

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 71

ENERO  
JUNIO  
1998

## I. DOCTRINA

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR:

Carlos Girgado Doce,  
General Auditor.

## 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. Carlos García Lozano, General Consejero Togado. Asesor Jurídico General. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central. Francisco Menchén Herreros, Coronel Auditor, Vicesecretario General Técnico.

## DELEGADO DEL CONSEJO EDITORIAL EN EL CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto,  
General Consejero Togado.

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

Luis Bernardo Álvarez Roldán, General 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 Blaque Avilés, Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Agustín Corrales Elizondo, General 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. 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, General Auditor. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Coronel Auditor. Fernando Pignatelli Meca, Coronel Auditor. José Manuel Martín Carmona, Teniente Coronel Auditor. Estanislao Cantero Núñez, Teniente Coronel Auditor.

## SECRETARIO:

Alfredo Buena Cazenave,  
Coronel Auditor

## SECRETARIOS ADJUNTOS:

Pedro Escribano Testaut, Capitán Auditor y Manuel Colás Gómez de Barreda, Capitán Auditor.

## REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, C/ Princesa, 32 - 28008 Madrid.  
Teléfs.: 91 559 21 59 - 91 559 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). Fax: 91 320 44 38  
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**

**71** ENERO  
JUNIO  
1998

**I. DOCTRINA**

MADRID

## FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO DE PUBLICACIONES

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

### Catalogación correspondiente al nº 71 (1998)

REVISTA española de derecho militar : 71, enero-junio 1998 / [Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. — Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 1998. — 2 v. ; 24 cm. — Es el t. I.: Doctrina  
NIPO 076-98-019-5. — D.L. M. 523-1958  
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: 076-98-019-5.

ISSN: 0034-9399.

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

**INDICE GENERAL DEL NUMERO 71  
ENERO-JUNIO 1998**

**I. DOCTRINA**

**1. ESTUDIOS**

- 1.1. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro: Los sujetos de la obligación legal de resarcir los datos causados por terrorismo ..... 11
- 1.2. ESCRIBANO TESTAUT, Pedro: La carrera militar tras la Ley 17/1989 ..... 49
- 1.3. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L.: El Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear ..... 91

**2. NOTAS**

- 2.1. RUIZ DE LOS PAÑOS BRUSI, Alberto: La OTAN y la cooperación en el mantenimiento .... 181
- 2.2. ABRIL STOFFELS, Ruth: ¿Conflicto armado internacional o interno?: La responsabilidad penal individual en la Sentencia del asunto Tadic de 7 de mayo de 1997 del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ..... 201
- 2.3. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino: Antecedentes jurídico-culturales de la independencia de los jueces ..... 221
- 2.4. DEMPSEY JIMÉNEZ, Dennis-John: Valoración penal de los trastornos depresivos ..... 239

## II. TEXTOS

### 1. LEGISLACIÓN

- Real Decreto 432/1998, de 3 de abril, por el que se modifica el Reglamento General de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del personal militar profesional y el Reglamento General de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil . . . . . 257
- Orden Ministerial 88/1998, de 21 de abril, por la que se crea el Núcleo de Constitución del Cuartel General Subregional de la OTAN en Madrid . . . . . 257
- Instrumento de aceptación de España del Protocolo Adicional a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales, hecho en Viena el 13 de octubre de 1995 . . . . . 257
- Instrucción 138/1998, de 15 de junio, del Subsecretario de Defensa, por la que se establecen principios de actuación en relación con el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa . . . . . 257

### 2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. Constitucional. Por Antonio Mozo Seoane . . . . . 261
- 2.2. Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro Hernández . . . . . 285

## III. BIBLIOGRAFÍA

### 1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. Varios Autores: Constitución y Jurisdicción Militar. Presentación de M. Ramírez. Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada». Libros Pórtico. Zaragoza 197 (217 páginas). Por Rafael Hernández Olivencia . . . . . 315
- 1.2. Hermann Oehling (ed.), La Defensa de España ante el siglo XXI. Fundación Cánovas del Castillo Madrid, 1997. Por Miguel Ayuso Torres . . . . . 322



# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**



## LOS SUJETOS DE LA OBLIGACION LEGAL DE RESARCIR LOS DAÑOS CAUSADOS POR TERRORISMO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado del Consejo de Estado*  
*Capitán Auditor*

A la hora del estudio de los sujetos del deber de resarcimiento por parte del Estado de los daños causados por bandas armadas, se deben considerar, a saber: el sujeto obligado a resarcir; el sujeto activo o autor de las acciones causantes del daño y, por último, el sujeto pasivo de dichas acciones, esto es, la víctima y sus beneficiarios.

### I. EL SUJETO OBLIGADO A RESARCIR: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL

1. El sujeto obligado a resarcir a las víctimas de los atentados terroristas es el que menos dificultades presenta a la hora de su análisis: el Estado; esto es, la Administración Central. Así está establecido desde 1979.

Es a la Administración Central a la que corresponde pagar los resarcimientos a las víctimas de los atentados terroristas. Las Administraciones autonómica, institucional y local carecen de protagonismo, conforme a la legislación estatal, si bien no puede ignorarse que algunas Comunidades Autónomas han dictado normas que complementan la regulación estatal.

La ausencia de participación de las Administraciones autonómicas y locales en la obligación de indemnizar a las víctimas del terrorismo puede explicarse por el hecho de que dichas compensaciones económicas no son indemnizaciones, esto es, manifestación de responsabilidad pública. Si se reputaren como tales, es claro que las Administraciones autonómicas con competencia en materia de orden público y las locales, que las tienen encomendadas, aún con carácter auxiliar, a través de las policías locales, deberían indemnizar a las víctimas del terrorismo que hubieren sufrido daños en el ámbito territorial de su actuación.

La asunción por parte de la Administración Central del deber de resarcir a la víctimas del terrorismo es directa; esto es, compensa a las víctimas con cargo a las correspondientes partidas de los Presupuestos Generales del Estado.

La fórmula instrumentada por el ordenamiento jurídico español difiere sustancialmente de la francesa, en la que la indemnización es asumida por un organismo autónomo, con personalidad jurídica propia, el Fondo de Garantía.

2. No obstante la competencia de la Administración del Estado para afrontar el pago de las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo, no puede dejar de citarse que, en ocasiones, los Ayuntamientos las han abonado. Se ha tratado siempre de compromisos unilaterales y carentes de fundamento legal constrictivo. Las Corporaciones han sufragado los daños con cargo a Fondos de Atenciones Generales (Vich), a créditos extraordinarios (Zaragoza) o a suplementos de crédito de partidas de asistencia social (Madrid). Y, no puede dejar de señalarse que, de ordinario, las actuaciones municipales de auxilio a las víctimas han sido mucho más inmediatas y efectivas, en especial, en lo tocante a los daños materiales, que las provisiones adoptadas por la Administración Central. Las Corporaciones locales no tienen obligación legal alguna en actuar como lo hacen; sin embargo, lo prestan de forma encomiable, reparando los daños producidos.

La intervención de las Corporaciones Locales ha motivado que surjan conflictos entre éstas y la Administración Central (Ministerio del Interior) a la hora de las solicitudes de reintegro de las cantidades abonadas por los Ayuntamientos (1).

3. El abono de las indemnizaciones por parte de la Administración Central se hace, como se ha dicho, con cargo a las partidas correspondientes del Ministerio de Interior en los Presupuestos Generales del Estado. Dichas partidas tienen el carácter de automáticamente ampliables (2).

---

(1) Es el caso de Madrid, donde el Ayuntamiento ha reparado daños materiales por importe superior a seiscientos millones de pesetas. El Ministerio de Interior se niega a hacerlos efectivos al Ayuntamiento, con la excusa de que no han sido tasados por el Consorcio de Compensación de Seguros. Vid., en tal sentido *ABC*, de 15 de diciembre de 1995, pág. 35.

(2) En tal sentido, participan del mismo carácter que las partidas previstas para afrontar el pago de las indemnizaciones devengadas con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (antes artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

## II. SUJETO CAUSANTE DE LOS DAÑOS RESARCIDOS

### I) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

El sujeto causante de los daños resarcibles a consecuencia de atentados terroristas ha evolucionado, al menos formalmente, en la legislación tuitiva analizada.

En el *Real Decreto Ley 3/79, de 26 de enero, de Seguridad Ciudadana*, el sujeto causante de los daños resarcibles era la «*persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas*». El mismo concepto de «*persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas*» estaba acogido en el *Real Decreto número 484/82, de 5 de marzo* y la *Ley Orgánica 11/80, de 1 de diciembre*. Por su parte, los *Reales Decretos de 24 de enero de 1986* y *28 de octubre de 1988* hacían referencia a «*bandas armadas y elementos terroristas*».

Desde la promulgación de la *Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre*, la legislación consideró sujetos causantes de los daños resarcibles únicamente a las «*bandas armadas*» y a las «*bandas armadas y elementos terroristas o rebeldes*».

La *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* no especifica quién es el sujeto activo que debe producir los daños resarcibles. Por su parte, el *Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a la víctimas de los delitos de terrorismo, dispone en su artículo primero que los daños resarcibles serán los causados con ocasión o por consecuencia de los delitos de terrorismo cometidos por «*bandas armadas, elementos terroristas, o por persona o personas que alteren gravemente la paz y seguridad ciudadana*».

### II) CONCEPTO DE BANDA ARMADA

A la vista de la distinta terminología legal, cabe interrogarse sobre quiénes han de causar los daños para que éstos sean resarcibles según la legislación protectora que se estudia; en otros términos, qué debe entenderse por banda armada y por elemento terrorista o rebelde.

#### A) Banda armada no es banda terrorista

La interpretación más simple es la de estimar que todas las expresiones legales recogidas en los sucesivos textos normativos hacen referencia

a un mismo concepto, a saber: el de grupo o banda terrorista y el de sus miembros también terroristas o rebeldes. En tal sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina.<sup>(3)</sup>

Sin embargo, tal criterio no se compeadece bien con los textos. En primer término, debe hacerse hincapié que en ninguna de las disposiciones que regulan las compensaciones a las víctimas de los atentados se utiliza el calificativo «terrorista» para definir a los grupos, las bandas o sus miembros; sólo se predica de los elementos. No hay por tanto norma que obligue circunscribir la acción protectora del Estado a las acciones de las bandas y grupos de tal carácter. En consecuencia, el mecanismo que se estudia es de aplicación a los fenómenos de criminalidad colectiva, a las bandas armadas, de los que el terrorismo es expresión arquetípica.

El calificativo de terrorista aparece referido exclusivamente a «elementos», pero no a los grupos o bandas.

La Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre, articulaba un conjunto de medidas que iban dirigidas «contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución». El capítulo IV llevaba como rúbrica general la de «Indemnizaciones derivadas de hechos terroristas». Sin embargo, el tenor literal del epígrafe citado no debía entenderse como definición de los supuestos que daban lugar a las indemnizaciones previstas en la citada Ley Orgánica. La referencia del texto legal al «terrorismo» era expresiva del arquetipo que constituía el objeto primario de la norma pero no tenía efecto limitativo alguno respecto al ámbito de aplicación de la disposición. En su aspecto subjetivo, éste venía delimitado por la noción de «banda armada», sin que pudiera establecerse sin más la identidad con «banda terrorista», puesto que la primera constituía el género y la segunda una especie particularmente cualificada.

Tras la promulgación de la Ley 33/87 y el Real Decreto 673/1992 y hoy, conforme al Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, puede mantenerse el mismo criterio, aunque la rúbrica del artículo 64 de aquélla hiciera referencia a «prestaciones extraordinarias por actos de terrorismo» y el título de la primera disposición reglamentaria citada a los «resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas» y el de la segunda a los «resarcimientos a las víctimas de los delitos terroristas». Sin embargo, las previsiones sustantivas de uno y otro hacen referencia sólo a

---

(3) DÍAZ ALABART, «La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas» en *Anuario de Derecho Civil*, 1980, Madrid, 1981, pág. 442: «independientemente de esa variedad de expresiones utilizadas por las normas, el espíritu que encierran todas ellas es únicamente el atender y enjugar, al menos en parte, los daños causados por actividades terroristas, cualquiera que sean sus autores».

«bandas armadas o elementos terroristas, rebeldes o a persona o personas que alteren gravemente la paz y la seguridad»; esto es, sin predicar el calificativo de terrorista del sustantivo bandas. Es claro que existen bandas armadas que no son terroristas y también éstas quedan comprendidas en su ámbito de aplicación. Las medidas protectoras resultan en consecuencia aplicables a las modalidades delictivas que son expresión de la criminalidad organizada y, respecto de la cual, el terrorismo es su expresión prototípica. El Consejo de Estado (4) lo puso especialmente de relieve.

No empee la afirmación hecha las citas y referencias contenidas en los referidos títulos al terrorismo, pues es conocido que las divisiones e intitulaciones legales carecen de fuerza y valor normativo (5).

## **B) Sobre la posible identificación entre banda armada y grupo organizado y armado**

Vigentes el *Real Decreto Ley 3/79, de 26 de enero*, y el *Real Decreto número 484/82, de 5 de octubre*, se planteó la cuestión si eran identificables los conceptos de banda armada y grupo organizado y armado a que hacían referencia.

La doctrina penalista optó (6) por la tesis de la identificación de uno y otro concepto. En tal sentido, se afirmó que lo importante era el «carácter institucional del grupo terrorista», pues, bajo ambos conceptos, subyacía una misma realidad «procedente de un complejo proceso de interacción y en el que aparecía como elemento imprescindible la organización» (7). Además, se señaló que la banda y el grupo no requerían un número exactamente determinado de miembros (8).

---

(4) Vid., *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año de 1986*, Madrid, 1987, pág. 117; en la que se señala que: «No obstante la rúbrica de los preceptos alusivos al terrorismo, es evidente la falta de intención constrictiva respecto del ámbito en que opera la Ley. Por propia determinación del contenido dispositivo (de la Ley 8/1984, de 26 de diciembre), los efectos lesivos considerados son los consecuentes a todos los delitos enunciados en el artículo 1, en cuanto sean imputables a personas integradas en bandas armadas (tengan o no la específica calificación de "terroristas") o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes».

(5) Vid., *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1943*; ALBADALEJO, *Derecho Civil, I*, Barcelona, 1977, pág. 26.

(6) En tal sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pág. 137 y MESTRE COLLADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pág. 35.

(7) MIGUEL ZARAGOZA, «La Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución», en *Documentación Administrativa*, Madrid, número 29-32, enero-diciembre 1981, pág. 189.

(8) MESTRE, *op. cit.*, pág. 38.

Frente a este criterio, el Consejo de Estado, sin embargo, distinguió ambos conceptos. En el *dictamen de 21 de abril de 1983* (9), recaído en el expediente número 45.048, el Cuerpo Consultivo afirmó que en el Real Decreto Ley 3/79, de 26 de enero,

*«...la partícula disyuntiva «o» separa las «bandas» de los «grupos». No es simple adición terminológica en el texto legal y los concibe como dos especies distintas o dos formas de actuación diferentes. La banda, según la primera acepción del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es la «porción de gente armada». El grupo, en el mismo texto, «pluralidad de seres que forman un conjunto, natural o mentalmente considerado». La falta de otras previsiones en otros textos... fuerza a atribuir a dichos conceptos el contenido que es propio. El «grupo» requiere una cierta estructura unitaria; la «banda», por el contrario, está sólo condicionada por una multiplicidad de participaciones... Sentada la precedente distinción, la Ley requiere, para someter a su ámbito los delitos que específicamente enjuicia, dos exigencias adicionales:*

*Primera.—que las dos especies distintas —banda o grupo— tengan un cierta organización.*

*Segunda.—que empleen unos específicos medios: armas.*

*Esta última exigencia, las armas, no constituye ningún elemento diferenciador. Como tal hecho, simplemente atribuye condición o la niega. Por el contrario, la «organización» requiere un supuesto determinativo.*

*El grupo no parece exigir determinación adicional alguna. Su realidad está en su existencia misma. La banda, en su morfología diferenciada del grupo, debe entenderse caracterizada por un común propósito delictivo de «porción de gente»; por un concierto reiterado de voluntades y por una repetida acción conjunta de sus integrantes. No contradice al concepto de banda el acuerdo diversificado de actuaciones; las distintas formas de expresión de éstas en función de las circunstancias o de las personas a las que se aplica; ni el diferente papel que sus componentes tengan o les sea atribuido. (...) La existencia de una banda no requiere que ésta esté materializada en una forma jurídica específicamente asocia-*

---

(9) Vidl, en Rec. de Doctrina Legal de 1983, núm. marg. 221.

*tiva ni que tenga establecida la jerarquización de sus miembros (...) Una banda es un esquema primario y como tal está más definida por el gregarismo de sus componentes que por la expresión interna de sus estructuras y más también por la simple vinculación de aquéllos que por el definido proyecto de sus concurrentes propósitos». (10)*

Así pues, los conceptos de grupo y banda se consideraban distintos. El primero exigía una organización y tenía carácter estable; la segunda, por el contrario, en sí misma considerada, no precisaba de una estructura organizada, sino que era expresión de una simple manifestación gregaria de sus miembros, caracterizada por la fungibilidad de sus integrantes. La noción de banda era más amplia que la de grupo. En consecuencia, en el Real Decreto Ley 3/79, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto número 484/1982, se afirmaba, ambos conceptos eran realidades contrapuestas, aunque a los efectos de protección se equiparasen.

### **C) La simplificación del concepto: banda armada**

A partir de la promulgación de las Leyes Orgánicas 11/80, de 1 de diciembre y, en especial, la 9/84, de 26 de diciembre, la contraposición entre grupo y banda armada desapareció. Los textos legales posteriores se refieren sólo a «banda armada», además de a «elementos terroristas o rebeldes».

El artículo 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, bajo la rúbrica de «Prestaciones extraordinarias por actos de terrorismo» y en la redacción que le fue dada por la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/90, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 y por la disposición adicional decimonovena de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, rezaba:

*«Uno. Serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que desarrollen este precepto.*

---

(10) En el mismo sentido, *Dictamen del Consejo de Estado de 30 de octubre de 1983, expdte. núm. 45.524* en Rec. Doctrina Legal de 1983, núm. marg. 223.

*También serán resarcibles por el Estado los daños materiales ocasionados en la vivienda habitual de las personas físicas como consecuencia de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas...»*

Por su parte, el artículo primero del vigente Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por *Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio*, dispone

*«Serán resarcibles por el Estado, con el alcance y condiciones previstas en este Reglamento, los daños corporales (físicos y psíquicos), los gastos en razón de tratamiento médico, y los daños materiales causados como consecuencia o con ocasión de delitos de terrorismo cometidos por bandas armadas, elementos terroristas, o persona o personas que alteren gravemente la paz y la seguridad ciudadana, a quienes no fueren responsables de dichas actividades delictivas».*

La omisión de la cita de «grupo armado» no comporta que los efectos lesivos producidos por éstos no queden cubiertos por la legislación que prevé el resarcimiento a las víctimas del terrorismo. Bajo la rúbrica genérica de «banda armada» se comprende toda asociación delictiva que actúe de forma reiterada, sin necesidad de concurrir en ella una estructura unitaria, una organización permanente y una composición idéntica en todos los casos.

Desde esta perspectiva, todo grupo armado es una banda calificada por la existencia de una organización permanente.

#### **CH) Autonomía del concepto a efectos de la legislación tuitiva**

1. A los efectos de la legislación tuitiva de resarcimiento de las víctimas del terrorismo, la noción de banda armada es un concepto funcional. Viene determinado por la propia finalidad de la regulación protectora y no por el ordenamiento penal. Ello quiere decir que, a la hora de su aplicación, para calificar una porción de gente armada como banda, no era preciso apreciar en ella las notas características y definidoras ni del delito de pertenencia a grupo organizado y armado en los términos previstos en el artículo 174 bis a) del antiguo Código Penal, ni de la cuadrilla, ni, en la actualidad, de los delitos definidos en los artículos 571 y siguientes del Código Penal.



Así lo expresó el Consejo de Estado, al afirmar:

*«el concepto de grupo o banda se expande más allá de las estrechas definiciones penales del invocado artículo 174 bis a), requiriendo un grupo o una banda, según modalidades diferenciadas que no tienen por qué coincidir con la tipificación penal del aludido artículo 174 bis a) según interpretación penal».* (11)

Ello ha tenido como consecuencia que tanto la jurisprudencia como la doctrina legal del Consejo de Estado hayan manejado el concepto con gran flexibilidad, como si se tratara de un auténtico «protejo jurídico».

2. Lo difuso del concepto de banda armada a los efectos de la obligación de indemnizar asumida por el Estado es consecuencia de la finalidad de la legislación tuitiva que se estudia. Las razones que han llevado a prescindir en gran parte de la noción penal de banda armada, tanto legal como jurisprudencial, hay que buscarlas en la naturaleza del resarcimiento y en los principios de solidaridad y protección de la víctima; en otros términos, en criterios de justicia derivados de la necesidad de socorrer y atender a las víctimas.

No obstante dicha flexibilidad en la determinación de su concepto, un análisis de la doctrina, la jurisprudencia, en especial de la Audiencia Nacional, y la doctrina legal del Consejo de Estado permite fijar la noción de banda armada a los efectos de la aplicación de la legislación protectora para las víctimas. (12) (13)

*a) Concepto doctrinal.* La doctrina (14) ha afirmado que banda armada es la unión de personas que tienen a su disposición una o más armas de

---

(11) Vid. *Dictamen del Consejo de Estado de 12 de julio de 1990, expdte. núm. 54.757* en Rec. Doctrina Legal de 1990, núm. marg. 183.

(12) Vid., en tal sentido *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1983*.

(13) El concepto penal de banda armada ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina penal de los tribunales ordinarios. En concreto, la *Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/85*, confirmadas por otras como las números 14/85, 23/85, 87/85 y 42/86, afirma que son bandas armadas «aquellas asociaciones constituidas con finalidad de albergar en su seno ideológico un vario conjunto de fines, para cuyo logro practican fórmulas de acciones plurales, violentas e indeterminadas y en las que rigen los principios de organización, jerarquía y disciplina ulterior, que a su vez generan entre sus miembros vínculos de alguna manera estables» y la *Sentencia número 58/86*, por su parte, dice que existe banda armada cuando concurren «un grupo de personas que se enfrentan al orden sociológico y jurídico establecido constitucionalmente, utilizando para tales propósitos medios idóneos que pueden causar incidencias en la seguridad ciudadana».

(14) Vid. REY GONZÁLEZ, «Agravación de los delitos relacionados con banda armada o elementos terroristas o rebeldes» en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XI, «La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión», Madrid, 1990, pág. 28 y ss.

fuego, o sustancias o aparatos explosivos o inflamables, de forma ilegal. Exige la unión, al menos, de tres sujetos, una cierta permanencia en cuanto a su duración y una compenetración y disciplina entre sus componentes; una jerarquía y que las armas sean de fuego, pues si no tienen ese carácter, la banda no es armada.

b) *Concepto jurisprudencial*. La Audiencia Nacional ha señalado que por banda armada debe entenderse

*«aquellas asociaciones constituidas con finalidad de albergar en su texto ideológico un vario conjunto de fines, para cuyo logro practican fórmulas de acciones de plurales, violentas e indeterminadas y en las que rigen los principios de organización, jerarquía y disciplina ulterior, que a su vez generan entre sus miembros vínculos de alguna manera estable»*. (15)

En el mismo sentido, se ha afirmado que son bandas armadas

*«las agrupaciones para la acción armada provistas de cierta organización, de la que nacen vínculos de alguna manera estables o permanentes, presididos por una idea de jerarquía o disciplina y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales o indeterminadas, con medios idóneos —armamento y explosivos— que procura normalmente la organización criminal»*. (16)

Por ello, se puede decir que existe banda armada cuando concurra

*«un grupo o pluralidad de personas que se enfrentan al orden sociológico y jurídico establecido constitucionalmente, utilizando para tales propósitos medios idóneos que pueden causar incidencias en la seguridad ciudadana»*. (17)

En definitiva, la banda armada comporta la

*«existencia de una superestructura jerárquica directiva integrada de los individuos y la disponibilidad de armas»*. (18)

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que lo decisivo para delimitar el concepto de banda armada no es el número de sus componentes (19) sino el factor organizativo: la jerarquía y la disciplina interior. (20)

---

(15) *Sentencia de la Audiencia Nacional 11/85 (Sección 2)*. En el mismo sentido, las *Sentencias también de la Audiencia Nacional (Sección 2) 14/85 y 23/85*.

(16) *Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 3), 87/85*.

(17) *Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 3) 58/86*.

(18) *Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 2) 16/84*.

(19) *Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 2) 16/84, 64/84, 11/85 y 42/86*.

(20) Así, dice el Tribunal Supremo en *Sentencia de 12 de marzo de 1992* que «los actos realizados por los acusados respondían al contexto comprendido en el artículo 173.1

En esa línea argumental, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992* ha señalado que el legislador ha querido separar la asociación que se mueve en torno a la delincuencia común de aquella agrupación armada que actúa inmersa en el mundo político-social. Dentro de ésta última, la banda y organización terrorista, incluso,

*«tienen mayor entidad, en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocación del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos o insolidarios, que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implica la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles».*

c) **Concepto en la doctrina legal del Consejo de Estado.** Por su parte, el Consejo de Estado ha afirmado que

*«la realidad de una banda exige...un concierto de voluntades homogéneas para perpetrar actos delictivos, la efectiva agrupación para tales conductas y el carácter persistente o continuado de las mismas» (21)*

y ha señalado, como se ha expuesto, que

*«la existencia de una banda no requiere que ésta esté materializada en una forma jurídica específicamente asociativa ni que tenga establecida la jerarquización de sus miembros (...) Una banda es un esquema primario y como tal está más definida por el gregarismo de sus componentes que por la expresión interna de sus estructuras y más también por la simple vinculación de aquéllos que por el definido proyecto de sus concurrentes propósitos» (22).*

---

del Código Penal, ya que sobre la base de un grupo mínimo de dos personas (Sentencia de 8 de octubre de 1979) la organización en cuestión se había estructurado más allá de la comisión de unos hechos delictivos concretos, pero no podían entenderse inmersos en la definición de banda armada, pues ésta implica *«una mayor e importante estructuración jerarquizada, una mayor consideración de las funciones a realizar y una mayor pluralidad de sujetos intervinientes, por lo que la actuación enjuiciada de los condenados si bien complicada, difícil y pormenorizada, no excedía, sin embargo, de una mera y repudiable asociación que, sin mayor esquema organizativo... planeó los objetivos y las finalidades explicadas por la Audiencia».*

(21) *Dictamen del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 1987, expdte. núm. 51.180; en Rec. de Doctrina Legal de 1987, núm. marg. 171.*

(22) En el mismo sentido, *Dictamen de 30 de octubre de 1983, expdte. número 45.524, en Rec. Doctrina Legal de 1983, núm. marg. 223.*

Ahora bien, la simple participación desigual y ocasional de varios sujetos en la realización de un crimen no los transforma sin más en una banda armada. (23)

El concepto manejado por el Alto Cuerpo Consultivo con ocasión de la emisión de las consultas es más amplio que el utilizado por la jurisprudencia. La comparación entre las afirmaciones contenidas en las sentencias y las hechas en el dictamen mencionado lo evidencia. El Consejo de Estado devalúa la importancia de los requisitos de la organización y de la ideología para hacer especial hincapié en las notas de pertenencia y permanencia en una asociación criminal preexistente. (24)

La interpretación hecha por el Consejo de Estado de la noción de banda armada se compadece adecuadamente con el espíritu tuitivo que informa la legislación y tiene una consecuencia singular: la de que la regulación protectora que se estudia no se circunscribe al fenómeno terrorista (25) sino que trasciende dicho ámbito para abarcar el de determinadas formas de criminalidad colectiva.

Como se ha expresado anteriormente, la legislación reguladora de las prestaciones que se tratan no califica de terroristas a las bandas. Dicho carácter sólo se predica de los «elementos». Por ello, el Consejo ha concluido que la protección del artículo 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, desborda el ámbito de las bandas terroristas para incluir otros fenómenos de criminalidad colectiva.

Esta interpretación amplia no ha comportado que las secuelas lesivas de todo fenómeno colectivo de criminalidad hayan sido —o deban ser— asumidas por el Estado, ni, incluso, en los casos en que se apreciare en la correspondiente sentencia penal la circunstancia agravante de «ejecutar el hecho en cuadrilla».

El criterio del Alto Cuerpo Consultivo de considerar que el ámbito de aplicación de la legislación protectora desborda el fenómeno terrorista e incluye otros de criminalidad colectiva ha sido muy ponderado y limitado a casos verdaderamente singulares.

De acuerdo con este criterio, el Consejo de Estado ha distinguido entre supuestos de ejercicio colectivo de criminalidad y supuestos de criminalidad colectiva, poniendo de manifiesto que, en los primeros, la

---

(24) *Dictamen del Consejo de Estado de 3 de julio de 1986, expdte. núm. 48.992* en Rec. de Doctrina Legal de 1986, núm. marg. 200.

(25) Vid. *Dictamen del Consejo de Estado de 3 de julio de 1986, expdte. núm. 48.992*, en Rec. de Doctrina Legal de 1986, núm. marg. 200; *Dictamen del Consejo de Estado de 12 de julio de 1990, expdte. núm. 54.757* en Rec. de Doctrina Legal 1990, núm. marg. 183.

acción delictiva gira en torno a la relación delincuente-acto; sin embargo, en los segundos, que son precisamente los contemplados por la legislación tuitiva, la relación básica se da entre la banda y la acción, de tal suerte que lo gregario desplaza a lo individual. Ello tiene como consecuencia que el artículo 64 de la Ley 33/1987 resulte sólo de aplicación en los casos de criminalidad colectiva, de los que el terrorismo es una manifestación.

La distinta ligazón existente en los supuestos de ejercicio colectivo de criminalidad y criminalidad colectiva tiene una razón de ser y una explicación consecuente. Como se señala en el *Dictamen de 21 de abril de 1983*.

*«La razón de ser está en las peculiares expresiones sociológicas de una parte importante de la delincuencia actual. Sus causas, el distorsionado desarrollo económico y social, la marginación, el paro, la droga, la perversión continuada, la degeneración progresiva, el egoísmo sin fronteras, la baja escolaridad, la caída de la moral y el alza de la corrupción. Todo ello lanza oleadas masivas de criminalidad sobre las débiles estructuras de defensa de la sociedad.*

*La explicación consecuente también es clara: la delincuencia asociada surge como una manifestación de la sociedad enferma en la que el aislamiento insolidario de algunos de sus miembros les empuja a la criminalidad por vía de la agregación para cubrir la debilidad individual en la rabiosa fuerza del conjunto. Con ello no se suma, sino se multiplica, la dureza de sus acciones y la intensidad de su sangrienta radicalidad: bandas y grupos son su expresión»*

A la vista de esta distinta razón de ser, sólo si los copartícipes, genéricamente, o si la cuadrilla, de forma específica, actuaran de manera reiterada en la comisión de los delitos, las víctimas de sus acciones se pueden beneficiar de la legislación tuitiva.

El Consejo de Estado ha sentado una doctrina muy ponderada en esta cuestión, que no es susceptible de generalización, pues atiende a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Ha declarado que las ayudas reguladas en la legislación protectora deben concederse en cuanto haya indicios que presumiblemente lleven a considerar de forma razonable la existencia de una banda armada. En tal sentido, se presume esa existencia cuando concurren «tres individuos camuflados, con escopetas de cañones recortados que hacen presumible cierta preparación del atraco, etc.» (26).

---

(26) *Dictamen del Consejo de Estado de 24 de febrero de 1983, expdte. núm. 44.983 en Rec. de Doctrina Legal de 1983, núm. marg. 220.*

En cualquier caso, la circunstancia de que el hecho delictivo se cometa por una pluralidad de personas no prejuzga, por sí, y necesariamente, que estén integradas en una banda o grupo armado. Una y otra circunstancia, atendidas otras que puedan concurrir en la acción delictiva, podrán tener valor indiciario —y hasta, según los casos, valor presuntivo a efectos probatorios—, pero no son por sí solas definitivas para probar la existencia o inexistencia de una banda armada (27).

### III) OTROS SUJETOS: ELEMENTOS TERRORISTAS O REBELDES

La legislación protectora se refiere, además de a las bandas armadas, a los elementos terroristas. Pese al carácter colectivo de las acciones ilícitas contempladas en la mencionada legislación, se ven favorecidas también por las medidas tuitivas previstas en el artículo 94 de la Ley 13/1996, las víctimas del actuar de delincuentes que cometieron su crimen individualmente, sin la colaboración de otro u otros. Ello sólo es posible cuando queda acreditado su condición de miembro de una banda armada, terrorista o no, del autor responsable; cuando se aplica el beneficio de la duda respecto de este carácter del criminal y, en fin, cuando el individuo tiene una finalidad política.

La previsión de cobertura en relación a los «elementos terroristas» contenida en el artículo 1 del Reglamento aprobado por *Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio*, es consecuencia del criterio sostenido por el Consejo de Estado en algunas consultas. En efecto, desde 1979, el Alto Cuerpo Consultivo (28) afirmó que la circunstancia de que el hecho delictivo se cometiera por una persona no excluía por sí que el daño no fuera resarcible. Si se probaba que tal persona se hallaba integrada en una banda armada y que, en condición de tal, actuaba, el daño producido debía ser resarcido por la Administración.

#### A) Los elementos terroristas

La referencia que hace la legislación tuitiva a elementos terroristas comporta que los delitos cometidos por los miembros de organizaciones de tal índole, de forma individual, en nombre y para los fines de las mismas, quedan comprendidos en su ámbito.

---

(27) *Dictamen del Consejo de Estado de 23 de mayo de 1991, expdte. núm. 55.734* en Rec. de Doctrina Legal de 1991, núm. marg. 185.

(28) Vid., sobre ello, *Dictamen del Consejo de Estado de 30 de octubre de 1983, expdte. núm. 45.524*.

Por elemento terrorista puede entenderse «*integrante, colaborador o cooperador de los grupos*» (ex. argumento del artículo 174 bis c) del Código Penal, ya derogado) (29) o «*persona al servicio o colaborador de una banda armada*», según el artículo 571 del Código Penal. Difícilmente puede referirse a terrorista individual, pues, como se ha expuesto, el terrorismo es un fenómeno de criminalidad colectiva, de impensable configuración individual aunque sí de ejercicio solitario.

## **B) Los elementos rebeldes y las personas que alteren gravemente la paz y la seguridad ciudadana**

Por elemento rebelde debe entenderse el miembro de una organización que tenga por objeto la comisión del delito de rebelión en cualquiera de sus modalidades (30). Se trata de una calificación que conviene a todos los que se alzaren públicamente en la forma y con los fines que prevenía el artículo 214 del Código Penal o en el artículo 472 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; en concreto, para provocar una alteración del orden constitucional.

La sola actuación de un elemento rebelde no basta para que entre en juego la legislación tuitiva. Es preciso que dicha actuación se inserte en el hacer de una banda o en conexión con ella. Así se deduce de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional (31), al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 9/1984.

Lo que no es preciso para hacer aplicación de la legislación es que la banda en la que se integra el elemento rebelde sea armada, pues el delito de rebelión puede cometerse sin ellas (Código Penal, artículo 215, 2º o Ley Orgánica 10/1995, artículo 473.1). Es suficiente con que tenga un mínimo de organización, fruto de un acuerdo de voluntades.

Por persona o personas que alteren gravemente la paz y seguridad ciudadana, debe entenderse cualquier persona que esté incurso en cualquiera de los delitos previstos en el título XXII del Código Penal; esto es, de los delitos de sedición, de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, de resistencia y desobediencia, de los desórdenes

---

(29) En el mismo sentido, en la doctrina italiana y para ese ordenamiento, MAGDALENA, *Le circostanze attenuanti per i terroristi pentiti*, Milano, 1984, pág. 33 y ss.

(30) Vid., REY GONZÁLEZ, «Agravación de los delitos relacionados con banda armada o elementos terroristas o rebeldes» en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XI, Madrid, 1990, pág. 32 y 33.

(31) Vid. *Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, (fundamento jurídico 4º)*.

públicos, de tenencia, tráfico y depósito de armas y explosivos y de terrorismo.

#### IV) UN CASO SINGULAR: EL DE DESCONOCIMIENTO DE LOS AUTORES DEL HECHO LESIVO

Cuestión distinta es la atinente a aquellos casos en que se desconocen los autores de los daños. ¿Cabe en estos casos conceder a las víctimas las compensaciones previstas en el artículo 94 de la Ley 13/1996.

Una primera opinión (32) entiende que, desconocidos los autores del hecho, debe denegarse el resarcimiento solicitado. El argumento empleado para alcanzar tal conclusión es, en síntesis, el siguiente: la Ley 13/1996 no declara en su artículo 64 la responsabilidad de la Administración; antes bien, prevé un mecanismo especial de resarcimiento que no está ligado al funcionamiento de los servicios públicos; se trata de una norma de carácter especial que debe interpretarse restrictivamente; sólo cuando concurren todos los presupuestos, requisitos y condiciones prevenidos en la norma podrán ser concedidos los beneficios en ella establecidos; si existe duda sobre su aplicación, dada la especialidad de la norma, debe denegarse la indemnización.

Este planteamiento conduce a negar la posibilidad de que se reconozcan ayudas a las víctimas de hechos causados por individuos desconocidos, pues, al no quedar acreditado quiénes son éstos, no concurren todos los requisitos exigidos por la norma.

La solución expuesta no puede concebirse como general. El derecho, tributario de la idea de justicia, debe buscarla en toda ocasión, sin exceder los límites de la norma pues de otro modo se desnaturalizaría su propia razón de ser. En consecuencia, es preciso analizar cada caso concreto y dar una solución justa y adecuada a cada uno de ellos. No cabe excluir *a priori* ninguna posibilidad o solución.

Un análisis pormenorizado y minucioso de cada caso puede llevar a soluciones distintas de la enunciada. En estos supuestos, la cuestión fundamental está en el hecho de ignorarse quiénes son los autores de los daños causados. Este desconocimiento determina que no se sepa si tras la acción criminal o, en terminología legal, tras la actividad ilícita existe o no una organización delictiva o banda armada.

---

(32) Este criterio es sostenido de forma constante por la Oficialía Mayor del Ministerio del Interior y por el Servicio Jurídico del mismo Departamento.



Por lo general, producido un hecho delictivo se inician actuaciones policiales y, en ocasiones, diligencias judiciales que son archivadas casi inmediatamente al no dar resultado positivo alguno las averiguaciones para determinar quiénes fueron los autores. Lo que consta, sin embargo, de manera indubitada es que el delito fue cometido por dos o más individuos que actuaron de forma coordinada. En estos casos, la Administración invoca como argumento para desestimar las peticiones de resarcimiento el hecho de que no se haya podido averiguar y determinar quiénes fueron los culpables y si éstos constituían una «banda armada». Empero, este argumento no es de recibo pues el esclarecimiento de los hechos corresponde a la Administración; sólo éstos pueden actuar válidamente en las tareas de averiguación. La víctima o, en su caso, los perjudicados por la acción delictiva no pueden hacer nada o casi nada en las labores de investigación; ésta corresponde legalmente a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no pudiendo realizar averiguaciones sobre los delitos cometidos, no ya los particulares, sino tampoco quienes ejercen privadamente funciones públicas en el ámbito de la seguridad o se dedican a las tareas de investigación pues la legislación específica tanto de unos como de otros (Decreto de 23 de julio de 1977, Orden de 20 de enero de 1981 y Resolución de la Dirección General de Policía de 11 de mayo de 1981) dispone que «...no podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, y si alguno de éstos llegara a su conocimiento, darán cuenta del mismo inmediatamente a las Comisarías de Policía o Puestos de la Guardia Civil».

Por ello, la víctima o los perjudicados por la acción delictiva sólo han de probar el daños sufrido y, en su caso, el parentesco o dependencia económica respecto al damnificado. En todo lo demás, no les queda sino estar a las resultas de unas actuaciones policiales o judiciales que discurren por sus cauces específicos, de manera autónoma, y en las cuales no cabe participar.

Cuando las actuaciones investigadoras de los órganos administrativos no han dado fruto alguno y se decide concluir las sin haber podido llegar a determinar los autores del hecho delictivo y su posible conexión con bandas armadas, no sería justo imputar ese resultado —a título de falta de prueba de derecho— a quien no tuvo parte en la producción del actuar criminal y se mantuvo al margen de aquellas investigaciones. Ello no comporta la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pues el resultado lesivo sufrido por la peticionaria no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio de seguridad, sino fruto de la

actuación de grupúsculos que se sitúan al margen de la legalidad. En fin, no existe responsabilidad alguna de la Administración pero sí es obligada una lógica atribución a ella de las consecuencias de su actividad y la concesión a la parte más débil del beneficio de la duda, eligiendo entre las conjeturas que legítimamente pueden formularse en el estado en que desembocan las averiguaciones, la que más armoniza con la finalidad tuitiva de esta legislación especial y permite hacer llegar su protección a las peticiones de amparo que se hacen llegar ante la Administración.

Esta interpretación no es sino una aplicación del principio general *«favorabilia sunt amplianda»* que debe ser especialmente considerado al enfrentarse con la legislación que establece la obligación pública de indemnizar la muerte y lesiones causadas por las actividades de las bandas armadas.

### III. PERSONAS BENEFICIARIAS DE LOS RESARCIMIENTOS: EVOLUCION LEGISLATIVA

#### I) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Las personas beneficiarias de los resarcimientos por atentados terroristas han ido variando sucesivamente en la legislación protectora. Desde los Acuerdos del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 1979 y de 25 de marzo de 1983, los distintos textos legales y reglamentarios reguladores de la prestación han ampliado el ámbito de personas favorecidas. Esa ampliación ha sido, en la mayoría de los casos, consecuencia de la aplicación de la legislación que, en ocasiones, ponía de manifiesto la existencia de situaciones de injusticia notoria o pugnaces con los acendrados sentimientos de justicia de todo intérprete; situaciones en las que los órganos administrativos intervinientes en la instrucción de los procedimientos de resarcimiento se rebelaban contra la norma y llamaban la atención sobre el difícil estado en que quedaban las víctimas o sus familiares.

1. Conforme al *Real Decreto número 484/1982, de 5 de marzo*, eran titulares del derecho de resarcimiento:

*«a) En el caso de muerte, el cónyuge no separado legalmente y los hijos de la víctima que sean menores de edad o que, habiendo alcanzado la mayoría de edad, se hallen legalmente incapacitados o sean notoriamente incapaces para procurar su sustento; a falta de unos y otros, los ascendientes en primer grado, siempre que en la fecha del fallecimiento vivieran a expensas del causante.»*

*Cuando el cónyuge y los hijos concurrieran como titulares del resarcimiento, se repartirá la misma por mitad entre aquél y éstos.*

*b) En el caso de lesiones causadas a las personas físicas, la persona o personas que las hubieren padecido.*

*El otorgamiento de esta prestación no será obstáculo para que se perciban las que puedan corresponder a sus titulares por cualquier otro concepto, dejando a salvo la incompatibilidad y la opción establecidas por el Real Decreto-Ley 19/1981, de 30 octubre.»*

2. Según el Real Decreto número 336/1986, de 24 de enero, eran titulares del derecho de resarcimiento:

*«1.º En el caso de lesiones, la persona o personas que las hubieran padecido.*

*2.º En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, el cónyuge no separado legalmente, los hijos de la víctima, cualquiera que fuere su filiación, menores de edad, o que, siendo mayores, se hallaren legalmente incapacitados o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento, y el progenitor superviviente, si lo hubiere, de algún hijo del difunto con derecho a indemnización, siempre que lo tuviera en su custodia.*

*Cuando concurrieren el cónyuge, los hijos del difunto, y el progenitor superviviente de alguno de éstos, la indemnización se repartirá por mitades. Una corresponderá al cónyuge no separado legalmente, y la otra se distribuirá por parte iguales entre los hijos de la víctima con la participación de su respectivo progenitor superviviente, sea o no cónyuge del fallecido, en el 50 por 100 de la cantidad que corresponda a cada uno de sus hijos.*

*No existiendo unos y otros, el resarcimiento a que hubiere lugar corresponderá a los ascendientes de la víctima en primer grado.»*

3. Conforme al Real Decreto número 1311/1988, de 28 de octubre, correspondía el resarcimiento:

*«1.º En el caso de lesiones, la persona o personas que las hubiera padecido.*

*2.º En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta:*

*a) El cónyuge no separado legalmente, los hijos de la víctima, cualquiera que fuera su filiación, que sean menores de edad o que, sien-*

*do mayores, se hallaren legalmente incapacitados o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento, y el progenitor superviviente, si lo hubiere, de algún hijo del difunto con derecho a resarcimiento, siempre que lo tuviera bajo su custodia.*

*Cuando concurrieren el cónyuge, los hijos del difunto y el progenitor superviviente de alguno de éstos, el resarcimiento se repartirá por mitades. Una corresponderá al cónyuge no separado legalmente y la otra se distribuirá por partes iguales entre los hijos de la víctima con la participación de su respectivo progenitor superviviente, sea o no cónyuge del fallecido, en el 50 por 100 de la cantidad que corresponda a cada uno de sus hijos.*

*b) En defecto de todas las anteriores personas, o no concurriendo en ellas los requisitos antes reseñados, los ascendientes de la víctima en primer grado.*

*c) En defecto de las personas enunciadas en los previos apartados, los hermanos de la víctima, siempre que conviviesen y dependiesen económicamente de ésta, y no tuvieran medios suficientes de subsistencia.*

*Excepcionalmente, y para los casos de muerte de los progenitores y de algún hijo común de ambos, quedando supérstites otros hijos comunes, estos últimos respecto de sus hermanos, sin necesidad de que concurren la convivencia y dependencia económica prevista en el párrafo anterior».*

Conforme al Real Decreto número 673/1992, de 19 de junio, eran titulares del derecho de resarcimiento:

#### **A) Daños personales**

*«1. En el caso de lesiones, la persona o personas que las hubieran padecido; respecto de los gastos médicos por tratamiento, en el caso de que no estén cubiertos total o parcialmente por algún sistema de previsión, la persona o entidad que los haya sufragado.*

*2. En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:*

*a) El cónyuge no separado legalmente y, siempre que dependieran económicamente de la persona fallecida, los hijos de ésta, cualquiera que sea su filiación y edad.*

*b) En el caso de inexistencia de los anteriores, los padres de la persona fallecida cuando dependieran económicamente de ésta.*

*c) En defecto de las anteriores, siempre que dependieran económicamente del fallecido y por orden sucesivo y excluyente, los nietos de la víctima cualquiera que sea su filiación, los hermanos y los abuelos de aquélla.*

*d) De no existir ninguna de las personas reseñadas en los apartados anteriores, los hijos, cualquiera que sea su filiación y edad, y los padres, que no dependieran económicamente del fallecido.*

## **B) Daños materiales**

Si se trata de daños materiales producidos en la vivienda habitual, únicos resarcibles, tienen derecho a percibir la correspondiente compensación el propietario, el arrendatario y los titulares de derechos reales de usufructo, uso o habitación.

