sobre la base de una progresiva y continuada interrelación de las garantías procesales reconocidas en el apartado 2 del artículo 24 de la Constitución con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ello ha motivado la imposibilidad de distinguir entre ámbitos propios de legalidad ordinaria y de la constitucionalidad, de tal suerte que el Tribunal Constitucional se introduce en el sector de la primera al estudiar la segunda.

El Presidente del Tribunal Supremo señaló que, planteadas así las cosas, es preciso determinar el ámbito de actuación del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. En tal sentido, recordó que el artículo 53.2 de la Norma Fundamental establecía que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, a más del de igualdad y objeción de conciencia, ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ello comporta que el amparo constitucional ha de ser, por fuerza, posterior al judicial y que no es una exigencia constitucional que proceda siempre y en todo caso.

La práctica además ha puesto de manifiesto que el recurso de amparo se ha convertido en un instrumento, sobre todo, de control del juez. El amparo contra los actos de los restantes poderes públicos aparece alicaído.

La necesidad de dar una solución a la cuestión planteada ha de venir por vía legislativa, atribuyendo el amparo a los propios tribunales ordinarios de justicia. En tal sentido, *«no sería, pues, ocioso en vez de resucitar el incidente de nulidad de actuaciones con posterioridad a la sentencia definitiva -art. 240.2 LOPJ-, arbitrar un procedimiento que podría, en líneas esenciales, reducirse a una comparecencia de las partes, con intervención del Ministerio Fiscal e informe del Juez o Tribunal a quien se atribuya la lesión, que se residenciaría en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de recursos de amparo deducidos frente a resoluciones de órganos jurisdiccionales del correspondiente territorio que no fueran susceptibles de ulterior recurso. Las resoluciones susceptibles de casación, en sus distintas modalidades, encontrarían en estos recursos del amparo medio adecuado, dada su naturaleza de constituir los medios mediante los que se lleva a cabo la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las leyes. Las vulneraciones, por último, atribuidas a las distintas Salas del Tribunal Supremo en los asuntos de que conocen en única instancia, podrían ventilarse ante la Sala del art. 61 de la LOPJ».*

En otros términos, debe tratarse de residenciar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en los tribunales de justicia ordinarios. Eso permitiría garantizar la función de “órgano de unificación de la doctrina legal” que corresponde al Tribunal Supremo.

Y, Don Pascual Sala terminó su discurso y trabajo con las siguientes palabras: *«Debo decir que...se ha dado un verdadero vuelco a la interpretación, en función del derecho a la tutela judicial efectiva, de las leyes procesales hasta conseguir la erradicación de cualquier forma de indefensión. Los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, y sobre todo el Tribunal Supremo, muchas veces en acción dual con el Tribunal Constitucional, han conseguido que la consideración de la Constitución como norma de aplicación directa y la vigencia inmediata de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuanto conflictos intersubjetivos se han presentado a su consideración sea hoy una realidad. Cualquier suspicacia sobre la capacidad de la jurisdicción ordinaria para desempeñar una efectiva y reforzada garantía jurisdiccional a tales derechos y libertades estaría fuera de lugar. Es el momento oportuno, pues, para que, con aprovechamiento del acervo de doctrina acumulado, se lleve a cabo un desarrollo legislativo que permita deslindar los ámbitos propios de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, no para que discurren por caminos separados, sino para que confluyan en el pro-*

*pósito común de asegurar la máxima protección de los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce».*

En el mismo acto, se presentó la Memoria sobre el Estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia, aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 20 de julio de 1994, concluyendo con unas breves palabras de S.M. el Rey.

José Leandro Martínez-Cardós Ruíz.

## SEMINARIO PARA ASESORES JURIDICOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN DERECHO HUMANITARIO

Los días 3 y 4 de noviembre de 1994, se celebró en Bruselas el Segundo Seminario Internacional para los Asesores Jurídicos de las Fuerzas Armadas en Derecho Humanitario.

El Primer Seminario, a título experimental, tuvo lugar en noviembre de 1992 y, a consecuencia del mismo el Consejo de Dirección de la "Société Internationale", tomó la decisión, en su reunión de 1993, en Postdam, de celebrar un seminario de estas características cada dos años.