## **II) PERSONAS BENEFICIARIAS**

Conforme al *Real Decreto número 1211/1997, de 18 de julio*, son titulares del derecho de resarcimiento:

### **A) Daños personales**

*«1. En el caso de lesiones, la persona o personas que las hubieran padecido; respecto de los gastos médicos por tratamiento, en el caso de que no estén cubiertos total o parcialmente por algún sistema de previsión, los propios lesionados o la persona o entidad que los haya sufragado.*

*2. En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:*

*a) El cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual, al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubie-*

*ran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida o de la persona conviviente, siempre que dependieran económicamente de ella, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.*

*b) En el caso de inexistencia de los anteriores, los padres de la persona fallecida cuando dependieran económicamente de ésta.*

*c) En defecto de los padres, y siempre que dependieran económicamente de la persona fallecida, y por orden sucesivo y excluyente, los nietos de ésta, cualquiera que sea su filiación, los hermanos y los abuelos de la misma.*

*d) De no existir ninguna de las personas reseñadas en los apartados anteriores, los hijos, cualquiera que sea su filiación y edad, y los padres, siempre que tanto unos como otros no dependieran económicamente del fallecido.*

## **B) Daños materiales**

Si se trata de daños materiales producidos en la vivienda habitual, únicos resarcibles, tienen derecho a percibir la correspondiente compensación el propietario, el arrendatario y los titulares de derechos reales de usufructo, uso o habitación. Si se trata de daños en establecimientos mercantiles, vehículos y en elementos productivos de las empresas, sus titulares.

## **IV. REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LOS RESARCIMIENTOS EN EL CASO DE DAÑOS PERSONALES: SER NO RESPONSABLE**

En el caso de daños personales, dos son los requisitos para quedar comprendidos en el ámbito personal de aplicación de los beneficios previstos en ella: a) *ser persona no responsable de los delitos que causan el daño en todo caso;* y b) *ser, bien el propio lesionado, bien familiar; o haber sufragado determinados gastos médicos por tratamiento o estar en un determinado grado de parentesco respecto a la víctima,* en el caso de los daños personales, o *tener determinados derechos sobre los bienes dañados,* en el caso de los materiales.

## D) SER NO RESPONSABLE

Todas las disposiciones reguladoras del resarcimiento afirmaban antes y establecen hoy que los beneficiarios son «*las personas no responsables*» que sufrieren daños corporales y, desde 1992, daños materiales, como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas por bandas armadas o elementos terroristas.

1. La primera de las cuestiones a abordar es la atinente a qué debe entenderse por persona no responsable; o, en otros términos, qué significado ha de darse al término «no responsable».

Sabido es que toda actuación lesiva para los terceros obliga a quien lo ha causado a repararlo (*responsabilidad civil*) y que determinadas actuaciones que atacan bienes jurídicos fundamentales comportan, además y en su caso, el nacimiento de una responsabilidad personal (*responsabilidad penal*). En el ámbito de lo civil, responsable es causante; en el penal, la noción de responsable es distinta. Conforme al artículo 12 del Código Penal, de los delitos y faltas son responsables los autores, cómplices y encubridores (33); en el caso del terrorismo, además, quienes hacen apología, aunque éstos no dejan de ser autores.

Un primer acercamiento a la cuestión que se trata permite afirmar que «*persona responsable*» es quien ha intervenido en la comisión de las actividades delictivas de las bandas armadas o elementos terroristas como autor, cómplice o encubridor. Quienes materialmente ejecutan los delitos, fuerzan o inducen a otros a cometerlos; quienes colaboran con ellos en su ejecución, bien con actos necesarios, bien con actos no necesarios, y quienes, con conocimiento de la realización del hecho punible, se aprovechan del cuerpo, instrumento y efectos del delito son responsables de él y, en consecuencia, aunque sufran daños con ocasión de su ejecución, no tienen derecho a resarcimiento alguno.

2. La determinación de si una persona es no responsable a lo efectos de la legislación protectora cuyo estudio se aborda no está determinada absolutamente por el derecho penal. Las normas que disciplinan el resarcimiento, llevadas de un especial espíritu tuitivo, prevén una desvinculación entre el ámbito administrativo y el penal; exponente claro de ello era el artículo 2º del Real Decreto 673/1992, de 19 de junio. El juicio a formar es autónomo del penal y se produce en sede administrativa.

---

(33) En el artículo 27 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, son los autores y los cómplices.

Autonomía no significa independencia absoluta del pronunciamiento penal. Por ello, no resulta posible considerar persona no responsable a quien en virtud de sentencia penal ha sido declarado responsable. La fuerza de la cosa juzgada lo impide.

La misma fuerza de la cosa juzgada permite a la Administración revisar las resoluciones concediendo los resarcimientos a quienes, no considerándolos aquélla responsables de los hechos, ulteriormente son declarados tales por los Tribunales.

3. La irresponsabilidad de la persona beneficiaria de las ayudas ha de estar referida al delito o actividad que provocó el daño que sirve de fundamento para el resarcimiento. Así, el miembro de una banda armada que sufre daños en sus bienes y derechos a resultas de un delito cometido por su propia banda y del que no es responsable ni como autor, ni como cómplice ni como encubridor, tiene derecho a percibir las correspondientes indemnizaciones. No tendrá, por el contrario, dicho derecho si es de cualquier modo responsable del delito.

4. La mayor dificultad se presenta respecto al encubrimiento de las actividades delictivas. La afirmación de responsabilidad no exige una condena del sujeto como encubridor. Basta que en el procedimiento administrativo de tramitación del expediente se obtenga la certeza de que el reclamante conocía la preparación o perpetración del delito para reputarle responsable, aún a falta de sentencia que lo haga. Y ello, por cuanto, como se ha expuesto, en los fenómenos de criminalidad colectiva la relación entre autor y daño trasciende la esfera de lo personal para imputarse al grupo o banda.

5. La responsabilidad penal es la consecuencia del delito. Para la construcción gradual del delito (34), éste es una acción típica antijurídica, culpable y punible. En principio, todo delito comporta la atribución de responsabilidad a su autor; ahora bien, dado el carácter gradual del mismo, puede ocurrir que quien es autor material no tenga responsabilidad penal por concurrir una causa de exclusión de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad e, incluso, que no tenga responsabilidad civil por concurrir determinadas causas de exclusión de antijuridicidad (legítima defensa o cumplimiento de un deber o cargo).

La cuestión está en determinar si quien, pese a haber ejecutado materialmente el hecho típico, antijurídico, culpable o incluso punible, no es

---

(34) La construcción gradual o trifásica del delito es obra de la doctrina alemana. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1979, pág. 312 y ss.



responsable en términos penales por concurrir una causa de exclusión, lo es a los efectos de la legislación protectora.

Habida cuenta el juicio sobre la determinación de la responsabilidad o irresponsabilidad es un juicio autónomo del penal, propiamente administrativo, ha de concluirse que, en principio, la exclusión de la responsabilidad penal y aún civil no comporta que pueda reputarse al sujeto como «no responsable». Su intervención material en unas actuaciones que han tenido consecuencias dañosas; su pertenencia a una banda armada o su caracterización como elemento terrorista o rebelde inducen a excluirlo del ámbito personal de cobertura de la legislación tuitiva. Todo ello sin perjuicio de la valoración que debe hacerse en cada caso concreto, a la luz de las circunstancias específicas concurrentes de forma singular.

6. Por último, debe señalarse que la amplitud de la fórmula «persona no responsable» permite obtener el resarcimiento tanto los particulares como los funcionarios públicos que sufran tales daños.

## V. PERSONAS BENEFICIARIAS DEL RESARCIMIENTO: ORDEN DE LLAMAMIENTO

Los beneficiarios del resarcimiento pueden ser:

### I) DAÑOS PERSONALES

Pueden ser titulares del derecho al resarcimiento:

#### A) En el caso de lesiones

##### a) *El propio lesionado o víctima*

El lesionado o víctima del atentado terrorista es titular del derecho de resarcimiento reconocido en la legislación protectora en relación a los daños personales que ha sufrido.

La determinación de quién es la víctima o el lesionado es fácil: el que hubiere sufrido daños personales, bien corporales o físicos, bien psíquicos o mentales (35); «el que los hubiere padecido» dice el artículo 7.1 del Real Decreto número 1211/1997, de 18 de julio.

---

(35) En la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, el concepto es análogo: «2. Podrán acceder a estas ayudas, a título de víctimas directas, las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito» (artículo 2.2.)

En el *Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 1979*, el lesionado era beneficiario del resarcimiento sólo en el caso de que el resultado lesivo del atentado fuera su incapacidad permanente.

b) *La persona o entidad que haya sufragado los gastos médicos por tratamientos de curación de las lesiones sufridas por los lesionados o víctimas*

Es titular de un derecho de resarcimiento la persona o entidad que haya sufragado los gastos médicos por tratamiento de curación de las lesiones sufridas por los lesionados o víctimas, pero sólo en el caso de que no estén cubiertos total o parcialmente por algún sistema de previsión. Así lo dispone el artículo 7.1 del Real Decreto número 1211/1997, de 18 de julio.

Con arreglo a la legislación anterior, en concreto conforme al Real Decreto núm. 336/1986, el Consejo de Estado había señalado que el derecho de indemnización correspondiente a los gastos sanitarios derivados de unas lesiones producidas en atentado terrorista correspondía a las personas que las habían sufrido y al centro hospitalario que las atendió (36).

**B) En el caso de muerte**

a) *El cónyuge del fallecido*

El cónyuge no separado legalmente tiene derecho a percibir la indemnización en el caso de fallecimiento de la víctima. Así lo dispone el artículo 7.2.a) del Real Decreto número 1211/1997, de 18 de julio.

El derecho lo tiene en todo caso, con independencia de que cuente con medios económicos propios, pues el requisito de la dependencia económica no es exigido por el mencionado precepto.

La cobertura alcanza al cónyuge separado de hecho, pero no al que lo está legalmente.

En caso de separación legal y ulterior reconciliación entre los cónyuges, para que el supérstite tenga derecho a la compensación debe haberse comunicado al Juez dicha circunstancia pues de otro modo resulta irrelevante. La obligación de comunicar la reconciliación viene determinada por el artículo 84 del Código Civil (37).

---

(36) Vid., *Dictamen del Consejo de Estado de 18 de septiembre de 1996*, expdte. núm. 49.609, en Rec. Doctrina Legal de 1986, núm. marg. 201.

(37) En tal sentido, *Dictamen número 47.082, de 13 de diciembre de 1984*, en Rec. Doctrina Legal de 1984, núm. marg. 292.

Tiene de derecho al resarcimiento quien convive maritalmente, *more uxorio*, aunque sea del mismo sexo, con el fallecido. Pese a que la situación de convivencia no vincular no es equivalente a la matrimonial como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (38), lo que justificaría un tratamiento legal distinto de la que corresponde a ésta, la legislación protectora estudiada reconoce dicho derecho al cónyuge *more uxorio*. (39) (40)

## b) *Determinados parientes del fallecido*

Los parientes a los que la legislación reconoce el derecho al resarcimiento o, en su caso, la posibilidad de ser llamados a su percepción son, a saber:

### a') *Los hijos*

Los hijos de la persona fallecida, cualquiera que sea su filiación y edad, tienen derecho al resarcimiento. Es irrelevante que la filiación sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva.

No tienen derecho los *acogidos* pues la relación que se establece entre quien acoge y el acogido no es equiparable a la de la filiación (41).

En el *Real Decreto núm. 1311/88, de 28 de octubre*, los hijos de la víctima tenían reconocido el derecho de resarcimiento, cualquiera que fuera su filiación, siempre que fueren menores de edad o mayores incapacitados o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento.

En el régimen vigente y en atención a su dependencia económica o no respecto de la persona fallecida, los hijos de la víctima son llamados al resarcimiento por la ley antes o después, como se verá ulteriormente.

---

(38) Autos de 11 de febrero de 1987, de 24 de junio y de 1 de julio de 1987.

(39) En idéntico sentido, *Dictamen del Consejo de Estado expdte. número 50.821, de 15 de octubre de 1987*, en Rec. Doctrina Legal de 1987, núm. marg. 169.

(40) No es igual la regulación contenida en la Ley 35/1995, de 11 de noviembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, pues el artículo 2.3.a) dispone que «son beneficiarios a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:

a) El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

(41) Vid., en el mismo sentido, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 436.

Los hijos pueden ser póstumos. Así lo declaró el Consejo de Estado al afirmar que

*«Al haber un hijo póstumo, se está ante un caso de concebido no nacido, debiéndose reputar, según establece el artículo 29 del Código Civil, nacido a todos los efectos que le fueren favorables, siempre que llegara a nacer con los requisitos exigidos en el artículo 30 del mismo texto legal, por lo que debe ser considerado como titular del derecho al resarcimiento» (Dictamen expdte. núm. 46.637, de 12 de julio de 1984) (42) .*

Llevado por un afán de compensar adecuadamente a los parientes de las víctimas del terrorismo, el Consejo de Estado ha afirmado que quedan comprendidos dentro del concepto de hijos la «hija del cónyuge de la víctima, fruto de anterior matrimonio, que no recibía pensión alguna por ese concepto y cuyos gastos corrían a cargo del fallecido con quien convivía» (43) (44).

#### b') *Los padres*

Los padres también pueden tener derecho al resarcimiento previsto en la legislación, si dependen económicamente del hijo (45). La dependencia

---

(42) En Rec. Doctrina Legal de 1984, núm. marg. 291.

(43) Vid., *Dictamen del Consejo de Estado expdte. núm. 54.173, de 11 de enero de 1990*, en Rec. Doctrina Legal de 1990, núm. marg. 177.

(44) En el caso de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, también los hijos, en términos análogos a los expresados, tienen derecho al resarcimiento. En tal sentido, el artículo 2.3.b) y c) dispone: «son beneficiarios a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:

b) *Los hijos del fallecido, siempre que dependieran económicamente de él, con independencia de su filiación o edad, o de su condición de póstumos.*

c) *Los hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de las personas contempladas en el párrafo a) anterior siempre que dependieran económicamente de aquél».*

(45) En el caso de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, también los padres, si dependen económicamente de la víctima, tienen derecho al resarcimiento. En tal sentido, el artículo 2.3.d) dispone: «son beneficiarios a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:

d) *En defecto de... (cónyuge e hijos), serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella».*

Además lo son los «padres del menor que fallezca a consecuencia directa del delito» (artículo 2.5).

económica o no determina el orden de llamamiento para percibir el importe de la compensación (46).

c') *Los nietos* (47)

ch') *Los hermanos y los abuelos* (48)

Los hermanos pueden ser también titulares del derecho a resarcimiento.

A los hermanos se les incluyó en el ámbito de cobertura de la legislación que se estudia mediante el *Real Decreto número 1311/1988, de 28 de octubre*. Hasta entonces, estaban excluidos. Ello se debió a instancia del Consejo de Estado que llamó la atención en algunas consultas sobre las situaciones de indigencia en que quedaban algunos hermanos de víctimas del terrorismo que, careciendo de padres y siendo menores, dependían económicamente de ellas.

En efecto, el Alto Cuerpo Consultivo, al percatarse de que el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, dejaba fuera del ámbito de protección a los hermanos de la víctima y, por tanto, no procedía reconocer en su favor compensación alguna (49), llamó la atención sobre la conveniencia de introducir la correspondiente modificación normativa. Basaba su criterio en la necesidad de remediar las situaciones de indigencia y desamparo que se producían y en la conveniencia de dar una protección integral a

---

(46) En el *Real Decreto de 1982* se mencionaba como titulares del derecho a los «ascendientes en primer grado siempre que a la fecha del fallecimiento vivieran a expensas de la víctima». En los *Reales Decretos de 1986* y en el *núm. 1311/88, de 28 de octubre*, se reconocía el derecho a los «ascendientes de la víctima en primer grado».

La omisión del requisito «vivir a expensas de la víctima en el momento del fallecimiento» suscitó la cuestión de si dicho requisito pervivía en la regulación posterior al año 1986. El Consejo de Estado estimó que no, habida cuenta la omisión de la correspondiente exigencia legal.

La doctrina (DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 438) estimaba que, pese a la falta de exigencia en el texto reglamentario, dicho requisito seguía vigente. Se aducía como argumento que «puesto que a los hijos mayores de edad no se les concede indemnización salvo que dependan (y no por su culpa) del fallecido, parece lógico que se exija lo mismo para los ascendientes en primer grado» y se invocaba la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1988* que así lo afirmaba. En todo caso, debe tenerse en cuenta que dicha sentencia consideraba como norma aplicable el Real Decreto de 1982.

(47) Conforme a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, los nietos del fallecido no tienen derecho a los resarcimientos en caso de la comisión de aquéllos.

(48) Conforme a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, los hermanos y los abuelos del fallecido no tienen derecho a los resarcimientos en caso de la comisión de aquéllos.

(49) Vid., *Dictamen del Consejo de Estado expdte. número 51.195, de 12 de noviembre de 1987*, en Rec. Doctrina Legal 1987, núm. marg. 170.

la familia en sentido amplio, de acuerdo con lo expresado en el artículo 8 del Convenio de Roma.

El Gobierno acogió el parecer del Consejo e incluyó a los hermanos en el ámbito del Real Decreto 1311/88, disponiendo que tendrían derecho al resarcimiento «siempre que conviviesen y dependiesen económicamente de la víctima y no tuvieran medios suficientes de subsistencia».

Quedan comprendidos tanto los hermanos de doble vínculo como los de vínculo sencillo o adoptivos.

Dos son los requisitos que exige la ley para reconocer a los hermanos el derecho al resarcimiento, a saber: la convivencia y la dependencia económica respecto a la víctima.

a') La *convivencia* con la víctima. Por convivencia debe entenderse unidad de residencia, aunque dicha interpretación no debe llevarse a tales extremos como para estimar que no se da tal circunstancia cuando no vivan continuadamente en el mismo domicilio.

b') La *dependencia económica* respecto a la víctima.

### c) *La dependencia económica*

En el caso de los padres, nietos, hermanos y abuelos de las víctimas, se precisa la dependencia económica para ser acreedores de los beneficios previstos en la legislación tuitiva que se analiza.

El requisito de la *dependencia económica* comporta que el beneficiario viva sustancialmente a costa de la víctima, al momento de ocurrir el atentado. No significa que carezca absolutamente de medios económicos; puede tenerlos por cualquier concepto pero han de ser insuficientes.

La dependencia económica debe referirse al momento de producirse el óbito de la víctima de atentado. Así lo declaró el Consejo de Estado en *dictámen núm. 555/93, de 20 de mayo de 1993*, al señalar que

*«De la literalidad y del sentido interpretativo del contexto (en sede hermenéutica derivada del 3.1 del Código Civil) no puede desprenderse más que lo realmente transcendente es la situación existente en el momento del fallecimiento, puesto que de otra forma, si no se toma referencialmente un momento histórico concreto, siempre sería argumentable una alteración de la misma que pudiera repercutir (en más o en menos) en la cuantía indemnizable que procediera. Es, por ello, que la consideración de núcleo familiar debe estar referida al instante mismo del atentado, momento en el cual el hijo dependía económicamente del padre».*

La situación de dependencia económica no se ve enervada por la contratación del beneficiario bien en fecha anterior al atentado, bien al momento mismo del atentado, bien posteriormente, con carácter temporalmente limitado. Así lo afirmó el Consejo Estado en el mismo *dictámen* núm. 555/93, de 20 de mayo de 1993, al decir

*«Pero, de otro lado, el concepto jurídico indeterminado «dependencia económica», aunque fuese estimado como enervado por la contratación del hijo en fecha posterior al atentado terrorista, difícilmente puede ser afectado, según parece a este Cuerpo Consultivo, por el hecho de trabajar temporalmente durante un período de uno año, estimándose que puede ser más que posible que vuelva a la dependencia final plena a nivel económico del núcleo familiar, reducido en ese caso a la madre. En último término, existe una obligada «interpretación tuitiva» de la vigente legislación, tal y como ha señalado este Consejo de Estado en los dictámenes 52.159 y 794/91, referidos ambos a los Reales Decretos que se han dictado para desarrollar esta especialidad indemnizatoria por acción de bandas armadas y elementos terroristas».*

En todo caso, existe presunción de dicha dependencia económica en el caso de que el beneficiario del resarcimiento viva con la víctima (50).

## II) DAÑOS MATERIALES

En el caso de daños materiales, la legitimación para percibir el resarcimiento, de conformidad con el artículo 24 del Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, varía según se trate de

### A) Daños reparables

En tal caso, la legitimación corresponde a

*«los propietarios o a quienes legítimamente pretendieren efectuar la reparación o hubieren dispuesto la misma».*

1. El concepto de propietario es el que establecen las leyes civiles, para los bienes inmuebles, o, en su caso, las mercantiles, para los bienes muebles.

---

(50) Vid., *Dictamen del Consejo de Estado* núm. 555/93, de 20 de mayo de 1993.

A la vista de la regulación vigente, sólo tienen derecho a resarcimiento las personas físicas. No las personas jurídicas titulares de la propiedad y derechos reales limitados. Así se deduce de la noción de vivienda habitual, presupuesta para la existencia de tal derecho.

La condición de propietario de bienes inmuebles puede probarse mediante cualquiera de los medios admitidos en derecho, sin que sea necesario hacerlo mediante certificación del Registro de la Propiedad (51).

La titularidad de dueño respecto a los bienes muebles también se puede acreditar mediante cualquiera de los medios admitidos en derecho, siendo bastante, a los efectos del resarcimiento, hacer jugar los preceptos legales que presumen la existencia de dicha titularidad (Código Civil, artículo 464 y Código de Comercio, artículo 85).

2. Más difícil es el concepto de «*quienes legítimamente pretendieren efectuar la reparación o hubieren dispuesto la misma*».

En la Memoria del Real Decreto 673/92, la expresión se justificaba en la voluntad de reconocer legitimación a todos aquéllos que ocuparen una vivienda en virtud de título jurídico. Este ha sido el criterio de la Administración al conceder el resarcimiento a inquilinos, usuarios, usufructuarios, habitacionista e incluso precaristas de viviendas afectadas y que ordenaron la reparación.

La práctica administrativa ha puesto de manifiesto que el concepto de «*pretensión legítima*» de efectuar la reparación está más referida a legitimidad del título de ocupación de la vivienda que a legitimidad en sí para realizar las obras. Así lo ha establecido el Ministerio de Interior y, ulteriormente, de Justicia e Interior (52) a la hora de resolver las reclamaciones formuladas. En tal trance, se ha ignorado a quién correspondía realizar las reparaciones extraordinarias conforme a los pactos suscritos o a las disposiciones legales aplicables.

Esta interpretación ha sido también acogida por los tribunales civiles a la hora de ultimar diversos procedimientos. En efecto, se ha declarado que, si bien correspondía al arrendador efectuar las reparaciones extraordinarias en la vivienda arrendada, siendo causa de resolución del contrato la ejecución de alguna sin consentimiento previo del propietario, no procede declarar tal resolución cuando el inquilino las hizo por causa de aten-

(51) En tal sentido, *Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 199, expdte. 852/93*.

(52) Vid., en tal sentido, *Boletín de Documentación, Secretaría General Técnica. Ministerio del Interior, Madrid, 1992*.



tado terrorista sin tal consentimiento expreso y con cargo, en parte, a la indemnización percibida del Ministerio del Interior (53).

## B) Daños no reparables

En este caso, la legitimación corresponde también a «*los propietarios o a quienes legítimamente pretendieren efectuar la reparación o hubieren dispuesto la misma*». Ahora bien, frente a lo que sucede con los daños reparables, el ordenamiento prevé quiénes son los que «*legítimamente pretendieren efectuar la reparación*». Se reputan tales, a saber: el cónyuge del propietario que disfrutare de la vivienda por resolución judicial, acuerdo entre ellos o por razones profesionales; el arrendatario, el usufructuario, el usuario o el habitacionista.

Quienes no están en esas categorías no tienen derecho a resarcimiento: es el caso de los precaristas.

## III) EXCLUSIONES: EL CASO DE LOS EXTRANJEROS

1. Sólo los enumerados en el Real Decreto de 1997 tienen derecho al resarcimiento. Ello comporta que:

a) Los parientes y familiares no enumerados en la legislación tuitiva no tienen derecho al resarcimiento.

b) Los herederos testamentarios, no incluidos en el llamamiento hecho por la legislación protectora, no tienen tampoco derecho al resarcimiento.

En tal sentido, la *Sentencia de 16 de noviembre de 1983* es clara y taxativa.

2. Por otra parte, cabe plantearse si el alcance del resarcimiento incluye sólo a los nacionales o también a los extranjeros. En otros términos, si para percibir las indemnizaciones la víctima ha de ser nacional y, en el caso de fallecimiento, los beneficiarios también españoles.

El *Real Decreto 673/1992, de 19 de junio* no establecía previsión alguna al respecto, lo que llevó al Consejo de Estado a estimar que la nacionalidad tanto de la víctima como del beneficiario importaba poco a los efectos de originar la procedencia y la aptitud para percibir el resarcimiento (54).

---

(53) *Sentencia de 21 de octubre de 1994 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza.*

(54) *Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 1991, expdte. núm. 986/91.*

Una solución a la cuestión puede extraerse de la regulación contenida en el artículo 2.1 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Con arreglo a este precepto, pueden disfrutar de las ayudas, si se trata de los propios lesionados o de otros beneficiarios, los españoles, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los de terceros Estados que reconozcan ayudas análogas a los españoles en su territorio.

#### IV) ¿ES EJERCITABLE POR OTROS EL DERECHO DE RESARCIMIENTO?

Cabe plantearse si, no reclamando el resarcimiento el interesado, pueden, de acuerdo con el artículo 1.111 del Código Civil, ejercer el derecho sus acreedores.

La acción subrogatoria, como es sabido, faculta al acreedor para, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, ejercer sus derechos y acciones, exceptuando «*los que sean inherentes a su persona*» (Código Civil, artículo 1111). Para que el acreedor pueda ejercerlos es preciso que el crédito sea exigible; que el derecho o la acción se hallen descuidados o sean susceptibles de una utilización más provechosa y que la falta de ejercicio le perjudique.

Se pueden ejercer todos los derechos y acciones del deudor, con excepción de «los que sean inherentes a su persona», expresión imprecisa que ha sido objeto de controversia. La jurisprudencia los ha identificado con los derechos personalísimos (*Sentencia de 26 de abril de 1962*), al igual que algún autor (55). Otros (56) sostienen que en la expresión deben entenderse comprendidos «los poderes no patrimoniales y los patrimoniales que requieren una apreciación personal».

En relación al derecho de resarcimiento que se analiza, se ha mantenido el criterio negativo, aún reconociendo el carácter dudoso de la cuestión (57).

La respuesta a la cuestión suscitada no puede ser general. En principio, y para los daños personales, el criterio negativo se juzga correcto. El

---

(55) Es el caso de LACRUZ, «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», en *Anuario de Derecho civil*, 1958, pág. 201 y ss.

(56) ALBALADEJO, en *Anotaciones a la traducción española del Derecho de Sucesiones de Cícu*, Barcelona, 1964, pág. 348 y 349.

(57) Vid. DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 436, «Aunque la cuestión pueda ser dudosa, me inclino por la opinión negativa», sin más razonamientos.

derecho a ser resarcido por los atentados terroristas tiene un carácter personal, derivado de su peculiar naturaleza de indemnización especial y del bien resarcido —la vida, la integridad corporal, la salud—, que lo hace pugnaz con la idea de ejercicio por otro, en atención a un puro derecho patrimonial. Los tres bienes mencionados, en cuanto derechos de la personalidad, son indisponibles, irrenunciables y extrapatrimoniales. Este carácter los hace difícilmente compatibles con la acción subrogatoria, instrumento, ante todo, de defensa patrimonial de los derechos de los acreedores.

Ahora bien, el derecho de resarcimiento de las víctimas del terrorismo, en el supuesto de daños materiales e, incluso, en algunos casos de daños personales, como el de los gastos de asistencia sanitaria, adquiere una mayor carga patrimonial que hace que no sea repugnante la idea de su ejercicio por parte de los acreedores.

## V) DERECHO DE RESARCIMIENTO Y HERENCIA

Debe también suscitarse la cuestión de si el derecho de resarcimiento forma parte de la herencia, en el caso del fallecimiento de la víctima o de los beneficiarios primeramente llamados a su ejercicio.

Como es sabido, conforme al artículo 659 del Código Civil, «*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*»; esto es, el patrimonio que deja el difunto, integrando tanto los bienes y derechos como las deudas.

La doctrina (58) ha puesto de manifiesto que hay una serie de derechos y titularidades del causante que, de ordinario y a su muerte, van a manos de otras personas, incluso los sucesores de aquél, pero no porque le sucedan en ellos sino porque resultan, aparte de la herencia, atribuidos por la ley a quienes los reciben (caso de los títulos nobiliarios, los derechos arrendaticios, determinados derechos reales administrativos tales como cierta clase de concesiones). También se ha señalado (59), que hay otros derechos que, con ocasión de la muerte de alguien, nacen en cabeza de otro, por la razón que sea; se trata de derechos que, por consiguiente, tampoco quien los adquiere los hereda del difunto. Se trata de adquisiciones originarias de derechos y facultades. Es el caso de las pensiones de

---

(58) Vid., por todos, ALBALADEJO, *Derecho civil, vol. V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979, pág. 30 y ss.

(59) Vid., por todos, DE CASTRO, «La indemnización por causa de muerte» en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1956, págs. 449 y ss.

viudedad u orfandad que legalmente corresponden; del capital que por contrato a favor de tercero pertenece al beneficiario de un seguro de vida y las indemnizaciones que por daño moral o material son debidas a la persona que lo sufre a causa de la muerte de otra.

El derecho de resarcimiento por razón del terrorismo y las indemnizaciones a que da derecho no forman parte de la herencia en el caso de que se haya producido el óbito de la víctima. En este caso, debe equipararse a la indemnización por razón de muerte y, por consiguiente, considerarse que se trata de un haber que nace a resultas de la muerte en el patrimonio de quienes están legalmente determinados, con independencia de su condición de herederos.

Por el contrario, el resarcimiento que corresponde a quienes han sufrido lesiones personales o daños materiales y, con posterioridad e independencia del atentado, fallecen, pertenece a la herencia, pues es un derecho que no nace directamente en las personas llamadas a su obtención por el óbito del causante, sino que se origina en el patrimonio de éste y que se transmite con arreglo a las normas sucesorias generales.

## VI) ORDEN DE LLAMAMIENTOS

En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, el orden de llamamiento para la percepción de los resarcimientos es el siguiente, según la legislación reguladora:

a) En primer lugar, el cónyuge no separado legalmente y, siempre que dependieran económicamente de la persona fallecida, los hijos de ésta, cualquiera que sea su filiación y edad.

b) En segundo lugar, y a falta de cónyuge e hijos dependientes económicamente, los padres de la persona fallecida cuando dependieran económicamente de ésta.

c) En tercer lugar, en defecto de las anteriores, siempre que dependieran económicamente del fallecido y por orden sucesivo y excluyente, los nietos de la víctima cualquiera que sea su filiación, los hermanos y los abuelos de aquélla.

ch) Por último, y caso de no existir ninguna de las personas reseñadas en los apartados anteriores, los hijos, cualquiera que sea su filiación y edad, y los padres, que no dependieran económicamente del fallecido.

Cuando concurren dentro de un mismo llamamiento varios beneficiarios, la distribución de la cantidad a que asciende el resarcimiento se hace de la siguiente forma:

a) En el caso de que concurren el cónyuge y los hijos, dicha cantidad se reparte por mitades. Si hubiere más de un hijo, ésta última mitad se distribuye entre ellos por partes iguales (60).

b) En el caso de que los beneficiarios sean los padres, los nietos, hermanos, los abuelos y los hijos no dependientes económicamente del fallecido, por partes iguales entre los beneficiarios concurrentes.

---

(60) En el caso de ayudas a las víctimas indirectas de delitos violentos o contra la libertad sexual, el orden de prelación es el de cónyuge o persona con quien el fallecido vivía *more uxorio*, sus hijos dependientes económicamente, los hijos del cónyuge o de la persona con quien vivía *more uxorio* dependientes económicamente y los padres (Ley 35/1995, de 11 de diciembre, artículo 2.4).

En el caso de concurrir varios beneficiarios a título de víctimas indirectas, la distribución de la cantidad a que ascienda la ayuda se efectúa de la siguiente forma: a) la cantidad se divide en dos mitades; una corresponde al cónyuge o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido y otra a los hijos, distribuyéndose por partes iguales entre todos ellos; y b) en el caso de ser los beneficiarios los padres del fallecido, la cantidad de la ayuda se distribuye por mitad entre ellos.

## LA CARRERA MILITAR TRAS LA LEY 17/1989 (1)

Pedro Escribano Testaut  
*Doctor en Derecho*  
*Capitán Auditor*  
*Letrado del Trib. Supremo*

### 1. NECESIDAD DE UN ESTUDIO MULTIDISCIPLINAR: EL ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA INSTITUCIÓN MILITAR, Y SU INFLUENCIA SOBRE LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS

Hasta fechas relativamente recientes, el llamado «Derecho Militar» ha sido ignorado por la doctrina administrativista, que apenas se ha ocupado —salvo excepciones puntuales— de su análisis y estudio (2). Posición difícilmente comprensible, ante todo porque, como señala Gaspar Ari-

---

(1) El presente trabajo constituye —con algunos retoques y adaptaciones— un Capítulo de la III Parte de la tesis Doctoral que bajo el Título «*Fundamentos del sistema constitucional de empleo público. Un estudio de los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución*», y dirigida por el Prof. Dr. ARIÑO ORTIZ, fue defendida el día 1 de abril de 1998 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ante un Tribunal integrado por los Profesores Doctores GONZÁLEZ NAVARRO, MENÉNDEZ REXACH, FERNÁNDEZ FARRERES, CALONGE VELÁZQUEZ y BALADO RUIZ-GALLEGOS, obteniendo la calificación de «Apto cum laude» por unanimidad.

(2) Con ocasión de la celebración de las Jornadas de estudio sobre Libertades Públicas y Fuerzas Armadas, que tuvieron lugar en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense durante el mes de febrero de 1984 (posteriormente editadas por el Ministerio de Educación y Ciencia), el entonces Director Gral. de Enseñanza Universitaria señalaba en el acto de inauguración de las jornadas que «la Universidad debe abrirse al estudio de todos los temas que interesan a la Universidad española y por ello debe abordar también el estudio de los problemas de la Defensa en su conjunto y los de las Fuerzas Armadas en particular, como lo hace ya en muchos otros países. Temas que lamentablemente, y esto es sobre todo una autocrítica, hemos olvidado los Universitarios durante mucho tiempo». En similares términos, señala M. Bassols que «la problemática jurídica de la Administración militar ha sido en gran medida desconocida y descuidada, salvo honrosas excepciones, por nuestra doctrina del Derecho Público, y en particular del Derecho Administrativo» (Prólogo a la Monografía de J.M.<sup>a</sup> QUIROGA DE ABARCA: «La Administración militar y su responsabilidad patrimonial»; Ed. Montecorvo, 1984, pág. 13).

ño, «hablar de las Fuerzas Armadas, de la Defensa Nacional o de la Administración Militar, es siempre atractivo y especialmente para un jurista, por cuanto la Defensa constituye la garantía última y permanente de la Soberanía nacional... este ha sido, es y será uno de los fines esenciales del Estado. Sin ella no hay Estado: es una tarea inesquivable, indeclinable» (3); pero también porque no puede comprenderse la caracterización actual de la Administración española si no se tiene en cuenta la influencia que, en su proceso de configuración histórica, ejerció sobre ella la Organización militar y sus formas de estructuración (4).

Hay, sin embargo, y frente a esta apatía doctrinal, sólidas razones que justifican que nos detengamos a reflexionar específicamente, y con algún detenimiento, sobre el estado actual de la Legislación reguladora del estatuto militar profesional. Razones, en primer lugar, y como se acaba de advertir, históricas. La función pública civil del siglo XIX se construyó sobre la base de un acusado paralelismo con la militar. Aun hoy en día, puede afirmarse que el Estatuto jurídico del personal militar ha afrontado problemas, y ha articulado técnicas de gestión, con unos criterios que, indudablemente, pueden iluminar la resolución de los problemas con los que se enfrenta la Administración civil. Piénsese en cuestiones tales como, v.gr., las técnicas de evaluación del trabajo y el rendimiento de los funcionarios, que ahora pretenden introducirse en la función pública civil, pero que se aplican en la militar desde hace muchos años.

Junto a esta razón de índole histórica, hay otra plenamente coyuntural, como es el espectacular aumento de la litigiosidad en los Tribunales

---

(3) Prólogo a la Monografía de M. BALADO RUIZ-GALLEGOS: «Industria y Defensa Nacional. Un estudio jurídico-administrativo», Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, 1990.

(4) Como pone de manifiesto GUAITA, «en cierta manera la Administración Pública y desde luego no pocas de sus Instituciones, o tienen un origen militar o, nacidas en el ámbito de la milicia, que suele tener más claros sus objetivos y ser más sensible a sus necesidades, fueron luego trasplantadas a la esfera civil, más o menos *in natura* o con las adaptaciones que su nuevo habitat exigía» (Comentario al art. 26, en VV.AA.: «Comentarios a las leyes políticas», Constitución española de 1978, EDESA, 1981, tomo III, pág. 107). En la misma línea, afirma Carrasco Canals («Influencia de la Administración canónica y militar en el Derecho Administrativo»; en VV.AA.: «Libro homenaje al Prof. GARCÍA TREVIJANO, CUNEF-IEAL, 1982) que «la clásica centralización, la jerarquía, el mando, la decisión de los Organos consultivos, la burocracia napoleónica, se hace a imagen y semejanza de la estructura de un Ejército organizado (pág. 490) ... la burocracia, con notas diferenciadoras en la organización burocrática del Ejército de la civil, evidencia que las Fuerzas e Institutos castrenses, tienen una tradición anterior y una estructuración que se exporta, sobre todo en conceptos fundamentales como la noción de Cuerpo» (pág. 491)

del Orden contencioso-administrativo sobre cuestiones relativas al régimen jurídico de los militares profesionales, derivado de la reforma legislativa operada en los últimos años. Litigiosidad que ha sido abordada sin la ayuda de un «corpus» doctrinal que pudiera coadyuvar a la resolución de los conflictos, y que debe constituir un estímulo para la doctrina científica.

Ahora bien, de antemano debe advertirse que en este tema, más que en ningún otro, se aprecia la insuficiencia de la utilización, como instrumento único de análisis, de la técnica jurídica, o mejor, de un legalismo formalista. La recta comprensión de lo que se ha dado en llamar el Ordenamiento jurídico militar exige un acercamiento a la problemática militar no sólo desde ese punto de vista, sino también desde otros ámbitos de conocimiento, singularmente los de la sociología, la filosofía política y la historia de las ideas. Puede afirmarse, en efecto, que la polémica suscitada en los últimos tiempos en la doctrina española sobre el carácter «administrativo» o «institucional» de las Fuerzas Armadas —a la que en seguida se hará referencia— descansa, en última instancia, en una distinta visión sobre la naturaleza y modo de ser de los Ejércitos, que se proyecta sobre la elaboración e interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable a los mismos. Por ello, parece obligado comenzar nuestro estudio con un breve repaso sobre la dialéctica «institución-ocupación» tal y como ha sido expuesta en la llamada «sociología militar», pues, como se verá, la misma dará pautas de gran utilidad para la comprensión de los problemas estrictamente jurídicos propios del Derecho Militar.

En este sentido, y como punto de partida, hay que comenzar recordando que las Fuerzas Armadas han constituído tradicionalmente (y también, de algún modo, en la actualidad), un grupo social muy definido, presidido por un sistema de valores propio y característico, diferenciado de cualesquiera otros colectivos. Fernández Segado, en un importante estudio sobre el perfil diferencial de la escala de valores de la Institución Militar, concluye precisamente que en un momento en que nuestra sociedad se encuentra en un proceso acelerado de mutación, plasmado en una evidente crisis de valores, «la milicia posee un sistema propio de relaciones morales peculiar de un grupo social que informa su conducta y que viene a constituir, dentro de la idea orteguiana, una ética propia, la ética militar, que se muestra esencialmente resistente al cambio, entre otras consideraciones de interés, porque no sería posible concebir un Ejército que careciera de una elevada ética; si tal circunstancia se diera,



estaríamos ante una horda o facción armada más que ante un auténtico ejército» (5).

No quiere decirse con ello que las Fuerzas Armadas permanezcan ajenas a esta evolución, como un ente autárquico, anquilosado e insensible ante lo que le rodea. Al contrario, desde hace años se viene señalando que —fundamentalmente, aunque no exclusivamente, como consecuencia del progreso tecnológico— el cambio ha llegado también a los Ejércitos, siquiera sea de modo más atemperado que en otros grupos sociales homogéneos. El modelo más conocido de interpretación de este proceso es, sin duda, el formulado por Charles C. Moskos, sobre la base de la distinción entre modelos «institucionales» y «ocupacionales» en la Institución militar, en el que nos vamos a centrar, sucintamente, a continuación.

La teoría «institución/ocupación» fue formulada por este autor como un intento de explicar la evolución del Ejército desde un modelo divergente con respecto a la sociedad civil hacia un sistema convergente con las estructuras civiles. Simplificando mucho las cosas, puede decirse que una Institución se legitima en términos de valores, mientras que una Ocupación se legitima en términos de mercado. Las consecuencias de una u otra forma de estructuración son numerosas e importantes, y con relevantes implicaciones sobre la configuración jurídica de la Organización (6):

— Por lo que respecta a la «legitimidad», una Institución se legitima por valores expresados en términos de fuerte contenido emotivo como «deber», «honor» o Patria»; estando los valores individuales subordinados a un bien común más elevado. Los miembros de la Institución se consideran con una fuerte carga vocacional. En cambio, una ocupación se legitima en términos de oferta o demanda, o dicho sea de otro modo, en el binomio

---

(5) Pues como señala este mismo autor, «tanto los fines que persigue la Institución como los medios que utiliza podrían desvirtuarse si no existiera un rígido código de honor; este prepara e incorpora hábitos y tradiciones que hacen posible un uso legítimo y responsable del Poder» («El perfil diferencial de la escala de valores en la Institución militar»; Revista de estudios políticos —REP—, nº 51, mayo-junio 1986, pág. 122). FERNÁNDEZ SEGADO ha insistido recientemente en estos planteamientos, afirmando que las Fuerzas Armadas son un conjunto social perfectamente delimitado frente al exterior, cuyos miembros participan de un sentimiento corporativo —que se traduce en una peculiar conciencia de grupo—, y tienen un específico código de valores («La posición constitucional de las Fuerzas Armadas»; Revista española de Derecho militar —REDM— 67, enero-junio 1996, págs. 40-41).

(6) Es de obligada cita la obra colectiva dirigida por el propio CHARLES C. MOSKOS y FRANK R. WOOD, que ha sido editada por el Ministerio de Defensa en 1991 con el título «Lo militar: ¿Más que una profesión?», donde se recogen estudios sobre la evolución de la profesión militar en los estados de nuestro entorno. La exposición que se va a realizar a continuación, que resume los planteamientos de MOSKOS, sigue la sistematización de C. GIL MUÑOZ, en el prólogo a la citada obra.

eficacia-trabajo. El modelo ocupacional implica la prioridad del interés propio sobre el de la organización, y los valores que imperan son los profesionales. El prestigio va unido a la adquisición de un estatus económico.

— Los miembros de una Institución adquieren un fuerte compromiso con ella, plasmado en una expectativa de permanencia en la misma a lo largo de toda la vida profesional, en la que tienen un valor relativo los términos económico-laborales. Diferentemente, en la organización ocupacional la permanencia es temporal, mientras dura el compromiso, y las condiciones económicas y laborales —que se determinan en función de la medición del rendimiento en la tarea— son primordiales.

— En una Institución se prima el rango y la antigüedad. Se busca fortalecer la identificación institucional. En cambio, el modelo ocupacional no vincula las pautas de carrera a la permanencia, dado el escaso nivel de identificación con la organización, o a causa de la disponibilidad para responder a las ofertas de otras organizaciones. Se valora sobre todo la capacidad específica para el puesto.

— Las organizaciones de tipo institucional otorgan una importancia secundaria al componente monetario de las retribuciones, adquiriendo una significativa importancia los beneficios no monetarios, como la retribución en bienes y servicios. Se busca crear un clima de convivencia y dependencia de los individuos respecto de la Institución. No es el caso de la Organización ocupacional, en la que la retribución monetaria es de la máxima importancia, y en el que no se cobra por lo que se es, sino por lo que se hace.

— En una Institución puede haber determinados puestos de trabajo que gocen de complementos por su especial dedicación o riesgo, pero tales complementos no son importantes. Diferentemente, el modelo ocupacional determina sus retribuciones conforme a los principios de mercado, con niveles diferenciales según la cualificación exigida por el puesto.

— Un miembro de una Institución tiene una estimación basada en la noción de servicio. Tiende a evaluar a las personas de manera global, y confía en las evaluaciones subjetivas y cualitativas. Valora fuertemente estímulos simbólicos tales como las condecoraciones. En una Ocupación se valora el nivel de conocimientos y responsabilidad, medidos de acuerdo con estándares de realizaciones específicas determinados de acuerdo con sistemas de evaluaciones numéricas o cuantitativas, no teniendo especial atractivo las compensaciones no monetarias.

— Finalmente, los miembros de una Institución tienen una disponibilidad total para el servicio, al que subordinan sus propios intereses. En cam-

bio, en un modelo ocupacional prevalece el interés propio, y por ello se articulan mecanismos de concertación del salario y condiciones de trabajo.

Obviamente, y como pone de manifiesto Moskos, «caracterizar las Fuerzas Armadas como una Institución o una ocupación es cometer una injusticia con la realidad» (7). Ambos perfiles conviven y se interrelacionan dentro de los Ejércitos, donde coexisten aspectos institucionales y ocupacionales, y agrupaciones orientadas en mayor medida hacia una u otra forma de caracterización (8). En palabras de Bañón y Olmeda, «los tipos extremos de organización militar *civilinizada* e institucionalizada no existen en la realidad. El tipo de fuerzas armadas de las sociedades industrializadas, y de las sociedades del capitalismo tardío con un grado apreciable de desarrollo, es matricial» (9).

Pero, desde luego, es evidente que todos los Ejércitos dignos de ser calificados como tales con arreglo a nuestra cultura jurídica y política, aun cuando presenten signos crecientes de una progresiva inclinación hacia factores ocupacionales, se estructuran preferentemente con arreglo a pautas institucionales (10); y las experiencias más recientes demuestran que los esfuerzos por configurar las Fuerzas Armadas como una ocupación profesional más en el mercado han fracasado (11). La disponibilidad y el grado de sacrificio que exige el servicio en las Fuerzas Armadas, y la uni-

---

(7) «Tendencias institucionales y ocupacionales en las Fuerzas Armadas» en «Lo militar: ¿Más que una profesión?» cit., pág. 43.

(8) Vid. ALONSO BAQUER, M.: «El militar en la sociedad democrática»; EUDEMA, 1988, págs. 109 y ss. En este sentido MOSKOS considera que la futura evolución de las Fuerzas Armadas tenderá a la instauración de un modelo «segmentado o plural», que recogerá tendencias institucionales y ocupacionales (vid. «La nueva organización militar: ¿Institucional, ocupacional o plural?», en BAÑÓN, R. y OLMEDA, J.A.: «La Institución militar en el Estado contemporáneo», Alianza Editorial, 1985, págs. 150-152)

(9) BAÑÓN, R. y OLMEDA, J.A. (coord.): «La institución militar en el Estado contemporáneo» cit., pág. 60.

(10) Así lo reconocen Bañón y Olmeda, quienes tras señalar la tendencia hacia los que denominan «civilización» de los Ejércitos, constatan no obstante que «no importa cuál sea la intensidad de la civilización, las Fuerzas Armadas son institucionales» (op. cit., pág. 61).

(11) Así, en los Estados Unidos, tras la experiencia de la guerra de Viet Nam, y la supresión del servicio militar obligatorio, se desarrolló una fuerte corriente de carácter ocupacional. Sin embargo, en los últimos años se aprecia una vuelta atrás. En 1981, la Marina puso en marcha la llamada «Operación orgullo» (operation pride), cuyo objetivo, según Moskos, fue «reavivar las tradiciones navales, incluyendo el uso del uniforme en más ocasiones, la restauración de los privilegios de cada grado y la mayor atención al ceremonial y cortesía militares» («Lo militar... cit., pág. 52). En el mismo sentido, las Fuerzas Aéreas introdujeron la «Operación guerrero» (Operation warrior), con la intención de fomentar «el orgullo por el servicio, la conciencia de la tradición de las Fuerzas Aéreas, la importancia del liderazgo respecto a la gestión y el desarrollo de una conciencia bélica». El mismo Ministerio de Defensa desarrolló en 1982 una directiva «diseñada para for-

dad, jerarquización y disciplina inherentes a la organización militar, hacen que —por mucho que se intente lo contrario— la profesión militar nunca pueda llegar a equipararse con cualquier otra profesión civil (12).

Pues bien, la importancia que reviste resaltar estas dos formas de caracterización de las Fuerzas Armadas, se debe a que quienes sostienen o se inclinan por una u otra, defienden, a su vez, una forma paralela de configuración jurídica de los Ejércitos. Un planteamiento de política legislativa institucional da pie o sustento a la elaboración de una legislación muy diferenciada de la que se puede articular sobre la base de un planteamiento ocupacional. No es, en efecto, la misma la ordenación de la

---

talecer el concepto de que el servicio militar es una vocación diferente a la de cualquier ocupación civil». Frente a estas Fuerzas Armadas, fuertemente motivadas, y con clara conciencia de la utilidad de su misión, los Ejércitos de Europa occidental se han inclinado por sistemas de carácter ocupacional, buscando su sitio en la sociedad como un trabajo más intercambiable con cualquier otro, no obstante lo cual los perfiles institucionales nunca han desaparecido. Especialmente interesante es el estudio del caso alemán. Tras la traumática experiencia de la II Guerra mundial, cuando en 1955 Alemania ingresó en la OTAN y se creó la «Bundeswehr», se trató de configurar el Ejército como una empresa pública cuyo producto fuera la seguridad. Se hablaba de los militares como «ciudadanos de uniforme», se reconocieron a los soldados la mayoría de los derechos civiles, se suprimió la justicia militar, y en fin, se trató de que no hubiera diferencias significativas entre el ciudadano y el soldado. Pronto, sin embargo, se acusaría a esta nueva organización militar de ineficaz hasta el punto de haber producido «un ejército de pacotilla» (FLECKENSTEIN, B.: «Alemania Federal», en «Lo militar... cit., pág. 233), y lo cierto es que en un contexto de crisis de legitimidad permanente de las Fuerzas Armadas alemanas, que no aciertan a definir su caracterización, se aprecia una tendencia hacia la institucionalización en los cuadros permanentes —singularmente entre los Oficiales—, mientras que los reclutas manifiestan inclinaciones fuertemente ocupacionales (FLECKENSTEIN, págs. 243-244). En suma, se trata de un Ejército en el que se aprecia una clara división, que compromete seriamente su capacidad eventual de actuación. Puede citarse también el caso del Ejército holandés, paradigma de modelo ocupacional, en el que los soldados, a decir de JAN S. VAN DER MEULEN, «son empleados que vigilan sus derechos. Su mentalidad de empleado siempre es objeto de muchos chistes y cualquier cómico puede obtener un éxito fácilmente, al referirse a las actitudes de los soldados: «Pedimos por favor a los rusos que no ataquen después de las cinco de la tarde, ni durante los fines de semana» («Lo militar...» cit., pág. 301.), pero incluso en este modelo de Ejército subyacen características puramente institucionales en lo más hondo (pág. 319).

(12) En palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, «es obvio que un ejército sin disciplina, sin valor, sin sentido del honor, sin sentido de la autoridad y sin hacer del patriotismo el eje de su última ratio, no sería verdaderamente ejército» («El perfil diferencial...» cit., pág. 126). Similares son las consideraciones de A. LIBERAL LUCINI: «las virtudes militares son las mismas que en la vida civil, pero es muy diferente su grado de exigencia: por ejemplo, el valor, en el sentido de aceptación del riesgo para su integridad física, es indispensable, mientras que en la mayoría de las profesiones civiles tiene escasa importancia; el honor, la disciplina y la lealtad se subliman en los Ejércitos con matices que las diferencian notablemente de sus equivalentes civiles; la subordinación, entendida como respeto a la jerarquía, es difícil de captar por los que no visten uniforme militar...» («Las Reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas», Revista española de Defensa, diciembre de 1992, pág. 33)

carrera, la regulación del horario de trabajo, las normas sobre asignación de destinos, el sistema de retribuciones, la caracterización de la *Jurisdicción militar*, el *régimen disciplinario*, etc., en un Ejército de corte institucional que en un Ejército ocupacional. Por esta razón, es claro que tratar de introducir en unas Fuerzas Armadas moldeadas históricamente con arreglo a parámetros institucionales, una legislación de impronta ocupacional, sin un largo y cuidadoso proceso de adaptación, sólo puede conducir al desconcierto, el descontento o incluso el caos organizativo. Es, en este sentido, evidente para cualquier observador desapasionado de la estructura militar que una norma que pretendiera regular la milicia como se regula cualquier otro sector profesional civil, sólo podría conducir a dos resultados: o al fracaso, o a la desnaturalización del Ejército.

## 2. LAS FUERZAS ARMADAS, ¿INSTITUCIÓN O ADMINISTRACIÓN? DOS MODELOS DE CARACTERIZACIÓN DIFERENTES PERO COMPATIBLES. LOS MILITARES COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A los efectos que para este trabajo interesan, la importancia de este paradigma dialéctico «modelo institucional/modelo ocupacional» reside en que en los últimos tiempos (y en línea de continuidad con una definida tradición doctrinal) ha habido un grupo de autores, identificados con el modelo institucional de caracterización de los Ejércitos, que ha rechazado la caracterización jurídica de los Ejércitos como «Administración Pública» y, consiguientemente, ha discutido la atribución del carácter de funcionarios públicos a los militares, rechazando por consiguiente la extensión de los principios constitucionales sobre la Administración y el Derecho de la función pública a la función militar. Los tratadistas que se inscriben en esta línea tratan de configurar a las Fuerzas Armadas no como Administración sino como «Institución», y sostienen que el estatuto profesional militar tiene una sustantividad propia que lo hace cualitativamente diferente del de los funcionarios civiles (13).

---

(13) Vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», Centro de Estudios Constitucionales, 1987, así como, del mismo autor, «Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en «Estudios sobre la Constitución española, homenaje al Prof. García de Enterría», Civitas, 1991, tomo III, págs. 2547 y ss. Ambos trabajos contienen una acertada síntesis de la bibliografía existente hasta la fecha de su publicación. Ultimamente, y recapitulando las diversas opiniones doctrinales, MOZO SEOANE, A.: «Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)»; REDM 65, enero-junio 1995, págs. 609 y ss.

Ahora bien, las teorías «institucionalistas» sobre la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas son plenamente compartibles en cuanto resaltan el carácter (sociológico) institucional de los Ejércitos, del que un Legislador prudente y responsable no puede prescindir. El problema —da la impresión— reside en que estos autores han realizado en su proceso de razonamiento una trasposición desde el plano sociológico al jurídico, y en su afán por diferenciar el «estilo de vida militar» respecto de otras profesiones públicas o privadas, han tratado de proyectar aquella dialéctica «Institución-ocupación» sobre el plano de la fundamentación jurídica, buscando una distinción dogmática que carece de bases sólidas.

En efecto, los planteamientos institucionales se detienen en la negación del carácter administrativo de los Ejércitos, pero se encuentran con serias dificultades a la hora de dar un contenido jurídico positivo a esa enfática configuración «institucional» por contraposición a la «administrativa» (14); configuración institucional que en más de una ocasión, y por encima de afirmaciones retóricas, queda vacía de significado. Como señala López Ramón, «sostener, pues, en la actualidad, que las Fuerzas Armadas son una Institución no constituye una operación interesante bajo una perspectiva jurídica. No hay consecuencias, el concepto no sirve para identificar un determinado régimen jurídico, por más que sea útil para comprender una realidad» (15). En la misma línea se pronuncia Mozo Seoane cuando afirma que «ningún inconveniente hay en calificar a las FAS de institución; pero este mismo calificativo puede aplicarse a realidades jurídicas tan heterogéneas como el Estado, la familia, la patria potestad, el Banco de España, la expropiación forzosa, el dominio público, etc.: su propia polivalencia lo convierte, pues, en inútil, en un concepto meramente sociológico» (16).

---

(14) Vid., a título de ejemplo, las reflexiones de FERNÁNDEZ SEGADO en «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas» cit., págs. 39 y ss. Para este autor, «no cabe la menor duda de que las Fuerzas Armadas tienen una naturaleza institucional y esta perspectiva fue tenida en cuenta por los constituyentes a la hora de su constitucionalización en el Título preliminar. Es claro que las Fuerzas Armadas son Administración Militar, pero son algo más, como se advirtió en el debate constituyente». Pero nada dice sobre las consecuencias jurídicas de esta caracterización; más aún, rechaza expresamente la protección de la Institución militar a través de la técnica de la garantía institucional (pág. 43). ¿Para qué sirve entonces la afirmación de ese enfatizado carácter institucional?

(15) «Principios...» cit., pág. 2571.

(16) Recensión del artículo de J.R. PARADA: «Toque de silencio por la justicia militar», Revista española de Derecho Militar, n° 59-60, 1992, pág. 647. El mismo autor ha escrito recientemente que con el concepto «institución» se denominan «realidades organizativas de ámbito muy distinto, que se comprenden y superponen unas a otras, que pueden tener o no personalidad jurídica propia y, en fin, que pueden coincidir y confundirse, a su

En similares términos se plantea la cuestión respecto de los autores que niegan que los militares sean funcionarios (17), o, de modo más matizado, sostienen que los militares son, sí, funcionarios, pero «algo más que funcionarios» (18). Una vez más, ese «algo distinto» o «algo más» carece de contenido jurídico positivo. En el fondo, se aprecia nuevamente que quienes defienden planteamientos de este tipo no lo hacen desde el rigor técnico-jurídico, sino desde una perspectiva que pudiéramos denominar «axiológica», inspirada ante todo por el afán de no identificar el concepto de «militar» con el de «funcionario» o, peor aún, con el de «burócrata», dado el significado emotivo desfavorable que estas dos últimas expresiones tienen en el sentir social (19).

Sin embargo, lo cierto es que la defensa de los valores y principios «institucionales» de las Fuerzas Armadas no tiene por qué derivar en la negación de la inclusión de las Fuerzas Armadas en la Administración Pública (y el consiguiente rechazo de la aplicación del Ordenamiento jurídico-administrativo en este ámbito) (20). Al contrario, no existe contra-

---

vez, con el sentido más funcional de sectores del Ordenamiento Jurídico. Realmente, el Estado mismo constituye la Institución por antonomasia» («Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico» cit., pág. 621).

(17) El Capitán General GUTIÉRREZ MELLADO, declaraba en una entrevista concedida a la «Revista española de Defensa» (julio-agosto 1992, pág. 51) que «consideraría un error tratar a los militares como si fueran funcionarios. Nosotros tenemos que vivir y trabajar arropados por una determinada simbología. Dentro de las Unidades tiene que haber ilusión, algo de fantasía. Ser militar es diferente a ser funcionario de cualquier ministerio, dicho esto con el mayor respeto para estos últimos». Obviamente, quien pronunciaba estas frases no era un Jurista, por lo que sus palabras no pueden ser valoradas desde parámetros jurídico-formales. Pero es que, precisamente, la mayor parte de las veces en que se defiende la caracterización institucional para excluir la administrativa, se hace desde una perspectiva no jurídica, sino más bien emotiva o axiológica.

(18) Como es el caso de QUIROGA DE ABARCA, quien escribe que el militar «es un funcionario del Estado pero también algo más» («La Administración militar y su responsabilidad patrimonial» cit., pág. 62), pero nada dice a continuación sobre en qué consiste ese algo más. Tal vez porque ese algo más es inaprehensible desde parámetros jurídicos.

(19) Como señala NIETO, «resulta muy significativo que los primeros escritos sobre la burocracia sean puros juicios de valor, que se expresan en apóstrofes indignados sobre lo que se califica apriorísticamente de un mal: actitud que aun se mantiene en el nivel de la opinión del hombre de la calle. En el lenguaje ordinario y en el político, la burocracia es sencillamente un mal, una enfermedad, una degeneración («La burocracia» cit., págs. 30-31). La literatura de costumbres siempre ha caricaturizado a los funcionarios como personas indolentes, perezosas y arrogantes. ¿Puede extrañar, así las cosas, que los militares se nieguen a ser denominados funcionarios?

(20) Que no existe contradicción entre un planteamiento «institucional» y un planteamiento «administrativista» es algo en lo que viene insistiendo reiteradamente GARRIDO FALLA, quien escribe: «He subrayado en otra ocasión el carácter institucional de la Administración Pública. Como institución que genera unas pautas de comportamiento y unas normas de valoración autónomas e independientes con respecto al Derecho del

dicción alguna entre la caracterización (sociológica e incluso axiológica) institucional de los Ejércitos, y su incardinación en la Administración Pública con el correlativo sometimiento a los principios del Derecho Administrativo en todo lo relativo a la determinación del estatuto jurídico-profesional de los militares (21). Cuestión distinta es que la articulación de ese estatuto deba tomar como presupuesto y punto de partida el respeto a esas pautas o parámetros institucionales, pero la efectiva construcción del régimen jurídico del personal militar profesional no puede realizarse sino con arreglo a los principios del Derecho Administrativo.

Puede afirmarse, en este sentido, y sin temor a errar, que el Derecho de la Función Pública no es un obstáculo para la salvaguardia de esos valores institucionales. Al contrario, si en algo se ha insistido por la doctrina una y otra vez es en el trasfondo ético que debe impulsar al estatuto funcional. Las especialidades que exige la organización militar se han servido tradicionalmente y se sirven en la actualidad con normas jurídico-administrativas, cuyo sistema de principios nunca ha entrado en colisión con la caracterización institucional de los Ejércitos (23).

---

Estado. Pero va de suyo que, por definición, este Derecho de autonomía no puede contradecir el derecho estatal, sino sólo, en su caso, interpretar *praeter legem* sus lagunas» (Comentario al art. 26 CE, en VV.AA.: «Comentarios a la Constitución; Civitas, 2ª ed., 1985, pág. 536)

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, tras defender la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas, señala que «este reconocimiento institucional no invalida la caracterización de las Fuerzas Armadas conforme al artículo 97 de la Constitución como parte del Poder ejecutivo... y de la Administración Pública» («La ley 17/89 de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional», REDM 54, julio-diciembre 1989, pág. 172.

(22) En palabras de GARRIDO FALLA, «lo mismo que el Magistrado debe identificarse con la Justicia y únicamente es buen Magistrado el que se identifica con tal sentimiento de Justicia, así es buen funcionario el que se identifica con los fines del servicio público al que está adscrito... la Literatura sigue predicando la necesidad de una ética especial que presida el comportamiento de los funcionarios públicos («Comentario al art. 103.3» en «Comentarios a la Constitución española» cit., pág. 1439). En similares términos, señala Parada Vázquez que «este elemento psicológico de total entrega que impulsa a los funcionarios a cumplir los deberes propios de su condición funcional en grado, incluso, heroico, el llamado *espíritu de servicio*, encontrando en ello la propia satisfacción, es un elemento básico del corporativismo de carrera que los análisis, casi siempre jurídicos y formales del mismo, han dejado pasar desapercibido» («Empleo público y globalización de la economía»; DA 243, septiembre-diciembre 1995, pág. 34). Sobre la configuración del Derecho Administrativo, en su conjunto, como una garantía del comportamiento ético, vid. González Pérez, J.: «Ética en la Administración Pública»; Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, año XLVIII, nº 75, págs. 133-135.

(23) Vid., en este sentido, las consideraciones de MOZO SEOANE, op. cit., págs. 627-629.



Ciñéndonos pues a un análisis técnico-jurídico, no hay bases verdaderamente consistentes sobre las que fundar un «Derecho Militar» con sustantividad propia y autonomía científica (24), a través del cual pueda construirse esa caracterización jurídica institucional —por contraposición o contraste con la administrativa— cuya naturaleza y contenido no se acaba de vislumbrar. Al contrario, y aunque sea con las necesarias y lógicas adaptaciones, el *Derecho Público «general»* (constitucional y administrativo) es la base sobre la que se construye la legislación configuradora del estatuto militar (25). Como señala Mozo Seoane, la expresión «Derecho Militar» no puede tener más valor que el estrictamente didáctico (26).

Como consecuencia de lo expuesto, puede sostenerse que, por encima de consideraciones emotivas, en la actualidad (y una vez superadas las indefiniciones de la legislación de hace algunos años [27]) existe un significado técnico-jurídico de la palabra «funcionario», que resulta apli-

---

(24) Planteamiento defendido, entre otros, por E. GARCÍA MAYNEZ en su clásica «Introducción al estudio del Derecho», 34ª edición, Ed. Porrúa, México, 1982, págs. 142-143. En similares términos, afirma QUEROL Y DURÁN («Principios de Derecho Militar español», Ed. Naval, 1945, tomo I, pág. 19) que el Derecho Militar es «un Cuerpo dotado de manifiesto particularismo que nace de su misma naturaleza. Es independiente, y su independencia se basa en principios y fundamentos racionales que le asignan un fin y vida propios, insustituibles por otra rama o categoría alguna de Derecho». Esa independencia o sustantividad se basa, a juicio de Querol, en que «la convivencia en campamentos, cuarteles, aeródromos, buques y establecimientos militares presenta delicadas y especialísimas modalidades que hacen inadecuada la aplicación a ellas de las leyes que presiden las relaciones sociales corrientes entre conciudadanos» (pág. 20), por lo que «es innegable que no resultan suficientes las normas administrativas, penales y procesales ordinarias para amparar los altos intereses confiados a los Altos Institutos Armados, requiriéndose, por el contrario, leyes directa e intencionalmente elaboradas para ellos» (pág. 21).

(25) En palabras de RODRÍGUEZ RAMOS, «las Fuerzas Armadas estarán reguladas por un sector del Ordenamiento Jurídico único del Estado español, sector que puede configurarse como un subsistema inspirado en principios comunes pero caracterizado por especialidades e incluso excepciones derivadas de circunstancias relativas a la esencia e historia del orbe militar español. La normalidad general del Orden Jurídico militar, compatible con especialidades e incluso con alguna excepción, significa que las Fuerzas Armadas españolas no son un superestado en el que se inserta el Estado, según el modelo prusiano, ni tan siquiera constituyen un estado dentro del Estado ni, incluso, un poder fáctico al margen del Estado; y quien dice Estado, al estar constitucionalmente configurado como de Derecho, dice también Ordenamiento Jurídico» («Fundamentos del Orden jurídico militar». Ponencia presentada a las Jornadas de estudio sobre «Libertades Públicas y Fuerzas Armadas», celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad complutense en 1984, ed. Ministerio de Educación y ciencia, págs. 257-258).

(26) «Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento jurídico (una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)»; REDM 65, pág. 628.

(27) Dificultades e inconcreciones a las que hacía referencia GUAITA en el desarrollo de la Voz «funcionario, en la «Nueva enciclopedia jurídica Seix, tomo X, págs. 496 y ss.)

cable sin reservas al personal militar profesional, por lo que desde una perspectiva jurídica (que es la que ahora nos interesa) no existe inconveniente alguno para incluir a los militares profesionales en el colectivo funcionarial (28), y analizar su estatuto profesional conforme a los principios y categorías que la Constitución predica del régimen jurídico de los funcionarios.

Las consideraciones que se han expuesto resultan confirmadas por la propia evolución de nuestro Ordenamiento Jurídico nacional, así como por la doctrina del Tribunal Constitucional, que por un lado se ha referido de modo continuado a las peculiaridades institucionales de las Fuerzas Armadas, pero por otro lado ha señalado que tales peculiaridades no empecen a la caracterización jurídico-administrativa de los Ejércitos.

En efecto, la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas españolas resulta incuestionable de acuerdo con nuestra tradición histórico-legislativa (29). El hecho de que en los últimos años se haya producido un movimiento de reforma deliberadamente dirigido a acabar con algunas de las líneas fundamentales de ese perfil institucional (30) no desvirtúa la afirmación que se acaba de formular, pues a pesar de tales reformas los parámetros institucionales están sólidamente arraigados en el personal

---

(28) No es obstáculo a esta conclusión el hecho de que el estatuto militar tenga algunos principios y reglas específicos que lo diferencien del de los funcionarios civiles. Como señala BALADO, «el hecho de que hablemos abiertamente, sin temor a errar, de funcionarios militares no implica que no puedan reconocerse peculiaridades que reclamen un diferente tratamiento jurídico, si bien dentro de unos principios y normas que han de regir con generalidad el funcionamiento de las Administraciones Públicas y el Estatuto de sus funcionarios» («El acceso a la función militar», en las XIII jornadas de estudio de la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, vol. II, 1992, pág. 1642). En suma, y como señaló en fechas ya algo lejanas CARRIÓN MOYANO, «sin perjuicio de las peculiaridades que impone su aplicación a las instituciones armadas, cabe señalar que el estudio teórico del funcionario militar no difiere esencialmente del que se refiere al funcionario civil» («El militar como funcionario público»; REDM 18, julio-diciembre 1964, pág. 37).

(29) El estudio más relevante en este sentido, aun a pesar de los años transcurridos desde su publicación, tal vez sea el de RAFAEL BAÑÓN y JOSÉ ANTONIO OLMEDA «Las Fuerzas Armadas en España: institucionalización y proceso de cambio (1939-1975)» (en «La Institución militar en el Estado contemporáneo» cit., págs. 270 y ss.)

(30) Está por hacer todavía un estudio completo sobre el proceso de reforma del Ordenamiento Jurídico militar que se llevó a cabo durante la pasada década. Vestido bajo el manto de la técnica, en realidad ese proceso se guió por pautas profundamente ideológicas, en cuanto que su finalidad —apenas encubierta— era transformar por completo las Fuerzas Armadas del régimen político preconstitucional, no tanto en su orgánica, medios, distribución, etc., como en su mismo esquema de valores. El único apunte realizado desde una perspectiva de cambio sociológico sobre este periodo de reformas es el elaborado (en términos «oficialistas» y acrílicos) por CARLOS GIL MUÑOZ en el apéndice a la obra «Lo militar: ¿más que una profesión?» citada.

militar profesional. Más aún, se advierte en los últimos tiempos una tímida rectificación orientada a reinstaurar algunos de esos caracteres.

Desde una perspectiva jurídica, la mejor prueba del arraigo del perfil institucional en los Ejércitos españoles lo proporciona, sin ir más lejos, la Ley 85/78 de 28 de diciembre, por la que se aprobaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Dicha Ley puede calificarse como la última de las leyes preconstitucionales y la primera de las leyes postconstitucionales, puesto que se tramitó a la vez que el texto constitucional, pero se aprobó antes de la entrada en vigor de la Constitución, aunque fuera publicada después de que dicha entrada en vigor hubiera tenido lugar (31). Ahora bien, lo que interesa resaltar en todo caso, es que las Cortes que la elaboraron y aprobaron tenían clara conciencia de que se trataba de una Ley «conforme a la Constitución» (32); y desde luego el «universo de valores» que las Ordenanzas consagran en modo alguno pueden considerarse incompatible con el texto constitucional, sino al contrario, plenamente concorde con este (33).

---

(31) En efecto, la Constitución española fue aprobada por las Cortes generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referendun el día 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el Rey el día 27 de diciembre de 1978, siendo publicada el día 29 de diciembre del mismo año y entrando en vigor el mismo día de su publicación. Pues bien, las Reales Ordenanzas se aprobaron por Ley 85/78 de 28 de diciembre y se publicaron en el BOE de 12 de enero de 1979. De este modo, se aprobaron antes de la entrada en vigor de la Constitución, pero se publicaron después de que esa entrada en vigor se hubiera producido.

(32) El Portavoz del Grupo socialista en el Congreso, Sr. SOLANA MADARIAGA, pronunció al término de la elaboración de esta ley las siguientes palabras:

«Todos hemos entendido que con las Reales Ordenanzas legislamos para largo y para mucho. Pero además, la Cámara puede unir a este permanente sentimiento de hacer historia que se respira en todas las sesiones un hito más: se está debatiendo la primera ley que deriva, de alguna manera, de la Constitución de 1978»

(Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 146, sesión celebrada el día 20 de diciembre de 1978, pág. 5865)

(33) Que la Constitución respeta ese perfil institucional de las fuerzas Armadas, resultado constantemente en las RR.OO., viene acreditado, sin ir más lejos, por el mantenimiento —en el art. 26— de la posibilidad de crear «Tribunales de Honor» en el ámbito castrense (como fue expresamente remarcado en los debates parlamentarios. Vid., al respecto Guaita, A.: «Comentario al artículo 26 CE» cit., págs. 111-114. También DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M.: «Los Tribunales de honor y la Constitución española de 1978», Ed. Universidad de Salamanca, 1984, págs. 85-101). Algunos autores han tratado de justificar la inconstitucionalidad de los Tribunales de honor en el ámbito militar —a pesar de la dicción literal del art. 26 y la rotundidad de los debates parlamentarios—, sosteniendo su incompatibilidad con derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 14, 24 ó 25 (así, Berueta, en la obra antes citada, o en la más reciente «De nuevo sobre los Tribunales de honor», RVAP 33, mayo-agosto 1992, págs. 27-90), con base en la discuti-

Ese universo de valores es, sin duda alguna, marcadamente institucional (como posiblemente no podría ser de otro modo). Así lo han entendido los tratadistas que se han acercado a su exégesis, quienes han comenzado poniendo de manifiesto la insuficiencia de un acercamiento jurídico formalista para comprender su contenido (34), y a continuación han resalado de modo unánime el carácter deontológico, de «norma moral», de esta Ley (35).

Norma moral que transmite constantemente a lo largo de su articulado valores como «el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor» (art.1), la conciencia de una «gloriosa tradición militar» (art. 16), la vocación, disciplina y abnegación (art. 25), la «prontitud en la obediencia y grande exactitud en el servicio» (art. 27), el «constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga» (art. 31), el compañerismo (art. 35), la subordinación de las ambiciones personales a la satisfacción del deber cumplido, «pues esta es la mayor recompensa a que puede aspirar un militar» (art. 36), etc.

Y —lo que es más importante a los efectos que aquí nos interesan—, norma moral que deriva en unos principios de organización jurídica, como son la disciplina (que será «practicada y exigida como norma de actua-

---

ble teoría de las «normas inconstitucionales dentro de la propia Constitución» (vid., en este sentido, y más explícitamente, MARTÍN RETORTILLO: «Bajo el signo de la Constitución», IEAL, 1983). Sin embargo, como pone de manifiesto MOZO SEGOANE, «una cosa es que la regulación que formalmente pervivió en el Ordenamiento español hasta 1988 fuese incompatible con la Constitución y otra bien distinta que la existencia de Tribunales de honor militares sea incompatible con nuestra ley fundamental, lo cual no parece jurídicamente defendible, en rigor..... defender la inconstitucionalidad de un precepto de la Constitución misma es un ejercicio estéril... ciertamente el legislador ha guardado silencio sobre los tribunales de honor militares pero, Constitución en mano, podría haberlos regulado» (revisión del artículo de J.M. BERUETA «de nuevo sobre los Tribunales de honor», REDM 59-60, 1992, págs. 653-654).

(34) CARLOS OLLERO escribe: «no se trata de glosar un texto jurídico-constitucional conocido y en muchos extremos reiteradamente tratado con profusión y solvencia, sino de relacionar la Constitución con una normativa que aunque revista carácter formal de ley tiene una singularidad especial e implica el reconocimiento de realidades institucionales y sociales de naturaleza no siempre racionalizables, de muy compleja estructura y de dinámica bastante delicada» («Constitución y Reales Ordenanzas», Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 59, 1982, pág. 213)

(35) Señala MARTÍNEZ DE GALINSOGA que el trabajo de la Comisión que redactó estas Ordenanzas tuvo como guía y meta el logro de unas Ordenanzas que «mantuviesen y, si posible fuera, reforzasen y exaltasen aún más lo que ha constituido y debe seguir constituyendo el espíritu, el alma de los Ejércitos españoles» («La Constitución y las Reales Ordenanzas militares», en VV.AA: «Primeras jornadas Fuerzas Armadas-Universidad», CESEDEN-Universidad Complutense, 1982, pág. 241.

ción», art. 11), el orden jerárquico (que «define en todo momento la situación relativa entre militares en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad», art. 12), y la unidad («fruto de la armonía que ha de existir entre los miembros de los Ejércitos, art. 13).

Las consecuencias que implica esta caracterización jurídica de los Ejércitos han sido (como se ha dicho) reiteradamente advertidas, desde sus primeras resoluciones, por el Tribunal Constitucional, que ha remarcado decididamente el carácter «institucional» de las Fuerzas Armadas (36). En un plano puramente organizativo, y partiendo de la base de que, como se dice en la STC 16/87 de 27 de octubre, las Fuerzas Armadas «deben estar en todo momento en condiciones de cumplir sus cometidos militares», el Tribunal ha consagrado reiteradamente diversas particularidades del Ordenamiento militar, específicas de este sector estatal, aludiendo precisamente a las peculiaridades institucionales de los Ejércitos. Y así, en la sentencia 21/81 de 15 de junio señaló que en el ámbito militar «la subordinación jerárquica y la disciplinaria constituyen valores primordiales», y en el mismo sentido se refirió en la STC 44/83 de 24 de mayo al «valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen en la institución militar». Más rotundamente, la STC 97/85 de 29 de julio declara que las Fuerzas Armadas «necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surgen entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y financiada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar

---

(36) Así lo reconocen expresamente —aunque en sentido crítico— DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GAITA, D., y FERNANDO PABLO, M. («El control jurídico constitucional de la transición militar»; Jornadas de estudio sobre el Título preliminar de la Constitución, IV volumen, Ministerio de Justicia, 1988), quienes tras analizar la jurisprudencia constitucional hasta la fecha de elaboración de su estudio, concluyen que el Tribunal «ha invocado el artículo 8 CE y la naturaleza específica de la Institución militar o sus propios valores y principios organizativos (la jerarquía y disciplina militares) sin tratar de hallar un fundamento constitucional mayor, con el argumento de que las misiones encomendadas a las FAS exigen soluciones jurídicas en contraste con el ordenamiento común»; y aunque exista alguna resolución que apunte otra línea de razonamiento, lo cierto es que «el Tribunal ha preferido asumir la concepción institucional (aunque tampoco de modo excluyente) y con ella argumentar sobre la validez de determinadas especialidades jurídicas que atañen a las FAS» (pág. 3005).

aquellos fines». Y en similares términos, dice el Alto Tribunal en la STC 107/86 de 24 de junio que la Constitución asigna en su artículo 8º «un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución». Doctrina esta que se resume en el ATC 375/83 de 30 de julio, donde leemos:

*«No puede caber duda de que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la CE, representa un interés de singular trascendencia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su Ordenamiento constitucional. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia».*

Más recientemente, la STC 371/93 de 13 de diciembre ha recapitulado los pronunciamientos anteriores, puntualizando a continuación que

*«de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el Legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades».*

Y más allá de los principios de organización, el Tribunal Constitucional se ha referido también al peculiar sistema de valores de la Institución Militar en diversos pronunciamientos, el más emblemático de los cuales está recogido en el ATC 446/84 de 11 de julio:

*«También debe ponderarse la especialidad de dicha infracción criminal, como otras muchas agrupadas con ella en el mismo título, bajo el epígrafe de delitos contra el honor militar, en los que los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que se destaca la condición o status de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de*

*forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar, que no acepta los móviles que estima deshonorosos, y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por que se rige, y que es preciso preservar, por lo que la prohibición penalizada como delito en el artículo 352 del CJM no puede en principio ser estimada como inconstitucional con los efectos pretendidos por el recurrente, de acuerdo con los criterios y juicios de valor utilizados en la profesión militar, dada su singular naturaleza, estructura y finalidad».*

Similares pronunciamientos se recogen en una reciente sentencia, la STC 151/97 de 29 de septiembre:

*«Los conceptos de honor de los militares, del Arma o Cuerpo al que pertenecen o de los ejércitos, cuando se emplean como elementos configuradores de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, deben precisarse con rigor a la luz de los valores y preceptos constitucionales y esta tarea debe llevarse a cabo teniendo en cuenta, sobre todo, las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas (art. 8.1 CE). Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la realización de conductas deshonorosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales»*

Esta inequívoca línea jurisprudencial sólo puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal Constitucional recoge y asume la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas con arreglo a sus principios de vertebración característicos. No es de extrañar, por consiguiente, que un cualificado sector doctrinal haya sostenido la existencia de una auténtica «garantía institucional» de las Fuerzas Armadas (37); sin que con ello

quiera defenderse —nadie lo pretende— una pretendida superioridad del llamado «poder militar» sobre el civil, o un desapego de los Ejércitos respecto de los principios constitucionales. Más sencillamente, se trata de que el Legislador, en su amplia e indiscutida libertad de regulación, está limitado o constreñido por la necesidad de salvaguardar la caracterización de las Fuerzas Armadas como una Institución, con perfiles institucionales propios, que derivan en un sistema de organización jurídica y funcionamiento peculiar (38).

---

(37) Un resumen de las posturas sostenidas al respecto puede consultarse en LÓPEZ RAMÓN, F.: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», cit., págs. 369 y ss. Cifándose al caso de la Jurisdicción militar, vid. PARADA VÁZQUEZ, R.: «Toque de silencio por la Justicia Militar», RAP 127, enero-abril 1992, págs. 7 y ss.

(38) LÓPEZ RAMÓN rechaza la aplicabilidad de la teoría de las garantías institucionales a las Fuerzas Armadas basándose en la construcción doctrinal de Schmidt-Jortzig, y concluyendo que

«el legislador es libre de configurar a las Fuerzas Armadas como estime conveniente, sin que deba conservar ninguna imagen identificable de las mismas según la *conciencia social de cada tiempo*. Lo que no podrá hacer el legislador es suprimir las Fuerzas Armadas o prescindir de los principios de organización constitucionales. Pero no podrá hacer tales cosas, dado el directo impedimento que deriva del artículo 8 de la Constitución, sin necesidad de acudir a la técnica de la garantía institucional».

(«Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas» cit., pág. 2572). Pero como ha señalado Gallego Anabitarte («Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial», Civitas 1994, pág. 46), los planteamientos de aquel autor no son la doctrina alemana sino solamente uno de sus eslabones, y desde luego, como pone de manifiesto GALLEGRO, «lo que ocurre en Alemania no nos vincula a nosotros» (pág. 67).

Ciertamente, lo que a nosotros nos interesa es en qué términos se ha producido la recepción de esta categoría doctrinal por el Tribunal Constitucional desde la conocida STC de 28 de julio de 1981, y sin duda alguna las Fuerzas Armadas encajan sin problemas en esta figura. Conviene tener presente que a lo largo de este trabajo, la expresión «garantía institucional», se utiliza en el sentido propuesto por GALLEGRO ANABITARTE, es decir, en referencia a Instituciones u Organizaciones que, elevadas a rango constitucional, adquieren una protección reforzada, en el sentido de limitar la posibilidad de libre disposición por parte del Legislador a la hora de regularlas (op. cit., pág. 83).

Así definida la garantía institucional, y puestos de acuerdo en el significado de esta expresión (lo que no es fácil, pues, como recuerda GALLEGRO —op. cit., pág. 58, «esta materia, como otras, es tan complicada y abstracta que cada persona que la estudia lo hace desde un ángulo determinado, y de ahí a veces la discrepancia de las exposiciones»), tal vez LÓPEZ RAMÓN pudiera estar en alguna medida conforme con la aplicación de dicha técnica a los Ejércitos, pues este mismo autor reconoce que entre los principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas figuran (expresa o —las más de las veces— implícitamente) los de separación entre Autoridades Civiles y Militares, el status peculiar de la función militar o el de estricta disciplina militar (principio este último que legitima o justifica —por mucho que se haya tratado de sostener lo contrario— la existencia de algo tan «institucional» como son los Tribunales de Honor).

Repárese en que estos principios comportan numerosas y relevantes consecuencias, a veces no expresamente recogidas en ningún artículo de la Constitución (justamente por-



Ahora bien, contra lo que por algunos se ha sostenido, y moviéndonos ya en la perspectiva constitucional, no hay ninguna incompatibilidad o contradicción entre esta forma de caracterización y la inclusión de las Fuerzas Armadas dentro de ese complejo organizativo —material y humano— que denominamos «Administración Pública». Así lo ha considerado el mismo Tribunal Constitucional, que en la STC 60/91 de 14 de marzo

---

que las mismas se entienden inherentes a la misma naturaleza de la profesión militar y la organización de los ejércitos), que imponen al Legislador serias limitaciones para su labor reguladora, pues de los mismos resulta con claridad, v.gr., la inconstitucionalidad de la articulación de unas Fuerzas Armadas desjerarquizadas (con supresión de las categorías o empleos militares, al modo de la función pública civil), o con procesos de toma de decisiones de tipo colectivista o asambleario, o con supresión de cualquier especialidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, o con divisiones internas consecuentes a diferentes opciones políticas, o con una «colonización» de la estructura operativa militar por las Autoridades civiles, o con plenitud absoluta de ejercicio de todo tipo de derechos y libertades.

Dicho sea de otro modo, cuando la Constitución hace referencia en su artículo 8 a las Fuerzas Armadas, no menciona una estructura organizativa susceptible de ser regulada de cualquier forma según la voluntad política de cada momento, sino que impone la necesidad de que esas Fuerzas Armadas sean reconocibles como tales, en sus líneas básicas o esenciales, con arreglo a su imagen o modo de ser característico, reconocibilidad que no resulta por sí misma del texto de la Constitución, y que sólo puede determinarse acudiendo a la imagen social de la Institución vertebrada por nuestra tradición histórico-legislativa.

A fuerza de ser reiterativos, conviene resaltar una y otra vez que las peculiaridades de la Institución militar —reconocidas y amparadas por el Tribunal Constitucional en una consolidada jurisprudencia, y de imposible extensión a la Administración civil— no se desprenden directamente del texto constitucional (por amplio que sea el margen de voluntarismo en la interpretación de dicho texto), sino que se infieren de una realidad social previa a la Constitución y que esta asume, que impone su lógica y marca un camino en la tarea legislativa. Como ha señalado el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la conocida sentencia «Engel» de 8 de junio de 1976, las condiciones e imperativos de la vida militar difieren por esencia de las de la vida civil, y este dato —guste o no, y mientras en nuestra sociedad subsistan los ejércitos permanentes— no puede ser ignorado. En esto reside, cabalmente, la existencia de la garantía institucional de las Fuerzas Armadas.

En el fondo, parece más bien que el rechazo a la extensión de la garantía institucional a los Ejércitos responde no tanto a sólidas razones de técnica jurídica como a un condicionamiento ideológico cual es el temor a una eventual justificación de la superioridad, autonomía o independencia del «Poder militar» respecto del civil. Pero sin entrar a analizar la vacuidad de ese Poder militar que actualmente, sin más, no existe, debe tenerse en cuenta que las peculiaridades institucionales de las Fuerzas Armadas, que se quieren proteger mediante esta técnica, no son propias o exclusivas de regímenes políticos con un pasado de «militarismo» (cuyo resurgimiento se trate de evitar), sino que se dan en todos los Ejércitos del mundo, también en los de los países con más sólida y asentada tradición democrática. Que no existe contradicción o contraposición alguna entre la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas y su sometimiento al «Poder civil» lo resalta MOZO SEOANE: «La teoría institucional se aplicó al Ejército para dejar claro su sometimiento al Poder Civil, al tiempo que se respetaba cierta independencia funcional a aquel» (op. cit., pág. 622)

señaló que «no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho Militar como el Ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa»; en la STC 123/88 de 23 de junio puntualizó que «las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen... su carácter de Administración Pública», y en muy diversas resoluciones ( a título de ejemplo, la STC 116/87 de 7 de julio) se ha referido a los militares profesionales con la expresión «funcionarios militares».

Ambos planteamientos son, en efecto, plenamente compatibles a la luz de nuestra Constitución, pues la caracterización jurídico-administrativa de la Organización militar no interfiere ni obstaculiza ni empece al mantenimiento y preservación de su perfil institucional.

### 3. PLENA APLICABILIDAD DE LOS ARTS. 103.3 Y 23.2 CE A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR

Por tanto, y en consecuencia, no hay razones para excluir la plena aplicabilidad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, consagrados en el art. 23.2 en relación con el 103.3, ambos de la Constitución, a las Fuerzas Armadas y al personal militar profesional, con base en una pretendida o supuesta especialidad del Ordenamiento Jurídico Militar. Y precisamente por ello, no pueden compartirse las reticencias que manifiestan algunos autores como, v.gr., Pulido Quecedo hacia la proyección de este artículo sobre la función pública militar (39). Ciertamente, Pulido parece aceptar la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función militar (es decir, en el ingreso en las Academias y Escuelas Militares de formación), pero luego discute — aunque de forma velada y confusa— la aplicabilidad de dichos principios a la carrera militar propiamente dicha, basándose en que «el hecho de que se caracterice a las Fuerzas Armadas como Administración del Estado no debe hacernos olvidar la especial naturaleza de las Fuerzas Armadas y la especial relevancia que determinados valores como el honor profesional o el principio de jerarquía tienen en el seno de las mismas» (40).

Sin embargo, y frente a lo sustentado por Pulido, la jurisprudencia constitucional permite concluir que la aplicación de los arts. 23.2 y 103.3 CE a la función pública militar no sólo es posible, sino que resulta nece-

---

(39) «El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución», Civitas, 1992, págs. 384 y ss.

(40) Op. cit., pág. 387.

saría e incluso ineludible, sin que el específico perfil institucional de las Fuerzas Armadas constituya ningún obstáculo para llegar a esta conclusión. Más aún, la necesidad de aplicar rigurosamente estos artículos de la Constitución es mayor en la función militar que en la civil (41).

Como es sobradamente reconocido y aceptado, el juego conjunto de los arts. 23.2 y 103.3 CE trata, ante todo, de garantizar la independencia, la profesionalidad y la objetividad de los servidores públicos. Nada hay más opuesto a los principios consagrados en dichos artículos que una función pública politizada y desprofesionalizada. Pues bien, si algo caracteriza la configuración jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas es su neutralidad política, su unidad opuesta a la existencia de facciones, su apartidismo y su profesionalidad. Así lo ha señalado una y otra vez, como acabamos de ver, el Tribunal Constitucional en multitud de pronunciamientos, como la STC 101/91 de 13 de mayo, donde proclama que el principio de neutralidad política «al igual que otros particulares rasgos organizativos de la Institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas»

Por esta razón, la rigurosa aplicación de los preceptos constitucionales citados a la Administración Militar no tiene por qué colisionar con la naturaleza de las Fuerzas Armadas, ni con el perfil diferenciado de valores de la Institución Militar. Muy al contrario, la exigencia de una escrupulosa observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la carrera militar, al impedir la proliferación del clientelismo o el amiguis-

---

(41) Debe puntualizarse que no es PULIDO QUECEDO el único autor que ha relativizado, discutido o negado la aplicabilidad de estos principios a la carrera militar. Antes de la publicación de este trabajo, escribía PIÑAR MAÑAS en 1989, a propósito de la STC 39/83 (sobre un caso de discrecionalidad «técnica» en el ámbito de la Administración Militar) que

«Como ya he señalado, la doctrina del Tribunal Constitucional, que este se preocupa de reiterar que se refiere al supuesto concreto que juzga, no es invocable en el caso de los concursos y oposiciones. El supuesto de los ascensos militares en absoluto es identificable con el del acceso a la función pública en virtud de los principios de mérito y capacidad... No otra conclusión puede derivarse del texto constitucional. Este nada dice acerca de los ascensos militares, pero sí exige expresamente que la selección de los empleados públicos se haga de acuerdo a los principios de mérito y capacidad».

(«El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones»; DA 220, octubre-diciembre 1989, pág. 152). La rotundidad de estas frases hubiera merecido algún género de justificación. Desde luego, no se acierta a comprender en qué puede basarse esa rigurosa aseveración de que los ascensos militares nada tienen que ver con el principio de acceso a la función pública en virtud del mérito y la capacidad. ¿Por qué? ¿Es que la carrera militar se rige por parámetros distintos? ¿Qué tienen de singular los ascensos militares para que se predique de los mismos su imposible identificación con aquellos principios?

mo, constituiría un medio idóneo para garantizar la profesionalidad y la capacitación de los militares, así como su unidad y neutralidad política.

No constituye un obstáculo para esta conclusión la constatación de la existencia tradicional de una mayor discrecionalidad en el Derecho Militar con respecto al Derecho Civil. Esa discrecionalidad se justifica por sí misma, sin necesidad de esfuerzos dialécticos, en circunstancias de alteración de la normalidad (v.gr., de conflicto bélico, o del estado de sitio al que hace referencia el art. 116 CE), en las que resulta ilógico y absurdo exigir en materias como los ascensos, la provisión de vacantes, etc., las mismas garantías y procedimientos que en circunstancias de normalidad (42). Pero fuera de tales supuestos, no se alcanza a comprender por qué no puede exigirse la observancia de los principios de mérito y capacidad con la misma intensidad que en la función pública civil. Y tampoco cabe oponer a la postura que aquí se defiende que la extensión de las garantías jurídicas pueda llegar a menoscabar la autoridad y el prestigio de la cadena de mando militar, perturbando el principio de autoridad y la disciplina. Como acertadamente señala Trillo Figueroa, «ni la jerarquía ni la disciplina quedan deterioradas por su conjunción exacta con la justicia; muy al contrario, aquellas resplandecerán con su valor auténtico cuando estén contundentemente armonizadas con la segunda» (43).

#### 4. VALORACIÓN CRÍTICA —DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL— DE LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL.