Este Segundo Seminario se celebró en el edificio del Estado Mayor del Acuartelamiento de la Reina Isabel, en Evere (Bruselas), acuartelamiento en el que se encuentra el Cuartel General de la OTAN. El tema general del mismo fue "la función de los Asesores Jurídicos de las Fuerzas Armadas en Derecho Humanitario en las Organizaciones Internacionales y en las operaciones militares multinacionales". Con carácter previo a las reuniones fue facilitado un cuestionario de 27 preguntas con ánimo de que su estudio facilitará tomar parte de manera más provechosa en los trabajos del Seminario.

Las reuniones tuvieron una numerosa participación ya que asistieron representantes de las "Société", de la OTAN, del CICR, de la ONU, del SHAPE y de la UEO, en lo que a organizaciones se refiere, así como especialistas de veintiocho países.

La presidencia del Comité Organizador la ostentó Mr. Andries, Premier Avocat General de la Cour Militaire (Belgique) y la coordinación, Mr. Fobe, Avocat General prés de la Cour Militaire (Belgique), actuando como presidentes de la Mesa y moderadores de los debates, respectivamente los días 3 y 4, el Dr. Ybema y el Coronel de Mulinen vicepresidentes, ambos, de la "Société".

La primera jornada se inició con unas palabras del presidente y vicepresidente del Comité Organizador, tras la cual, se pasó a la primera Sesión de trabajo, presidida, por el Dr. Ybema, Vicepresidente de la "Société", donde bajo el tema "Los problemas de interoperatividad entre

las Fuerzas Armadas de los países que han ratificado el Primer Protocolo Adicional de 1977 y, aquellos Estados que no lo han hecho”. Tuvo una interesante intervención el Teniente Coronel del E.M. del Ejército Belga, Fontaine, seguida un intenso debate y, de un caso práctico que suscitó muchas intervenciones.

Tras un pequeño descanso, tuvo lugar, la segunda conferencia, esta vez a cargo de Mr. Fobe, Avocat General, quien con toda brillantez habló acerca de “La función de los Asesores Jurídicos de las Fuerzas Armadas en las Organizaciones Internacionales distintas de la OTAN”, centrandose su estudio en OTSE, CSCE, UEO, OUA, UEA, Liba Arabe y Euro-Ejército, al igual que la conferencia que le había precedido a su intervención siguió un debate y caso práctico.

Por la tarde, Mr. Jonhson, Asesor Jurídico del SHAPE, trató sobre “La función de los Asesores Jurídicos de las Fuerzas Armadas en Derecho Humanitario dentro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte”, que al igual que las intervenciones de la mañana fueron seguidos de debate y resolución de un caso práctico.

A continuación el Presidente de la Jornada, hizo un resumen del día a modo de conclusión, trasladándose seguidamente los participantes al Palacio de Egmont (Bruselas), donde bajo la presidencia del Ministro de Asuntos Exteriores y, con la participación de otras autoridades se desarrolló una nueva reunión de trabajo y una recepción.

El viernes día 4 y, bajo la presidencia, como ya se ha indicado, del Coronel Mulinen, se desarrolló la segunda Jornada de trabajo en la que tuvieron lugar, por la mañana, tres conferencias, seguidas de debate y casos prácticos que versaron sobre los siguientes temas:

1.º: La operación UNPROFOR, por la Teniente Coronel canadiense Maggy MacDonald, Asesora Jurídica del Cuartel General de UNPROFOR, y por el Teniente Coronel Holandés KOET, Asesor Jurídico del Cuartel General de Bosnia Herzegovina.

2.º: La Operación UNOSOM, por el Teniente Coronel belga Janssen y el Teniente Coronel alemán Vogt.

Ya por la tarde el presidente de la Jornada formuló sus conclusiones dando paso a la intervención del Presidente del Comité Organizador y Director del Centro de documentación de la “Société”, Mr. Andries, quien clausuró el seminario.

Cabe destacar la perfecta organización de la que en todo momento hicieron gala los anfitriones belgas, así como el interés que los temas tratados suscitan, como queda acreditado con las numerosas intervenciones

que tuvieron lugar en los debates y con el hecho de que los cinco continentes estuvieran presentes en el seminario.

Reseñamos a continuación la organización y los países que enviaron delegación, ONU, OTAN, SHAPE, UEO, SOCIETE INTERNACIONAL DROIT MILITARE ET DE DROIT DE LA GUERRE, Africa del Sur, Alemania, Argelia, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Canadá, Corea, Costa de Marfil, Dinamarca, España, Estados Unidos, Gabón, Hungría, Italia, Jordania, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Checa, República de Eslovaquia, Rumanía, Suecia, Suiza, Togo, Turquía, Venezuela.