¿Hasta qué punto están salvaguardados estos principios en la vigente legislación configuradora del estatuto profesional de los militares españoles, contenida fundamentalmente en la Ley 17/89 de 19 de julio? De antemano debe puntualizarse que dar una respuesta exhaustiva a esta pregunta exigiría un análisis completo y pormenorizado de dicho Estatuto, que por su amplitud excede del propósito de este trabajo. Por otra parte, ese análisis obliga a manejar no sólo la Ley, sino también la gran cantidad de reglamentos que la han desarrollado, dada la —excesiva— gene-

---

(42) En este sentido, vid. HERNÁNDEZ OROZCO, J.: «Notas sobre el artículo 40, apartado d, de la ley de lo contencioso-administrativo (la reserva discrecional militar)»; REDM 14, pág. 78.

(43) «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», REDA nº 54, págs. 167 y ss.

ralidad y amplitud de los preceptos legales (44); pero puede hacerse en este momento una referencia (siquiera sea sucinta) a diversos aspectos especialmente merecedores de crítica, por su difícil compatibilidad con un sistema de carrera respetuoso con el perfil institucional de las Fuerzas Armadas y con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (45).

#### 4.1. LAS NORMAS SOBRE PROVISION DE DESTINOS

La provisión de destinos constituye un aspecto esencial de cualquier carrera administrativa. De nada sirve garantizar con toda clase de medios el acceso a la función pública en condiciones de mérito y capacidad si luego el devenir de la carrera está sometido a la arbitrariedad de quienes la dirigen. Pues bien, como tuve ocasión de señalar hace algún tiempo en esta misma Revista, este tema es, sin duda, uno de los peor tratados en la Ley 17/89, y sus consecuencias negativas se manifiestan constantemente (46). En efecto, el sistema de asignación de destinos diseñado por la Ley abrió (¿conscientemente?) la puerta a una generalización desmedida de la libre designación para las vacantes más interesantes o atractivas, relegando los demás sistemas (antigüedad y concurso de méritos) a los destinos

---

(44) RODRÍGUEZ VILLASANTE («la ley 17/89...» cit., pág. 178) afirma que «la ley 17/89 resiste bien la prueba de reserva de ley establecida en la Constitución y en la Ley orgánica 6/80»; pero lo cierto es que —como se verá en las páginas siguientes— tal vez seca esta una afirmación demasiado optimista.

(45) El hecho de que la Ley 17/89 esté próxima a su —merecida— sustitución, no implica que este análisis carezca de valor. Como dice ALEJANDRO NIETO, «tal como ha observado Hegel, el Buzo de Minerva sólo emprende su vuelo al anochecer. O sea, que la inteligencia sólo puede comprender los fenómenos cuando estos se han desarrollado plenamente e incluso tienden al ocaso» («La burocracia», Instituto de estudios administrativos, 1976, pág. 23). Es, pues, en este momento, en que aquella Ley ha cumplido su ciclo vital, cuando nos encontramos en mejores condiciones para analizar en su globalidad lo que de bueno y de malo supuso para la carrera militar. Por otra parte, no puede olvidarse que, como se ha señalado reiteradamente, no es cierto que tres palabras del Legislador conviertan bibliotecas enteras en basura. Frente a la famosa pero poco acertada frase de VON KIRCHMANN, parece claro que la reflexión sobre las experiencias pasadas ilumina la resolución de los problemas actuales, más aún cuando la Ley que —al parecer— va a sustituir a la Ley 17/89 sigue el camino emprendido por esta última, sin corregir sus defectos, e incluso aumentándolos.

(46) Las reflexiones que se vierten a continuación sobre esta concreta cuestión han sido estudiadas con mayor detenimiento y extensión en mi trabajo «La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional», REDM 63, enero-junio 1994, págs. 113 y ss., al que me remito. A pesar del tiempo transcurrido, creo que la valoración del sistema (si es que de tal puede hablarse) de provisión de destinos que entonces formulé, sigue siendo plenamente aplicable al estado de cosas actual.

de nivel inferior, rutinarios o de gestión burocrática. Particularmente llamativa es la casi absoluta inaplicación del concurso de méritos, del que no es exageración afirmar que —parafraseando lo que se ha dicho respecto de otro tema— navega por las Unidades de personal como el Holandés errante por los mares: todos hablan de él, algunos juran que existe, pero nadie lo ha visto.

Más aún, no deja de ser sorprendente y desalentadora la aplicación práctica del art. 74.2, en virtud del cual «los destinos que deban cubrirse mediante el procedimiento de libre designación podrán otorgarse sin publicación previa de la vacante correspondiente». El daño potencial que esta previsión legal podía causar sobre la carrera militar no pasó desapercibido durante la tramitación parlamentaria de la Ley 17/89, en la que se sucedieron las intervenciones de los Portavoces de los Grupos de la oposición parlamentaria —de grupos ideológicamente muy separados— llamando la atención sobre los riesgos que podía suponer la aprobación de una regla con este contenido. Así, el Grupo Parlamentario «Minoría Catalana» solicitó expresamente la supresión de este apartado. Por su parte, el Centro Democrático y Social pidió que la libre designación sin publicación previa de la vacante estuviera condicionada a circunstancias extraordinarias y justificadas que exigiesen esta forma de proceder, y en el mismo sentido se pronunció el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, quien propuso que se estableciera la obligatoriedad de expresar las razones excepcionales o de urgencia por las que se hubieran adjudicado destinos sin previa publicación. Sin embargo, las correspondientes enmiendas no fueron aceptadas por el Grupo Parlamentario Socialista, para el que tales reticencias carecían de fundamento, pronunciando su portavoz unas palabras que conviene transcribir, para su contraste melancólico con una práctica administrativa consolidada:

*«...otros grupos parlamentarios insisten en su preocupación cuando se destina a alguna persona por libre elección a algún cargo que no ha sido previamente publicado. En primer lugar, este artículo no se establece obviamente para su uso normal, sino para un uso excepcional, pues parece conveniente dar a quien gobierna en el Ministerio esta posibilidad, porque puede haber casos en que la urgencia, por razones de tipo militar, lo hagan aconsejable». (47)*

---

(47) Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados (comisiones), año 1989, III legislatura, num. 454, donde se contienen las intervenciones de los Grupos parlamentarios a las que se ha hecho referencia.

Así las cosas, no constituye un lamento jeremíaco describir el estado de cosas actual como un vacío normativo en el que la libre designación, lejos de ser un sistema excepcional, es habitual, y no sólo en los altos empleos de la carrera militar, sino también en los intermedios y bajos; la adjudicación de destinos mediante libre designación sin publicación previa de la vacante tampoco es, ni mucho menos, excepcional; el concurso de méritos es un sistema residual que apenas se utiliza, hasta el punto de poder considerarse inexistente en la práctica; la publicación o convocatoria de muchas vacantes tiene en numerosas ocasiones como antecedente necesario e ineludible un proceso de «negociación» entre el propio interesado, la Unidad correspondiente, y los «Mandos de Personal» de cada Cuartel General o la Dirección General de Personal del Ministerio; es frecuente la publicación de vacantes «ad personam», en las que se fijan unas condiciones y requisitos específicos, diseñados en función del candidato en el que se ha pensado de antemano para cubrir el puesto antes de la publicación de la vacante; y, en fin, en un contexto de constante supresión y reducción de Unidades, a los militares —singularmente a los más jóvenes— les resulta imposible planificar su carrera, no ya a largo o medio, sino incluso a corto plazo. Es fácil imaginar el daño que este estado de cosas puede producir en la moral y el compañerismo de los profesionales de la milicia, en la unidad de los Cuerpos y Escalas, y en las perspectivas de carrera de los militares.

#### 4.2. EL RÉGIMEN DE EVALUACIONES Y CLASIFICACIONES.

Igualmente merecedor de crítica es el sistema de evaluaciones y clasificaciones diseñado por la Ley (48), fundamentalmente por la ausencia de garantías que del mismo resulta; ausencia particularmente grave si se tiene en cuenta que de esas evaluaciones y clasificaciones depende toda la carrera del militar, al estar condicionados por ellas aspectos tales como la asignación de algunos destinos, la selección para determinados cursos, la obtención de la *renovación del compromiso* —para los militares con vínculo de carácter temporal— o, sobre todo, los ascensos a los empleos superiores, no basados (o basados cada vez menos) en la mera antigüedad

---

(48) Para conocer de modo gráfico y claro el sistema establecido por la Ley puede consultarse el trabajo de JAMBRINA VALEIRAS, J.C.: «Ascensos, evaluaciones y clasificaciones en la ley reguladora del régimen del personal militar profesional»; Revista general de Marina, diciembre 1989, págs. 765-766.

sino precisamente en apreciaciones subjetivas derivadas del contenido de esas evaluaciones.

La función pública militar ha contado históricamente —a diferencia de la civil— con una cuidada ordenación de esta técnica de evaluación de la actividad profesional de los militares. Una cuestión siempre problemática ha sido la determinación de si el evaluado puede acceder a sus calificaciones, para examinarlas y conformarse con ellas o, en su caso, discutir las o impugnarlas (49). Pues bien, aunque hay precedentes histórico-legislativos en ambos sentidos (50), las Reales ordenanzas realizan una opción en favor de la transparencia del sistema, estableciendo en su artículo 217, párrafo 2º, que «el calificado tendrá derecho a conocer los datos de sus evaluaciones personales, con las limitaciones reglamentariamente establecidas».

Sin embargo, la Ley 17/89, en el artículo 68, relativo a los «informes personales» ha preferido la opacidad, al regularse en dicho precepto que «el calificador es el único responsable de los informes rendidos. **Sin dar a conocer el contenido de su informe**, podrá orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional y deberá hacerlo si su calificación es negativa». Nótese que la Ley no predica el carácter reservado de las evaluaciones en conjunto (es decir, de la globalidad de los actos que se integran en el proceso de evaluación), sino sólo de los documentos en que se plasman esos informes personales. Ahora bien, como quiera que esas evaluaciones dependen en gran medida del contenido de aquellos informes (51), el resultado final es que la opacidad de estos se

---

(49) Ambas posibilidades cuentan con argumentos a favor y en contra. La opacidad atribuye sin duda alguna mayor libertad al calificador, que puede plasmar su opinión sin estar condicionado por la reacción del destinatario de la misma. Pero fácilmente se aprecia el riesgo de arbitrariedad que una regulación de este tipo comporta, y la indefensión que provoca en los sujetos a la actividad evaluadora. A su vez, la transparencia concede importantes garantías para los evaluados, pero indudablemente puede obstaculizar la libertad del evaluador, o dar pie a componendas o transacciones que impidan o desnaturalicen la finalidad última de esta técnica. Una posible solución tal vez sea que el evaluado, aun sin conocer con detalle el informe relativo a su persona, sea debida y formalmente orientado sobre su contenido global.

(50) Profusamente estudiados por GARCÍA BALLESTER, P.: «Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las fuerzas armadas», en VV.AA.: «Libertades públicas y Fuerzas Armadas»; Ministerio de Educación y Ciencia, 1984, págs. 603 y ss.

(51) Así lo entiende PEÑARRUBIA Iza, para quien «estos informes personales tienen una extraordinaria función, por cuanto determinan en buena parte las evaluaciones que tanta importancia tienen en el desenvolvimiento de la carrera militar» («las clasificaciones del personal militar en la doctrina del Tribunal Constitucional»; REDM 62, julio-diciembre 1993, págs. 226-227)



traslada o repercute a la evaluación en conjunto. Pero más aún, esta previsión legal ha de ponerse en relación con la circunstancia añadida de que las evaluaciones del personal militar (¡de todos los militares! y no sólo de los de más alta graduación) constituyen materia «legalmente clasificada» con arreglo a la vigente legislación de secretos oficiales (52), por lo que la falta de transparencia deviene, en principio, absoluta.

La ausencia de garantías para los militares es notoria, a la vista de la muy defectuosa redacción del artículo que se acaba de citar. Consciente sin duda de la trascendencia del desconocimiento por los militares de sus conceptualizaciones, el Legislador establece —a modo de compensación «vergonzante»— una garantía consistente en que cuando el contenido de los informes sea negativo, tal circunstancia deberá ser comunicada al interesado. Ahora bien, la Ley parece no tener en cuenta que tal y como está redactado el precepto, el incumplimiento de ese deber por el superior generalmente pasará desapercibido, ante todo porque al no conocer el evaluado su informe, le resultará imposible comprobar si aquel ha cumplido o no con ese deber, y pueden pasar años antes de que tome conocimiento de tal circunstancia (con las lógicas dificultades para una eficaz impugnación).

Por otra parte, no se da respuesta alguna, a nivel de la Ley, a interrogantes de gran trascendencia: ¿Se hace referencia a informes globalmente negativos, o también hay que realizar esa notificación cuando el informe negativo se extiende sólo a alguno de los conceptos por los que se evalúa (53)? ¿Qué ocurre cuando las calificaciones, aun no siendo manifiestamente negativas, sin embargo reflejan una conceptualización mediocre o vulgar?(54) ¿Tal comunicación debe ser formalizada por escrito, o basta

---

(52) Efectivamente, el Consejo de Ministros, por Acuerdo de 28 de noviembre de 1986, otorgó, con carácter genérico, la calificación de RESERVADO a «las conceptualizaciones, informes individuales y sanciones del personal militar». Dicho acuerdo no fue publicado en ningún Diario Oficial, y su existencia sólo pudo ser conocida cuando en respuesta a una interpelación parlamentaria se hizo público su contenido en el Boletín oficial del Congreso de los Diputados, serie D, nº 122, de 6 de noviembre de 1987.

(53) Una interpretación favorable a los derechos del evaluado exige que la comunicación se realice no sólo cuando la globalidad del informe desprenda un contenido marcadamente negativo, sino también cuando existan valoraciones negativas de carácter puntual.

(54) Ciertamente, entre las mejores calificaciones y las más desfavorables hay una considerable gama de posibilidades; y una calificación mediocre puede repercutir negativamente sobre el posterior desarrollo de la carrera del interesado. Sin embargo, y de acuerdo con la ley, calificaciones de este tipo no engendran el más mínimo deber de notificación o comunicación.

la puesta en conocimiento verbal (55)? ¿Debe entenderse que una comunicación de tal carácter constituye una auténtica notificación de un acto administrativo resolutorio contra la que pueden interponerse los recursos que correspondan, o por el contrario se trata de un mero acto de trámite no recurrible por separado (56)?

La Administración ha utilizado a su conveniencia esta regulación, y si en algunas ocasiones no ha tenido inconveniente en remitir esos informes, y la globalidad del expediente de evaluación, a los Tribunales, otras veces ha remitido únicamente un extracto de dichos documentos —y no los originales—, y en fin, no han faltado casos en que ha aprovechado hasta sus últimas consecuencias este estado de cosas, negándose a entregar a los Tribunales de Justicia los documentos en que se plasman estas materias reservadas; y lo cierto es que los Tribunales han dado su conformidad a esta manera de proceder, a través de una línea jurisprudencial que se acoge precisamente a la legislación sobre secretos oficiales para justificar la no incorporación al expediente de aquellos documentos (57).

---

(55) Parece claro que, dada la trascendencia de un informe negativo, esta circunstancia debe ser comunicada por escrito y con clara expresión de los aspectos desfavorables del informe, no bastando expresiones genéricas o abstractas.

(56) El hecho de que se trate de informes no llamados a producir efectos jurídicos por sí mismos, sino en relación con una futura evaluación, determina su calificación como «actos de trámite», no impugnables aisladamente considerados, sino en el contexto de la impugnación del acto resolutorio que en ellos se funde. Ahora bien, esta tesis —irreprochable en el pleno dogmático— no deja de plantear problemas, pues a pesar de tratarse de «informes», lo cierto es que los mismos despliegan de algún modo sus propios efectos, en cuanto que su contenido adquiere carácter estable, proyectándose sobre la generalidad de la carrera del interesado y no sobre un procedimiento o expediente concreto. No constituye por tanto una exageración garantista propugnar la impugnabilidad por separado de estos informes.

(57) Quien esté interesado en conocer las sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales inferiores relativas a esta cuestión puede consultar la sección de jurisprudencia contencioso-administrativa que se publica en la REDM bajo la coordinación de EMILIO FERNÁNDEZ-PYÑEIRO desde el nº 51 (enero-junio 1988) hasta el día de hoy, donde se recogen multitud de sentencias sobre este particular. En concreto, y a título de ejemplo, se cita un Auto (en la revista — nº 64, pág. 348— se califica como «sentencia» pero entiendo que se trata de un error de transcripción) de la Sala III del TS de 15 de julio de 1994, estimatorio de un recurso de súplica contra una diligencia de ordenación por la que se solicitó al Ministerio de Defensa la ampliación del expediente administrativo. En este Auto, dice la Sala que

«de acuerdo con la ley reguladora de secretos oficiales de 5 de abril de 1968, especialmente su artículo 4º, 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, dictada en un recurso de apelación en interés de la ley en el que también se cuestiona la procedencia de remitir determinados documentos en relación con el ascenso a Coronel de un

Por su parte, el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado a esta cuestión de modo decidido. En efecto, en el ATC 18/86 de 15 de enero (en relación con una no clasificación como apto para el ascenso al Generalato), leemos:

*«Se alega finalmente que la existencia de informes secretos ha sido la determinante de la posposición del solicitante de amparo para su ascenso. El artículo 217 de las Reales Ordenanzas establece que «de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga, el militar de carrera será conceptuado periódicamente por sus cualidades, rendimiento y aptitud mediante calificaciones debidamente ponderadas y contrastadas, que facilitará la selección de los más aptos, su adecuación a los diferentes puestos y estimularán al individuo a superarse. El calificado tendrá derecho a conocer los datos de sus evaluaciones personales, con las limitaciones reglamentariamente establecidas». No puede afirmarse, en el presente caso, que se haya producido indefensión al solicitante de amparo por la existencia de los informes reservados a que se hace referencia. Y ello toda vez que el recurrente ha podido conocer dichos informes en vía jurisdiccional, donde ha podido rebatir ampliamente los juicios en ellos establecidos».*

Y también hace referencia a este problema la STC 97/93 de 22 de marzo (58), aunque de modo tangencial, puesto que habiendo alegado el recurrente en amparo indefensión por desconocimiento de los informes previos negativos emitidos sobre él, el TC declara que «estos informes figuran en el proceso y fueron conocidos por el Tribunal a través de un certificado en extracto de los mismos, dando ocasión al recurrente de alegar sobre la existencia y alcance de los mismos». De este modo, todavía no se ha abordado ningún caso en que se haya producido una absoluta opacidad en la revisión jurisdiccional de la actividad evaluadora de la

---

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...».

Criterio este que se refleja nuevamente en la sentencia de la misma Sala de 5 de diciembre de 1995, en la que leemos:

«En su momento se expusieron las razones por las que no procedía la reclamación de documentos que tenían la consideración de clasificados, por estimar que era aplicable la normativa establecida por la Ley de Secretos Oficiales».

(58) Ampliamente comentada por PEÑARRUBIA IZA, J.: «El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar», RAP 133, enero-abril 1994, págs. 287 y ss.

Administración Militar, ya que en los recursos planteados ante este Tribunal siempre ha existido un conocimiento —siquiera mínimo o «en extracto»— de aquellos informes, que se ha considerado suficiente para evitar la producción de indefensión.

Así las cosas, en esta materia se hace particularmente necesaria una actitud positiva y definida de «lucha por el Derecho», orientada a extraer de nuestro Ordenamiento Jurídico todas las posibilidades que ofrezca, en orden a procurar una efectiva tutela judicial de los derechos e intereses de los militares. De entrada, hay que recordar, siguiendo a Peñarrubia, que «la ley sustrae del conocimiento de estos informes en vía administrativa pero no en la jurisdiccional» (59). No hay en la Ley 17/89 ningún obstáculo para el pleno control jurisdiccional de este tipo de actividad de la Administración, y si tal obstáculo existe, es únicamente por aplicación de la vigente Legislación sobre secretos oficiales.

Llegados a este punto, las recientes y relevantes sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 sobre los llamados «papeles del CESID» (60) han sentado el criterio de que la calificación de una determinada información como secreta o reservada por parte del Gobierno no constituye una «última palabra» de imposible fiscalización, sobre la que los Tribunales de Justicia estén forzosamente obligados a estar y pasar. Al contrario, la doctrina sentada en estas sentencias permite afirmar que los Tribunales —aun con toda la «prudentia iuris» exigible en estos casos— pueden revisar y controlar desde parámetros estrictamente jurídicos hasta qué punto la clasificación genérica, global y exhaustiva como «materia reservada» de todas las evaluaciones del personal militar responde verdaderamente a los propósitos y finalidades que deben presidir la clasificación de una información conforme a la Ley de secretos oficiales. Pues si resulta posible justificar esa calificación cuando se trata de determinar el ascenso al Generalato (61), es en cambio ridículo —salvo casos muy pun-

---

(59) «Las clasificaciones del personal militar...» cit., pág. 227. Desde luego, difícilmente pudiera defenderse la constitucionalidad de una Ley que «ope legis» pretendiera sustraer una actuación de la Administración del conocimiento por los Tribunales, cuando tal actuación incide directamente sobre los derechos e intereses de los administrados, como en este caso ocurre.

(60) Que ya han sido objeto de comentario por nuestra doctrina. Vid. LOZANO, B.: «El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID»; REDA 94, abril-junio 1997, págs. 255-286.

(61) Aunque no deje de ser discutible. Resulta, en verdad, un tanto exagerado afirmar que la seguridad y defensa del Estado está ligada a que los Coroneles no accedan al conocimiento de sus evaluaciones. ¿De verdad puede sostenerse sin caer en el esperpento que la información que en esos expedientes se maneja es siempre y en todos los casos tan

tuales— tratar de amparar bajo el «secreto de Estado» la actividad evaluadora de la Tropa profesional o los Cuadros de Mando intermedios.

Compete pues a los Tribunales velar por la efectiva protección de los derechos profesionales de los militares, discutiendo caso por caso —si fuera preciso— cualquier intento por parte de la Administración de sustraer de su conocimiento los materiales que hayan servido de soporte o fundamento para la adopción de la resolución administrativa objeto del recurso, y reclamando —cuando esa justificación no exista— la aportación al proceso de todo el expediente administrativo, incluida esa documentación genéricamente clasificada como «reservada».

#### 4.3. LOS SISTEMAS DE ASCENSOS

Las deficiencias que se acaban de apuntar se proyectan de modo especialmente intenso sobre la regulación de una cuestión primordial de la carrera militar, cual es la ordenación de los sistemas de ascenso al empleo superior. La regulación de los sistemas de ascenso en la Ley 17/89 se enfrentó a un problema tradicionalmente polémico como es la determinación de hasta dónde pueden acordarse los ascensos con base en criterios de pura antigüedad, y a partir de cuándo pueden introducirse valoraciones que corrijan o desplacen a la antigüedad como factor exclusivo de otorgamiento y concesión de esos ascensos (62). Ya en el siglo pasado señalaba Almirante, en su célebre «Diccionario militar» (63), que el razonamiento y la experiencia concurren a proscribir para un Ejército entero la antigüedad rigurosa, aplicable, todo lo más, a pequeñas agrupaciones; pero desechada esta base, «estamos perdidos: caemos en el laberinto de innumerables curvas que se llama elección: por más que busquemos compensaciones, paliativos y temperamentos, por algún lado se abrirá una rendija, que pronto se convertirá en brecha, por la cual subirán al asalto la intriga, el nepotismo, la injusticia, la osadía, burlándose de esas trincheras y cortaduras de legalidad tan artificiosamente escalonadas» (64). Para superar esta antinomia, proponía Almirante una solución que calificó como

---

delicada y confidencial que de ella depende la salvaguardia de la Seguridad Nacional? ¿No se trata más bien de que el Poder busca procurarse «manos libres» en este tema, buscando la elusión de todo control jurisdiccional?

(62) Sobre los problemas que crea dar preferencia a uno u otro sistema, vid. el muy interesante trabajo de A. LIBERAL LUCINI: «Sistemas de ascensos», Revista «Ejército», n.º 627, abril 1992, págs. 6-14.

(63) Recientemente reeditado —en 1989— por el Ministerio de Defensa.

(64) Op. cit., pág. 96.

«directa, fecunda, radical: el concurso», mediante un examen detenido, público e imparcial de los méritos de los aspirantes al ascenso (65).

En el periodo posterior a la aprobación de la Constitución, y sobre la base de los numerosos antecedentes legislativos que la habían precedido a lo largo de este siglo, se aprobó la Ley 48/81 de 24 de diciembre, sobre ascensos en el Ejército de Tierra (66). Ahora bien, durante la tramitación parlamentaria de dicha Ley se sucedieron diversas intervenciones que reclamaban una regulación uniforme en esta materia para el personal militar profesional (67), que finalmente se produjo en la Ley 17/89.

En efecto, durante los debates parlamentarios habidos con ocasión de la tramitación de esta Ley, fue uno de los puntos centrales del debate la determinación de hasta dónde debía llegar cada uno de los tres sistemas de ascenso previstos en la ley: antigüedad, elección y selección (un sistema intermedio entre los dos anteriores, en el que parte de las vacantes para el ascenso a un empleo se dan a la antigüedad y parte a la selección en función —dice la Ley— de los méritos profesionales) (68). Finalmente se restringió la antigüedad a los empleos iniciales de la carrera militar, introduciendo (arts. 81 a 87) un factor de discrecionalidad (técnica, si se quiere emplear esta dudosa terminología) en los ascensos correspondientes a los empleos intermedios, y configurando una absoluta discrecionalidad para los empleos superiores.

---

(65) «Aplicad al ascenso y recompensa el examen científico, detenido e imparcial ; el certamen público y caballeresco. Cuando haya un puesto que ocupar anúnciese por carteles; y ya veréis como, rompiendo por entre la apiñada muchedumbre de de tímidos expectadores, saltan al palenque hombres de frente levantada y corazón ávido de gloria, torpes y flojos en las luchas de antesala, pero serenos y fuertes a la luz del sol, en campo abierto, donde la justicia preside en alto y visible tablado; donde el aplauso corona al vencedor, y queda también para el vencido la simpatía respetuosa que siempre escita el valor desafortunado»\_ (op. cit., pág. 96)

(66) Sobre los referidos antecedentes y dicha Ley vid. MUÑOZ ALONSO, J.M.: «Ascensos en el Ejército de Tierra»; REDM 44-50, 1987, págs. 59 y ss. Es igualmente de gran interés el estudio anteriormente citado de PASCUAL GARCÍA BALLESTER «Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las Fuerzas Armadas».

(67) En este sentido se manifestó el portavoz del grupo parlamentario Socialistas Vascos, Sr. MÚGICA, siendo apoyado por el resto de los parlamentarios socialistas en la votación de la correspondiente enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley. Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, n° 177, 17 de junio de 1981, págs. 10631-10632.

(68) Así, mientras el grupo Parlamentario Izquierda Unida propugnaba dar primacía al sistema de selección, el Grupo Popular proponía un reforzamiento de la antigüedad. Al final, el sistema aprobado quedó, de algún modo, situado entre ambos extremos, aunque restringiendo significativamente el papel de la antigüedad respecto de la legislación precedente. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (comisiones), año 1989, núm. 450 y 455, sesiones celebradas los días 25 y 27 de abril de 1989.

Esta regulación, indudablemente bien intencionada (en cuanto que pretendía introducir estímulos para el perfeccionamiento profesional, al superar la mera consideración de la antigüedad), merece, no obstante, dos serios reparos: el primero, que dada la opacidad del proceso de evaluación y clasificación previo al ascenso, las más de las veces resulta imposible en la práctica conocer las verdaderas razones que determinan el orden de los ascendidos, con la consiguiente dificultad (o mejor, imposibilidad práctica) para la impugnación jurisdiccional de las resoluciones correspondientes, que determina una verdadera indefensión para los militares: y el segundo, que según va demostrando la experiencia (ahora que han pasado varios años desde que el sistema se comenzó a aplicar), parece claro que la consideración de estos factores discrecionales se introduce demasiado pronto en la carrera militar, dando pie no a una mayor autoexigencia (verdaderamente complicada si se tiene en cuenta que ni siquiera los ascendidos por este sistema conocen con certeza —más allá de las especulaciones— las verdaderas razones determinantes de su selección) sino, por el contrario, a un aumento de comportamientos de tipo clientelar, empeorados por la carencia de cualquier tipo de motivación en los Acuerdos que se adoptan sobre este tema (69).

Y ciertamente, nada ayuda al logro de una eficaz fiscalización de la actuación de la Administración militar en estos temas, la constante actitud de los Tribunales de Justicia, que cuando entran al enjuiciamiento de la cuestión debatida en los recursos planteados sobre estos temas, dan por buena la negativa de la Administración (con motivo de la remisión del expediente para la formalización de la demanda, o una vez presentada esta, en el momento del periodo probatorio) a entregar la documentación administrativa «legalmente clasificada» que sirve de base a los ascensos por selección y elección, imposibilitando de esta forma a los recurrentes la articulación de sus recursos.

---

(69) Muy tajantes son, a este respecto, las consideraciones de A. LIBERAL LUCINI: «No comprendo cómo la Ley reguladora del régimen del personal militar profesional fue aprobada y, si no recuerdo mal, consensuada pues, aunque tiene algún aspecto interesante, estimo que algunos puntos son muy criticables. Me limitaré, por falta de espacio, a comentar uno solo que me parece especialmente grave: el de los ascensos por elección en los empleos de Comandante y Teniente Coronel. Ascensos de este tipo en empleos tan bajos, en vez de estimular, desmoralizan y deforman los comportamientos éticos y profesionales. Por su efecto contraproducente y por la sensibilidad del tema aconsejaría que se reconsiderase a la mayor brevedad porque tengo la impresión de que ya empiezan a notarse sus consecuencias» («El lunar de la reducción presupuestaria», artículo publicado en el Diario ABC correspondiente al día 28 de octubre de 1992).

Sobre estas cuestiones, vid., por todas, la reciente sentencia de la Sala III (sección 7ª) del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998.

#### 4.4. EL MODELO RETRIBUTIVO

El sistema de retribuciones, tan importante para la articulación de una verdadera carrera administrativa, es tal vez, desde una perspectiva puramente técnica, el peor diseñado de esta ley. El descontento que ha provocado entre los militares queda acreditado por el hecho notorio ( y por tanto no necesitado de prueba) de que su desarrollo reglamentario ha provocado un aluvión de impugnaciones ante los Tribunales de Justicia del orden contencioso-administrativo con miles de recursos, que han pasado a duras penas (y con resonados votos particulares discrepantes) el juicio de legalidad.

La ley 17/89 parte del prejuicio absurdo de tratar de establecer un sistema de retribuciones básicas y complementarias con la misma terminología que la Ley 30/84, y así configura junto a las retribuciones básicas, los complementos de destino y específico (a los que se añaden en un alarde de imaginación los específicos singulares y los de dedicación especial). Ahora bien, como es imposible adaptar un esquema de retribuciones por puestos de trabajo a una Administración tan jerarquizada por categorías como la militar, los complementos retributivos se desnaturalizan en seguida, pasando a establecerse en función del empleo (categoría) militar. De este modo, la terminología legal sólo induce a confusión: el complemento de destino de un militar (complemento de categoría) nada tiene que ver con el de un civil (complemento de puesto de trabajo), salvo su misma denominación.

Inmediatamente se aprecia el sinsentido de establecer dos complementos (el de destino y el específico) que se determinan en atención a la misma circunstancia: el empleo militar. ¿Por qué no refundirlos en un único concepto retributivo «por razón del empleo»? Y no se diga que el específico retribuye la mayor dedicación, responsabilidad o peligrosidad, porque entonces el absurdo llega todavía más lejos, si se tiene en cuenta que muchos suboficiales perciben un específico igual o mayor que, v.gr., un Oficial del Cuerpo Jurídico con empleo de Teniente o incluso Capitán y en el pleno ejercicio de su función de asesoramiento. No puede sostenerse seriamente que con carácter general un Subteniente tenga mayor responsabilidad y conocimientos técnicos que un Oficial artillero, médico, interventor o ingeniero. Bastaría con establecer un componente retributivo general en función del empleo militar, junto con otro específico (público y por ello conocido) en función del destino desempeñado, considerando su mayor penosidad o responsabilidad, sin mimetismos imposibles con el sistema retributivo de los funcionarios civiles.



En fin, no puede dejarse de hacer una mención al hecho de que en el Ministerio de Defensa y Organismos autónomos del Departamento los militares perciben las retribuciones establecidas en la relación de puestos de trabajo, es decir, por el puesto que desempeñan y no por su empleo militar, (70) lo que en la práctica redundaba en unas retribuciones en el Organismo central significativamente mayores que las que se obtienen en los Ejércitos. Visto que este resultado era totalmente contraproducente, por estar primando los destinos burocráticos sobre los operativos, se ha tratado de enmendar mediante Circulares internas, nunca publicadas, que tratan de establecer correlativos entre los niveles de puestos de trabajo y los empleos militares. Y así, se dice que un Capitán sólo puede ocupar puestos de nivel 24 ó muy excepcionalmente 26, que un Teniente en ningún caso puede pasar del 24, o que un Comandante a lo más que puede aspirar, y en muy contadas ocasiones, es a un 28, pues el nivel 26 es el que generalmente le corresponde. El remedio ha sido peor que la enfermedad, y así ocurre que los militares destinados en el Ministerio conviven a diario con funcionarios civiles (cada vez más numerosos) de cualificación inferior pero con niveles retributivos y retribuciones netas muy superiores. No se olvide, en este sentido, que un funcionario civil de grupo A suele ingresar al menos en el nivel 24, y en pocos años la experiencia demuestra irrefutablemente que llega a alcanzar sin mayores problemas el nivel 26 ó 28. En cambio, para los militares, esos niveles sólo se consiguen después de muchos años de una carrera plagada de sacrificios. De este modo, sucede frecuentemente, v.gr., que Capitanes del Cuerpo Jurídico, de Intervención o de Intendencia con nivel 24 trabajan a diario con funcionarios del Cuerpo de Gestión (grupo B) con nivel 26. La dis-

---

(70) Esta concreta cuestión acredita mejor que ninguna otra la desorientación con que los inspiradores de la Ley abordaron la materia de las retribuciones. En una entrevista concedida a la «Revista Española de Defensa» (editada por el propio Ministerio, y por ello cauce de expresión de sus Autoridades políticas) por el entonces Subsecretario del Departamento (Marzo de 1988), señalaba este que se intentaría aplicar en el Departamento de un modo gradual el sistema retributivo funcional civil, «empezando por la parte menos operativa y más administrativa, es decir, por el núcleo central del Ministerio»; y ante la objeción de que ello pudiera suponer una prima de los destinos burocráticos respecto de los operativos, contestaba: «La razón que justifica esta acción es una mayor facilidad en estas áreas para aplicar claramente un esquema conceptual más semejante al de la función pública civil que en un Departamento o en una determinada Unidad»; para terminar manifestando que estudiarían la aplicación del nuevo sistema en el Organismo central y «si resulta oportuno lo iremos extendiendo de forma paulatina, si bien no descarto una reforma de la legalidad, aunque no se puede concretar aún ningún aspecto» (pág. 9)». Al fin y a la postre, lo que era una medida provisional, formulada a modo de ensayo, ha devenido, sin mayores explicaciones y por la fuerza de los hechos consumados, firme y estable, tal y como es acrisolada costumbre en nuestra nación.

criminación es tan notoria e injustificable que no hace falta ningún comentario adicional.

Aquí se hacen singularmente patentes las consecuencias que ha acarreado el desprecio de los «valores institucionales» de las Fuerzas Armadas. Los militares (a quienes se repite constantemente que son «ciudadanos de uniforme» que deben integrarse con el resto de la sociedad en condiciones de igualdad), tienen clara conciencia de que no se les trata igual que a los demás ciudadanos; al contrario, están mucho peor pagados que los funcionarios civiles que realizan cometidos homólogos. Ante estado de cosas, y visto que el «espíritu de servicio» —como elemento motivador que impulsa al cumplimiento del deber— ha sido demolido, no es de extrañar que, cada vez más, se corra el peligro de que entre en juego una «Ley retributiva» de inexorable cumplimiento: que el militar valore, mida o tase su propio trabajo, y si llega a la conclusión de que no se le retribuye suficientemente conforme a esta tasación, reduzca su laboriosidad proporcionalmente. Dicho sea en términos coloquiales, «tanto me pagan, tanto trabajo»; estimación que, además, se realiza «a la baja», es decir, ajustando el rendimiento en el umbral crítico de tolerancia, o sea, en el nivel justo para cubrir las apariencias sin ser reconvenido o sancionado por los Mandos (71). De ahí a un Ejército apático y desmoralizado sólo hay un paso, pues es cierto que en un Ejército con unos valores institucionales sólidamente enraizados, hay factores emotivos que impulsan al mayor esfuerzo y dedicación en el servicio, por encima de unas condiciones materiales de trabajo siempre más onerosas que las propias de otras ocupaciones; pero si esos factores emotivos se expulsan (tildándolos de reaccionarios o trasnochados), sólo queda un insufrible agravio comparativo respecto de los empleados públicos civiles.

#### 4.5. LA REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS, Y LA AUSENCIA DE SISTEMAS DE COMUNICACIÓN Y TRASVASE A LA FUNCIÓN PÚBLICA CIVIL.

La regulación de las situaciones administrativas (arts. 96 a 103) se articula en condiciones sumamente gravosas par los militares por relación con las de los funcionarios civiles. Parada Vázquez se ha referido expresamente al ejercicio de actividades políticas (72). Pero también merece un

---

(71) Vid. en este sentido, NIETO, A.: «La nueva organización del desgobierno». Ariel, 1996, págs. 164-165.

(72) Op. cit., pág. 64

comentario especial, por su incidencia en la carrera profesional, la regulación de la excedencia voluntaria por haber accedido a otro Cuerpo o Escala de las Administraciones Públicas, o para fines particulares, cuya obtención está supeditada —sobre la base de la amplísima habilitación legal del art. 100— por el RD 1385/1990, de situaciones administrativas del personal militar profesional, al cumplimiento de periodos de servicios efectivos, variables para los distintos Cuerpos y Escalas, pero en todo caso desmesurados. La razón de ser de este estado de cosas no es desconocida para nadie: con ella se trató, en su momento, de evitar la fuga de pilotos militares a las compañías aéreas privadas (73). El problema reside en que por extensión, y sin fundamentación alguna más allá de la puramente retórica, se aplicó una medida similar para todos los militares del resto de los Ejércitos, Cuerpos y Escalas, con una intensidad y rigor que no aparece de ninguna manera justificado, ni por las necesidades del servicio (en un momento en que el problema reside precisamente en qué hacer con el excedente de personal), ni por el coste de formación (que si en unos casos es elevado, en otros es enteramente similar al de los funcionarios civiles para los que estas servidumbres no se establecen).

En este concreto punto, y a pesar de los pocos años transcurridos, la Ley se ha quedado profundamente anticuada. Si hace años se trataba de evitar que los militares abandonasen el servicio en las Fuerzas Armadas, por considerarse imprescindible su permanencia en el servicio activo, ahora el problema es justamente el inverso: literalmente, no se sabe qué hacer con la gran cantidad de militares que sobran, dada la progresiva reducción de Unidades, Centros y Organismos. Hasta ahora, se había recurrido a la llamada «reserva transitoria» para solucionar este problema (74), pero las limitaciones presupuestarias han determinado el abandono

---

(73) Sobre esta concreta cuestión son de gran interés las reflexiones de J. DE LA CRUZ FERRER en «Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del Ejército del Aire»; REDA 71, julio-septiembre 1991, págs. 3898-400. En sentido crítico hacia la regulación de la Ley, BALADO-RUIZ GALLEGOS, M.: «El acceso a la función militar» cit., págs. 1652-1655. DÍAZ ROCA, R.: «La posible inconstitucionalidad de los artículos 65.1.a) y 100.1.a) de la Ley 17/89 de 19 de julio», en VV.AA.: «La jurisdicción militar», CGPJ, 1992, págs. 261-278.

(74) Como es sabido, el pase a esta situación, que implica el cese definitivo en el servicio activo, se realiza en condiciones muy ventajosas, pues a quienes pasan a la misma se les garantiza la percepción de las retribuciones netas íntegras correspondientes a su empleo militar y a la situación de actividad, la obtención de un ascenso, y la compatibilidad para el ejercicio de profesiones privadas. Una descripción de esta situación administrativa en MUÑOZ ALONSO, J.M.: «Derecho Administrativo militar», Madrid 1989, Tomo II, págs. 180 y ss.

de esta opción, ciertamente escandalosa en un país con muchos miles de desempleados.

En realidad, la solución a este problema no es difícil y desde luego no es nueva: establecer cauces de comunicación, intercambio o trasvase con la función pública civil. Sin ir más lejos, y aunque podríamos remontarnos al siglo pasado, en el presente siglo se aprobaron con tal motivo Leyes como la de 17 de julio de 1958 (la llamada «ley de destinos civiles»), con el objetivo de canalizar hacia la Administración Civil los excedentes de la Militar. Actualmente sería la solución más sensata y económica, pues parece claro que, v.gr., los médicos militares pueden prestar servicio sin problema alguno en las Instituciones sanitarias de la Seg. Social, contribuyendo a agilizar la eliminación de las «listas de espera» crónicas en nuestro sistema de salud; los Oficiales del Cuerpo Jurídico pueden integrarse en el Servicio Jurídico del Estado, tan necesitado de personal (75), o en la Carrera Judicial, agobiada sobre todo en el Orden contencioso-administrativo por un atasco insostenible; los Interventores e Intendentes pueden encuadrarse sin problemas en los servicios de Administración, Contabilidad y Control del Gasto, coadyuvando a que aumente la transparencia de la actuación de la Administración y se eliminen formas de corrupción como las que han protagonizado la vida política de los últimos años; los militares de las «Armas» pueden aportar su formación y experiencia para articular unos servicios de protección civil verdaderamente eficaces y operativos que afronten las catástrofes naturales que por desgracia se suceden periódicamente en nuestra Patria, etc. Si el establecimiento de estos cauces de trasvase o comunicación entre la Administración civil y la militar es oportuno, económicamente rentable y eficaz, ¿Por qué no se hace?

---

(75) No se trata de que a los Auditores se les regale la integración en el Cuerpo de Abogados del Estado. Sin necesidad de llegar a este extremo —que muy difícilmente sería tolerado por los miembros de este último Cuerpo— se pueden articular fórmulas imaginativas de integración funcional, que por otra parte son convenientes y oportunas. Puede, en este sentido, reflexionarse sobre la siguientes consideraciones de Alejandro Nieto: «Los Abogados del Estado son juristas de gran altura y de una experiencia notable: parece, por tanto, que son las personas más idóneas para defender a la Administración. Y sin embargo, su actuación es, con frecuencia, desastrosa por distintas razones: primera, por falta de tiempo, abrumados por los centenares de asuntos que tienen entre manos, y que les obligan a contestar con trivialidades..., con lo cual resulta que el Estado, que se ahorra uno en el sueldo de sus defensores, pierde cien en las condenas que ha de soportar por estar mal defendido, ya que no hay cabeza que soporte el estudio y la dirección de tantos pleitos acumulados» («la nueva organización del desgobierno» cit., págs. 190-191

## 5. RECAPITULACIÓN. EL OCASO DE LA CARRERA MILITAR

Muchos otros aspectos de la Ley 17/89 podrían haber sido objeto de comentario (v.gr., la supresión inexplicable de las tradicionales «Armas» del Ejército de Tierra (76), o la ambigua configuración de los llamados Cuerpos Comunes (Jurídico, Intervención, Sanidad y Músicas (77), etc.) . Basten los ya examinados para concluir que la carrera militar, tal y como ha sido diseñada en la Ley de la Función Militar y en sus reglamentos de desarrollo, es más bien una carrera de obstáculos sin una meta definida. Quien ingrese en las Fuerzas Armadas debe saber que los ascensos se rigen cada vez más por criterios subjetivos y opacos, que las evaluaciones periódicas sobre las que girará toda su carrera le serán desconocidas incluso en el caso de que las impugne, que la asignación de los destinos relevantes es discrecional, que sus retribuciones serán claramente inferiores a las del resto de los servidores públicos, y que en el contexto social en que vivimos ni siquiera tendrá garantizada la existencia de vacantes donde desarrollar su función (cuestión distinta es la creación o mantenimiento de vacantes ficticias, que sostienen la apariencia de un destino pero carecen de cualquier contenido funcional consistente).

## 6. PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA

La superación de esta poco halagüeña perspectiva pasa necesariamente, ante todo, por recuperar los valores institucionales de los Ejércitos. Es evidente que la profesión militar, por sus propias características, no puede competir en términos estrictos de mercado con las ocupaciones civiles: estas ocupaciones siempre serán más llevaderas, menos sacrificadas y mejor retribuidas. Precisamente por ello, deben fomentarse los elementos o medios de motivación que permiten superar esa desfavorable posición de partida, tales como el compañerismo, la unidad, el legítimo orgullo de ser militar, el respeto y cultivo de las tradiciones, la lealtad de los inferiores hacia los superiores pero también de estos hacia aquellos, o el sentido del deber; y simultáneamente debe incentivarse en la sociedad el respeto

---

(76) Vid., al respecto, PARADA VÁZQUEZ, R.: «Modelos de función pública y función pública militar» cit., págs. 55-56.

(77) La Ley dejó al personal de estos Cuerpos —al separarlos de los Ejércitos en que estaban incardinados y convertirlos en «burócratas del Ministerio vestidos con uniforme militar»— en «tierra de nadie», pues los militares de las «Armas» (siguiendo la tradicional terminología militar) los ven, con un cada vez mayor recelo, como extraños, y sin embargo para el personal civil son unos atípicos militares pero militares al fin y al cabo.

y aprecio por las misiones y cometidos de las Fuerzas Armadas. Los militares no tienen Sindicatos que les defiendan. Como dice el art. 181 de las Reales Ordenanzas, es el Estado el que vela por sus intereses. Por esta razón, el Estado no puede permanecer impasible o indiferente ante los constantes ataques que sufren los militares como personas y las Fuerzas Armadas como Institución, que se desarrollan en la mayor impunidad sin que, al parecer, nadie se moleste en ponerles coto.

Mientras esta regeneración institucional no se produzca, los esfuerzos por articular una carrera militar atractiva serán estériles. Una profesión tan exigente como la militar no puede resultar estimulante si esos factores institucionales no se salvaguardan. Sorprende, por ello, que las campañas que en los últimos tiempos se suceden para captar aspirantes para el Ejército profesionalizado se realicen con el argumento fundamental de que en las Fuerzas Armadas se consigue un trabajo y por tanto un sueldo. Ciertamente, la salida del desempleo es un importante incentivo, pero si no se acompaña de una motivación en el sentido expuesto, el Ejército estará integrado por un gran colectivo de descontentos e inadaptados para los que la jerarquía, la disciplina, y las limitaciones de derechos inherentes a la vida militar resultarán difícilmente soportables.

Simultáneamente, y en estrecha relación con lo que se acaba de señalar, no puede mantenerse un modelo de carrera difícilmente identificable bajo el prisma de los principios constitucionales de mérito y capacidad, en cuanto que regido fundamentalmente por el subjetivismo y la discrecionalidad, que, como demuestra la experiencia, son la puerta de entrada a la arbitrariedad. No puede mantenerse un sistema en el que dos aspectos esenciales de la carrera como son los ascensos y la asignación de destinos no se rigen por criterios objetivos. No puede admitirse la absoluta opacidad de las evaluaciones, que deja a los militares indefensos ante abusos e injusticias. No puede continuar una política de fijación de plantillas inestable e incluso volátil, que imposibilita cualquier prospectiva o planificación de la carrera.

Y desde luego, nada puede ayudar a solucionar las cosas la posibilidad que, al parecer, se maneja en el Anteproyecto de nueva Ley de la Función Militar que actualmente se encuentra en proceso de elaboración, de extender los ascensos por selección (camuflados bajo el eufemismo de «antigüedad con reordenación de promociones») a un periodo inicial de la carrera militar como es el ascenso de Capitán a Comandante. O la sorprendente alternativa que —por lo que se ve— se baraja, consistente en articular sistemas de «petrificación» en el empleo militar, vedando la posi-

bilidad de ascender al empleo superior no ya por selección sino incluso por simple antigüedad, y no como consecuencia necesaria de una evaluación negativa que indique un comportamiento negligente o desfavorable. Tales medidas, si finalmente se aprueban, pueden ocasionar un daño irreparable a esta ya maltrecha carrera militar (78).

---

(78) Sirvan para la reflexión, en este sentido, las palabras con que FAUSTO VICENTE GELLA —en la presentación del segundo tomo de las memorias de un gran español y un gran Auditor como fue D. EUGENIO VEGAS LATAPIÉ— describe lo que era un Cuerpo de funcionarios tan prestigioso como es el de Letrados del Consejo de Estado:

«El Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, tal como yo lo recuerdo, era una gran familia. El sistema de escala cerrada; la circunstancia de que no pudieran ser premiados unos de sus miembros en detrimento de otros, determinaba el que no se viera empañada una profunda estimación mutua. De ahí que el aire que se respiraba en el seno de la carrera estaba lleno de tolerancia y flexibilidad, hasta el punto de que si alguien, desde dentro del Cuerpo o desde fuera con posibilidades de influir sobre aquel, hubiera intentado comprometer tales valores, sus propensiones o proclividades hubieran quedado automáticamente corregidas por el ambiente y la luz de la razón de cada uno.

Conocíamos los Letrados la medida de nuestras limitaciones, pero el peso de la jerarquía era imperceptible y la disciplina muy leve, pues se puede decir que nada añadían aquella y esta a los deberes que una conciencia sana impone a la conducta propia».

(VEGAS LATAPIÉ, E.: «Los caminos del desengaño. Memorias políticas [II] 1936-1938». Ed. tebas, 1987, pág. 17).

Cuando los valores institucionales están enraizados, no hacen falta tantas evaluaciones, ni tantos filtros, ni tanto subjetivismo, ni tanta discrecionalidad. Volvamos a los orígenes, que no por ser antiguos resultan necesariamente inservibles.

# EL DICTAMEN CONSULTIVO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA LICITUD DEL ARMA NUCLEAR

José Luis Rodríguez-Villasante Prieto  
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado,  
Auditor Presidente del Tribunal Militar Central.  
Director del C.E.D.I.H. (Cruz Roja).*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SOMETIMIENTO DEL ARMA NUCLEAR A LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL.—III. LA AUSENCIA DE UNA PROHIBICIÓN UNIVERSAL Y COMPLETA DEL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES.—IV. LA UTILIZACIÓN DEL ARMA NUCLEAR Y EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. A. El Derecho de la guerra. 1. Consideraciones generales. 2 La Declaración de San Petersburgo. 3. El Reglamento sobre Leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya (1899-1907). 4. El Protocolo de Ginebra de 1925. 5. La cláusula Martens. 6. La Convención de 1980 sobre armas convencionales. 7. Los Convenios sobre armas biológicas de 1972 y armas químicas de 1993. 8. Los Convenios internacionales para la protección de los Derechos Humanos. 9 La prohibición del genocidio. 10. Conclusiones críticas. B. El Derecho Internacional Humanitario. 1. Determinaciones previas. 2. El Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y el empleo del arma nuclear. C. La utilización de las armas nucleares y el derecho de la neutralidad.—V. CONCLUSIONES. A. Desde el punto de vista doctrinal. B. El difícil equilibrio del Dictamen Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia: ¿Confirmación del reglamento de un club de suicidas?

## I. INTRODUCCIÓN

Quizás sea acertado comenzar este trabajo con la cita, una vez despedada de la hipérbole, de M. Koroma (1) que considera la cuestión sobre «la

---

(1) M. Koroma, opinión disidente formulada al Dictamen Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre «La licitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares». Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non Official pour Publication Inmediate», nº 96/23, p. 10.



amenaza o empleo de armas nucleares» como el problema más importante que se presenta hoy a la humanidad. Y ello porque, como escribió G.E. do Nascimento e Silva, el problema más crucial con que se enfrenta la comunidad internacional reside en el peligro de una guerra nuclear (2). Aún más: el verdadero mal reside no en el uso de las armas, sino en su misma posesión (3) o existencia.

Incluso se ha llegado a predecir que la combinación de falibilidad humana y armas nucleares llevará inevitablemente a la destrucción nuclear. Por ello, en la medida que sea alcanzable, debemos procurar volver a un mundo no nuclear (Robert S. McNamara, Ex-Secretario de Defensa de EE.UU.).

Es evidente que hoy una guerra nuclear, pese a los esfuerzos por limitar sus efectos, podría conducir a la destrucción de la humanidad o —cuanto menos— producir consecuencias catastróficas para buena parte de nuestra civilización. Por eso pudo decir M. Pérez González (4) que para el jurista es inexcusable plantearse la cuestión de la licitud o ilicitud del recurso al arma nuclear (e incluso de su posesión) desde el punto de vista del derecho de gentes, enriquecido hoy con la prohibición general de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (art. 2.4. de la Carta de las Naciones Unidas).

H. Meyrowitz (5) se pregunta por qué las armas nucleares son un problema para el Derecho de la Guerra, respondiendo que tal armamento tiene una naturaleza radicalmente diferente a los medios de destrucción clásicos regulados por el derecho tradicional de la guerra. Ello ha llevado a algunos autores a la rechazable conclusión de que la profunda alteridad

---

(2) B.E. DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação nuclear e o Direito internacional», p. 877.

(3) Roger FISHER, «Enforcement of Disarmament», Proceedings of the American Society of International Law, 1962.

(4) Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme en la era nuclear: Datos jurídico-políticos», en «Anuario Jurídico», X, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p.360. Ver también el trabajo inédito de Eduardo MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas sobre la guerra A.B.Q. (atómica, biológica y química) y su influencia en la logística», Tesis presentada en la Escuela Superior del Ejército, Escuela de Mandos Superiores, Diciembre de 1985. Enrique JIMÉNEZ ASEÑO, «Crimen y castigo de la devastación atómica o de la guerra ABC», en Revista Española de Derecho Militar (REDEM) nº 9, Enero-Junio 1960. Leandro RUBIO GARCÍA, «La guerra nuclear: Moral, derecho y política de la época atómica», en la REDEM, nº 20, Jul-Dic-1965.

(5) Henri MEYROWITZ, «Les armes nucléaires et le Droit de la guerre», en «Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead», Essays in Honor of Frits Kalshoven, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1991, pp. 297 y ss.

de las armas nucleares, su esencia, sus desproporcionados efectos destructores y los intereses en juego en una guerra nuclear, colocan estas armas fuera del ámbito de aplicación del derecho. Más que un problema antijurídico sería una cuestión metajurídica, donde tienen la palabra — muchas veces para desorientar a los juristas— los militares, politólogos, estrategas, filósofos, moralistas o especialistas en relaciones internacionales.

Desde antiguo algunos autores (Quincy Wright y Paul de Visscher en 1959) propusieron abandonar la regulación de la guerra total en que hubieran de emplearse armas termonucleares, postura que fue enérgicamente rechazada por J.A. Pastor Ridruejo (6) quien razonó que, desde el momento en que la guerra total cobra un cierto sentido en relación con el bien común de la comunidad internacional, son posibles juicios de valor éticos y jurídicos sobre ella, de forma que la guerra total debe ser regulada pues no hay que olvidar que los juicios de valor positivados por los poderes normativos tienen más posibilidades de eficacia que los que presentan una simple validez ética.

El 5 de septiembre de 1945, unos días después del empleo por primera vez (y esperemos que última) de la bomba atómica que destruyó Hiroshima y Nagasaki, el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) (7) dirigió una Circular a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja, bajo el título «El fin de las hostilidades y las futuras tareas de la Cruz Roja». En ella, de forma realista pero llena de pesimismo, se afirmaba la profunda modificación del Derecho internacional en su expresión clásica recogida en los Convenios de Ginebra y de la Haya: «Se ve sobre todo que, a causa de los progresos de la aviación y de los efectos siempre mayores de los bombardeos, las discriminaciones hechas hasta entonces respecto a categorías de personas que deberían gozar de una protección especial —principalmente la población civil respecto a las fuerzas armadas— se vuelven prácticamente inaplicables». En cuanto a la nueva arma atómica, se preguntaba el C.I.C.R. sobre la esperanza de ver a las Potencias renunciar totalmente a la misma, tenerla en reserva como última garantía contra la guerra y como medio de salvaguardar un orden justo. La guerra totalitaria, finaliza el documento, puede significar el

---

(6) José Antonio PASTOR RIDRUEJO, «El derecho actual y de la guerra y sus perspectivas», en «Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra», Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Valladolid, 1961, p. 269. Ver también, del mismo autor: «La protección a la población civil en tiempo de guerra», Zaragoza, 1959, pp. 227-301.

(7) Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 136, Julio-Agosto 1996, pp. 538 y 539.

derrumbamiento de los principios en que se basa el Derecho internacional que tiende a la protección física y espiritual de la persona. «Y si se niega a la persona humana su valor y su dignidad, la guerra irá irresistiblemente a destrucciones sin fin, ya que el espíritu del hombre, que se apodera de las fuerzas del universo, parece, por sus creaciones, acelerar ese impulso devastador».

No es necesario insistir en el universal desastre que supondría una guerra nuclear, el peligro de la escalada atómica y la dificultad de limitar sus efectos, por lo que existe —como escribe G.E. do Nascimento (8) — una condena por la opinión pública mundial. Una verdadera «*opinio iuris*» al respecto que se ha concretado en el Principio 26 de la Declaración sobre el Medio Ambiente de 1972, donde se afirma que «El hombre y su ambiente deben ser protegidos de los efectos de las armas nucleares y de todos los demás medios de destrucción masiva. Los Estados deben esforzarse para alcanzar rápidamente en los organismos internacionales competentes, un acuerdo relativo a la eliminación y a la destrucción de tales armas». Sin embargo, no existe un tratado de ámbito mundial que condene o prohíba expresamente el uso militar de la energía nuclear, pues a excepción del Tratado de Tlatelolco (sólo aplicable en Iberoamérica), no se proscribe el empleo de armas atómicas, sino —por el contrario— se parte de la no-ilicitud, en si misma, del recurso a tales armas (9).

Hemos de partir, con H. Meyrowitz (10), del reconocimiento de que el arma nuclear no es un arma como las restantes y que lo que la diferencia de las armas clásicas reguladas por el Derecho de la guerra en su utilización (medios y modos de hostilizar en la conducción del conflicto armado) no es simplemente una distinción cuantitativa en relación con la potencia destructora del arma, sino una diferencia en su misma naturaleza. El problema es que, no obstante, el derecho internacional no regula especialmente el empleo del arma atómica o nuclear y, por tanto, no toma en consideración la expresada diferencia cualitativa con las armas clásicas, cuya regulación —en principio— le es aplicable.

---

(8) G.E. DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação nuclear...», ob. cit. p. 886.

(9) G.E. DO NASCIMENTO, «A proliferação nuclear...», ob. cit. p. 879. H. Meyrowitz, «Les armes nucléaires et le Droit de la Guerre», ob. cit. p. 299.

(10) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...» ob. cit. p. 325.

## II. EL SOMETIMIENTO DEL ARMA NUCLEAR A LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

H. Meyrowitz (11) expone críticamente, con citas de sus defensores incluso en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la tesis de la falta de competencia del Derecho de la Guerra e incluso — en general— del derecho para regular las armas nucleares. Tal incompetencia, para algunos autores (12) tiene naturaleza esencialmente política y tal condición del armamento atómico sirve también para objetar la competencia del «ius in bello» en esta materia, pues si las armas nucleares son por esencia armas políticas: el uso conforme a su naturaleza consiste en la disuasión, es decir en su «no empleo» efectivo. Se excluye así, para esta parte de la doctrina, toda referencia a las limitaciones y prohibiciones impuestas por el Derecho internacional.

Con razón H. Meyrowitz (13) califica esta argumentación de dogma pseudo-jurídico, bajo el que se esconde la primacía del «ius ad bellum» sobre el «ius in bello», pues esta rechazable tesis llega a sostener —bajo la cobertura del pragmatismo— que, siendo el mantenimiento de la paz, el primer e imperativo objeto del Derecho internacional, las armas nucleares cumplen por si mismas una función cuasi-normativa.

Otros razonamientos utilizados para afirmar la falta de competencia del Derecho de los conflictos armados para regular las armas nucleares, consisten en destacar que el Derecho de la guerra clásico fue establecido para reglamentar unos presupuestos fácticos (guerra convencional) y, por tanto, se adapta a la medida de su poder de destrucción. Aspectos que nada tienen que ver con el empleo de las armas nucleares que no es imaginable mas que para la defensa ante un desastre total, por lo que excede del poder regulador del derecho. H. Meyrowitz (14) refuta ambos argumentos demostrando en su obra que existe en el derecho positivo un estatuto de las armas nucleares según el «ius in bello», estatuto que se impone a las potencias nucleares y que no ha sido objetado por ellas. Sin embargo, debemos reconocer que la discusión ha jugado un decisivo papel en la

---

(11) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires et le Droit de la Guerre», ob. cit. p. 299. Cita este autor la opinión de Quentin-Baxter y Reuter ('El uso de armas nucleares escapa desgraciadamente al derecho», «Comptes rendus de la 38<sup>e</sup> session», I Annuaire de la CDI (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas) 35. parágrafos 1 y 4 (1984).

(12) Cita a los siguientes autores: Sir I. SINCLAIR, Mc CAFFREY, E. GIRAUD y A. Freeman (H. MEYROWITZ, *Les armes nucléaires...*), ob. cit. p. 299).

(13) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires ...», ob. cit. p. 300.

(14) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires ...», ob. cit. pp. 300 y 325.

regulación (o falta de reglamentación específica) del estatuto de las armas nucleares según el Derecho de los conflictos armados. En todo caso, la conclusión de este autor es que el Derecho internacional vigente somete el empleo de las armas nucleares a reglas que establecen estrechos límites que se sitúan muy por debajo de su potencialidad.

Licitud o ilicitud de la guerra nuclear y conciencia es la cuestión que se planteó en su día L. Rubio García (15), examinando la postura de teólogos, moralistas y filósofos sobre el recurso a la guerra atómica, analizando la posición de la Iglesia Católica y destacando la falta de unanimidad de la doctrina internacionalista. Añade, con una cita de Arnold Toynbee, que el arma nuclear es un arma nueva cuyo poder de destrucción establece una diferencia, no ya de grado, sino de naturaleza: la alternativa a la abolición de la guerra es la destrucción de la especie humana. Recuerda Rubio García que Menzel (16) admitirá que únicamente en caso de ataque atómico puede el Estado víctima acudir a un contragolpe atómico para preservar su existencia nacional. Ni la «necesidad» militar ni la doctrina de las represalias justifican el empleo de armas atómicas por su desproporción.

Para Jiménez Asenjo (17) la solución debe venir de la mano del derecho, a la vez que en la necesidad de creer en el poder ilimitado de la inteligencia del hombre, tanto para el bien como para el mal. Más modernamente, el Catecismo de la Iglesia Católica (18) somete la legítima defensa mediante la fuerza militar a la condición de que el empleo de las armas no entrañe males y desórdenes más graves que el mal que se pretende eliminar y «El poder de los medios modernos de destrucción obliga a una prudencia extrema en la apreciación de esta condición». La Iglesia y la razón humana, se dice, declaran la validez permanente de la ley moral durante los conflictos armados. Se condena expresamente toda acción bélica que tiende indiscriminadamente a la destrucción de ciudades enteras o de amplias regiones con sus habitantes, señalando que un riesgo de la guerra moderna consiste en facilitar a los que poseen armas nucleares la ocasión de cometer semejantes crímenes.

---

(15) Leandro RUBIO GARCÍA, «La guerra nuclear: Moral, derecho y política en la época atómica», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 20, jul-dic. 1965, pp. 9-34, particularmente pp. 10 a 12, 23 y 24.

(16) E. MENZEL, «Legalität oder Illegalität der Anwendung von Atomwaffen», Tubinga, Mohr (Paul-Siebek), 1960.

(17) Enrique JIMÉNEZ ASEÑO, «Crimen y castigo de la devastación atómica y de la guerra», *Revista Española de Derecho Militar* núm. 9, en-jun. 1960, pp. 53-80.

(18) «Catecismo de la Iglesia Católica», Asociación de Editores del Catecismo, Madrid 1992, pp. 507 y 508 (particularmente: apartados 2309, 2312 y 2314).

En los Comentarios a los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra, la postura oficiosa del C.I.C.R fue crítica con la posición doctrinal que sostiene que las armas nucleares están «fuera» del Derecho Internacional Humanitario, es decir que cuando los conflictos armados se desenvuelven con medios clásicos estarían sometidos al Derecho I. Humanitario, mientras que no lo estarían si se desarrollan con armas nucleares (19). Por su parte, había escrito J. Pictet (20) que la urgencia de una reglamentación completa y precisa relativa al empleo de la energía nuclear con finalidad bélica sigue siendo sumamente apremiante, añadiendo que los principios generales del derecho humanitario son plenamente aplicables a esta forma de guerra si los aprendices de brujo asumen, sin percatarse de sus incalculables consecuencias, la formidable responsabilidad de recurrir a ella.

Agudamente había escrito M. Pérez González (21) que el jurista debe valorar la cuestión del uso eventual del arma nuclear a la luz del derecho, teniendo en cuenta dos aspectos: el plano del derecho de la guerra o de los conflictos armados y, por otro lado, la amenaza de uso que entraña la existencia de armas de destrucción masiva trasladado el plano del desarme. Para este autor, ciertamente, parecería ilógico que este nuevo medio bélico, de efectos mucho más devastadores que otros formalmente prohibidos por el «ius in bello», pudiera sustraerse a la condena de las reglas del derecho.

Y, en el mismo sentido, Stanislav E. Nahlik (22) razona que, si existen normas convencionales de Derecho internacional que prohíben el uso de medios cuyos efectos se asimilan a los de las armas nucleares, sería absurdo que éstas, más nocivas, quedaran fuera de las prohibiciones por el mero hecho de su invención posterior.

Es sintomático que en la Resolución 49/75 K, por la que se pide al Tribunal Internacional de Justicia un Dictamen consultivo sobre «La solicitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares», la Asamblea General de las Naciones Unidas ha creído necesario recordar que, convencida de la necesidad de reforzar el imperio del Derecho en las

---

(19) Claude PILLOUD y Jean de PREUX, «Comentaire des Protocoles additionels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949», C.I.C.R., Genève, 1986, p. 605.

(20) Jean PICTET, «Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario», Instituto Henry Dunant, Ginebra 1986, p. 67.

(21) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme en la era nuclear...», ob. cit. pp. 359 y 360.

(22) S.E. NAHLIK, «Arme atomique et droit international», Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 23-4-1971, Lección multicopiada, pp. 15 y 17.

relaciones internacionales, ha declarado al período 1990-1999 como Década de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, al tiempo que enumera las Resoluciones de la misma Asamblea que han declarado que el uso de armas nucleares constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la Humanidad.

Ciertamente el T.I.J. en su Dictamen consultivo de 8 de julio de 1996 («La licitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares») consideró que se trataba de una «cuestión jurídica» en el sentido de su Estatuto y de la Carta de las Naciones Unidas. Para lo que a nosotros interesa, cabe destacar que —ante la cuestión formulada— «El Tribunal debe determinar los principios y normas existentes, interpretarlos y aplicarlos a la amenaza o al uso de armas nucleares, y así dar a la cuestión objeto de consulta una respuesta basada en el derecho». El hecho de que esta cuestión revista también aspectos políticos no es suficiente para privarle de su carácter de «cuestión jurídica», pues cualesquiera que sean los aspectos políticos del problema, el Tribunal no podría rechazar el carácter jurídico de la cuestión que le invita a ejercer una función esencialmente judicial: «La apreciación de la licitud del comportamiento eventual de los Estados respecto de las obligaciones que les impone el Derecho internacional.

Por otra parte, el Tribunal tomó buena nota de que los Estados poseedores de armas nucleares que han comparecido ante la Corte, aceptaron o no pusieron en cuestión que su libertad de acción se halla restringida por los principios y normas del Derecho Internacional, y particularmente del Derecho Humanitario. De forma que ninguna de las exposiciones presentadas ante la Corte (Federación de Rusia, Reino Unido, Estado Unidos de América) ha postulado una libertad de recurso a las armas nucleares sin tener en cuenta los límites humanitarios, las reglas aplicables a los conflictos armados (medios y métodos de combate), el Derecho consuetudinario de los conflictos armados, los principios generales del «ius in bello» o el Derecho de los conflictos armados regulador de las armas nucleares.

En definitiva el T.I.J. comparte la opinión mayoritaria de los Estados y doctrina de que el Derecho Humanitario es aplicable a las armas nucleares, pese a que las Conferencias de 1949 y de 1974-1977 no trataron estas armas y de la existencia de diferencias cualitativas y cuantitativas entre las armas nucleares y todas las armas convencionales. En general, «el Derecho Internacional Humanitario se ocupa de la amenaza o uso de armas nucleares como hace respecto de otras armas», pues afirmar lo contrario desconocería la naturaleza intrínsecamente humanitaria de los principios jurídicos en juego, que impregna todo el Derecho de los conflictos

armados y se aplica a todas las formas de hacer la guerra y a todas las armas: las del pasado, las del presente y las del futuro. Y ha de tenerse en cuenta que —según este Dictamen consultivo— el Derecho Internacional Humanitario ha evolucionado para adecuarse a las circunstancias contemporáneas y su aplicación no se limita a las armas de tiempos pasados. Ejemplos recientes son las limitaciones o prohibiciones de las armas biológicas, químicas, incendiarias, minas antipersonal, técnicas de modificación ambiental, incendiarias, proyectiles no detectables en el cuerpo humano mediante rayos X o armas que causan ceguera.

En el primer comentario publicado en la Revista Internacional de la Cruz Roja, órgano oficioso del pensamiento del Comité Internacional de la Cruz Roja, en relación con el Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 (23), la Revista destaca que la Corte hizo constar unánimamente que todo uso del arma nuclear debería avenirse con las normas y los imperativos del derecho internacional humanitario: El Tribunal —se concluye— confirma que ésta arma no está por encima de la Ley.

Y, en efecto, en el apartado D de tal Dictamen Consultivo, el Tribunal Internacional —por unanimidad— declara que: «El recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares también deberá ser compatible con los requisitos del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, en particular con los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario, así como con las obligaciones específicas que se desprenden de instrumentos convencionales o de otros compromisos que se ocupen expresamente de las armas nucleares».

### III. LA AUSENCIA DE UNA PROHIBICIÓN UNIVERSAL Y COMPLETA DEL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES

Es indudable el grado de incertidumbre que, tanto doctrinal como convencionalmente, existe sobre la legalidad o ilegalidad —en definitiva sobre el estatuto jurídico o ausencia de normas aplicables— del empleo de armas nucleares como tales en caso de conflicto armado. Y la cuestión se complica cuando aparece el problema de la «disuasión» nuclear, cuestión que pertenece al «ius ad bellum» pero que incide en el «ius in bello» (Derecho de los conflictos armados y, más concretamente, Derecho Internacional Humanitario).

---

(23) Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 136, Julio-Agosto de 1996, p. 537.



Para algunos autores, como Ch. Rousseau (24), no existe ninguna disposición jurídica que prohíba de forma general la producción, posesión o empleo de armas nucleares, fuera de la prohibición de ensayos nucleares con fines militares derivada del Tratado de Moscú de 5 de agosto de 1963. Y a la misma conclusión llega P. Verri (25) que sostiene la inexistencia de una prohibición general, aunque detalla algunas prohibiciones locales particulares. La prohibición efectiva de la producción de la bomba atómica sería en si misma, para Lauterpacht (26), una manifestación de un progreso significativo en la integración de la sociedad internacional, pero —entretanto— para el autor puede ser dudoso si la condena y renuncia del uso del arma atómica constituiría un beneficio para el Derecho Internacional, a menos que se prohibiera y controlara la producción de armas atómicas.

Con realismo escribe Arrassen (27) que son casi insuperables las dificultades existentes para la regulación de esta categoría de armas, porque presentan una serie de problemas nuevos que no afectan únicamente a las reglas sobre el empleo de las armas, sino en tiempo de paz a la relación de fuerzas entre las potencias mundiales por razón de la función que cumplen las armas nucleares consistente en mantener la paz mediante el «equilibrio del terror».

Contribuyen ciertamente a éste estado anímico y problemático varios procesos simultáneos que se desarrollan en la llamada Comunidad Internacional. *En primer lugar*, la confusión permanente entre las normas —convencionales, consuetudinarias y hasta constitucionales en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas— que regulan el «ius ad bellum» y el «ius in bello», que conduce a elaborar construcciones doctrinales basadas en interpretaciones que ignoran tan fundamental distinción en relación con el empleo de las armas nucleares.

*En segundo término*, el intento de relativizar las reiteradas condenas del empleo de las armas nucleares, basado en su ilicitud como violación de la Carta de las Naciones Unidas y crimen contra la humanidad, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se trata de las siguientes: Resolución.1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961, 33/71 B

---

(24) Ch. Rousseau, «Le Droit des conflits armes», Ed. Pedone, Paris, 1993 p. 127.

(25) P. VERRI, «Dizionario di Diritto Internazionale dei Conflitti armati», Raseegna dell'Arma dei Carabinieri, Roma 1984, p. 10.

(26) H. LAUTERPACHT en la obra de L. OPPENHEIM, «Tratado de Derecho Internacional Público», Tomo II, Vol. I, Traducción de A. Marín López, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1966, p. 357.

(27) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités droit les Conflits armés et désarmement» Bruxelles, 1986, p. 461.

de 14 de diciembre de 1978, 34/836 de 11 de diciembre de 1979, 35/152 D de 12 de diciembre de 1980, 36/921 de 9 de diciembre de 1984, 49/59 B de 4 de diciembre de 1990 y 46/37 D de 6 de diciembre de 1991.

Se aduce, por una parte, que las Resoluciones de la Asamblea General carecen de obligatoriedad jurídica, aunque —a veces— pueden tener valor normativo. Por otra, que tales resoluciones no han obtenido la aprobación de ninguno de los Estados poseedores de armas nucleares y que tampoco han suscitado una aceptación universal. En este sentido, H. Meyrowitz (28) destaca el contraste entre la ligereza con que la mayoría de la Asamblea vota estas resoluciones y la ausencia de una elaboración de un Convenio de Derecho de la Guerra sobre la materia (como el Protocolo I Adicional de 1977). Finalmente, el propio Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, después de plantearse la existencia de «*opinio iuris*» acerca de su carácter normativo (norma consuetudinaria) o respecto de una norma emergente (evolución progresiva de la «*opinio iuris*» necesaria para establecer la existencia de una nueva regla jurídica), a la vista del número importante de votos negativos y abstenciones, concluye que todavía no se ha llegado a establecer la existencia de una «*opinio iuris*» relativa a la ilicitud de la utilización de las armas nucleares (29). Concluye el referido Dictamen afirmando que

---

(28) H. MEYROWITZ cita en apoyo de sus tesis la Resolución 40/151F de 16 de diciembre de 1985, denominada «Convenio sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares», que reafirma la convicción de que cualquier forma de uso de tales armas constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la humanidad y establece en su artículo 1º que los Estados Partes se obligan a no usar ni amenazar con el uso de armas nucleares en cualquier circunstancia. Precepto que, opina este autor, implica que sus autores no afirman que la utilización de armas nucleares está prohibida «*de lege lata*». Y el artículo 3º del Proyecto contradice —siempre según el autor— la tesis de la ilicitud del empleo de las armas nucleares según el derecho positivo, pues la mayoría (formada por los Estados no dotados de armas nucleares) reconoce que la definición del estatuto de las armas atómicas según el Derecho de la Guerra no es posible sin la conformidad de las cinco potencias nucleares (H. Meyrowitz, «*Les armes nucleaires...*», *ob. cit.* pp. 306 y 307). Por otra parte M. Pérez González opina que tales Resoluciones no dejan de traducir un grado apreciable de consenso en la sociedad internacional en pro de la proscripción de las armas nucleares, pudiendo contribuir la Asamblea General a «deslegitimar «los ingenios nucleares mediante progresivas medidas de reducción y control («Seguridad y desarme en la era nuclear...», pp.364 y 365).

(29) El Tribunal Internacional, por otra parte, constata que la Resolución 1653 (XVI) de 24-11-1961 de la Asamblea General, al proceder a la calificación jurídica de las armas nucleares, a determinar sus efectos y a aplicar Normas Generales de Derecho consuetudinario a tales armas en particular, indica que no existe una norma específica de Derecho consuetudinario que prohíba la utilización de las armas nucleares, pues en otro caso la Asamblea General podría simplemente haberse referido a ella y no habría necesitado emprender el ejercicio de calificación jurídica.

las continuas tensiones entre, por un lado, la «*opinio iuris*» emergente y, por otro, la todavía considerable adhesión a la práctica de la disuasión nuclear han impedido la aparición, como «*Lex lata*» de una norma consuetudinaria destinada a prohibir específicamente el uso de las armas nucleares.

*En tercer lugar*, contribuye a la indefinición del estatuto de las armas nucleares la práctica de los Estados que puede calificarse de ambigua y equívoca. H. Meyrowitz (30) sostiene que, desde el punto de vista del Derecho de la Guerra, los tratados multilaterales o bilaterales sobre el control de armamentos relativos a las armas nucleares demuestran que la práctica de los Estados parte de la no ilicitud del empleo de las armas nucleares. Y ya hemos visto como ni siquiera puede entenderse como práctica de los Estados las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que afirman la ilicitud de tales armas atómicas, deduciéndose de la Resolución 40/151 F —de forma implícita, según el citado autor— la no prohibición del empleo de las armas nucleares en cuanto tales.

Para el Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996 es un hecho manifiesto que un cierto número de Estados se adhirieron a la «política de disuasión nuclear» durante la mayor parte de la «guerra fría» y continúan manteniendo esta posición. En estas circunstancias, la Corte no estima que pueda pronunciarse sobre la existencia de una «*opinio iuris*», cuando —además— los miembros de la Comunidad internacional se encuentran profundamente divididos en torno a la cuestión de si el hecho de que no se haya recurrido a las armas nucleares durante los últimos cincuenta años constituye la expresión de la «*opinio iuris*».

Pero, dentro de la práctica de los Estados, es también relevante saber las reglas que establecen —naturalmente las potencias nucleares— sobre la utilización del armamento atómico, recogidos puntualmente en los Manuales Militares de Derecho de la Guerra o Reglamentaciones nacionales del Derecho de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario. M. Meyrowitz examina cuidadosamente el Manual del Ejército de los Estados Unidos de América FM 27-10, «*The Law of Land Warfare*», 1956 (que contiene una fórmula ambigua: No hay norma convencional o consuetudinaria que prohíba el uso de armas nucleares), el Manual de la Marina USA, «*Law of Naval Warfare*», 1955 (ante la ausencia de prohibición expresa, está permitido el uso de armas nucleares con-

---

(30) H. MEYROWITZ, «*Les armes nucleaires...*» ob. cit. p. 307.

tra combatientes y objetivos militares, sujeta a los principios que regulan todas las armas), el Manual del Ejército del Reino Unido «The Law of War on Land» de 1958 (que contiene curiosamente una cita de Oppenheim para apoyar la tesis de la ausencia de normas en esta materia, por lo que la utilización de armas nucleares se regula por las disposiciones generales dictadas para el uso de las demás armas. En ningún momento el gobierno británico ha expresado una opinión que contradiga lo establecido en el Manual) y el Reglamento HDv 100/600 «Rechts-grundlagen für die Truppenführung» (1975) de la República Federal de Alemania (Estado que carece de armas nucleares), que repite la doctrina expuesta en el Manual de la Marina americana y en el Manual Británico (parágrafos 614 a 615), de lo que se deduce la no prohibición del empleo de las armas nucleares en cuanto tales y su sumisión por el Derecho internacional de la guerra a las mismas limitaciones aplicables a los restantes medios de guerra utilizados hasta el presente (31).

El Manual para Comandantes (de la Marina de los Estados Unidos) sobre el Derecho aplicable a las Operaciones Navales, NWP-1-14 M. Edición 1995 (FMFM 1-10), en su Capítulo 10 relativo a las armas nucleares, químicas y biológicas, establece que «No existen normas en el derecho internacional consuetudinario o convencional que prohíban a los Estados el empleo de armas nucleares en conflictos armados. En ausencia de prohibición expresa, es lícito el uso de armas nucleares contra combatientes enemigos y otros objetivos militares. No obstante el uso de armas nucleares está sujeto a los siguientes principios: el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medidas para causar daño al enemigo no es ilimitado; está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal; debe distinguirse en todo momento entre combatientes y no combatientes, con objeto de brindar a ésta la máxima protección posible. En razón de un potencial destructivo la decisión de autorizar el uso de armas nucleares debe emanar del más alto nivel de gobierno. En el caso de los Estados Unidos, dicha atribución compete únicamente al Presidente» (32).

El Manual del Ministerio de Defensa de la República Federal de Alemania «Humanitarian Law in Armed Conflicts», por lo que se refiere a las armas nucleares dispone que el Derecho internacional vigente, no obstante, no contiene ninguna disposición expresa que prohíba claramente el empleo de armas nucleares, ni puede derivarse dicha prohibición del dere-

---

(31) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. pp. 307 a 309.

(32) Traducción no oficial efectuada por la Armada Argentina, 1997. Agradecemos esta valiosa aportación al Capitán de Fragata Auditor Dr. D. Roberto AUGUSTO MORENO.

cho convencional o consuetudinario (apartado 428). Las nuevas normas introducidas por el Protocolo I Adicional han sido establecidas con la intención de ser aplicadas a las armas convencionales sin tener en cuenta otras normas de derecho internacional aplicable a diferentes tipos de armas. En consecuencia aquellas no influyen, regulan o prohíben el empleo de las armas nucleares (apartado 430). La amenaza y el uso del arma nuclear está sometido al control político, que debe observar los principios de proporcionalidad, limitación de daños en el territorio del enemigo y limitación del riesgo de daños en territorio aliado (apartado 433), (33).

Por lo que se refiere a España la publicación del Estado Mayor del Ejército denominada «Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados», establece en su Tomo I (34) apartado 3.2.b. (empleo del arma nuclear) lo siguiente:

*«No existe en el Derecho Internacional ninguna disposición prohibiendo expresa y concretamente el empleo del arma nuclear, ni puede deducirse tal prohibición del derecho consuetudinario, es decir, de las prácticas y usos de la guerra que han llegado a tener fuerza obligatoria en la comunidad internacional».*

Las nuevas regulaciones introducidas por el Protocolo Adicional primero a los cuatro convenios de Ginebra, han sido establecidas con la intención de ser aplicadas a las armas convencionales. Por consiguiente no influyen, regulan o prohíben el uso del arma nuclear (declaración interpretativa española al ratificar el GPI en 1989).

El arma nuclear continúa desempeñando un papel esencial en la estrategia de disuasión de la OTAN para evitar la guerra. No puede descartarse ninguna circunstancia que pudiera hacer necesaria la represalia nuclear en respuesta a una acción militar.

El Derecho de los Conflictos Armados, sin embargo, establece los mismos límites genéricos que regulan el empleo de las armas convencionales: está prohibido hacer objeto de un ataque a la población civil y siempre debe distinguirse entre los combatientes y las personas civiles, a las que debe darse el máximo de protección».

---

(33) Se trata de la Publicación VR II 3, fechada en el mes de agosto de 1992, que lleva las siglas DSK VV 207320067, editado por el Ministerio Federal de Defensa de la República Federal de Alemania.

(34) Es la Publicación del EME identificada como OR7-004, de fecha 18 de marzo de 1996, aprobada por Resolución núm. 513/04054/96, de 18 de marzo, del Jefe del Estado Mayor del Ejército.

*El cuarto aspecto* que influye en el problema de la licitud del empleo de armas nucleares es la ratificación por numerosos Estados de Tratados relativos a la adquisición, producción y posesión de armas nucleares (tratados de no proliferación), al despliegue de armas nucleares y a los ensayos nucleares, sin que se haya adoptado ningún tratado que establezca una prohibición general del empleo de tales armas.

Apunta P.K. Menon (35) que hace algunos años que ha surgido el concepto de neutralización nuclear de ciertas regiones del mundo, la prohibición de experiencias nucleares y la no proliferación, de forma que parecen prometedores los esfuerzos de la comunidad internacional en materia de restricción del uso de armamento nuclear. Pese a que la doctrina clásica del Derecho internacional no aborda el problema de la limitación de las armas nucleares en tiempo de conflicto armado, el autor observa una creciente toma de conciencia de hecho de que el aumento del número de conflictos armados pone a nuestra civilización en peligro de verse borrada del mapa.

Por su parte Arrassen estudia con detalle en su conocida obra (36) el Tratado de No Proliferación de armas nucleares, examinando su constante fracaso desde el punto de vista militar que comprende la proliferación horizontal (zonas desnuclearizadas y garantías de seguridad), la proliferación vertical (verificación de la prohibición, grado de participación y explosiones nucleares pacíficas) y la proliferación oblicua, así como desde el punto de vista civil, concluyendo que solo un compromiso entre las potencias nucleares y los Estados no dotados del arma atómica podría constituir una solución viable.

En el citado Dictamen consultivo, después de estudiar con detalle el contenido del tratado de Tlatelolco de 14 de febrero de 1967 (relativo a la proscripción de las armas nucleares en América Latina), Tratado de Rarotonga de 6 de agosto de 1985 (que establece una zona desnuclearizada en el Pacífico Sur) y, especialmente, el Tratado sobre no proliferación de las armas nucleares de 1 de julio de 1968 y sucesivas prórrogas, acogido con satisfacción por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Resolución 255 de 1968 (37), se examinó la polémica suscitada

---

(35) P.K. MENON, «Legal limits on the use of nuclear weapons in armed conflicts» en *Revue Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, Bruxelles, 1979-XVIII-1-2-, pp. 9 y ss.

(36) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...», *ob. cit.* pp. 462 a 489.

(37) Las cinco potencias nucleares por medio de declaraciones unilaterales (5 y 6 de abril de 1995), al prorrogarse en 1995 el tratado sobre no proliferación de armas nucleares de 1968, dieron a las demás partes garantías positivas y negativas de seguridad frente a una eventual utilización de tales armas. En primer lugar, a no utilizar armas nucleares

entre los Estados partidarios u opuestos a la legalidad de las armas nucleares sobre la interpretación de tales textos convencionales. Los Estados que estiman que el uso de las armas nucleares es ilegal, entienden que los Convenios citados establecen límites a la utilización de armas nucleares y testimonian la emergencia de una norma que jurídicamente prohíbe de forma absoluta todo uso de armas nucleares. Los Estados que mantienen la postura contraria destacan la contradicción lógica de tal conclusión, que no puede inferirse del tratado de no proliferación de armas nucleares de 1968, ni mucho menos de las Resoluciones 255 (1968) y 984 (1995) del Consejo de Seguridad, que toman nota con satisfacción de las garantías de seguridad dadas por las potencias nucleares a los Estados no poseedores de este tipo de armas en caso de una agresión nuclear contra éstos últimos. De forma que el Tribunal Internacional de Justicia concluye que los expresados tratados manifiestan la preocupación creciente que estas armas inspiren a la comunidad internacional y anuncian una futura prohibición general de la utilización de las citadas armas, pero, en sí mismos, no conllevan tal prohibición (38). Sin que se oponga a esta conclusión el hecho de que un cierto número de Estados se hayan comprometido a no utilizar armas nucleares en áreas específicas (América Latina, Pacífico Sur), ciertamente con la formulación de reservas por parte de Estados poseedores de armas nucleares (39).

*En quinto lugar*, no contribuye precisamente a clarificar la materia las opiniones encontradas de la doctrina, que se encuentra muy dividida respecto a la legalidad de la utilización del arma nuclear, en cuanto tal (40).

Ch. Rousseau (41), en efecto, constata la división doctrinal, aún cuando estima que la mayoría de los autores se pronuncian por la ilicitud del

---

contra Estados no poseedores que sean parte en el tratado de no proliferación. En segundo término, se comprometen las potencias nucleares —como miembros permanentes del Consejo de Seguridad— en caso de ataque con uso de armas nucleares o amenaza contra un Estado no poseedor de armas nucleares, a llevar el caso urgentemente al Consejo y actuar en su seno para adoptar las medidas necesarias para asistir al Estado víctima según la Carta. El Consejo de Seguridad, en su Resolución 984 (1995), de 11 de abril de 1995, adoptada por unanimidad, tomó nota con satisfacción de tales declaraciones.

(38) También H. MEYROWITZ ("Les armes nucléaires..."), *ob. cit.* p. 299) estima que tales tratados no reafirman la prohibición del empleo de armas nucleares, sino que —al contrario— implican la no ilicitud, en sí misma, del recurso a tales armas.

(39) El Tribunal Internacional de Justicia, en el expresado Dictamen consultivo, tomó nota de la firma en Bangkok el 15 de diciembre de 1995 del Tratado sobre una zona desnuclearizada en el Sudeste Asiático, y el 11 de abril de 1996 en El Cairo de un Tratado que crea una zona desnuclearizada en África.

(40) E. MONTFALL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas sobre la guerra A.B.Q...», *ob. cit.* pp. 45 y ss.

(41) Ch. ROUSSEAU, «Le Droit des conflits...», *ob. cit.* p. 127.

empleo del arma nuclear y reconoce que un gran número lo acepta a título de represalias. Cita a Schwarzenberger que admite su utilización con carácter excepcional de legítima defensa, estado de necesidad, derecho de conservación, así como derecho de prevención contra una tentativa de dominación mundial.

También J. Pictet (42), después de reconocer que el empleo de la energía nuclear con finalidad bélica no está expresamente prohibido en los convenios del derecho humanitario y hasta ahora no ha sido posible reglamentarlo en un tratado general, considera que divergen las opiniones doctrinales y distingue —desde su particular punto de vista— entre las armas nucleares estratégicas y las armas nucleares tácticas.

Fernández Florez (43), tras exponer las diversas posturas doctrinales a favor o en contra de la prohibición, estima que no hay una prohibición expresa y concreta pero sí un «consenso» general en tal sentido, concluyendo que aunque se dan todas las características y circunstancias para estimar que el arma atómico-nuclear está prohibida, formalmente no hay un texto convencionalmente claro que así lo establezca.

En contra de la mayoría doctrinal, Lauterpacht (44) opina que, en tanto en cuanto la producción de la bomba atómica no haya sido impedida en la práctica por acuerdo y supervisión internacional, debe considerarse la posibilidad de que sea utilizada en casos que no impliquen una violación del derecho internacional. Así, la considera permitida como represalia por un uso anterior por el enemigo y sus aliados y, en segundo lugar, la justifica contra un enemigo que viola las reglas del Derecho de la guerra en una escala tan amplia que se coloca fuera de consideraciones de humanidad y compasión (instrumento disuasivo de castigo).

Más recientemente, Hans-Peter Gasser (45) considera que ni la fabricación, ni el almacenamiento, ni la utilización del arma nuclear no están prohibidas por normas de derecho internacional expresamente convenidas, de forma que no existe una verdadera interdicción de su uso. Pero ante la pregunta: ¿No se podría deducir una prohibición del arma nuclear en cuanto tal, o al menos de su utilización de las reglas generales del derecho internacional humanitario y particularmente de la prohibición de las

---

(42) Jean PICTET, «Desarrollo y principios...», ob. cit. pp. 66 y 67.

(43) José Luis FERNÁNDEZ FLORES, «Del Derecho de la Guerra», Ediciones Ejército, Madrid 1982, pp. 269 y 270.

(44) H. LAUTERPACHT, en la obra de L. OPPENHEIM, «Tratado de Derecho Internacional...», ob. cit. pp. 356 y 357.

(45) Hans-Peter GASSER, «Le Droit International Humanitaire. Introducción», Institut Henry Dunant, Haupt, 1993, pp. 64 y 65.



armas especialmente atroces o de la interdicción de los ataques indiscriminados? Reconoce el autor que las respuestas son muy diversas y ni los partidarios ni los adversarios de la teoría de la prohibición pueden apoyarse sobre una opinión predominante para sostener sus respectivas tesis.

H. Meyrowitz destaca que un cierto número de internacionalistas, americanos y europeos, afirma la ilegalidad «de lege lata» del empleo de las armas nucleares en cuanto tales (46), si bien precisa que la impresionante lista de autores que relaciona E. Menzel (47) es anterior al Protocolo I de 1977 y se pregunta si son representativos de la doctrina internacional de su época. En todo caso reconoce que, después del Protocolo de 1977 esta línea doctrinal sigue siendo mayoritaria.

En la obra de M. Díez de Velasco, Oriol Casanovas y La Rosa presenta tres posturas doctrinales que defienden las tesis siguientes (48):

1º La prohibición del empleo de las armas atómicas se funda sobre argumentos diversos como: La prohibición del uso o amenaza de la fuerza (Carta de las Naciones Unidas), las prohibiciones genéricas contenidas en textos convencionales, la asimilación al arma química, los textos que prescriben la protección del medio ambiente o la Cláusula Martens (49). 2º La licitud del empleo de las armas nucleares se basa en la legítima defensa, individual o colectiva, en las represalias, en la necesidad, en la autotutela o la prevención del dominio del mundo (50). 3º La condena del empleo de las armas nucleares, matizada al estimar más razonable la ile-

---

(46) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. pp. 303 y 304. Cita este autor a: A. Andries, F.A. Boyle, E. David, C. Swinarsky, I. Dettler de Lupis, J.H.E. Fried, N. Grief, E.L. Meyrowitz, TH. Schweisfurth.

(47) E. MENZEL, «Atomwaffen und völkerrechtliches Kriegsrecht» («Las armas atómicas y el Derecho internacional de la guerra»), Abschreckung und Entspannung, 76 Veröffentlichungen des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, pp. 148 a 229, 1977. Se trata de una lista de autores que defienden la tesis de la ilegalidad del empleo (inicial) de las armas nucleares.

(48) Manuel Díez DE VELASCO, «Instituciones de Derecho Internacional público», Madrid 1983, Tomo I, 599.

(49) E. MONTULL LAVILLA («Consideraciones jurídicas y críticas sobre la Guerra A.B.Q...», ob. cit. p. 48) cita entre los defensores de esta postura doctrinal a J.L. FERNÁNDEZ FLORES, SHAWARZENBERGER, CASSAGNE SERRES, NAGENDRA SINGH, R.S. WILHELM, HANS HANG, EGBERT VON FRANKENBERG, STEFAN GLASER, A.E. GOTUEB y STANISLAW NAHLIK.