Gonzálo Zarranz Domenech

## SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LA APLICACION DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA GUERRA, CELEBRADO EN GARMISCH-PARTENKIRCHEN (ALEMANIA).

Entre los días 4 y 8 de diciembre de 1994, ha tenido lugar en la localidad bávara de Garmisch-Partenkirchen, un seminario internacional, cuyo objeto ha sido intercambiar ideas y comparar métodos sobre la aplicación, enseñanza y difusión del Derecho de la Guerra, dedicando especial atención a su vigencia en las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz.

El Seminario ha sido organizado conjuntamente por los Ministerios de Defensa de Alemania y de Rusia y por el Centro Europeo de Estudios de Seguridad "George C. Marshall", que depende del Mando Europeo de las Fuerzas Norteamericanas estacionadas en Europa (USEUCOM). Este Centro, ubicado en la localidad referida, es de reciente creación (junio de 1993) y tiene como finalidad colaborar en el proceso de distensión Este-Oeste mediante la realización de conferencias, cursos, seminarios y cualquier otra actividad semejante que pueda contribuir al acercamiento entre los diferentes países y Ejércitos europeos.

El seminario dedicado a "La aplicación de las normas y principios del Derecho de la Guerra", ha contado con la participación de Asesores jurídicos, tanto pertenecientes a Cuerpos Jurídicos Militares de los diferentes Ejércitos como a Cuerpos civiles, y de Mandos Militares de prácticamente todos los países de Europa Occidental y Oriental, incluyendo gran parte de la Repúblicas surgidas de la desmembración de la antigua Unión Soviética. Han asistido también representantes de los Estados Unidos de América, de Canadá y del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La actividad desarrollada a lo largo de las sesiones diarias ha consistido, por un lado, en la exposición de las ponencias que se relacionan al final de esta reseña y, por otro, en la labor de cuatro grupos de trabajo en los que, con intervención de todos los participantes, se han discutido los siguientes temas:

Grupo 1: La aplicación del Derecho de la Guerra en los conflictos no internacionales.

Grupo 2: Introducción a los Principios y Normas del Derecho de la Guerra en las Fuerzas Armadas del mundo: Programas, Técnicas y Métodos de instrucción.

Grupo 3: Aplicación del Derecho de la Guerra por Fuerzas que apoyan Operaciones de mantenimiento o imposición de la Paz.

Grupo 4: Infracciones del Derecho de la Guerra. Responsabilidades en su aplicación y ejecución.

Cada uno de los grupos de trabajo mencionados formuló sus conclusiones y correspondientes recomendaciones, destacando entre ellas la necesidad de prestar por todos los Estados una atención preferente a los aspectos de difusión del Derecho de la Guerra y de su desarrollo en las legislaciones nacionales y a la instrucción adecuada de Mandos y personal de tropa. En relación con este último punto, se ha propugnado una formación no meramente teórica y separada de la instrucción general, sino integrada en la instrucción táctica, con introducción frecuente de casos e incidencias relativas a la observancia del Derecho de la Guerra en ejercicios y maniobras, en cuyo planeamiento y valoración ha de participar el Asesor Jurídico, cuya importancia en la difusión y aplicación de esta normativa ha quedado resaltada, al igual que la necesidad de su apoyo a los contingentes que intervienen en Operaciones de mantenimiento o imposición de paz. Particular interés han revestido los debates en torno a la aplicación del Derecho de la Guerra en los conflictos armados de carácter no internacional, así como en las operaciones para el mantenimiento de la paz.

## PONENCIAS PRESENTADAS

1. El Derecho de la guerra: estado actual y perspectivas para el futuro. Profesor Ivan N, Artisbasov. Academia Militar Rusa.

2. Instrucción Jurídica de Jurídicos Militares, Mandos Militares y Tropa. General John S. Cooke. Asesor Jurídico, Cuartel General del Ejército estadounidense en Europa.

3. Instrucción de las Fuerzas de Mantenimiento e Imposición de la Paz en aspectos legales. Rainer Vogt. Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa alemán.

4. Papel del Mando Militar en la aplicación del Derecho de la Guerra. Una experiencia reciente. General J. A. Macinnis. Jefe de la Fuerza Terrestre del Área Atlántica. Canadá.

5. El papel de Comité Internacional de la Cruz Roja. Hans-Peter Gasser. Asesoría Jurídica. Comité Internacional de la Cruz Roja.

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