(50) M. PÉREZ GONZÁLEZ («Seguridad y desarme en la era nuclear...», ob. cit. p. 363) cita entre estos autores a VERDROSS, SKUBISZEWSKY y H. LAUTERPACHT quien, en las notas al «Tratado de derecho internacional público» de L. OPPENHEIM (Barcelona, 1966) estudia la legalidad del arma nuclear desde la óptica de los convenios vigentes sobre el uso de la violencia en la guerra, distinción entre combatientes y los principios de humanidad. Ver también, E. RAUCH, «El concetto di «necesità militare» nel Diritto di guerra», en Rassegna di Giustizia Militare, Año IV-n 1 Enero-Febrero 1-Enero-Febrero 1980, pp. 1 a 33.

galidad de su uso incluso en el caso de legítima defensa, al existir una desproporción entre el ataque y la respuesta, salvo que aquel fuera también nuclear (51), lo que viene a contradecir —en opinión de M. Pérez González (52)— la doctrina disuasoria basada en la amenaza de respuesta atómica a una eventual agresión convencional (first use).

Este mismo autor, después de citar a los destacados autores que se pronuncian —con base en el derecho consuetudinario o en el convencional o en ambos— sobre la ilegalidad del uso del arma nuclear (53), escribe que —pese a todo— se ha argüido por parte de un sector significado de la doctrina occidental, que el acervo normativo del derecho internacional en vigor no da pie para sostener su ilegalidad intrínseca (54).

Claude Pilloud (55), estudiando las diversas posiciones doctrinales con anterioridad a los Protocolos Adicionales de 1977, distingue tres posturas de los autores:

A) Las armas nucleares por su naturaleza y efectos se hallan prohibidas por el Derecho internacional y, por consiguiente, no les afectan reglamentaciones posteriores (como la establecida en los Protocolos de 1977). Es una postura ciertamente radical, pero mantenida por importantes internacionalistas (56).

B) Aún sin pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del empleo de las armas nucleares, cuanto menos su utilización está sometida a las limitaciones establecidas en el Derecho Internacional consuetudinario o convencional, como evidencian los Manuales de las Leyes y Costumbres de la Guerra de los Ejércitos Suizo y Británico (57).

---

(51) Antonio MARÍN LÓPEZ, «El desarme nuclear», Universidad de Granada, 1974, p. 31.

(52) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...» ob. cit. p. 364.

(53) Cita este autor a V.N. DURDENEVSKY, N. SINHG, J.M. SPAIGHT, E. MENZEL, S.E. NAHLIK y M. MEYROWITZ.

(54) Entre otros, A. FREEMAN (A.S.I.L., Proceedings of the 72 nd annual Meeting, 1978, pp. 49-50) y más cauteloso, en opinión del autor, STEIN.

(55) Claude PILLOUD, «Les Conventions de Gêneve de 1949 pour la protection des victimes de la guerre, les Protocoles additionnels de 1977 et les armes nucléaires», en «German Yearbook of International Law», 21, 1978.

(56) Charles ROUSSEAU («Le Droit des Conflits armés», ob. cit. p. 127), SCHWARZENBERGER («The legality of nuclear weapons», 1958), Hisakazu FUJITA («Reconsideration de L'affaire Shimoda, Analyse juridique du bombardement atomique de Hirohima et Nagasaki», en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Bruselas 1980-1-2), Henri MEYROWITZ («Buts de guerre et objectifs militaires», en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Bruselas 1983-1-2, Tomo XXII).

(57) Para MONTULL LAVILLA («Consideraciones jurídicas...», ob. cit. p. 50, en Nota 92) son genuinos portavoces de esta orientación que se inclinan por la licitud: LAUTERPACHT, Mc DOUGAL Y CHELEI, Milos RADOJKOVIC, M. AGENO, Freed BRIGHT, P.K.

C) La postura, que entonces se consideraba más numerosa, según la cual el problema de las armas atómicas va más allá de las normas del actual Derecho Humanitario y no puede ser regulado por éste, puesto que el empleo de tales armas crearía una situación en la que podría ser anulado el conjunto del Derecho Humanitario y nadie podría decir que reglas podrían ser aplicadas. Además un conflicto nuclear podría ser tan breve que no habría tiempo ni ocasión de aplicar las normas del «ius in bello» (58).

En este abigarrado panorama de posturas doctrinales, normas convencionales y consuetudinarias, posición divergente de los diversos órganos de las propias Naciones Unidas y práctica de los Estados, es necesario encontrar principios y distinciones que nos clarifiquen la materia, al menos desde un punto de vista jurídico. H. Meyrowitz (59) nos ofrece su tesis que se basa en la distinción y separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares, partiendo de que el derecho internacional positivo se abstiene de someter la disuasión a las limitaciones y prohibiciones impuestas por el «ius in bello» al empleo de las armas atómicas. De forma que el principio de distinción y separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de armas nucleares es el primer elemento del estatuto de las armas nucleares según el derecho internacional positivo. El autor elabora la teoría de los dos órdenes, considerando que la disuasión por su finalidad pertenece al «ius ad bellum» (o «ius contra bellum»). Añade Meyrowitz que esta aparente dicotomía normativa —aparente porque la disuasión se caracteriza precisamente por la ausencia de normas— consiste en la no prohibición del acto de amenazar con hacer lo que está prohibido realizar. La libertad que beneficia a la disuasión nuclear está basada en el reconocimiento de la necesidad fáctica y sobre la licitud de tal finalidad, de forma que la no ilicitud de la disuasión nuclear está limitada —en definitiva— por aquella finalidad. Naturalmente, el uso del armamento nuclear con el fin de chantaje (amenaza del uso de la fuerza según el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas) no estaría cubierto por la no ilicitud de la disuasión. Ahora bien, desde que la potencia que utiliza la disuasión se convierte en beligerante, sus actos deben justificarse según el «ius in bello». En este juego reside la importancia práctica del principio de distinción y de la separación normativa entre la disuasión y el empleo

---

MENON y ROGERS (citados por J.L. Fernández Flores en su obra «Del Derecho de la Guerra», Ed. Ejército, Madrid, 1982, p. 267).

(58) Leandro RUBIO GARCÍA, «Hacia un nuevo orden internacional», Tesis Doctoral (Madrid 1968) y «La Guerra nuclear: Moral, Derecho y política en la época atómica», en Revista Española de Derecho militar nº 20, Julio-Diciembre 1965.

(59) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. pp. 301 y 302.

de las armas nucleares: Los ataques efectuados con tales armas no deben estar predeterminados por las «amenazas» disuasorias.

En el mismo sentido Montull Lavilla (60) estima que el estatuto jurídico de las armas nucleares se basa en dos órdenes netamente distintos en Derecho: de un lado, en el Control de armamentos (61), desarme y disuasión y, de otro, el «ius in bello», donde —según el autor— el empleo de las armas nucleares no se halla prohibido «per se», si bien dicho empleo viene sometido a las prohibiciones y limitaciones generales impuestas por el Derecho internacional consuetudinario relativo a la elección de los objetivos militares y a las condiciones de los ataques. Siguiendo este razonamiento, el citado autor estima que la insólita característica de las armas nucleares estriba en que su existencia reina absolutamente en las relaciones internacionales en tiempo de paz y a escala mundial, concluyendo que las armas nucleares entran de lleno en el derecho de la Paz (control de armas, desarme, no proliferación y limitación de armamentos, disuasión recíproca) antes que en el Derecho de la Guerra.

La tesis expuesta, sin embargo, no deja de ofrecer reparos —sobre los que luego volveremos al estudiar el empleo de las armas nucleares desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario— pues, como afirma Pérez González (62), aún a falta de acuerdos generales que prohíban el uso de tales ingenios, existen reglas (humanitarias) expresivas de una conciencia general sobre la ética de conducción de la guerra que son de aplicación a las armas capaces de destrucciones en masa. Concluyendo que no podría afectar la exclusión de las armas nucleares del Protocolo I de 1977, aún razonando en el panorama de la disuasión, consistente ésta en la amenaza de recurrir a formas de uso de armas nucleares constitutivos de las más graves infracciones de las leyes de la Guerra. Y cita en apoyo de su tesis la opinión de P. Reuter: «La prohibición del uso de estas armas deberá llevar a la prohibición de la disuasión que está en la esencia de tal uso» (63).

---

(60) MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas...», ob. cit. pp. 52 y 53.

(61) Oriol CASANOVAS («Objetivos militares, métodos y medios de combate», en M. DIAZ DE VELASCO, «Instituciones de Derecho internacional público», Tomo I, Cap. XLV, Madrid 1980, pp. 581 y 582) ha escrito que, aún siendo posible e incluso necesario distinguir entre el desarme y el derecho de los conflictos armados, de hecho la apreciación de las necesidades militares desde la perspectiva del equilibrio de los armamentos y no sólo de los intereses humanitarios, tiende a desplazar la cuestión de la prohibición de ciertas armas al ámbito del desarme.

(62) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...» ob. cit. p. 365.

(63) P. REUTER, «Derecho Internacional Público» (Traducción de J. Puente), Barcelona 1978, p. 472.

El propio H. Meyrowitz (64) no ha dejado de criticar lo que llama la «aporía nuclear fundamental», pues si es imposible rechazar la disuasión, refutando la necesidad y la justificación: también es imposible, para el derecho y la moral, sancionar la ejecución de amenazas en las que se basa la disuasión.

Ahora bien, posteriormente, el propio H. Meyrowitz considera que el hiato jurídico entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares se encuentra en un principio perteneciente al Derecho de la Guerra: el principio de la «retroactividad» de las normas del «ius in bello» sobre la composición —en tiempo de paz o guerra— del arsenal de los Estados (65). El principio fue formulado en el artículo 36 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de la forma siguiente:

*«Cuando una alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una arma nueva, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de Derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante».*

H. Meyrowitz considera aplicable esta norma a las armas nucleares (a pesar de que la expresión «arma nueva» parecería referirse a las que puedan existir en los arsenales a partir de 1977) e imperativa para todos los Estados, hayan o no ratificado el Protocolo I de 1977. La regla no prohíbe a un Estado poseer un arma cuyo empleo esté prohibido («en ciertas condiciones o en todas las circunstancias») pues la adquisición de tal armamento puede estar justificada por la noticia de su posesión por parte de un enemigo potencial de un mismo tipo de arma, o por la perspectiva del empleo eventual y lícito del arma en cuestión a título de represalias o de reciprocidad. Sin embargo, si un Estado posee un tipo de arma que, debido a sus características, no podría en ninguna circunstancia ser empleada inicialmente sin violar las reglas del derecho de la Guerra aplicables, la amenaza de recurrir explícitamente, en caso de guerra, a la utilización inicial de esta arma y prepararse a la vista de este uso prohibido, sería tan ilícito como la amenaza y la planificación para el empleo inicial de armas químicas biológicas. De forma que en esta retroactividad del «ius in bello» sobre los medios de disuasión consiste la reserva a los principios

---

(64) H. MEYROWITZ, «La stratégie nucléaire et le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949», en R.G. D.I.P., Tomo 83, 1979, 4, pp. 945-946.

(65) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. p. 302.

de distinción y de separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares (66).

No cabe duda que la distinción es clarificadora en el terreno práctico y político, pero ofrece algunos perfiles a la crítica desde el punto de vista estrictamente jurídico por su tendencia a derivar hacia un círculo vicioso y un cierto aire de argumentación sofista que puede conducir a justificar la política de disuasión nuclear al tiempo que se condena el empleo del arma nuclear —en todas las circunstancias— conforme al Derecho de los Conflictos Armados. O, lo que es peor, que se considere suficiente la remota pero posible existencia de un supuesto excepcional en que sería lícito el uso del arma nuclear, para estimar lícita una política basada en la amenaza de utilizar un arma normalmente contraria a los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte es cierto, como escribe CH. de Visscher (67), que los juristas deben apoyarse en leyes no escritas inspiradas por el respeto a los principios humanitarios, ajustando la realidad nuclear al derecho y no viceversa. Porque, como se pregunta M. Pérez González (68) ¿no se estará tratando de desplazar al terreno de la oportunidad (o de la justificación) política un problema que, sin dejar de ser político, es a la vez y sobre todo jurídico y como tal sujeto al veredicto del derecho?

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el Dictamen consultivo de 8-7-1996 recuerda que no existe ninguna disposición específica de Derecho Internacional consuetudinario o convencional que autorice el recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares o de cualquier otro armamento, ni en general ni en circunstancias concretas, en particular en las relativas a la legítima defensa.

En consecuencia, el TIJ por unanimidad y en el apartado A de su Dictamen consultivo responde a la Asamblea General:

*«Ni el Derecho Internacional Convencional ni el Derecho Internacional consuetudinario autorizan específicamente el recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares».*

---

(66) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaire...», ob. cit. p. 303. Esta teoría de la dualidad parece acogida por el Reino Unido en su exposición escrita ante el T.I.J. cuando afirma que «la licitud del uso de armas nucleares debe ser evaluada teniendo en cuenta los principios aplicables del Derecho internacional relativos al recurso a la fuerza y los relativos a la conducción de las hostilidades, como es el caso de otros medios y métodos de combate» (Dictamen Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8-7-1996, Apartado 91).

(67) Ch. DE VISSCHER, «Teorías y realidades en Derecho internacional público», Barcelona 1962, pp. 325-326.

(68) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob. cit. p. 563.

Sigue razonando el TIJ que, sin embargo, tampoco existe en Derecho Internacional ningún principio ni norma que haga depender de una autorización específica la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares o de cualquier otra arma. La práctica de los Estados muestra que la ilicitud de la utilización de determinadas armas no deriva de una ausencia de autorización, sino, por el contrario, se encuentra formulada en términos de prohibición. De esta argumentación la Corte extrae la conclusión que expresa en el apartado B de su Dictamen, que fue adoptada por una mayoría de once votos contra tres disidentes:

*«Ni el Derecho Internacional convencional ni el Derecho Internacional consuetudinario establecen una prohibición universal y completa de la amenaza o utilización de las armas nucleares como tales».*

Esta aseveración del Dictamen mereció, no obstante, tres importantes votos en contra y, desde luego, su formulación a pesar de ser tan matizada es una de las conclusiones controvertidas de la opinión del TIJ, al tratarse del fundamento imprescindible en que se apoya la, todavía más polémica, conclusión alcanzada en el apartado E del mismo Dictamen.

Tres Magistrados votaron en contra: Shahabuddeen, Weeramantry y Koroma.

La opinión disidente de M. Weeramantry se basa en su convicción de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilícita en todas las circunstancias (69). Y ello porque la amenaza o el empleo de tales armas viola los principios fundamentales del derecho internacional y constituye la negación misma de las raíces humanitarias del Derecho humanitario, pues son contrarias al principio fundamental del valor y dignidad de la persona humana sobre los que reposa tal derecho y pone en peligro el medio ambiente de una manera que compromete la vida entera en el planeta.

Añade este Magistrado, en su voto particular, que si es verdad que no existe ningún tratado ni regla alguna jurídica que prohíba expresamente las armas nucleares en cuanto tales, de múltiples principios de derecho internacional —y en particular de Derecho internacional humanitario— no queda ninguna duda en cuanto a la ilicitud de las armas nucleares, cuando se consideran sus efectos conocidos.

---

(69) Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non officiel pour publication immediate», ob. cit. «Opinión disidente de M. Veeramantry», pp. 7, 8 y 9.

M. Veeramantry, después de razonar que ningún sistema jurídico creíble debe establecer una norma legitimando un acto susceptible de destruir la civilización de la que forma parte tal sistema jurídico, se refiere al manifiesto Russell-Einstein sobre el riesgo de una hecatombe universal y sostiene que el derecho internacional dispone de la gama necesaria de principios y podría contribuir considerablemente a disipar la sombra del hongo nuclear y anunciar una nueva etapa desnuclearizada. Consecuentemente, estima que el Tribunal habría debido de responder a la cuestión de una manera clara, convincente y categórica.

M. Koroma, en su voto disidente (70) estima, sobre la base del derecho existente, en particular del Derecho humanitario y de los elementos de que dispuso el Tribunal, que el empleo de armas nucleares supone en todas las circunstancias al menos una violación de los principios y normas de este derecho y es siempre ilícito.

Este Magistrado dibuja un cuadro del derecho que estima aplicable a la cuestión, analiza los elementos de prueba y llega a la conclusión de que no es convincente el pronunciamiento según el cual —a la vista del estado actual del Derecho internacional— la Corte no puede afirmar la ilicitud del empleo de las armas nucleares. M. Koroma entiende, por el contrario, que existe un derecho sustancial, abundante y preciso en la materia y que el argumento relativo a sus pretendidas lagunas no se encuentra enteramente acreditado.

Poco aporta al debate la opinión disidente del tercer Magistrado —M. Shahabuddeen— que votó en contra de este apartado del Dictamen. Su voto particular se limita a lamentar que el Tribunal, habiendo podido hacerlo, no hubiera dado una respuesta clara, en un sentido o en otro (71). Se pregunta el Juez discrepante si es posible conciliar, de una parte, la necesidad imperativa de un Estado a defenderse y, de otro lado, la necesidad no menos imperativa de asegurar que no se pondrá en riesgo la supervivencia del género humano. Si tal conciliación no es posible ¿cual debe prevalecer? Aunque reconoce la dificultad de la cuestión, M. Shahabuddeen expresa la obligación del Tribunal de responder y, por su parte, no está convencido de la existencia de dificultades jurídicas o prácticas que puedan impedir a la Corte dar una respuesta clara al problema planteado por la Asamblea General.

---

(70) Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non official pour publication immediate», ob. cit. pp. 9 y 10.

(71) Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non official pour publication immediate», ob. cit. «Opinión disidente de M. SHAHABUDEEN», p. 7



A pesar de estos argumentos de los Magistrados disidentes, que —por lo que se refiere al voto contrario al apartado B del Dictamen— utilizan razonamientos excesivamente abstractos, ambiguos y metajurídicos, parece aceptable la conclusión alcanzada por el T.I.J. (por la amplia mayoría de once votos contra tres) basada —no lo olvidemos— en el estado actual del Derecho Internacional convencional y consuetudinario. Otra cosa es, desde luego, que «de lege ferenda» no sea satisfactorio constatar que el derecho vigente no haya logrado establecer una prohibición universal y completa de la amenaza o utilización de las armas nucleares como tales. Hemos examinado, en esta parte de nuestro estudio, sucesivamente —para tratar de clarificar la cuestión— la permanente confusión entre las normas internacionales que regulan el «ius ad bellum» y el «ius in bello», el valor relativo de las reiteradas condenas del empleo de las armas nucleares por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la ambigua y equívoca práctica de los Estados, la ratificación por numerosos Estados de Tratados relativos a la adquisición, producción, posesión, despliegue y ensayos de armas nucleares y las opiniones encontradas de la doctrina, con la exposición y crítica de la teoría de los dos órdenes («la aporía nuclear fundamental») basada en la distinción y separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares apoyada (H. Meyrowitz) en la tesis de la «retroactividad» del «ius in bello» sobre los medios de disuasión nuclear. Es verdad que tal doctrina no puede llevarnos a justificar simultáneamente la política de amenaza nuclear (la disuasión) y a condenar el empleo del arma nuclear en todas las circunstancias, según el Derecho de los Conflictos armados (particularmente por el Derecho Internacional Humanitario), pero este argumento —lleno de racionalidad y humanidad— no puede colmar la laguna actualmente existente en el Derecho internacional ni dejar de constatar —como hace el Tribunal Internacional de Justicia— la diferencia entre la existencia de una «opinio iuris» emergente en parte de la Comunidad internacional y la ausencia de una norma específica (convencional o consuetudinaria) que prohíba la amenaza o utilización de las armas nucleares como tales.

Ciertamente hubiera sido más exacta la formulación del apartado B del Dictamen consultivo del T.I.J. si a los adjetivos «universal» y «completa», que matizan la ausencia de una prohibición de la amenaza o utilización de las armas nucleares en cuanto tales, se hubiera añadido el de «expresa». De forma, que la ausencia de una prohibición de la amenaza o utilización de las armas nucleares se debe matizar de la forma siguiente:

- A. No existe una prohibición universal.
- B. No existe una prohibición completa.
- C. No existe una prohibición expresa.
- D. La ausencia de prohibición se refiere sólo a las armas nucleares en cuanto tales.

E. La ausencia de prohibición viene exclusivamente referida al Derecho Internacional convencional o consuetudinario.

Con tales limitaciones se trata de compatibilizar esta afirmación del apartado B del Dictamen consultivo del T.I.J. con el contenido del controvertido apartado E de la misma opinión consultiva:

*«De las exigencias anteriores se desprende que la amenaza o la utilización de las armas nucleares generalmente será contraria al Derecho internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del Derecho Humanitario».*

Es evidente que si —hipotéticamente— se suprime el adverbio «generalmente» y se afirma que «la amenaza o la utilización de las armas nucleares es contraria al Derecho internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del Derecho Humanitario», quedaría en entredicho la afirmación de la Corte sobre la ausencia de una prohibición universal y completa de la amenaza o utilización de las armas nucleares. Esta reflexión nos lleva a una nueva matización de la conclusión del T.I.J. que se deriva de la distinción entre la «amenaza» del empleo del arma nuclear, que pertenece al «ius ad bellum» como derecho emanado del contenido de la Carta de las Naciones Unidas, y el empleo del arma atómica que se inscribe en el ámbito del «ius in bello» o Derecho de los conflictos armados, particularmente en el Derecho Internacional Humanitario. Por ello, la formulación más exacta del apartado B del Dictamen consultivo, si queremos coordinar su texto con el contenido del apartado E de la misma opinión consultiva, podría haberse expresado así:

*«Ni el Derecho Internacional convencional ni el Derecho Internacional consuetudinario establecen una prohibición universal, completa y expresa de la amenaza de utilizar o poseer armas nucleares en cuanto tales».*

Dedicaremos, en consecuencia, los restantes apartados de este trabajo al estudio de la licitud o ilicitud del empleo del arma nuclear según los principios y normas del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, partiendo hipotéticamente de la afirmación de la Corte sobre la ausencia de una prohibición universal y completa del empleo del arma atómico.

## IV. LA UTILIZACIÓN DEL ARMA NUCLEAR Y EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

### A. EL DERECHO DE LA GUERRA

#### 1. Consideraciones generales

Nos referiremos aquí al clásico Derecho de la Guerra o Derecho de La Haya, regulador de la conducción de las hostilidades y de los medios a modos de ejecutar la acción hostil. Examinaremos sus textos convencionales o normas consuetudinarias hasta su acercamiento y síntesis con el Derecho Internacional Humanitario, a partir de la Resolución 2.444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1968), que culmina en el Protocolo I Adicional de 1977 (72).

Estudia Arrasen (73) entre los criterios humanitarios tradicionales la prohibición de causar «males superfluos» o «sufrimientos innecesarios», que fundamenta en una larga serie de textos normativos.

Respecto de estas prohibiciones de armas ha de hacerse la precisión de que sólo en alguna de ellas la proscripción es absoluta —al no cumplir en sí misma los requisitos generales del derecho de los conflictos armados (arma que produce males superfluos o sufrimientos innecesarios)— y en otras se prohíbe su uso en determinadas circunstancias que la hacen indiscriminada. La prohibición se plasma cuando se trata de armas cuyo uso normal es indiscriminado y, fuera de esta utilización, carecen de relevancia militar, dadas sus características técnicas. Naturalmente, estas matizaciones no significan que deje de prohibirse también el uso indiscriminado de cualquier arma no afectada por las aludidas proscripciones.

#### 2. La declaración de San Petesburgo

Una considerable parte de la doctrina (74) apoya la tesis de la ilicitud del empleo del arma nuclear en el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868 en la que, una Comisión Militar

---

(72) S.E. Nahlik, «Compendio de Derecho Internacional Humanitario», Revista Internacional de la Cruz Roja, jul-agos.1984, p.14.

(73) M.ARRASSEN, «Conduite des hostilités...», ob.cit.pp.235 ss

(74) H. MEYROWITZ cita a MENZEL, A. ANDRIES, F.A. BOXLE, E. DAVID, C. SWINARSKY, I. DETTER DE LUPIS, J.H.E. FRIED, N. GRIEF, E.L. MEYROWITZ, TH. SCHWEISFURTH y, naturalmente, el «affaire SHIMODA» (H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.pp. 303 y 304, notas 12 y 13 ).

Internacional —a propuesta del Gabinete Imperial de Rusia.— fijó, de común acuerdo, los límites técnicos en que las necesidades de la guerra deben detenerse ante las exigencias de la humanidad. El citado pasaje de tal Declaración dice textualmente:

*«Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; Que a ese efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que ese objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable; Que, por tanto, el empleo de armas semejantes sería contrario a las leyes de la humanidad».*

No cabe duda que tal declaración, a la que puede reprochársele un cierto carácter abstracto, expresaba el estado de los «usos y costumbres de la guerra» en aquel histórico momento y aún hoy se puede decir que los principios que expone forman parte del Derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, H. Lauterpacht (75) considera difícil responder —en el estado presente (1966) del conocimiento y de la experiencia científica— con cierta precisión a la cuestión de si las consecuencias del uso de las armas atómicas son tales que violen la Declaración de San Petersburgo. Por otra parte, modernamente no faltan autores —como H. Meyrowitz (76)— que estiman que estos principios no poseen poder normativo propio, por lo que se debe pasar por el trance —difícil por razón de las implicaciones militares y políticas— de la elaboración de normas convencionales.

En todo caso, en el asunto Shimoda (77), el Tribunal Civil de Tokyo utilizó en su sentencia de 7 de diciembre de 1963 —entre otras— la aludida frase del preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, para declarar ilegales —conforme al Derecho Internacional vigente en aquel momento— los bombardeos atómicos de las ciudades de Hiroshima

---

(75) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho Internacional...», ob.cit. p.354.

(76) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit. p.305.

(77) Tribunal de Distrito de Tokyo, 7-12-1963, Asunto SHIMODA, «International Law Reports», vol.32, pp.626-642. Ver también H.FUJITA, «Reconsideration de l'Affaire SHIMODA, Analyse juridique du bombardement atomique du Hiroshima et Nagasaki» en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, 1980-1-2. La sentencia fué publicada en «Japanese Annual of International Law», p.212-252 (1964). Ver también, E. MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas...», ob.cit.pp.49 y 50.

y Nagasaki durante la Segunda Guerra Mundial (6 y 9 de agosto de 1945). Comentado esta decisión judicial, C. Rousseau (78) destaca que: 1) Es un principio generalmente reconocido del derecho internacional relativo a la guerra aérea que no es admisible un bombardeo aéreo realizado sin discriminación más allá del ataque a objetivos militares y sobre ciudades abiertas como Hiroshima y Nagasaki. 2) El empleo de la bomba atómica es contrario al principio de derecho internacional que prohíbe el empleo de medios de guerra que produzcan males superfluos. En el mismo sentido, pone de relieve J. Pictet (79) que en la exposición de motivos que acompaña a la sentencia se razona que un arma no es lícita por el solo hecho de que sea nueva, que las reglas de La Haya son aplicables por analogía a los bombardeos aéreos, que las dos ciudades mencionadas no estaban defendidas, no eran objetivos militares y que los efectos de esas bombas han sido más crueles que los de las armas químicas o bacteriológicas.

En contra de esta controvertida sentencia judicial japonesa podría, no obstante, esgrimirse otro pasaje de la Declaración de San Petersburgo que dice: «las Partes contratantes o adherentes se reservan entenderse ulteriormente todas las veces que se formule una propuesta precisa con miras a perfeccionamientos venideros, que la ciencia podría aportar al armamento de las tropas, a fin de mantener los principios que han planteado y de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad».

No le falta pues razón a H. Meyrowitz en sus reflexiones aunque, naturalmente, no es desdeñable el valor de este principio sentado en la Declaración de San Petersburgo, recogiendo —no lo olvidemos— las tradicionales «leyes y costumbres de la guerra», que habían de ser posteriormente— estudiadas y recopiladas como resultado de la Conferencia de Bruselas de 1874. En esta época el derecho consuetudinario aplicable en la guerra conoce formulaciones doctrinales, nacionales e internacionales, tan importantes como las norteamericanas «Leyes de Lieber» publicadas por Abraham Lincoln, el «Manual de Oxford» (1880) del Instituto de Derecho Internacional (obra de Gustav Moynier, uno de los cinco fundadores de la Cruz Roja) o el Reglamento español de Campaña de 4 de enero de 1882, que dedica el Capítulo XXVII a «Nociones del derecho de gentes y leyes de la guerra». En su artículo 850 se puede leer que el derecho internacional reprueba todo medio que no conduzca directamente al fin de la guerra; como la matanza inútil, el estrago y ruina de objetos que no sirvan de utilidad inmediata al adversario.

---

(78) CH. ROUSSEAU, «Le Droit des conflits...», ob.cit. pp. 127 y 128.

(79) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit. p. 66.

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en su Dictamen Consultivo de 8-7-1996, afirma: «Está prohibido causar males supérfluos a los combatientes: así, está prohibido utilizar armas que causen tales males o graven innecesariamente sus sufrimientos. En aplicación de este segundo principio, los Estados carecen de una libertad de elección ilimitada de las armas que vayan a utilizar» (Apartado 78).

El principio, en definitiva, lo formuló nítidamente la Resolución 2444/XXIII (1968) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados: «Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo».

### **3. El Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la guerra terrestres de La Haya (1899-1907).**

Tanto el II Convenio de La Haya de 1899 (único ratificado por España) como el casi idéntico Convenio IV también de La Haya de 1907, llevan como Anexo el denominado «Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre». Su fundamento consuetudinario es tan evidente que se refleja en su propio título («leyes y costumbres de la guerra») y se justifica en su preámbulo: «...importa revisar a dicho fin las leyes y costumbres generales de la guerra» y han adoptado gran número de disposiciones que tienen por objeto definir y regular los usos de la guerra terrestre».

Tres son los pasajes de este Convenio de La Haya y su Reglamento anexo que han merecido la atención de los juristas en relación con la prohibición del uso del arma nuclear.

En primer lugar, la cláusula Martens contenida en su preámbulo, con la siguiente redacción: «...en los casos no comprendidos..., las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública».

En segundo término, la prohibición de emplear veneno o armas envenenadas, según el artículo 23 a) del Reglamento anexo, o usar armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos (art.23 e) del mismo Reglamento).

En tercer lugar, la proscripción contenida en el artículo 25 del mismo texto convencional, que veda el ataque o bombardeo, por cualquier medio que sea, de ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos.

Dejando para más adelante el análisis de la cláusula Martens, debemos destacar que hay un acusado consenso en la doctrina (80) respecto a que el uso del veneno o de las armas envenenadas está prohibido no sólo por una norma convencional (el artículo 23 a) del Reglamento de La Haya) sino que tal proscripción tiene la condición de norma consuetudinaria. A lo que habría que añadir ciertas reglas prohibitivas convencionales de carácter genérico, como el artículo 22 del citado Reglamento (81), conforme al que: «Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo», quedando vetada la utilización de los susceptibles de causar males superfluos (artículo 23 e) del mismo texto).

En contra H.Meyrowitz (82) señala que, a partir de los años setenta, una sólida práctica internacional, apoyada por una «opinio iuris» general, confirmó definitivamente la no ilicitud en si mismo del empleo de armas nucleares (es decir «como tales» o en su misma condición de armas nucleares), lo cual —evidentemente— no se extiende a la forma como pueden ser usadas (contra que objetivos, en que circunstancias, según que formas o con que efectos indirectos).

Para este autor, el supuesto de las armas nucleares es justamente el caso contrario de las armas químicas o biológicas, que están prohibidas en cuanto tales por el Protocolo de Ginebra de 1925 o por el derecho consuetudinario, cualquiera que pueda ser el objetivo, las circunstancias, las modalidades de uso y los efectos de su utilización.

Todavía más categórica es la postura del Tribunal Internacional de Justicia (Dictamen de 8-7-1996) cuando observa (Apartado 55) que el Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya no define lo que ha de entenderse por «veneno o armas envenenadas» y que existen interpretaciones divergentes sobre éste punto. De forma que, en la práctica estatal, estos términos han sido interpretados en su sentido natural o corriente, como armas cuyo principal efecto es envenenar, de manera que las Partes en el citado instrumento (los Estados) no consideran que se haga referencia a las armas nucleares; Y la misma conclusión alcanza el TIJ, por lo que las armas nucleares no se consideran prohibidas por tal Reglamento.

Cabe señalar en contra la opinión disidente del Magistrado del TIJ M.WEERAMANTRY (83), quien encuentra en el derecho convencional

---

(80) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.p.304.

(81) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.361.

(82) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.304 y 305.

(83) «Court Internationale de Justice. Communiqué», ob.cit. pp.7 y 8.

—y concretamente en el artículo 23 a) del Reglamento de La Haya de 1907 la prohibición del uso de las armas nucleares, pues su empleo es contrario al principio fundamental del valor y de la dignidad de la persona humana sobre el que reposa el derecho. Así, considera este Magistrado que el aludido Reglamento es claramente aplicable a las armas nucleares puesto que en él se prohíbe la utilización de venenos. Añade que las radiaciones se incluyen directamente en esta categoría y que la proscripción del uso de venenos es ciertamente una de las más viejas normas de las leyes de la guerra.

#### 4. El Protocolo de Ginebra de 1925

La doctrina que reiteradamente hemos citado y la fundamentación del asunto Shimoda, alude también —para sostener la prohibición del uso de las armas nucleares en sí mismas— al Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos (deletéreos) o similares y de medios bacteriológicos, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos. Empleo que «ha sido a justo título condenado por la opinión general del mundo civilizado» (Preámbulo del Protocolo).

Los propios términos del Protocolo, en su parte expositiva, revelan una vocación de establecer una universal y permanente prohibición de 108 gases y medios bacteriológicos en los conflictos armados, pues se considera que esta proscripción «ha sido formulada en los tratados de que son Partes la mayoría de las potencias del mundo» y que se persigue el fin de «hacer reconocer universalmente como incorporada al derecho internacional esta prohibición, que igualmente se impone en la conciencia y a la práctica de las naciones».

No es, sin embargo, unánime la doctrina al relacionar esta categórica proscripción con el empleo de las armas nucleares en sí mismas. Pérez González cita la opinión de S.E. Nahlik (84) que ha subrayado como esta prohibición extensa —que vendría a dejar abierta la puerta a la condena de nuevos medios hostiles productores de efectos análogos— sería hoy aplicable al uso de las armas nucleares, coincidentes con las químicas y las bacteriológicas en la imposibilidad de un empleo selectivo, en el hecho de atacar a personas y bienes no involucrados en el combate.

---

(84) S.E. NAHLIK, «Arme atomique et droit international», lección pronunciada en la F. de Derecho de la U. Complutense de Madrid (23-4-1971), policopiada, p.10 (citada por M. Pérez González «Seguridad y desarme...», ob.cit.pp.360 y 361, nota 7).



La postura de Lauterpacht, en relación con la prohibición del uso del arma atómica fundada en el Protocolo de Ginebra de 1925, es muy vacilante (85) razonando que, mientras la permanencia de la contaminación causada por la bomba atómica dentro de un área limitada es discutible (llega a escribir que, según altas autoridades científicas, la contaminación permanente solamente se produce cuando la bomba explota bajo el agua), hay una fuerte evidencia del sufrimiento continuado, y quizá fatal inevitablemente, que inflige al herido. No obstante —continúa— a la vista del carácter hasta ahora incalculable de las consecuencias físicas indirectas para los seres humanos mas allá del radio inmediato de su explosión, es posible que el uso de la bomba atómica en gran escala pueda entrar en la órbita de la guerra biológica, que ha sido condenada por la conciencia de la humanidad. Esta indecisión doctrinal, que se extiende a sus conclusiones, tiene su explicación en la época donde aún no se conocían con la necesaria precisión las gravísimas secuelas de una explosión nuclear.

Arrassen (86), por el contrario, estima que las armas nucleares y las radiológicas, debido a su condición de «armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos» y de sus efectos altamente indiscriminatorios, están incluidas en las prohibiciones establecidas por la Declaración de San Petersburgo, Reglamento de La Haya (apartados a) y e) del art.23), Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional (arts.35, 51, 52, 55 y 56), todo ello sin contar que del hecho de la asimilación de algunos de sus efectos —particularmente, la contaminación— a los resultados del empleo de veneno o de productos químicos tóxicos, las armas nucleares y radiológicas caen igualmente bajo la interdicción consuetudinaria, de una parte, del veneno y de las armas envenenadas y, de otro lado, de las armas químicas.

En contra, H. Meyrowitz (87), como hemos visto, estima que —a partir de los años setenta— una sólida práctica internacional (apoyada por una «opinio iuris» general) no ha confirmado la no ilicitud en si del empleo de armas nucleares, enfrentando esta situación (no prohibición del empleo de armas nucleares como tales) precisamente a la interdicción de las armas químicas y biológicas, como tales, establecida en el Protocolo de Ginebra de 1925.

---

(85) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho...»,ob.cit.p.354.

(86) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...»,ob.cit.p.446. También SCHAWARZENBERGER escribe que la prohibición del Protocolo de Ginebra de 1925 es probablemente solo declaratoria del D.Internacional consuetudinario y abarca el empleo de armas nucleares (\*Manual of International Law, London, 5ª Edición, 1967, p.201).

(87) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.pp.304 y 305.

De nuevo acudimos al Dictamen Consultivo del TIJ (8-7-1996), donde se razona (apartado 55) que el Protocolo de 1925 no precisa el significado de los términos «materias o procedimientos análogos», siendo clara la práctica estatal en el sentido de que las Partes en tal instrumento no consideran que haga referencia a las armas nucleares. En consecuencia, el Tribunal no estima que la utilización de las armas nucleares pueda considerarse específicamente prohibida por el Protocolo de 1925 (apartado 56).

En su opinión disidente del citado Dictamen, M. Weeramantry (88) explica su convicción de que el derecho convencional —en particular el Protocolo de Ginebra de 1925— al prohibir el empleo de gases de modo específico es claramente aplicable a las armas nucleares.

## 5. La Cláusula Martens

Desde los Convenios de La Haya de 1899 figura en los Convenios relativos al Derecho de los conflictos armados (Derecho de la Guerra y Derecho Internacional Humanitario) una cláusula o «válvula de seguridad» (89), debida al genio de Frédéric Martens, que —en la formulación contenida en el artículo 1, número 2, del Protocolo I Adicional de 1977— dice así: «En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». Y ello porque «...no podía ser la intención de las Altas Partes contratantes que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirigen los ejércitos» (Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907).

Pese a los intentos doctrinales de apoyar la interdicción del uso de las armas nucleares (en cuanto tales) en el texto convencional de la cláusula Martens, debemos convenir con H. Meyrowitz (90) que su invocación no es aquí pertinente pues es extraña al ámbito de las armas u otros medios de guerra. Y ciertamente no existe ninguna prohibición de utilización de una clase determinada de arma que no se derive de una regla específica convencional o consuetudinaria, ni deducible directamente de la cláusula

---

(88) «Court Internationale de Justice...», ob.cit. pp. 7 y 8.

(89) Así la denomina S.E. NAHLIK, «Compendio...», ob.cit. p. 39.

(90) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit. p. 305.

Martens. Aduce este autor para fundamentar su aserto que la cláusula Martens figura en el preámbulo del Convenio de Ginebra de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y —sin embargo— para obtener la definición de las armas cuyo empleo resulta prohibido en los tres Protocolos adicionales anexos (que ahora son cuatro) o establecer las categorías de armas excluidas de las nuevas prohibiciones, han sido precisas largas y difíciles negociaciones. Modernamente confirman tal ejemplo la laboriosa obtención de acuerdos en Viena (1995) y Ginebra (1996), respectivamente, para la interdicción de las armas que causan ceguera (Protocolo IV) o para la modificación del régimen de las minas antipersonal (Protocolo II). Por todo ello es difícil no estar de acuerdo con este autor cuando afirma que la cláusula Martens no puede por sí sola prohibir o limitar el uso de una categoría determinada de armas.

Sin embargo, el Dictamen consultivo (8-7-1996) del TIJ no llega a idéntica conclusión, aunque ciertamente no la contradice. Para el Tribunal la cláusula «ha resultado ser un medio eficaz para afrontar la rápida evolución de las técnicas militares» y, conforme a los principios del Derecho de gentes, el Derecho humanitario prohibió en fecha muy temprana algunos tipos de armas, ya por sus efectos indiscriminados, ya porque causaban a los combatientes sufrimientos innecesarios (sufrimientos superiores a los males inevitables que conlleva la obtención de objetivos militares legítimos) Pero una cosa es afirmar que «en el caso de que el empleo de un arma no satisficiera las exigencias del Derecho Humanitario la amenaza de tal uso también sería contraria a este Derecho» y otra muy distinta que pueda deducirse del texto de la cláusula Martens la prohibición concreta de la utilización del arma nuclear o de cualquier otra arma no expresamente prohibida por normas convencionales o consuetudinarias.

## 6. La Convención de 1980 sobre Armas Convencionales

A este instrumento convencional firmado en Ginebra el 10 de octubre de 1980, con sus cuatro Protocolos anexos (Protocolo I sobre fragmentos no localizables en el cuerpo humano mediante rayos X, Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampas y otros artefactos —modificado en Ginebra el 3 de mayo de 1996—, Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias y Protocolo IV sobre prohibición de las armas que causan ceguera) se refiere el Dictamen consultivo del TIJ (8-7-1996), destacando que la aparición

de nuevos medios de combate —sin poner en cuestión los antiguos principios y normas de Derecho Internacional— trajo consigo la necesidad de algunas prohibiciones específicas del empleo de ciertas armas y todo ello demuestra que la conducción de las operaciones militares está sometida a un cuerpo de prescripciones jurídicas.

En el preámbulo de la Convención de 1980 se recuerda el principio de Derecho Internacional según el cual el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, y el principio 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. Asimismo se recoge que está prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

Realmente no se puede sostener que este Convenio de 1980 pueda ser aplicable al empleo del arma nuclear. En primer lugar porque su misma denominación (armas convencionales) nos lleva a la exclusión de las armas menos convencionales: las armas nucleares. Pero es que el instrumento convencional que podría ser aplicable a las armas nucleares es, sin duda, el Protocolo III del Convenio de 1980, relativo a determinadas prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, no contiene una proscripción del arma incendiaria (que define en su artículo 1) en si misma («en cuanto tal») sino concretas utilizaciones del arma que se consideran atentatorias contra el principio de distinción (protección especial de la población civil y bienes civiles), prohibición de ataques indiscriminados, principio de proporcionalidad y protección del medio ambiente y medios indispensables para la supervivencia (91). Es forzoso pues concluir que la Convención de 1980 tampoco establece la interdicción del uso del arma nuclear en cuanto tal.

## 7. Los Convenios sobre Armas Biológicas de 1972 y Armas Químicas de 1993

Aunque no faltan alusiones a una hipotética relación, en este caso disimilitud (92), entre las armas biológicas y las nucleares, creemos que

---

(91) W. HAYS PARKS, «El Protocolo sobre armas incendiarias», en el núm. dedicado al «Décimo aniversario de la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales», Revista Internacional de la Cruz Roja nov-dic. 1990, núm. 102, pp. 572-590. Para este autor en el Protocolo III se establece la legalidad de las armas incendiarias.

(92) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. pp. 304 y 305.

hacen referencia al Protocolo de Ginebra de 1925 (prohibición de gases asfixiantes, tóxicos y similares y de medios bacteriológicos, pero no al Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 10 de abril de 1972. Se trata, evidentemente, de un instrumento convenido en el proceso internacional de desarme o control de armamentos, que sigue la línea del citado Protocolo de 1925, dentro del objetivo de lograr la interdicción y eliminación de todos los tipos de armas de destrucción masiva.

Pero aquí se acaban las analogías con las armas atómicas, pues la Convención de 1972 no prohíbe el desarrollo (producción y almacenamiento) de las armas químicas sino de las bacteriológicas y tóxicas, obligando también a su destrucción. O como, con mayor precisión establece su artículo 1, el ámbito de la interdicción convencional se concreta a los «agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción» y, naturalmente, las armas, equipos y vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados.

El Dictamen consultivo del TIJ (8-7-1996) se refiere a las armas de destrucción masiva, dejando constancia de que la tendencia hasta el presente ha sido declarar su ilicitud mediante la adopción de instrumentos específicos, negociados y adoptados en un contexto propio y por motivos concretos. El Tribunal, en definitiva, no encuentra que exista una prohibición específica del recurso a las armas nucleares en los tratados que prohíben expresamente la utilización de determinadas armas de destrucción masiva.

Para criticar la indecisión del Dictamen y su disconformidad con los eventos de los que deduce el carácter lícito de la amenaza o el empleo de armas nucleares en ciertas circunstancias extraordinarias, el Vicepresidente del Tribunal M. Schwebel en su voto disidente (93) resalta que se afirma que «era no solamente perfectamente lícita, sino también eminentemente deseable» la advertencia que Iraq percibió como una amenaza de empleo de armas nucleares y que pudo disuadirle de recurrir a las armas químicas y biológicas contra las fuerzas de la coalición en el curso de la guerra del Golfo.

Mayor detenimiento merece el estudio de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo

---

(93) «Court Internationale de Justice.....», ob.cit. p.5.

de armas químicas y sobre su destrucción, hecha en París el 13 de enero de 1993 y ratificada por España por Instrumento de Ratificación de 22 de julio de 1994 (publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 300, de 13-12-1996). La Convención ha entrado en vigor de forma general y para España el 29 de abril de 1997, de conformidad con lo establecido en su artículo XXI, que ha sido suscrita por 160 Estados, entre ellos las cinco potencias nucleares y, a la vez, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Rusia y China).

Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, los intentos de prohibición generalizada de las armas químicas no son un proceso aislado de la cuestión de las armas nucleares. Y así, como escribe Peñas Mora (94) en enero de 1989, los países de la Liga Árabe, en bloque, establecieron una relación entre la supresión de los agresivos químicos y el proceso de desarme nuclear, y algunos de ellos condicionaron la firma del proyectado convenio (de prohibición de las armas químicas) a la firma por Israel del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares. Para algunos países, en definitiva, éste último Tratado había legitimado sólo a los países que ya poseían armas nucleares y la oposición de la Liga Árabe trataba de influir en Israel para que ratificara el TNP y se sometiera a una inspección internacional.

En el preámbulo de la Convención de París de 1993 los Estados Partes hacen propósitos para la prohibición y eliminación de todos los tipos de armas de destrucción en masa y reconocen que éste Convenio reafirma los principios y objetivos del Protocolo de Ginebra de 1925 y de la Convención sobre armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas de 1972.

Gran importancia revisten las definiciones de la Convención para delimitar su ámbito de aplicación, particularmente la de «sustancia química tóxica» (Artículo II, 2), por la que se entiende: «Toda sustancia química que, por su acción química sobre los procesos vitales, pueda causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales. Quedan incluidas todas las sustancias químicas de esa clase, cualquiera que sea su origen o método de producción y ya sea que se produzcan en instalaciones o de otro modo (a los efectos de la aplicación de la presente Convención, las sustancias químicas tóxicas respecto de las que se ha previsto la aplicación de medidas de verificación están enumeradas en listas incluidas en el anexo sobre sustancias químicas)».

---

(94) Julián PEÑAS MORA, «La Convención de armas químicas de 13 de enero de 1993: Génesis y exégesis de su texto», Boletín de Información del CESEDEN, núm. 238, 1995, p. 47.

En el número 9 del artículo II se entiende por «fines no prohibidos en la presente Convención»: c) Fines militares no relacionados con el empleo de las armas químicas y que no dependen de las propiedades tóxicas de las sustancias químicas como método de guerra». El artículo XXII establece que no podrán formularse reservas a los artículos de la Convención.

Aún con la opinión disidente de M. Weeramantry (95), contrario a todas las armas de destrucción masiva y convencido de que son aplicables para la prohibición de las armas nucleares y sus radiaciones las normas sobre prohibición de venenos, el Dictamen consultivo del TIJ (8-7-1996), después de examinar la Convención de 13 de enero de 1993, no encuentra que en tal tratado exista una prohibición específica del recurso a las armas nucleares.

## **8. Los Convenios Internacionales para la protección de los Derechos Humanos**

En el debate sostenido en el Tribunal Internacional de Justicia sobre el uso o amenaza del empleo de armas nucleares, algunos Estados argumentaron que el uso de las armas nucleares constituye una violación del derecho a la vida garantizado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. El derecho a la vida es inherente a la persona humana, estará protegido por la ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. En contra otros Estados han aducido que en tal Pacto —y, en general, en los instrumentos de Derecho Internacional que protegen a la persona humana— no se menciona la guerra ni las armas, ni se ha interpretado jamás que tales instrumentos estuviesen dirigidos a regular la licitud o ilicitud del empleo de las armas nucleares. Para tales Estados el pacto protege los derechos humanos en tiempo de paz y es el Derecho de los Conflictos Armados el que regula las cuestiones de la privación lícita de la vida en el curso de un conflicto armado.

No cabe duda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Conflictos Armados (o si se quiere el Derecho Internacional Humanitario) guardan una estrecha relación, hasta el punto que J. Pictet (96) llama Derecho Humano al que abarca el Derecho de los conflictos armados y los Derechos humanos y que tiene por finalidad avalar un mínimo de garantías y de humanidad a todos los

---

(95) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.8.

(96) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit.p.73.

hombres, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (en todas las circunstancias se debe respetar el núcleo duro o irrenunciable del Derecho humano). Este autor formula así su principio común: «Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana».

Naturalmente el principio general de la inviolabilidad de la vida humana tiene sus limitaciones en situación de conflicto armado, debido a la legitimidad del uso de la violencia en la guerra —que es lucha armada— aunque solo fuese para defenderse de los ataques de la parte adversa y obtener el objetivo de poner fuera de combate y neutralizar a la parte adversa, aunque no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo (Resolución 2.444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1968, sobre el respeto de los Derechos humanos en los conflictos armados).

Así pues, según Pictet (97) también en los conflictos armados rige el principio de inviolabilidad de la vida humana (el individuo tiene derecho al respeto de su vida, integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad. Se ha de partir de la prohibición de lanzar ataques contra la población como tal y de la norma que establece que, en todo momento, ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible (Resolución 2.444 de la Asamblea General).

En consecuencia, el TIJ en su Dictamen de 8-7-1996 observó que la protección de los derechos humanos ofrecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no termina en tiempo de guerra, porque el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente también rige en caso de conflicto armado (apartado 24 y 25). Ahora bien, advierte el Tribunal que corresponde a la «*lex specialis*» aplicable (el Derecho de los conflictos armados que regula la conducción de las hostilidades) determinar que constituye una privación arbitraria de la vida. Concluyendo que, únicamente por referencia al Derecho aplicable a los conflictos armados, y no a las disposiciones del Pacto, puede ser determinado si un caso concreto de muerte a causa del empleo de un determinado tipo de arma en tiempo de guerra ha de ser considerado como una privación arbitraria de la vida.

---

(97) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit. pp.75 ss. M. Weeramantry en su opinión disidente al Dictámen del T.I.J. (7-8-1996) invoca en contra de la legalidad de las armas nucleares los principios básicos de derecho relativos a los derechos del hombre («Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.8.



## 9. La prohibición del genocidio

Se ha sostenido ante el TIJ (Dictamen de 8-7-1996) que el uso del arma nuclear vulneraría la prohibición del crimen de genocidio.

Como consecuencia de los gravísimos Crímenes contra La Humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, que fueron objeto de represión en los juicios que se celebraron ante los Tribunales constituidos en virtud del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945, se aprobó en el seno de las Naciones Unidas el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), que se considera parte del Derecho Internacional Humanitario y que fue ratificado por España por Instrumento de Adhesión de 13 de septiembre de 1968. El Convenio considera el genocidio como un delito de derecho internacional y va más allá de su consideración dentro de la noción de «crímenes contra la humanidad», ligada a los «crímenes de guerra» o al «Derecho Internacional Humanitario, pues el genocidio puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (art.1 del Convenio) (98).

El genocidio, término acuñado por el jurista polaco Rafael Lemkin en 1944, suponen el intento de destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o social, voluntad de destruir el grupo en cuanto tal que integra el elemento subjetivo del crimen de genocidio (M. Ch. Bassiouni).(99).

Es clásica en nuestro derecho el concepto de genocidio de Beltrán Ballester que, inspirándose en el Convenio de 1948 y en el artículo 137 bis del derogado Código penal, lo define como el conjunto de actos consistentes en la privación de cualquiera de los derechos elementales de la persona humana, realizado con el propósito de destruir total o parcialmente una población o sector de una población, en razón a sus vínculos raciales, nacionales o religiosos; o bien realizar actos lesivos de los derechos individuales definidores de la existencia de un grupo nacional,

---

(98) J.Ma. Rodríguez Devesa-A.Serrano Gómez, «Derecho penal español.Parte Especial»,Ed.Dykinson,Madrid 1992,p.656 ss. J.C. Carbonell Mateu y T.S. Vives Antón, «Delitos de genocidio», en «Comentarios al Código Penal de 1995» Vol. II, Valencia 1996, pp.2158 ss. J. J. González Rus, «Manual de Derecho penal (Parte Especial) III. Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado;de las falsedades», Ed.Edersa,pp. 45 ss.

(99) M.CH. BASSIOUNI, «Derecho penal internacional»,Ed. Tecnos, Madrid 1984,pp.75 y 127 a 129.

étnico, racial o religioso con el propósito de destruirlo total o parcialmente (100).

Comentando este precepto escribe A. Blanc Altemir que contiene una definición de genocidio «por comprensión», es decir estableciendo la característica esencial del concepto (intencionalidad de destruir total o parcialmente) y «por extensión», enumerando concretamente los actos que entrañan tales consecuencias. Añade este autor la exposición de algunas deficiencias, como el concepto de «destrucción parcial», que para la doctrina debe referirse a un número razonablemente importante en relación con la totalidad del grupo como conjunto o una parte importante, como sus dirigentes (101).

La responsabilidad criminal abarca, naturalmente, a los gobernantes, funcionarios o particulares que hayan cometido genocidio o los mencionados actos punibles (art.4). Las Partes Contratantes se comprometen, según el artículo 5, a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio u otros actos punibles. Así pues, el genocidio —concebido como la negación del derecho a la existencia de todo un grupo humano— en opinión de Blanc Altemir constituye la más grave violación de los derechos humanos y, como tal, su prohibición se inscribe en el campo normativo del «ius cogens» al ser reconocida en este sentido por la comunidad internacional en su conjunto y no admitir acuerdo en contrario. Y así, la violación de la norma prohibitiva constituye un crimen internacional.(102).

En relación con las armas nucleares, algunos Estados han mantenido ante el Tribunal Internacional de Justicia que su utilización causaría un enorme número de muertes, que las víctimas podrían incluir a personas pertenecientes a un particular grupo étnico, nacional, racial o religioso, y que la intención de destruir a tales grupos podría deducirse del conocimiento que tiene el que emplea el arma nuclear de los bien conocidos efectos de su utilización. Tal uso caería entonces dentro de la prohibición del genocidio contenida en el Convenio de 1948, convertido en una norma de Derecho internacional consuetudinario aplicable por el T.I.J.

---

(100) Beltrán BALLESTER, «El delito de genocidio. Estudio del artículo 137 bis del Código penal español», Cuadernos de Política Criminal, 1978, num.6, pp.23 ss. VARELA FEIJOO, «El delito de genocidio», Temas Penales, U. Santiago de C. 1973, pp. 107 ss.

(101) Antonio BLANC ALTEMIR, «La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional», Bosch, Barcelona 1990, p. 178.

(102) A. BLANC ALTEMIR, «La violación de los...», ob.cit.pp.210-211.

Nuestro punto de vista, sin embargo, coincide con el de H. Meyrowitz (103) quien sostiene que la hipótesis de existencia de genocidio descansa en que los actos cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal y consistentes en la muerte o grave atentado contra la integridad física de miembros del grupo, pueda ser perpetrado por medio de armas nucleares. Y concluye que sería entonces la comisión del acto constitutivo de la definición de genocidio el que caería bajo tal incriminación y no el recurso al medio que haya servido para la perpetración del crimen. Es decir, el genocidio se caracteriza por la intención de destruir un grupo humano y no por los medios utilizados para esta finalidad genocida. En definitiva no se puede decir, a la vista del Convenio de 1948 para la prevención y castigo del crimen de genocidio, que existan «armas genocidas» y por tanto que puedan ser así calificadas las nucleares en cuanto tales.

En este mismo sentido, el Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen consultivo de 8-7-1996 señaló que la prohibición del genocidio sólo sería pertinente, en este caso, si el recurso a las armas nucleares comportase efectivamente el elemento intencional dirigido contra un grupo como tal, según exige la citada norma convencional. Concluyendo que sólo podría alcanzarse tal convicción después de tomar en debida consideración las circunstancias concretas de cada caso, lo que implica que no puede considerarse a las armas nucleares en sí mismas como incursas en la interdicción universal del crimen de genocidio.

M. Weeramantry (104) expresa en su voto disidente su disconformidad con el Dictamen del TIJ, estimando que entre los principios que significan la prohibición del empleo de las armas nucleares figura el de la *interdicción del genocidio*.

## 10. Conclusiones críticas en relación con las Normas del Derecho de la Guerra y el empleo del arma nuclear

Desde hace ya muchos años, la mejor doctrina (105) se había pronunciado por la regulación de la guerra total (en la que se emplearen armas atómicas o termonucleares), pues con ser muy grandes sus horrores, serían menores en el caso de existieren reglas positivas al respecto. La indefinición es, sin embargo, la nota dominante en esta materia durante un

---

(103) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.305-306.

(104) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.8.

(105) J.A. PASTOR RIDRUEJO, «El Derecho actual...», ob.cit.p.269.

largo período de tiempo Así, Lauterpacht (106), después de considerar posible que el uso de la bomba atómica en gran escala pueda entrar en la órbita de la guerra biológica, que ha sido condenada por la conciencia de la humanidad, habiendo entonces lugar para la opinión de que es contraria al Derecho internacional, aunque se dirija contra objetivos militares indudables (buques de guerra o grandes acumulaciones de tropas) que contienen o se componen de seres humanos, estima —seguidamente— que «parece que no hay ninguna razón urgente que prohíba el uso del arma atómica contra objetivos militares que puedan destruirse sin grandes pérdidas de vida o daño para la salud».

Más decidida es la postura de Arrassen (107), quien apoyándose en la opinión mantenida entonces por Meyrowitz (108), sostiene que por razón de su condición de «armas, de proyectiles o de materias capaces de causar males supérfluos» y de sus efectos altamente indiscriminados, estas categorías de armas (nucleares y radiológicas) responden a las prohibiciones establecidas por la Declaración de San Petersburgo, del Reglamento de La Haya (art.23 a) y e), de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I (arts.35, 51, 52, 55 y 56) adicional a los citados Convenios. Sin contar, prosigue este autor, que de la asimilación de algunos de sus efectos —singularmente de contaminación— a los resultados del empleo de veneno o de productos químicos tóxicos, las armas nucleares y radiológicas caen igualmente bajo la prohibición consuetudinaria, de una parte del veneno y armas envenenadas, y de otro lado, de las armas químicas.

Mucho más matizada es la clásica posición de H. Meyrowitz (109), entre nosotros seguida por Montull Lavilla (110) que a los argumentos doctrinales apoyados en los textos clásicos y modernos del Derecho de la guerra, opone el desmentido decisivo que aporta —y no cesa de aportar— la práctica de los Estados. Desde el análisis de las normas convencionales

---

(106) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho...»,ob.cit.pp.354-355.

(107) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...»,ob.cit.p.446.

(108) Estimó MEYROWITZ que las armas atómicas y radiológicas requieren la prohibición por el carácter insidioso de sus efectos, por el carácter imprevisible e incontrolable de estos efectos, incontrolable por la extensión de la zona contaminada, número y calidad de los seres humanos afectados:com batientes o personas civiles; por la extensión en el tiempo de sus efectos, susceptibles de producirse largo tiempo despues de la emisión de materias radiactivas,sin hablar de sus efectos genéticos («Le projet americano-soviétique de traité sur l'interdiction des armes radiologiques «Annuaire français de droit international, 1979, p. 105).

(109) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.pp.309 y 325

(110) E. MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas...» ob.cit.pp.51-52.

y de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ya hemos examinado antes en profundidad, este autor argumenta que la composición de la mayoría y minoría de los Estados que forman la comunidad internacional, enfrentados en esta cuestión, y el reconocimiento de que la definición del estatuto de las armas atómicas según el Derecho de la guerra no es posible sin el acuerdo de las cinco potencias nucleares, impiden la formación de una «opinio iuris». Concluyendo que la cuestión de saber a que reglas está sometido el empleo de las armas nucleares depende enteramente hasta el presente, en cuanto a la respuesta, de la práctica de los Estados, aún cuando esta práctica está ligada a una Convención, el Protocolo I de 1977, que remite al derecho consuetudinario.

Y también invoca el valor normativo de la costumbre internacional en esta materia el Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996, en donde — después de afirmar el principio cardinal de la prohibición de causar males superfluos a los combatientes y utilizar armas que causen tales males o agraven innecesariamente sus sufrimientos, se sostiene que estas normas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que los contienen, porque constituyen principios inquebrantables del Derecho Internacional humanitario. Sin que quepa duda a la Corte de que el hecho de que las Convenciones de La Haya (y de Ginebra) hayan obtenido tan amplia participación se debe a que un gran número de estas normas aplicables a los conflictos armados son fundamentales para el respeto de la persona humana y también a las «consideraciones elementales de humanidad» (apartados 78 y 79).

No parece pues aventurado concluir que las normas del Derecho de la guerra, es decir las que regulan los modos o medios de combatir o si se quiere la conducción de las hostilidades, no regulan expresamente ni los Estados han interpretado que prohíban el empleo del arma nuclear — en cuanto tal— en los conflictos armados, aunque — naturalmente— tal vacío normativo no supone un estatuto privilegiado, puesto que la utilización de tales armas no está exenta de cumplir las normas generales establecidas con carácter convencional o consuetudinario por el Derecho de los conflictos armados. Y esta conclusión, ciertamente lamentable desde muchos puntos de vista, nos lleva a examinar seguidamente si el estado de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que integra la parte del Derecho de los conflictos armados que se ocupa de la protección de las víctimas de la guerra, nos conduce a la misma conclusión.

## B. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

### 1. Determinaciones previas

Entendemos aquí por Derecho Internacional Humanitario, en la conocida definición de S.E. Nahlik (111) el conjunto de las reglas de derecho internacional tendentes a la protección, en caso de conflicto armado, de las personas afectadas por los males que causa ese conflicto y, por extensión, de los bienes que no tienen directa relación con las operaciones militares. En definitiva, la parte del derecho que tiende a salvaguardar a los militares fuera de combate, así como a las personas que no participan en las hostilidades (112) o, en mi opinión, la parte del Derecho de los conflictos armados que regula específicamente la protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y miembros de la población civil) y de los bienes, víctimas de la acción hostil, limitando el uso de la fuerza sin afectar al estatuto jurídico de las partes en conflicto.

A la vista de los principios del Derecho Internacional Humanitario entonces vigentes, autores como Lauterpacht (113) expresan notables vacilaciones sobre la ilegalidad de la utilización del arma atómica. En cuanto al principio de distinción entre combatientes y no combatientes, niega este autor que el radio de devastación causado por el arma atómica sea tan grande como para rechazar cualquier intento de distinguir combatientes y no combatientes o entre objetivos militares y no militares, aunque reconoce que mientras el bombardeo aéreo puede cumplir el requisito de dirigirse contra un «objetivo militar» y quedar dentro de la órbita de la legalidad, el uso de la bomba atómica contra una ciudad puede cumplir tal requisito sólo en casos muy excepcionales. Sin embargo, concluye que no es cierto que el recurso al arma atómica deba llevar invariablemente al olvido de la distinción entre combatientes y no combatientes y que no pueda limitarse a los propios objetivos militares. Por lo que se refiere al principio de humanidad, se pregunta este autor si la destrucción y el sufrimiento originados por el uso del arma atómica no son tales que la coloquen, en los términos de los Convenios de Ginebra de 1949, fuera de los principios del derecho de gentes, que se deducen de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública (Cláusula Martens), para concluir que existe

---

(111) S. E. NAHLIK, «Compendio de Derecho..... »,ob.cit.p.7

(112) J. PICTET, «Desarrollo y principios...»,ob.cit.p.10

(113) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho...»,ob.cit.pp.354-356

cierta controversia con respecto al valor decisivo de las consideraciones de humanidad en la guerra y la posibilidad de recurrir al arma atómica contra objetivos en relación a los cuales no serían importantes tales consideraciones.

Más modernamente otros autores (114) escriben que las reglas del «ius in bello» responden al doble propósito de seleccionar los objetivos bélicos (distinguiendo entre objetivos militares y no militares en función de la protección de la población civil y sus bienes) y de sujetar la conducción de las hostilidades a los principios humanitarios, doble propósito que es probablemente impracticable en la guerra nuclear, lo que ha llevado a Castren a plantear que la legalidad de tales medios de guerra puede ser dudosa (115).

Estudiando la moderna evolución del Derecho Internacional Humanitario, constatamos que, ya en la temprana fecha de 1949, había sido planteada la cuestión de la legalidad del uso del arma nuclear. Sin embargo, la Conferencia Diplomática que elaboró los Convenios de Ginebra de 1949, ante una propuesta de la delegación de la URSS dirigida a poner fuera de la ley las armas nucleares, se declaró incompetente para debatirla y el proyecto de resolución fué declarado inaceptable por amplia mayoría (116).

Un grupo de expertos gubernamentales que elaboró un informe sobre «armas que pueden causar males superfluos o dañar sin discriminación, convocados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) declaró que las armas nucleares son, efectivamente, armas incendiarias de explosión dotadas de un alto poder y también son armas radiológicas en virtud de la radiación ionizadora que libera la explosión nuclear, tanto inmediata como en forma de «precipitación» radiactiva. Para este informe (117) los efectos principales que producen víctimas son consecuencia de la explosión, radiación térmica y radiación ionizante, pudiendo pasar días, semanas o incluso años antes de que se manifiesten los síntomas de enfermedad, a lo que hay que añadir que la radiación ionizante puede retrasar

---

(114) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.361 O. Casanovas, «Objetivos militares, métodos y medios de combate» en «Instituciones de D.Internacional Público» de M. Díaz de Velasco, Tomo I, Cap.XLV, Madrid 1980, pp.577 ss.

(115) E. CASTREN, «Necessité et possibilité de la protection juridique de la population civile dans la guerre moderne», «Estudios de D.Internacional en homenaje a D.Antonio de Luna, Madrid, 1968, p. 503.

(116) Claude PILLOUD y Jean de PREUX; «Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949», C.I.C.R. Ginebra 1986, p. 600.

(117) C.I.C.R., «Informe sobre los trabajos de un grupo de expertos:» «Armas que pueden causar males superfluos o dañar sin discriminación», Ginebra 1973, pp. 22-23.

la cicatrización de otras heridas y obstaculizar la mejoría de ciertas enfermedades. Datos que se apoyan en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado «Efectos de la posible utilización de las armas nucleares y consecuencias que para la seguridad y la economía de los Estados tiene la adquisición y el ulterior desarrollo de esas armas» (Nueva York, 1968, Documento A/6858).

Sensible a esta problemática humanitaria, el C.I.C.R. insertó en su «Proyecto de reglas para limitar los riesgos sufridos por la población civil en tiempo de guerra» (1956) el artículo 14.1 con la redacción siguiente: «Sin perjuicio de las prohibiciones existentes o futuras de armas determinadas, está prohibido emplear armas cuya acción nociva — particularmente por expansión de agentes incendiarios, químicos, bacteriológicos, radiactivos o similares podría extenderse de manera imprevista o escapar, en el espacio o en el tiempo, al control de quienes les empleen y poner así en peligro a la población civil». Esta disposición fué considerada por diversos gobiernos como una condena de las armas nucleares y, por esta razón, no fué incluida en el proyecto del C.I.C.R. (118).

También desde la óptica humanitaria, el Dictamen consultivo del T.I.J. (8-7-1996) destacó que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estimó en 1945 que las reglas humanitarias contenidas en el Reglamento anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 estaban reconocidas por todas las naciones civilizadas y eran consideradas como declarativas de las leyes y costumbres de la guerra, reconocimiento (que las reglas del Derecho Internacional Humanitario forman parte sin duda del Derecho consuetudinario) que se ratifica en el Informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas que contiene el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos reponsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (aprobado por el Consejo de Seguridad por Resolución 827 de 1993).

Para la Corte el primer principio cardinal contenido en los textos del Derecho Humanitario está destinado a la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes, que los Estados nunca deben atacar contra la población civil (en cuanto tal) y, por consiguiente, no deben utilizar armas con las que no puedan distinguir entre objetos civiles y objetivos militares (apartados 78 , 80 y 81 del Dictamen).

---

(118) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 600



Con ánimo de precisar más sus aseveraciones, el T.I.J. afirma que el sector del Derecho Internacional Humanitario que sin duda forma parte ya del Derecho internacional consuetudinario es el Derecho aplicable a los conflictos armados contenido en los siguientes instrumentos convencionales: Convenios de Ginebra de 1949, Convención IV de La Haya de 1907 y su Reglamento anexo (Leyes y costumbres de la guerra terrestre), Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 1945.

Razona la Corte, en argumento plenamente compartido, que la amplia codificación del Derecho Humanitario y el alcance de la participación en los tratados resultantes de dicho proceso (188 Estados han ratificado, por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949), así como el hecho de que sus cláusulas de denuncia nunca han sido utilizadas, han permitido a la comunidad internacional disponer de un cuerpo de normas convencionales que, en su gran mayoría, se habían incorporado ya al derecho consuetudinario y que reflejan los principios humanitarios más universalmente reconocidos (apartado 82 del Dictamen).

Desarrollando estos principios, M. Bedjaoui, Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, en su Declaración unida al Dictamen consultivo de 8-7-1996 (119), destaca el carácter especialmente exigente del derecho humanitario y su vocación de ser aplicado en todas las circunstancias, concluyendo que el arma nuclear, como arma ciega desestabiliza por naturaleza el derecho humanitario, derecho basado en la distinción en el uso de las armas. Añadiendo que el arma nuclear, mal absoluto, desestabiliza el derecho humanitario en cuanto derecho del mal menor, de forma que la existencia misma del arma nuclear constituye un gran desafío para la propia pervivencia del derecho humanitario, sin contar los efectos a largo plazo nocivos para el medio ambiente humano dentro del respeto al derecho a la vida.

Descendiendo a un terreno más pragmático, H. Meyrowitz (120) expone que en 1968 la III Comisión de la Asamblea General de la ONU conoció un proyecto de resolución que reproducía literalmente los cuatro principios fundamentales formulados por la resolución denominada «Protección de la población civil contra los peligros de la guerra indiscriminada», aprobado por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja, cuyo último apartado disponía: «los principios generales del derecho de la guerra se aplican a las armas nucleares y simila-

---

(119) «Court Internationale de Justice...», ob. cit. p. 1.

(120) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. p. 310

res». En aquella ocasión el representante de la Unión Soviética pidió y obtuvo la supresión de este último apartado, al parecer incompatible con la propuesta de una convención internacional dirigida a la prohibición del uso de las armas nucleares. Por su parte, los Estados Unidos mantuvieron que los cuatro principios constitúan una reafirmación del derecho internacional existente, posición que compartió Francia (tras expresar que la cuestión de las armas nucleares debía ser estudiada en el marco del desarme general) y la Gran Bretaña. Este era el estado del problema, en relación con los intentos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja para el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario antes de la Conferencia Diplomática (1974-1977) convocada para la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados (121).

## 2. El Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra y el empleo del arma nuclear

### a) *Consideraciones generales*

De forma realista el C.I.C.R., a la vista de que el desarrollo de la guerra aérea y el incremento de los bombardeos hacia preocupante la situación de la población civil —al margen del problema de las armas nucleares— ante la ausencia de una definición restrictiva de los objetivos militares, presentó el proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra sin abordar el problema de la licitud del empleo del armamento atómico (122).

En todo caso, como escribe H. Meyrowitz (123) no es en el texto del Protocolo I donde se debe buscar el estatuto de las armas nucleares según el «*ius in bello*», pues no solamente este texto guarda silencio sobre la cuestión sino que los participantes en la Conferencia Diplomática (1974-1977) tenían prohibido abordar el problema de la aplicación al empleo de las armas nucleares de las reglas que formulaban. Pues este silencio era la

---

(121) «Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés», Genève (1974-1977), Berne, 1978.

(122) C. PILLOUD-J. de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 600. Ver también, WALDEMAR A. SOLF, «New Rules for Victims of Armed Conflicts», M. Nijhoff, 1982, pp. 188-189.

(123) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. p. 311.

condición misma de la reunión y éxito de la Conferencia (124). Y también C. Rousseau señala que las armas nucleares fueron excluidas del campo de los debates de la Conferencia que elaboró los protocolos adicionales de 1977, añadiendo que las tres grandes potencias nucleares (Estados Unidos, Gran Bretaña y URSS) confirmaron por declaraciones unilaterales posteriores que las disposiciones del Protocolo I (sección I del Título IV) no debían ser interpretadas como aplicables al empleo de armas nucleares (125).

La cuestión de la reglamentación de las armas nucleares, escribe Arrassen (126) no fué inscrita en el orden del día de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 —y tampoco en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre prohibición y limitación de ciertas armas convencionales (1980)— por la oposición firme y concordante de las potencias nucleares y de sus aliados y protegidos respectivos, argumentando que se trataba de una materia de la competencia exclusiva de los órganos previstos para la negociación de las medidas de desarme o de control de armamentos.

El C.I.C.R., en la introducción al comentario del proyecto de Protocolo, clarificó su postura explicando que no había incluido en su proposición, excepto en algunas disposiciones generales, una regulación de las armas atómicas, bacteriológicas y químicas. De forma que las disposiciones generales son las ya existentes, convencionales o consuetudinarias, que se confirman en los Protocolos y se encuentran principalmente en el actual artículo 35 (derecho no ilimitado y males superfluos) y en la regla consuetudinaria confirmada por el vigente artículo 48 (protección general de la población civil, distinción entre población civil y bienes civiles de una parte, combatientes y objetivos militares de otra), pues el Protocolo —se razona— no podría evidentemente restringir el alcance de las disposiciones preexistentes (127).

Profundizando en la razón de ser de este silencio sobre la reglamentación de las armas nucleares, H. Meyrowitz (128) agudamente comenta que la mayoría integrada por los Estados no nucleares no habría consen-

---

(125) CH. ROUSSEAU; «Le Droit des conflits...», ob.cit.p.127.

(126) M. ARRASSEN, «Le conduite des hostilités...», ob.cit.p.461.

(127) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob.cit.pp.600-601 Como precedente citan la Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1965, que había declarado que «los principios generales del derecho de la guerra se aplican a las armas nucleares y similares».

(128) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. p. 311.

tido jamás la aprobación del Protocolo si hubiera deducido que el conjunto de normas establecidas en esta convención —reglas «reafirmadas» y reglas «desarrolladas»— debía ser entendido como aplicable únicamente al empleo de las armas clásicas, argumentando que la opinión en contra se contradice con los trabajos de la Conferencia Diplomática, es contraria al «consenso nuclear» y desmentida por la «cláusula nuclear».

Hans-Peter Gasser (129) estudia el contexto en que había comenzado la Conferencia Diplomática (1974) para la elaboración de los Protocolos adicionales: No existía una verdadera prohibición del empleo del arma nuclear, pero una pregunta se formulaba regularmente: ¿No se puede deducir una prohibición del arma nuclear en cuanto tal, o por lo menos de su utilización, de las reglas generales del derecho internacional humanitario y particularmente de la prohibición de armas especialmente atroces y de la prohibición de ataques indiscriminados? El Protocolo I no menciona el arma nuclear y, como ya hemos visto, las declaraciones coincidentes de tres potencias nucleares occidentales (no rectificadas por la representación de la Unión Soviética) precisaron que no tenían intención de abordar la cuestión del arma nuclear en el marco de una conferencia diplomática dedicada al desarrollo del derecho internacional humanitario, concluyendo que la historia de la elaboración del Protocolo I lleva a la conclusión de que la Conferencia Diplomática no quiso tocar a las normas jurídicas relativas al empleo eventual del arma nuclear.

El Dictamen consultivo del T.I.J. (8-7-1996) no se detuvo en la cuestión de si el Protocolo Adicional I de 1977 es aplicable a las armas nucleares, pues le bastó observar que, dado que en la Conferencia Diplomática de 1974-1977 no se dedicó ningún debate sustancial al tema nuclear, el Protocolo I no ha reemplazado las normas generales consuetudinarias que se aplicaban a todos los medios y métodos de combate, incluidas las armas nucleares. La Corte, no obstante, se ha creído obligada a recordar que todos los Estados están obligados por aquellas disposiciones del Protocolo I Adicional de 1977 que —en el momento de su adopción— no constituían sino la expresión del Derecho consuetudinario preexistente, como la cláusula Martens recogida en el artículo primero del Protocolo. Ahora bien, el hecho de que la Conferencia Diplomática 1974-1977 no haya abordado concretamente determinados tipos de armas (como las nucleares, añadimos nosotros) impide al Tribunal Internacional llegar a ninguna conclusión jurídica sobre los problemas de fondo que suscitaría el recurso a tales armas.

b) *La exclusión expresa del «Estatuto de las Armas Nucleares» de los debates de la Conferencia Diplomática 1974-1977.*

A lo largo de las cuatro sesiones de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados (Ginebra, 1974-1977) resultó evidente el consenso entre los Estados en relación con la exclusión del debate de la regulación del uso de las armas nucleares en caso de conflicto armado. A esta conclusión llega Waldemar A. Solf en su conocida obra (130), después de examinar detalladamente las posturas mantenidas en la Conferencia por el Reino Unido, Estados Unidos, Unión Soviética, Francia y la India, tanto en las Comisiones como en el Pleno.

En efecto, durante el debate general, cuatro Estados solicitaron expresamente que la Conferencia no entrara a examinar las armas nucleares (131), otros se opusieron a que fueran tratadas cuestiones relativas a armas específicas y, finalmente, algunas delegaciones pidieron que abordara el problema de las armas nucleares para prohibir su empleo. El Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte confirma su posición al declarar que las nuevas reglas introducidas por el Protocolo no están dirigidas a tener efecto alguno sobre las armas nucleares y ni reglamentan ni prohíben su uso. Los Estados Unidos de América hicieron una declaración idéntica y Francia declaró, en las sesiones finales de la Conferencia que no consideraba aplicables a las armas nucleares las reglas del Protocolo.

El consenso presidió muchos de los acuerdos de la Conferencia, pero no impidió que algunos Estados —como la Delegación de la India— al aprobarse las Reglas Fundamentales contenidas en el artículo 35 del Protocolo I, declarase que se sumaba al consenso porque, en su interpretación, estas normas serían de aplicación a todas las categorías de armas, nucleares, bacteriológicas, químicas o convencionales, o cualesquiera otras armas.

Para Hans-Peter Gasser (132), frente al silencio de la Unión Soviética que no expresó su opinión, Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos la hicieron conocer claramente por lo que se refiere a la incidencia del Protocolo Adicional I en el arma nuclear, bajo la forma de declaraciones depositadas durante el «procés verbal» y otros países (Bélgica, Canadá,

---

(129) H. P. GASSER, «Le Droit International...», ob. cit. p. 65.

(130) W.A. SOLF, «New Rules for Victims of Armed Conflicts», M. NIJHOFF, 1982, pp. 188-192.

(131) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. pp. 601-604

(132) H. P. GASSER, «Le Droit International...», ob. cit. p. 65.

España, Italia, Holanda y República Federal de Alemania) en declaraciones interpretativas formuladas en el momento de ratificarlo, sin que tales declaraciones hayan suscitado objeciones.

C. Pilloud y J. de Preux (133), en este mismo sentido, se preguntan si el silencio o falta de reacción de la mayoría de los Estados ante estas declaraciones generales o particulares, positivas o negativas y contradictorias, puede o no interpretarse como una aprobación, concluyendo que aquí no es aplicable la máxima «quien calla otorga», que nosotros formulamos mas clásicamente como «qui tacet consentire videtur». Estos autores señalan dos ejemplos de ausencia de debate sobre las armas nucleares, donde no los Estados no plantearon específicamente esta cuestión: el artículo 56 (protección de obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas), donde se incluyeron las centrales nucleares para la producción de energía eléctrica y el artículo 35 (Reglas fundamentales), apartado 3 (protección del medio ambiente natural), donde no se hizo alusión alguna a las armas nucleares pese a que, por su naturaleza, afectan profundamente al medio ambiente natural.

Según estos autores, el único momento en que la Conferencia se preocupó por este problema fué cuando debió definir el mandato conferido a una Comisión «ad hoc» para estudiar ciertas armas convencionales que provocan males superfluos, puesto que ciertas delegaciones propusieron suprimir la palabra «convencionales» para extender a las armas nucleares, bacteriológicas y químicas el mandato de la Comisión. Sin embargo, por amplia mayoría (68 votos contra 0, con 10 abstenciones) la Conferencia aprobó el texto del mandato con la palabra «convencionales». La Comisión «ad hoc» se expresó en este punto de la forma siguiente:

*«Las armas nucleares y otras armas de destrucción masiva son, bien entendido, las más mortíferas. Desde este punto de vista, algunas delegaciones han rechazado la sugerencia según la cual el problema de estas armas y su prohibición eventual debían ser examinados en el marco de los debates sobre el desarme y han pedido que la Conferencia lo incluya en su programa de trabajo. Otra delegación ha deplorado que se haya decidido no tratar de estas armas. Por el contrario, otras numerosas delegaciones han aceptado que los trabajos de la conferencia se limiten a las armas convencionales. Como han destacado algunas delegaciones, las armas nucleares en particular tienen una función especial, que consiste en*

---

(133) C. PILLLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 602.

*disuadir el desencadenamiento de un conflicto armado de gran envergadura entre algunas potencias nucleares» (134).*

Muy sugerente es la postura de H. Meyrowitz (135) que considera hoy definitivamente establecida lo que llama la trinidad : Protocolo I —«consensus» nuclear— «cláusula nuclear», aunque el silencio del texto del Protocolo I en relación con el régimen de las armas nucleares según el derecho de la guerra haya podido desconcertar a los primeros comentaristas, que han interpretado el mutismo de esta convención como que sus disposiciones se aplican integralmente y sin distinción a las armas clásicas y nucleares. El Protocolo, sigue este autor, no prohíbe ninguna clase específica de armas, pues sus normas relativas a los medios y métodos de guerra no vetan ninguna categoría concreta de armas, sino que definen los objetivos militares (únicos blancos lícitos) y las restantes condiciones de legalidad de los ataques, con sus tres principios básicos: el principio de inmunidad de la población civil y de los bienes civiles, el principio de distinción y el principio de proporcionalidad de las pérdidas y daños civiles indirectos (o colaterales). Y para dar respuesta a la pregunta fundamental —¿En que medida las reglas establecidas en el Protocolo I son aplicables al empleo del arma nuclear?— H.Meyrowitz considera necesario examinar el «consensus» nuclear y la «cláusula nuclear».

### c) *El Consenso Nuclear*

Algunos autores (136), sin embargo, estiman que no se puede hablar de un consenso en el sentido jurídico actual del término, puesto que a lo largo de la Conferencia no ha habido debate en relación con las armas nucleares, pero se han adoptado posiciones por lo que podría decirse que el asunto ha sido abordado, al menos marginalmente. Aunque el silencio, en materia jurídica, es siempre difícil de interpretar, ¿se puede hablar de un acuerdo tácito? ¿Ha existido fuera de la Conferencia un acuerdo entre los principales Estados interesados? Es evidente que alguno de los Estados que dispone de armas nucleares no ha querido examinar, durante la Conferencia, una reglamentación o limitación eventual de su utilización y que es incontestable la existencia de un acuerdo en la Conferencia para no discutir sobre las armas nucleares.

---

(134) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 603.

(135) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. p. 312.

(136) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 603.

H. Meyrowitz se apoya en la autoridad de F. Kalshoven (137) para mantener su expresión «consensus» nuclear, término que liga a la llamada «cláusula nuclear» (138) que sólo aparece en los documentos oficiales seis meses después de la adopción del Protocolo I y, en su opinión, es capital para entender el estatuto de las armas nucleares según el derecho de la guerra. Para este autor en la cláusula nuclear, expresión auténtica del «consensus nuclear», está la llave de la respuesta a la cuestión de que en que medida las reglas del Protocolo I se aplican a la utilización de las armas atómicas.

Matizan C. Pillaud y J. de Preux (139) que no se puede sostener que el Protocolo, al retomar las reglas consuetudinarias en la materia, ha excluido las armas nucleares de su campo de aplicación. Sin que exista contradicción entre este aserto y las declaraciones hechas por el Reino Unido y los Estados Unidos el día 12 de diciembre de 1977, en el momento de la firma del Protocolo. La declaración británica habla expresamente de «nuevas» reglas y admite implícitamente que las reglas «reafirmadas» en el Protocolo se aplican a las armas nucleares. Y la declaración norteamericana aún cuando es menos clara en este punto, ha sido interpretada en el mismo sentido que la británica por autores cualificados (140) y por el propio Manual americano «The Law of Land Warfare» (141).

En definitiva el «consensus» nuclear se basa en las declaraciones formuladas durante la Conferencia Diplomática por los jefes de las delegaciones de las tres potencias nucleares occidentales, destacando que los trabajos de la Conferencia no inciden sobre las armas nucleares y la aceptación tácita de las delegaciones de los Estados no nucleares. Pero, para H. Meyrowitz (142), la prueba más pertinente del «consensus» nuclear consiste en las declaraciones escritas de Estados Unidos y de la Gran Bretaña en 1977 (la «cláusula nuclear») y de sus aliados que, al ratificar el Protocolo I, reproducen la cláusula nuclear, unido al hecho de la ausencia de objeciones o de declaraciones interpretativas contrarias de otros Estados partes.

---

(137) FRITS KALSHOVEN, en ASIL, Proc. 74th Annual Meeting 203 (1980).

(138) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.313.

(139) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob.cit.pp.603-604

(140) George H. ALDRICH, Jefe de la Delegación americana en la Conferencia Diplomática 1974-1977, «Prospects for United States ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions», en «The American Journal of International Law» enero 1991, Vol.85, núm. 1, p. 2 ss.

(141) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob.cit.p.604.

(142) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.313.



Para este autor, el «consensus» nuclear se prolonga a través de las «cláusulas nucleares» durante años (nueve, diez, doce o trece años, precisa) después de la adopción del Protocolo I, citando en apoyo de su tesis la posición del Gobierno de la República Federal de Alemania (respuesta a una interpelación escrita en el Bundestag por parte del Grupo de los Verdes). De tal consenso deduce que el centenar (exactamente 147 países en enero de 1997) de Estados Partes en el Protocolo I no están obligados sólo por sus disposiciones sino por el contenido del consenso nuclear, añadiendo que un Estado nuclear futuro que no sea Parte en el Protocolo se encuentra —por lo que se refiere a las reglas del derecho de la guerra aplicables al uso de las armas nucleares— en la misma situación que las potencias nucleares actuales que ratificaron el Protocolo sin hacer declaraciones relativas a las armas nucleares (Unión Soviética o China), que las tres potencias nucleares occidentales (Estados Unidos, Reino Unido o Francia) que no son partes en tal convención o que futuros Estados nucleares Partes en el Protocolo, con o sin cláusula nuclear.

A la tesis de que el Protocolo I no modifica, sino que reafirma y precisa, el derecho existente por lo que se refiere a la utilización de armas en un conflicto armado, C. Pilloud y J. de Preux (143) oponen la hipótesis de Estados que, adhiriéndose al Protocolo, se obligaran sin querer sobre una cuestión tan esencial como la utilización del arma nuclear. La voluntad de no abordar durante la Conferencia Diplomática esta cuestión es determinante de este punto de vista, difícilmente compartible.

Se ha esgrimido contra la realidad del consenso nuclear la postura de Francia frente al Protocolo I, pues este Estado nuclear no firmó ni se adhirió a esta norma convencional, ni siquiera formuló declaración sobre la aplicación del Protocolo a las armas nucleares. Por el contrario Francia, se adhirió al Protocolo II (relativo a los conflictos armados no internacionales) y formuló una comunicación respecto al Protocolo I justificando su rechazo a ser Parte en el mismo, precisamente por la ausencia de consenso entre los Estados Partes en cuanto a las obligaciones asumidas en materia de disuasión, cuestión básica para la doctrina estratégica nuclear francesa. Sin embargo, para H. Meyrowitz (144) importa poco que el gobierno francés rechace el consenso nuclear, pues Francia está obligada por el contenido de ese consenso. Y ello, según este autor, porque no es constitutivo de un vínculo jurídico que los Estados nucleares son libres de aceptar o rehusar, sino que se trata de un régimen jurídico objetivo, de natura-

---

(143) C. Pilloud-J de Preux, «Commentaires...», ob.cit.p.605.

(144) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.p.315.

leza no contractual, integrado (por lo que se refiere al empleo de las armas nucleares) por las normas consuetudinarias del derecho de la guerra, pre-existentes a su reafirmación en el Protocolo I.

d) *La cláusula nuclear. Especial referencia a la española de 1989*

Ya hemos visto como, en el momento de la firma de los Protocolos Adicionales de 1977, le Reino Unido y los Estados Unidos confirmaron su postura a lo largo de toda la Conferencia Diplomática mediante sendas declaraciones destinadas a precisar el alcance de las normas del Protocolo I en relación con las armas nucleares (145). La cláusula anglo-americana comprende, para un destacado monografista (146), dos elementos: la no aplicación al empleo de armas nucleares de las reglas nuevas introducidas por el Protocolo y la confirmación del sometimiento de la utilización de las armas atómicas a las reglas preexistentes (consuetudinarias) reafirmadas por el mismo Protocolo, sin que disminuya en nada la fuerza de la cláusula el hecho de que las dos potencias citadas no hayan ratificado los Protocolos, puesto que el contenido de la cláusula es independiente del consentimiento de los Estados nucleares. Y al tratarse de normas consuetudinarias, se añade, estas reglas regulan tanto el empleo de armas nucleares como clásicas, «porque la legalidad de los ataques no está en función de la naturaleza de las armas empleadas, sino de la naturaleza de los blancos y de las modalidades de ejecución de los ataques» (147).

Esta posición anglosajona conduce al planteamiento de la espinosa distinción entre las normas (consuetudinarias o convencionales) preexistentes al Protocolo I Adicional de 1977 y las reglas nuevas o innovadoras que, naturalmente no constituyen aún normas consuetudinarias no deriva su fuerza de una norma convencional oponible a tales potencias nucleares. En tal sentido, afirma H.P. Gasser (148) que, por sus declaraciones a la Conferencia Diplomática, los representantes de las tres potencias nucleares occidentales han afirmado en todo caso de manera expresa que el recurso a las armas nucleares estaría sometido a las reglas generales de derecho humanitario que limitan el empleo de armas específicas y el silencio de la Unión Soviética y de China durante el debate de esta cuestión no debe ser interpretado como un rechazo de esta proposición. Y H.

---

(145) W.E. Solf, «New Rules of Victims...», ob.cit.p.188. C. Pilloud-J.de Preux, «Commentaires...», ob.cit.pp.601-602.

(146) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.315.

(147) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.316.

(148) H.P. GASSER, «Le Droit International...», ob.cit.p.66.

Meyrowitz (149) comentando la cláusula angloamericana, añade que allí se indica —y considera importante esta precisión— que para conocer el contenido de las reglas «reafirmadas», aplicables a la utilización de armas nucleares, se debe partir del texto de las disposiciones enumeradas en el Protocolo, superando la referencia a los simples principios.

Destaca H. Meyrowitz (150) que entre los once de los dieciséis Estados de la OTAN que han ratificado el Protocolo I, cinco lo han hecho sin declaración relativa a las armas atómicas (Noruega, Dinamarca, Islandia, Grecia y Luxemburgo), mientras que han formulado declaraciones interpretativas en el momento de ratificarlo Italia, Bélgica, Holanda, España y República Federal de Alemania, con una redacción de la «cláusula nuclear» que difiere de angloamericana de 1977. A los que hay que sumar a Canadá y Portugal más recientemente.

Concretamente, Canadá, al ratificar los Protocolos hizo la siguiente declaración interpretativa: «Según la interpretación del Gobierno de Canadá, las normas introducidas por el Protocolo I están concebidas para aplicarse exclusivamente a las armas clásicas. En particular, las normas así introducidas no tienen ningún efecto sobre el recurso a las armas nucleares, que no reglamentan ni prohíben (151).

En el Boletín Oficial del Estado núm. 241 de 7 de octubre de 1989, se publicaron las Reservas y Declaraciones de los diversos Estados que, como España (que ratificó los Protocolos por Instrumento de 11 de abril de 1989), los formularon. Concretamente la Santa Sede declaró: «No puede evitarse pensar que las medidas previstas en el Convenio de Ginebra, y ahora en los dos Protocolos Adicionales —medidas que son ya por sí mismas instrumentos frágiles para la protección de las víctimas de los conflictos armados de índole internacional resultarían no sólo insuficientes, sino por completo inadecuadas ante la devastación aniquiladora de una guerra nuclear».

Hay que destacar la identidad de la Declaración Interpretativa que se denominó «cláusula nuclear» formulada por Bélgica, Italia, Países Bajos, República Federal de Alemania y España. Reproducimos la Declaración Interpretativa de España: «Entiende (el Gobierno del Reino de España) que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales, y sin perjuicio de las normas de Derecho Internacional aplicables a otro tipo de armas».

---

(149) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.316.

(150) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.317.

(151) Revista Internacional de la Cruz Roja, ene-feb-1991, p.81.

H. Meyrowitz (152) critica la redacción de esta cláusula caracterizada, en primer lugar, por la eliminación de la frase «armas nucleares» por razones políticas, aunque para el autor los destinatarios de la declaración saben que la cláusula no tiene otro sentido que el de su precedente: la cláusula angloamericana de 1977. En segundo término, por un defecto evidente de lógica en la construcción de la frase que se refiere a las reglas introducidas por el Protocolo I (que se aplicarán únicamente a las armas convencionales), preguntándose si se aplicarán o no las reglas reafirmadas por el Protocolo. De manera que la expresión «normas de Derecho internacional aplicables a otro tipo de armas» no es la correlativa de «reglas introducidas por el Protocolo I». En este mismo sentido, J. Sánchez del Río (153) censuró abiertamente la redacción de la cláusula española, porque va más allá incluso que las de los Estados Unidos y Reino Unido, que no excluyen la aplicación del Protocolo —o de partes de él— en el supuesto de utilización del arma nuclear. Pero la declaración española por el contrario, añade el autor, siguiendo la postura maximalista de Francia, es radical: el Protocolo sólo se aplica a la guerra con armas convencionales y, «a sensu contrario» no es aplicable en cuanto se utilicen armas nucleares (y biológicas).

Curiosamente la ratificación de los Protocolos Adicionales de 1977, aprobados por unanimidad en el Congreso de los Diputados (Pleno del día 17-11-1988) con 186 votos a favor (154) y ninguno en contra, no suscitó el esperado debate sobre la cuestión nuclear, acaso porque no fué bien comprendida la frase «armas convencionales», que dió lugar a las más peregrinas interpretaciones. Así, el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Exteriores (155) nos ofrece la siguiente versión de un diputado sobre la «cláusula nuclear»: «Viene este documento a instrumentalizar, con el apoyo de la parte española, todo lo que es una determinación de perfiles de las partes que están implicadas, aquellas instituciones humanitarias como la Cruz Roja, el Creciente o Media Luna Roja o el León y El Sol Rojo, según las instituciones territoriales del mundo por sus valores o creencias religiosas, humanitarias o laicas, para

---

(152) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.317-318.

(153) F.Javier SÁNCHEZ DEL RÍO SIERRA, «La ratificación por España de los Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949», En Revista Española de Derecho Militar núm.54,jul-dic.1989. Tomo I, p.24.

(154) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,num.148, (17-11-1988),Sesión Plenaria de 17-11-1988, p. 8702.

(155) Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones. Asuntos Exteriores. Num.349.Sesión del 21-10-1988, p.11875.

todo ese personal que va a tener que prestar una protección, incluso con la intervención de las Fuerzas Armadas; *aquí está la salvedad española de que se puede entender por armamento convencional para aquellas unidades de tropas de La Cruz Roja, en el caso europeo, que tienen necesidad de autoprotección con armamento ligero, pero que era necesario que fuera reconocida por todas las partes en litigio*» (el subrayado y la negrita son nuestros). Después de oír tal interpretación, ya no resultó extraño que el diputado defensor de la ratificación de los Protocolos fuese felicitado por el Sr. Vicepresidente de la Cámara por su «como siempre documentada exposición». El dictamen sobre los Protocolos, naturalmente, fué aprobado por unanimidad.

Justamente esta declaración interpretativa suscitó una contundente crítica de la mejor doctrina. Así, J. Sánchez del Río (156) consideró que desvirtúa, en gran parte, la finalidad fundamental del Protocolo y muestra, además, que «el redactor de la declaración ha copiado, pero ha copiado muy mal». Para el autor las posturas de las potencias nucleares occidentales son más que discutibles, pues no se excluyó nunca una regulación de la utilización de los medios y modos de combatir, de carácter «protector», que intenta paliar los terribles efectos de la guerra sobre las víctimas civiles del conflicto. Añade que la torpeza de la declaración aumenta si se tiene en cuenta que España afirma un política antinuclear, sin que sea decisivo el argumento de seguir la misma dirección que nuestros aliados de la Alianza Atlántica, pues ni la OTAN se ha pronunciado ni hay unanimidad entre sus miembros pues Dinamarca, Islandia y Noruega han ratificado el Protocolo sin especificación alguna sobre el asunto. También merece censura para Sánchez del Río el empleo de la expresión «en su ámbito específico» para referirse a su exclusiva aplicación a las armas convencionales, concluyendo que es una declaración interpretativa que no interpreta, aclaratoria que introduce confusión y comprensiva de una política que, al menos en apariencia, es radicalmente opuesta a la política que mantiene el Gobierno que la formula. Y finalmente estima que la declaración es una verdadera reserva incompatible con el fin y objeto del tratado, por lo que —en opinión que reconoce enfrentada a la de Waldemar Solf (157)— cae de lleno en el apartado c) del artículo 19 del Convenio de Viena sobre los Tratados, puesto que puede realmente desvirtuar el propio Instrumento al que se refiere. Con independencia de no sea compatible la totalidad de la postura crítica de tan relevante autor ante el texto de la

---

(156) F. J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...», ob.cit.pp.22-26

(157) W. SOLF, «New Rules of Victims...», ob.cit.p.191.

declaración interpretativa española, es de alabar el sólido fundamento ius-humanitario en que se apoya para censurar la «prudencia» de nuestro Gobierno «siguiendo, ciegamente, el dictado de otros mas fuertes que, digámoslo con franqueza, tampoco tienen razón» (158).

e) *Consideraciones generales sobre la incidencia del Protocolo I en el uso del arma nuclear*

Una primera aproximación, desde el punto de vista doctrinal, aunque sin citar expresamente el Protocolo I, nos la ofrece J. Pictet (159) para quien, en ausencia de textos expresamente dedicados a regular el uso de las armas atómicas, se atiene a los principios generales del derecho. El eje para la distinción que este autor nos propone consiste en diferenciar las armas nucleares estratégicas de las tácticas, es decir: la bomba de gran potencia (arma estratégica) y el proyectil de cañón (arma táctica). Si se considera la bomba nuclear se observa una diferencia de naturaleza (no solo de grado) con los proyectiles clásicos, porque tiene no solamente efectos mecánicos, sino térmicos, radioactivos y genéticos. Añade —y esto es lo relevante— que los estragos que causa son evidentemente desproporcionados con respecto a la finalidad de la guerra, ya que aniquila todo género de vida en una gran superficie y los sufrimientos que origina son indudablemente excesivos, ya que produce quemaduras atroces y condena a la muerte lenta a quienes no mata instantáneamente.

Sin embargo, para este autor, «apenas puede verse», en el estado actual del derecho, en virtud de que se podrían prohibir —si no es a causa del gran riesgo de «escalada» que implican— las armas nucleares tácticas, si se consigue fabricarlas «limpias», que es posible dirigir con precisión contra los objetivos militares y cuyos efectos son limitados en el tiempo y en el espacio.

Entrando ya en el análisis del Protocolo I, advierte H. Meyrowitz (160) que la trinidad Protocolo —«consensus» nuclear— cláusula nuclear prueba que no se ha formado ni una regla consuetudinaria derogatoria, ni una regla convencional exceptuando el empleo de armas atómicas del derecho general, consuetudinario, de la guerra. Y añadiendo que ninguna de las cinco potencias nucleares ha pretendido jamás, ni osará pretender, que el empleo de las armas nucleares fuera sustraído de las normas consuetudi-

---

(158) F.J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...», ob.cit.p.39.

(159) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit.pp.66-67.

(160) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.314-315

narias aplicables a los ataques, del mismo modo que un Estado nuclear nuevo, parte o no en el Protocolo, no podría reivindicar tal licencia.

C. Pillaud y J.de Preux (161) escriben con acierto que el Protocolo I no ha anulado las reglas generales aplicables a todos los métodos y medios de combate, reglas que han sido incorporadas al propio Protocolo. Así, las disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907 que establecen que los beligerantes no tienen un derecho ilimitado de elegir los medios de dañar al enemigo, que está prohibido emplear armas, proyectiles o materias capaces de causar males superfluos. Añaden que el Protocolo ha respetado también la regla consuetudinaria que se encuentra en la base misma de las leyes y costumbres de la guerra, es decir el principio de distinción entre los combatientes y los objetivos militares, de una parte, y de otra la población civil y los bienes civiles. Cualquiera que sea la opinión que se pueda mantener sobre la extensión de la aplicación del Protocolo I, estas reglas son enteramente válidas y se continúan aplicando a las armas nucleares como a todas las demás armas.

En definitiva, como apunta H.P. Gasser (162), el Protocolo I no modifica la situación jurídica preexistente, lo que no significa que en algún caso el empleo del arma nuclear no esté libre de toda limitación jurídica, pues es incontestable que las reglas generales de derecho internacional se le aplican, tanto el derecho internacional convencional (Convenios de Ginebra) como las reglas del derecho consuetudinario.

Parece pues doctrinalmente fundada la opinión de que las armas nucleares no se benefician de ningún privilegio jurídico, puesto que — como escribe H. Meyrowitz (163)— *ni sus propiedades físicas ni metafísicas, no les eximen de la autoridad del derecho común de la guerra. Pero al profundizar en esta materia la gran dificultad consiste en determinar que disposiciones del Protocolo I pueden considerarse integrantes del derecho consuetudinario preexistente que resulta «reafirmado» por el Protocolo I y, por tanto, aplicable al armamento nuclear. Añadiendo este autor que las dificultades son incomparablemente más graves cuando se trata de armas nucleares, pues una divergencia de buena fe sobre la calificación de una norma del Protocolo (en un mismo texto y hasta en una misma frase) como «nueva» (introducida por la Conferencia Diplomática en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario que toda codificación comporta) o «reafirmada» (regla consuetudinaria preexistente) se*

---

(161) C.PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...»,ob.cit.p.603.

(162) H.P. GASSER, «Le Droit International...»,ob.cit.pp.65-66.

(163) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.pp.318-319

puede traducir en centenares de millares o millones de pérdidas de vidas humanas entre la población civil.

Sobre esta materia al menos ha sido clara la postura del Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen consultivo (8-7-1996) que comparte la opinión mayoritaria de los Estados y de la doctrina al entender que el Derecho Humanitario —a pesar de que las Conferencias de Ginebra de 1949 y de 1974-1977 no abordaron específicamente las armas atómicas— es aplicable a las armas nucleares. Razona la Corte que, aunque existen diferencias cualitativas y cuantitativas entre las armas nucleares y todas las armas convencionales, no se infiere de ello que los principios y normas del Derecho Humanitario aplicables a los conflictos armados no se aplican a las armas nucleares, pues tal conclusión desconocería la naturaleza intrínsecamente humanitaria de los principios jurídicos en juego, que impregna todo el derecho de los conflictos armados y se aplica a todas las formas de hacer la guerra y a todas las armas: las del pasado, las del presente y las del futuro.

Pone de relieve el Tribunal que ninguna de las exposiciones presentadas ante la Corte ha postulado una libertad de recurso a las armas nucleares sin tener en cuenta los límites humanitarios, citando expresamente la postura de la Federación de Rusia, Reino Unido y los Estados Unidos de América. Y concluye que la tesis de que las reglas de Derecho Humanitario no se aplicarían a las nuevas armas no fué siquiera invocada ante el Tribunal y, por el contrario, fué rechazada expresamente en cuanto opuesta al siguiente principio: «En general, el Derecho Internacional Humanitario se ocupa de la amenaza o uso de armas nucleares como hace respecto de otras armas».

En consecuencia, como ya hemos constatado antes, no tuvo dificultad el Tribunal para aprobar por unanimidad el apartado D de su Dictamen consultivo con la siguiente redacción: «El recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares también deberá ser compatible con los requisitos del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, en particular con los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario, así como con las obligaciones específicas que se desprenden de instrumentos convencionales o de otros compromisos que se ocupen expresamente de las armas nucleares» (164).

---

(164) Conclusión que mereció el juicio favorable del CICR a través de la Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 136, jul-agos. 1996, p. 537.



f) *Análisis específico del artículo 51 del Protocolo I de 1977*

No se necesitan grandes reflexiones doctrinales para comprender la importancia del artículo 51 del Protocolo I Adicional de 1977 en cuanto arbitra un completo sistema de protección de la población civil frente a los ataques y peligros procedentes de las operaciones militares. El precepto está incluido dentro de esa Sección I del Título IV del Protocolo dedicada a la protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades que, según J.de Preux (165) representa la obra maestra de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 y la conquista más significativa del Derecho Internacional Humanitario. Y, en la misma órbita, H-P. Gasser (166) destaca que si bien el Protocolo I no menciona el arma nuclear, el artículo 51 codifica la prohibición de lanzar ataques indiscriminados.

Sobre este artículo se publica en Berlín (1985) un importante trabajo de Horts Fischer (167) que lleva por título «La utilización de las armas nucleares según el artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. El Derecho Internacional entre las medidas humanitarias y las necesidades político-militares». Sostiene esta autor, en sus conclusiones, que el análisis del citado artículo 51 ha dejado ver que está ampliamente excluido el uso de las armas nucleares, como consecuencia de la prohibición de los ataques y a causa de sus excesivos efectos. La consideración de supuestos de uso imaginable de armas nucleares, dentro de los razonamientos para su prohibición por sus excesivos efectos, permite al autor precisar el resultado general de la tesis en tres conclusiones: 1ª. La utilización de las armas nucleares como medio de combate está excluida. 2ª. Es inadmisibles el uso de armas nucleares contra la población civil en concepto de represalias. 3ª. El primer ataque nuclear está prohibido, independientemente de su legitimidad conforme al Derecho de la paz, como prototipo de ataque que produce efectos excesivos.

Por lo que se refiere a la exclusión del arma nuclear como medio de combate, Horts Fischer estudia las nuevas concepciones en la dirección de la guerra, las estrategias nucleares de las superpotencias y las caracterís-

---

(165) J.de PREUX, «Commentaire...», ob.cit.p.593.

(166) H.P. GASSER, «Le Droit International...», ob.cit.p.65.

(167) HORTS FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen nach art. 51 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949. Volkerrecht zwischen humanitarrem anspruch und mili tarpolitischer notwendigkeit», Disertación inaugural para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad del RUHR en Bochun Berlín, 1985.

ticas de un primer ataque con armas nucleares en la acción bélica de los años noventa, que hace necesario conseguir la iniciativa en un plazo certísimo y emplear tales armas lo más pronto posible y tan ampliamente como sea posible para no dejar al enemigo ninguna opción de victoria. Sin embargo, esta utilización de las armas nucleares no es posible —según la opinión del autor— debido a las restricciones impuestas por el artículo 51 del Protocolo. En efecto, la prohibición establecida en el número 4, párrafo c) del mencionado precepto (son ataques indiscriminados los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido en el presente Protocolo y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil) al ocasionar las armas nucleares reacciones radioactivas, obliga al mando militar a modificar la altura de la explosión del arma de manera que, para atacar a los objetivos militares, no se llega a conseguir la necesaria precisión. Si se trata de objetivos militares en movimiento, se deben tener en cuenta las obligaciones de identificación, pues son ataques indiscriminados los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto (núm. 4, apartado a) del art.51).

En los supuestos en que el atacante cumpla con los requisitos establecidos en los apartados a) y c) del número 4 del artículo 51, deberá tenerse en cuenta —además— la norma prevista en el número 5, apartado a), que considera indiscriminados los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil. En la Europa Central densamente poblada, razona el autor, el uso de las cabezas de combate con gran potencia explosiva estarán normalmente sometidas a la prohibición del artículo 51, núm. 5, apartado a).

En definitiva, para H. Fischer si los Estados quieren respetar las limitaciones legales en el uso de su estrategia nuclear, han de rechazar —desde el primer momento— toda la planificación ofensiva de la guerra nuclear. Pero es que, además, las restricciones impuestas por el artículo 51 tienen también repercusión sobre las consecuencias de una amenaza de primer uso selectivo de armas nucleares. En tal supuesto, los usuarios de tales armas deberían sujetarse a las limitaciones establecidas en el Protocolo I. Ciertamente hay posibilidad de que una utilización selectiva respete las disposiciones del Protocolo I, de forma que puede darse la condición previa para el uso de las armas nucleares como «arma política»,

aunque siempre su utilización debe ser selectiva. Ahora bien, si solo puede alcanzarse la efectividad con un primer uso combinado con una amenaza de escalada, tal opción no puede realizarse bajo el punto de vista legal en la Europa Central y la política tendrá que decidir si la disuasión, dentro del marco legalmente establecido, sería bastante para asegurar la paz.

Analiza H. Fischer, a continuación, la prohibición de lanzar ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles (art. 51, núm. 6), estimando que con tal precepto peligra el «equilibrio del segundo ataque», pues el progreso humanitario conseguido en favor de la población civil al prohibir las represalias peligra si el agresor cuenta con la conducta legal del atacado y puede utilizar sus armas nucleares sin que peligre su propia población civil. De forma que, ante las limitaciones del Protocolo I, la prohibición de las represalias puede llegar a ser un estímulo para el uso de armas nucleares.

La investigación del artículo 51 del Protocolo I muestra, para H. Fischer, la amplitud con que se reducirían las consideraciones estratégicas de los Estados nucleares ante los nuevos desarrollos legales, encontrándose los responsables políticos ante la elección de aceptar las limitaciones convencionales o bien, a través de la formulación de reservas, hacer retroceder los avances del Derecho Internacional Humanitario y mantener así la inseguridad legal frente a las armas nucleares. Si los Estados nucleares no se apartan en un futuro cercano de su política de seguridad orientada tecnológica y fijada ideológicamente por restricciones legales, será una señal clara de la infravaloración de los intereses humanitarios de la población civil propia y enemiga, pues las peligrosas ilusiones alimentadas por el progreso técnico sobre la limitación, conducción y éxito de una guerra nuclear, son el mayor enemigo de las consideraciones humanitarias en los conflictos armados.

Y aunque, como escribe K.J. Partsch (168), se ha razonado muy bien que estas cuestiones están fuera del tradicional ámbito o campo del Derecho Humanitario, ello es cuestionable por los resultados producidos supuestamente por tal prueba, en cuanto a la protección de la población civil de los ataques, especialmente por el uso de armas nucleares que afectan a esta población.

Analizando el derecho de los conflictos armados, M. Guillaume, al expresar su «Opinión individual» anexa al Dictamen consultivo del T.I.J. (169) destaca que, si los daños colaterales causados a las poblaciones civi-

---

(168) Karl Josef PARTSCH, «New Rules of Victims...», ob.cit.p.572

(169) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.3.

les no debe ser «excesivos» en relación con «la ventaja militar prevista» y los sufrimientos causados a los combatientes no deben ser superiores a los males inevitables necesarios para alcanzar los objetivos militares legítimos, las armas nucleares de destrucción masiva no deberían ser utilizadas de manera lícita más que en casos extremos.

Volviendo a la literalidad del artículo 51 del Protocolo I, opina H. Meyrowitz (170) que algunas reglas sobre los ataques —íntegramente nuevas— son fáciles de distinguir, como la prohibición de represalias contra la población civil o las personas civiles (arts. 51 a 56). Con la consecuencia de que, al tratarse de las más innovadoras reglas de desarrollo, la prohibición de tales represalias escapa a los efectos de la cláusula nuclear, sin que —por tanto— pueda ser aplicable al empleo de las armas nucleares.

Mayores problemas plantean a este autor los artículos más importantes relativos a las prohibiciones y limitaciones impuestas en el planeamiento y ejecución de los ataques, puesto que los artículos 51 y 52 del Protocolo I se presentan bajo la forma de reglas mixtas, en las los elementos de derecho consuetudinario y los elementos nuevos se encuentran no solo yuxtapuestos, sino mezclados. Y, naturalmente, discernir estos dos elementos está repleto de dificultades y da lugar a controversias. Sin embargo, este autor no es pesimista: Pues por grande que sea esta dificultad, no podría hacer que el contenido de las disposiciones de los artículos 51 y 52 pudiera ser reducido a los principios que, antes del Protocolo, los Estados habían reconocido aplicables al empleo de las armas nucleares.

No podemos compartir enteramente tal conclusión, pues —aún admitiendo la necesidad real de distinguir entre reglas del Protocolo «nuevas» y «reafirmadas» (como consecuencia de los condicionantes que presidieron la elaboración del Protocolo I en la Conferencia Diplomática 1974-1977, del consenso nuclear y de la denominada cláusula nuclear)— tal obstáculo formal no puede desvirtuar la aceptación universal (no olvidemos que 147 Estados han ratificado el Protocolo I) de los principios de distinción y proporcionalidad en la protección de la población civil, asumidos por todos los Estados como expresión —consuetudinaria o convencional— de los límites infranqueables que ha alcanzado de forma irreversible el Derecho Internacional Humanitario.

E. Rauch (171) estudiando el principio de proporcionalidad según el derecho internacional consuetudinario ha advertido que el artículo 51

---

(170) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit, pp.319-320

(171) Elmer RAUCH, «Le concept de nécessité militaire dans le Droit de la guerre», Ankara, octubre 1979, pp.230 y 236.

núm. 4 del Protocolo I reproduce no solamente las normas en vigor, sino que contiene un desarrollo esencial del derecho internacional humanitario, habiendo disminuido considerablemente el concepto de necesidad militar bajo la influencia del derecho humanitario. En otros términos, concluye este autor que el equilibrio difícil de asegurar entre las necesidades militares y las consideraciones humanitarias está descompensado, el péndulo se ha inclinado del lado del humanitarismo.

Por su parte, F. Kruger-Sprengel (172) escribe que la regla de proporcionalidad, como norma de derecho consuetudinario, está reconocida en la prescripción contenida en el artículo 51. núm. 5 apartado b) es decir: la consideración como indiscriminados de los ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil (o ambas cosas), que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. En cuanto a la interpretación de las disposiciones nuevas, la cuestión esencial es saber si la regla de la proporcionalidad debe jugar únicamente en relación con la protección humanitaria o si puede tener como consecuencia la limitación de la libertad de acción de los jefes militares, concluyendo que aunque los actos de hostilidad respondan a un criterio de necesidad militar, pueden ser considerados como ilícitos en virtud de la regla de proporcionalidad si los daños colaterales que causan son excesivos.

#### g) *Otros preceptos del Protocolo I de 1977*

Algunos autores como Arrasen (173) fundamentan en los artículos 35, 51, 52, 55 y 56 del Protocolo I su tesis sobre la prohibición del uso del arma nuclear como arma que causa males superfluos y con efectos altamente indiscriminados, sin ofrecer mayores concrecciones. Otros unen el problema de la licitud en la utilización del armamento atómico a la posibilidad de restringir sus efectos a objetivos militares conforme a las reglas de protección de la población civil y bienes de carácter civil, con cita de los artículos 48, 51 y 57 del Protocolo I, añadiendo Pérez González con acierto (174) que se trata de algo aleatorio dada la especial virtualidad del arma nuclear (expansividad y difícil control de sus efectos) y la propia idea de escalada.

---

(172) Friedrichhelm KRUGER-SPRENGEL, «Le concept de proportionnalité dans le Droit de la guerre», Ankara, octubre 1979, pp.189, 190 y 196.

(173) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...», ob.cit.p.446.

(174) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.363.

En apoyo de su hipótesis, según la cual los principios reafirmados en el Protocolo no prohíben el uso de armas nucleares durante un conflicto armado, pero restringen muy seriamente su utilización, C. Pilloud y J. de Preux (175) citan los principios y reglas siguientes:

— La prohibición de emplear armas, proyectiles o materias así como métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (art.35.2)

— La obligación de las partes en un conflicto de hacer en todo momento distinción entre la población civil y los combatientes (art.48).

— La prohibición de los ataques indiscriminados (art.51.4).

— En particular, los ataques por bombardeo, cualquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, en un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil (art.51.5, apartado a).

— Los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar directa prevista (art. 51. 5. apartado b).

De nuevo H. Meyrowitz (176) nos ilustra sobre cuales de las reglas del Protocolo I relativas a los ataques son integralmente nuevas, fáciles de distinguir como la ya vista prohibición de represalias de los artículos 51 a 56, el artículo 49 que extiende la aplicación de las disposiciones que reglamentan los ataques al territorio nacional que pertenezca a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo control de una Parte adversa, el artículo 54 prohibiendo atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y el artículo 55 vetando la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños (extensos, duraderos y graves) al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. Aún cuando el autor reconoce que los artículos 54 y 55 reafirman indudablemente principios básicos de derecho consuetudinario.

Y también este autor reitera, en relación con otros artículos del Protocolo I, su opinión de que los preceptos más importantes, relativos a las prohibiciones o limitaciones impuestas en el planeamiento y ejecución de los ataques, como los artículos 51, 52 y 57 (que traduce en medidas de precaución en los ataques las prohibiciones antes formuladas) se presen-

---

(175) C. PILLLOUD-J.de PREUX, «Commentaire...», ob.cit.pp.605-606

(176) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...»,ob.cit.p.319.

tan bajo la forma de reglas mixtas donde los elementos de derecho consuetudinario se mezclan con los elementos nuevos, planteando considerables dificultades su separación.

#### h) *La protección del medio ambiente y el uso del arma nuclear*

El Protocolo I Adicional de 1977 se refiere como novedad y en dos preceptos fundamentales a la protección del medio ambiente natural en caso de conflicto armado, citado con frecuencia por gran parte de la doctrina (177).

Philippe Antoine, Adam Roberts y Antoine Bouvier han escrito recientemente (178) sobre esta materia, profundizando sobre la protección del medio ambiente en período de conflicto armado a través de las normas de derecho internacional público o general y de las reglas de derecho internacional humanitario.

Al lado de las prohibiciones clásicas de causar males superfluos, sufrimientos innecesarios o daños indiscriminados, se establece hoy un nuevo principio: el criterio ecológico.

A. Bouvier (179) parte de las normas del Derecho internacional del medio ambiente, que se basan en dos principios fundamentales: a) Los Estados tienen la obligación de no causar daños al medio ambiente situado fuera de su jurisdicción territorial; y b) Se establece la obligación de respetar el medio ambiente en general. Ahora bien, en caso de conflicto armado, resulta casi imposible excluir completamente los daños al medio ambiente, por lo que se trata de limitarlos sólo en lo posible.

Dejando aparte los convenios que protegen indirectamente el medio ambiente en caso de conflicto armado, se deben citar dos normas de directa aplicación: la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1976 y el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

---

(177) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.362. H. Meyrowitz, «Les armes nucléaires... », ob.cit.p.319.

(178) Ver el Núm.114 (nov-dic.1992) de la Revista Internacional de la Cruz Roja: Philippe ANTOINE, «Derecho Internacional Humanitario y protección del medio ambiente en caso de conflicto armado» (pp.545-567). Adam ROBERT, «Destrucción del medio ambiente en la guerra del Golfo de 1991 (pp.568-584). Antoine BOWIER, «Trabajos recientes sobre la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado (pp.585-599).

(179) A. BOWIER, «La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado», Revista Internacional de la Cruz Roja Núm.108, nov-dic.1991, pp.604 ss.

Arrasen añade algunas otras armas convencionales de efectos inmediatos (municiones explosivas o armas incendiarias) o retardados (minas, trampas o restos de materiales de guerra) o medios no convencionales (armas bioquímicas o nucleares).

El artículo 35.3 del Protocolo I de 1977 establece la prohibición general de emplear «métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

Dentro de la protección de la población civil (bienes de carácter civil), el artículo 55 dispone que: «1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. 2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias».

Otros artículos del citado Protocolo se refieren también a esta protección. Así, el artículo 54 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) y el artículo 56 (Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

Concluye Boevier destacando las diferencias entre el Protocolo I de 1977 y la Convención de 1976. En el primero se prohíbe el recurso a la guerra ecológica y las condiciones de duración, gravedad y extensión («daños extensos, duraderos y graves») son acumulativas, mientras que en el segundo se proscribe la llamada guerra geofísica (manipulación de los procesos naturales que pueden provocar fenómenos tales como huracanes, maremotos, terremotos, lluvia o nieve) y basta que concurra una sola de las condiciones de duración, gravedad o extensión.

Estos daños fueron definidos por E. Rauch como «aquellos que pueden comprometer durante un período prolongado y permanente la supervivencia de la población civil» (180).

G.E. Conclusões do Nascimento e Silva (181) ha escrito que la idea de que las experiencias nucleares, y con mucha más razón, el uso de los ingenios nucleares para fines militares, representan una violación de la

---

(180) Elmer RAUCH, «Texte de discussion sur le Droit de la Guerre Maritime», Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Tomo XXVI-1-2-3, 1987, pp.128-129.

(181) G.E.DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação...», ob.cit.p.885 y 886.



norma imperativa del derecho internacional va ganando aceptación entre los juristas que han examinado tal problema. Y este jurista lamenta que el Tribunal Internacional de Justicia en el «Nuclear Test Case» haya evitado pronunciarse sobre este problema. En efecto, ante una solicitud de Australia que pidió a la Corte que declarase que la realización de nuevas experiencias en la atmósfera con armas nucleares en el Pacífico Sur es incompatible con las normas aplicables de Derecho internacional y teniendo en cuenta el compromiso de las autoridades francesas de que en el futuro no se realizarían más experiencias, el Tribunal por nueve votos contra seis estimó que el requerimiento de Australia perdió su razón de ser y que, en consecuencia, la Corte no debe adoptar una decisión al respecto. Aún cuando en su Providencia de 22 de septiembre de 1995, la Corte declaró que su conclusión fué adoptada «sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural», declaración aplicable al uso de armas nucleares en un conflicto armado (Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996) para este autor, no se puede negar que la realización de experiencias nucleares, la fabricación y el desarrollo de armas de destrucción masiva han sido condenadas por la opinión pública mundial, existiendo una verdadera «opinio iuris» al respecto.

Es verdad que podemos sostener hoy, con Geza Herczegh (182), que la guerra ecológica en todas sus formas está fuera de la ley, pero esta proclamación teórica debemos confrontarla con un posible uso de unas armas como las nucleares (evidentemente antiecológicas) no prohibidas como tales de forma expresa.

Durante el procedimiento que concluyó en el Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996, algunos Estados sostuvieron que cualquier utilización de armas nucleares sería ilícito por referencia a las normas existentes relativas a la protección del medio ambiente, haciendo referencia a las disposiciones del Protocolo I Adicional de 1977, a la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 10 de octubre de 1976, al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y Principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

---

(182) Géza HERCZEGH, «La protección del medio ambiente natural y el derecho humanitario», en «Études et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet», CICR y M.Nijhoff, Ginebra y La Haya, 1984, p.732.

Frente a los Estados que han cuestionado el valor jurídico de estas disposiciones en relación con el uso de armas nucleares en caso de conflicto armado, la Corte ha reconocido que el medio ambiente se halla diariamente amenazado y que la utilización de armas nucleares podría provocar una catástrofe medioambiental. Sin embargo, para el T.I.J. el problema radica en saber si las obligaciones que derivan de los tratados medioambientales fueron concebidas para imponer una abstención total en período de conflicto armado y la Corte no estima que tales tratados hayan tenido el efecto de privar a los Estados del ejercicio del derecho de legítima defensa conforme al derecho internacional. Bien entendido que los Estados han de tener en cuenta el respeto al medio ambiente como uno de los elementos para decidir si una acción cumple los principios de necesidad y proporcionalidad. Y apoya este punto de vista en el Principio 24 de la Declaración de Rfo: «...los Estados deberán respetar el Derecho internacional proporcionando protección al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar para su ulterior mejora, según sea necesario» (Apartado 30). Y añade que los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I Adicional de 1977 ofrecen una protección adicional al medio ambiente, estableciendo obligaciones que constituyen restricciones importantes para los Estados Partes (Apartado 31).

El referido Dictamen consultivo hace también referencia a la resolución 47/37 de la Asamblea General de la ONU de 25 de noviembre de 1992, relativa a la protección del medio ambiente en período de conflicto armado, donde se declara que «la destrucción del medio ambiente, no justificada por necesidades militares y que tenga carácter gratuito, es manifiestamente contraria al Derecho internacional en vigor» (Apartado 32).

El T.I.J. ,en definitiva, constata que, aunque el derecho internacional existente relativo a la protección del medio ambiente no prohíbe específicamente el empleo de armas nucleares, pone de manifiesto importantes factores de orden ecológico que deben ser tomados debidamente en consideración en el marco de la puesta en práctica de los principios y normas del Derecho aplicable a los conflictos armados (Apartado 33).

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que la prohibición de las armas antiecológicas tiene un sólido apoyo en un emergente Derecho medioambiental que refuerza las restricciones importantes establecidas en el Derecho de los conflictos armados (y en particular en el Derecho Internacional Humanitario, que se concreta en los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I), hasta formar una «opinio iuris» que puede servir de fundamento para afirmar que hoy la prohibición del uso del arma nuclear

en caso de conflicto armado —o cuanto menos, severísimas limitaciones a su utilización— encuentran apoyo cada vez más firme en una regla de derecho consuetudinario que reviste el carácter imperativo de las normas pertenecientes al «*ius cogens*», como derecho necesario para asegurar —nada menos— la supervivencia del género humano.

- i) Referencia a las consecuencias de la aplicación del Protocolo I de 1977 en el «*ius ad bellum*».

En anteriores apartados de este trabajo hemos dado cuenta —y matizado críticamente— la postura de H. Meyrowitz (183) sobre la separación y distinción normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares (la teoría de los dos órdenes), partiendo de que el Derecho internacional positivo se abstiene de someter la disuasión a las limitaciones y prohibiciones impuestas por el «*ius in bello*» al empleo de armas atómicas. Para el autor, que la califica como «aporía nuclear fundamental», esta aparente dicotomía normativa consiste en la no prohibición del acto de amenazar con hacer lo que está prohibido realizar, aunque desde que la potencia que utiliza la disuasión se convierte en beligerante, sus actos deben justificarse según el «*ius in bello*». No han faltado, en efecto, autores que han concluido que la prohibición del uso de las armas nucleares en caso de conflicto armado («*ius in bello*») debería llevar a la prohibición de la disuasión nuclear («*ius ad bellum*») que está en la esencia de tal uso (184). Por nuestra parte hemos expresado ya nuestra crítica, desde el punto de vista jurídico, a una distinción que puede conducir a justificar la política de disuasión nuclear al tiempo que se condena el empleo del arma nuclear conforme al Derecho de los conflictos armados.

C. Pillaud y J. de Preux (185) citan un pasaje del Informe de la Comisión «ad hoc» constituida en la Conferencia Diplomática 1974-1977, que afirma: «las armas nucleares en particular tienen una función especial, que es la de disuadir el desencadenamiento de un conflicto armado de gran envergadura entre determinadas potencias nucleares». Estiman los autores que esta función, corrientemente llamada «disuasión nuclear», se sitúa fuera del derecho internacional humanitario y, con exquisita prudencia, añaden que este problema no va a ser tratado en el marco de sus comentarios a los Protocolos de 1977.

---

(183) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. pp. 301-302

(184) P. REUTER, «Derecho Internacional...», ob. cit. p. 472.

(185) C. PILLOUD-J. de PREUX, «Commentaire...», ob. cit. p. 606.

Más comprometida es la posición de Horst Fischer (186) quien, al estudiar las consecuencias derivadas de la aceptación del Protocolo I Adicional de 1977, sostiene que una amplia ratificación de tal instrumento convencional —y recordemos que hoy 147 Estados son Partes de tal Protocolo— tendría efectos más allá del ámbito humanitario, si bien la condición previa sería que la disuasión nuclear encuentre solución en un marco político determinado dentro del sistema internacional. La fábula del genio que no se puede volver a introducir en la botella no ha perdido nada de su justificación en los casi cuarenta años desde la primera explosión atómica, de forma que para reducir riesgos habría que pensar en nuevas bases para una política de seguridad.

En este sentido, para el autor el Protocolo I podría proporcionar cambios de posiciones facilitando un contenido objetivo, pues la prohibición del ataque con efectos excesivos podría activar consideraciones estratégicas que situasen el «rol» del arma nuclear como arma política en primer término.

Ante todo, apunta H. Fischer, esta prohibición de ataques indiscriminados por excesivos podría suponer una modificación de la opción de un primer ataque nuclear y la ratificación del Protocolo I implicaría una limitación en el planeamiento de su utilización, eliminando fórmulas desestabilizantes de conducción de la guerra en el debate estratégico. En el ámbito tecnológico, se podría desplazar el esfuerzo para el desarrollo de sistemas con mayor precisión sobre el objetivo, con objeto de lograr una capacidad tecnológica capaz de evitar una «guerra atómica por descuido».

Y también en el ámbito del control de armamentos podría tener un efecto preventivo el Protocolo I con sus prohibiciones y restricciones a la forma de conducción de las hostilidades, deteniendo el desarrollo de los programas de armas nucleares desestabilizadoras para una vuelta a los viejos principios del desarme y lograr una estabilidad reforzada.

Y aunque suene ciertamente a utopía no nos resistimos a reproducir las palabras con que H. Fischer finaliza las conclusiones de su Tesis Doctoral: «Si la Comunidad Internacional consiguiese, a través del Protocolo I Adicional, reactivar la cooperación política, dentro del ámbito de la política de seguridad, se habría puesto de manifiesto el enorme valor de este instrumento de derecho internacional humanitario para la comunidad de los Estados» (187).

---

(186) HORST FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen...», ob.cit. pp.339 ss.

(187) HORST FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen...»,ob.cit. p.341.

### C. LA UTILIZACIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES Y EL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

Por las características propias del arma atómica y la dificultad para controlar sus consecuencias en un ámbito territorial determinado, cuestión que se ha planteado nítidamente en el derecho internacional medioambiental, se ha cuestionado también el uso del armamento nuclear en los conflictos armados desde la óptica de la defensa de los intereses y el respeto a que tienen derecho los países neutrales en tal conflicto.

Partiendo de una concepción clásica de la neutralidad y con citas relativas a la inviolabilidad del territorio neutral y del respeto a los derechos soberanos e intereses de las potencias neutrales (Artículo 1 de las Convenciones V y XIII de La Haya de 1907 y preámbulo de la Convención sobre neutralidad marítima de La Habana de 20 de febrero de 1928), el T.I.J. tomó nota de que, en el marco del procedimiento consultivo iniciado ante la Corte por la OMS («Licitud de la utilización por un Estado de las armas nucleares en caso de conflicto armado»), un Estado manifestó que el principio de neutralidad también se aplica con la misma fuerza a las incursiones transfronterizas de fuerzas armadas y a los daños transfronterizos causados a un Estado neutral por un arma utilizada en un Estado beligerante. Y tal principio fué presentado como elemento integrante del Derecho internacional consuetudinario.

De forma que se ha sostenido ante la Corte que el principio de neutralidad, como los principios y normas de Derecho Humanitario, prohíbe la utilización de un arma cuyos efectos no podrían quedar limitados con toda seguridad al territorio de los Estados contendientes (Apartado 93).

El T.I.J. en su Dictamen consultivo (8-7-1996) concluye que, como en el caso de los principios de Derecho Humanitario aplicables a los conflictos armados, el Derecho internacional no deja dudas en cuanto al hecho de que el principio de neutralidad, que tiene un carácter fundamental análogo al de los principios y normas humanitarias, y cualquiera que sea su contenido, es aplicable a todos los conflictos armados, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas. Y de esta manera no se discute que el principio de neutralidad es aplicable a las armas nucleares (Apartados 89 y 90).

Más lejos llega M. Weeramantry en su voto disidente (188), quien para justificar su aserto de que la amenaza o el empleo de armas nuclea-

---

(188) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.pp.7-8.

res es ilícita en todas las circunstancias sostiene que tal utilización puede causar daños a los Estados vecinos y, por tanto, es contrario al principio que prohíbe causar daños a los Estados neutrales. Este Magistrado ilustra su opinión disidente con un gráfico donde se muestra el peligro para los Estados neutrales derivado de la amplitud del aérea afectada por las diversas consecuencias de las explosiones nucleares.

## V. CONCLUSIONES

### A. DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

Después del examen de las normas del Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados y a la vista de que el arma nuclear como tal no ha sido expresamente prohibida, la pregunta fundamental que debemos hacernos es donde está el límite entre lo prohibido y lo permitido, particularmente por el Derecho Internacional Humanitario, en el uso de armas nucleares durante un conflicto armado.

C. Pilloud y J.de Preux (189) resumen las principales posturas doctrinales después de la adopción del Protocolo I de 1977.

Para una primera posición, los principios existentes, retomados por el Protocolo, particularmente por los artículos 35 (Reglas fundamentales) y 48 (Norma fundamental) no permiten afirmar otra cosa que las armas nucleares están prohibidas en tanto que tales por el derecho internacional humanitario. Es también la postura de Arrassen (190), Rousseau (191) G.E.do Nascimento e Silva (192) M. Pérez González (193), S.E. Nahlik (194), P.Reuter (195), Marín López (196), H. Fujita (197), Sánchez del Río (198) E. Rauch (199) y Horst Fischer (200), entre otros.

---

(189) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaire...»,ob.cit.pp.604-606

(190) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...»,ob.cit.p.446.

(191) CH. ROUSSEAU, «Le Droit des conflits...»,ob.cit.p.127.

(192) G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação...», ob.cit. p.886.

(193) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...»,ob.cit.pp.363 y 364.

(194) S.E. NAHLIK, «Arme atomique et Droit...»,ob.cit.p.10.

(195) P. REUTER, «Derecho internacional...»,ob.cit.p.472.

(196) A.MARÍN LÓPEZ, «El desarme nuclear»,ob.cit.p.31.

(197) H. FUJITA, «Reconsideration de l'affaire...»,ob.cit.

(198) F.J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...»,ob.cit.pp.22-23

(199) Elmer RAUCH, «L'emploi d'armes nucleaires et la reafirmation et le developpement du droit internationale humanitaire applicable dans les conflits armés», Revue Hellenique du Droit Internationale, 33eme, anne 1980.

(200) Horst FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen...», ob. cit pp. 339 ss.

La segunda posición, ya rechazada a lo largo de este trabajo, coloca el uso de las armas nucleares fuera del ámbito del derecho internacional humanitario. Para su refutación nos remitimos a lo escrito en el apartado II de este estudio «El sometimiento del arma nuclear a las normas del Derecho Internacional».

Una tercera postura es la mantenida por H. Meyrowitz (201) que, como hemos visto a lo largo de este trabajo, sostiene que el empleo del arma nuclear no está prohibido en sí mismo, pero el derecho internacional somete la utilización de tales armas a las mismas reglas que al empleo de las armas clásicas, reglas que han sido reafirmadas por el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra. Normas de derecho consuetudinario que se aplican a las tres potencias nucleares occidentales (que no han ratificado el Protocolo I), hecho que no les exime de la fuerza obligatoria de tales reglas que abarca tanto las armas clásicas como las nucleares. El derecho internacional no confiere a las armas nucleares un estatuto privilegiado, sino que sujeta su empleo a estrechos límites que se sitúan muy por encima de su potencialidad.

Este importante autor, no obstante, se lamenta de que la clarificación que —en su opinión— supuso el «consensus» y la cláusula nuclear, se evapore cuando se pretende aplicar a los preceptos del Protocolo I, donde se mezclan las normas «nuevas» con las «reafirmadas» y ante la presencia de reglas mixtas que, justamente, son las de mayor importancia en la materia. Y reconoce que para determinar cuanto en las disposiciones traduce el derecho consuetudinario y cuanto lo innova, es preciso una interpretación no exenta de subjetividad.

Añade H. Meyrowitz, con acierto, que estas reglas por el solo hecho de determinar el principio de inmunidad de la población civil y de los bienes civiles y su doble corolario (el principio de distinción y el de proporcionalidad), constituyen una barrera que fuerza a los gobiernos a someter su elección de armamentos, su estrategia, los conceptos y los planes del empleo de las armas nucleares al test de legalidad (202).

Partiendo también de la crítica de la posición que afirma la prohibición del empleo del arma nuclear como tal (rechazo basado en la ausencia de un tratado vetando o limitando el uso de tales armas, en el hecho de que la evolución científica permite la creación de armas nucleares más precisas y con efectos más controlables y en la «opinio iuris» de otros juristas y de los gobiernos que poseen el arma nuclear), C. Pilloud y J. de

---

(201) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.p.325.

(202) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.319-320

Preux estiman que el Protocolo I no modifica, sino reafirma y precisa, el derecho existente por lo que se refiere al uso de las armas en un conflicto armado, concluyendo que en la hipótesis en la que los principios reafirmados por el Protocolo no prohíben el uso del arma nuclear— restringen considerablemente su uso. Y reconocen que en los límites de estas reglas y, particularmente, del principio de proporcionalidad es difícil trazar con precisión la frontera entre un uso eventualmente lícito y una utilización ilícita de las armas nucleares. Para estos autores esta incertidumbre es peligrosa para el derecho internacional humanitario y, en consecuencia, para las víctimas que trata de proteger pues puede producir el riesgo de una escalada incontrolable (203).

En esta misma línea, que encabezó J. Pictet (204) con su posibilista distinción entre las armas nucleares estratégicas (desproporcionadas y de efectos excesivos) y tácticas (aceptables si son «limpias»), hay que mencionar la matizada postura de H.P. Gasser (205) para quien el Protocolo I no modifica la situación jurídica preexistente, pero resulta incontestable que se aplican las reglas generales —convencionales o consuetudinarias— de derecho internacional y, por tanto, el recurso a las armas nucleares está sometido a las normas del derecho internacional humanitario, particularmente a la prohibición de atacar a la población civil en cuanto tal, a la interdicción de lanzar ataques indiscriminados o que produzcan consecuencias indiscriminadas, a la obligación de respetar la proporcionalidad y a la prohibición de emplear armas que supongan sufrimientos excesivos. Límites a los que añado, desde mi particular punto de vista, introduciendo el importante criterio ecológico: la no producción de daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente natural.

Si desde el primer momento en la Conferencia Diplomática 1974-1977 se excluyó intencionadamente toda discusión sobre las armas nucleares, un testigo de excepción en aquella Conferencia, J. Sánchez del Río, nos advierte (206) que no existe prohibición o autorización expresas sino silencio, sin excluir nunca una regulación de la utilización de los medios y modos de combatir, de carácter protector, que intenta paliar los terribles efectos de la guerra sobre las víctimas civiles del conflicto. Y añade acertadamente que cualquier exclusión global del tema equivaldría a dejar sin efecto el Protocolo mismo, pues si el arma atómica no ha sido prohibida,

---

(203) C. PILLOUD-J. de PREUX, «Commentaire...», ob.cit. pp.605-606

(204) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit. pp.66-67.

(205) H.P. GASSER, «Le Droit International...», ob.cit. pp.65-66.

(206) F.J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...», ob.cit. pp.23-24



su utilización habrá de tener en cuenta los principios que consagra el Protocolo, en el que la necesidad militar y proporcionalidad están adecuadamente representadas.

Es difícil, en definitiva, no estar de acuerdo con la postura de Luigi Condorelli (207) cuando se pregunta críticamente: «¿debemos admitir que, en el caso de «legítima defensa extrema», el «*ius ad bellum*» libera, por lo menos en cierta medida, de la obligación de respetar el «*ius in bello*», en flagrante contradicción con la «Grundnorm» del derecho humanitario, según la cual éste debe ser respetado en todas las circunstancias, sea cual fuere la «*causa belli*»? Para concluir que la parte dispositiva (párrafo 2)E, apartado 2) del Dictámen parece especialmente carente, defectuosa y preocupante.

A la vista de lo expuesto, partiendo de la ausencia de una prohibición universal, expresa y completa del arma nuclear en cuanto tal y aunque no podemos afirmar con absoluta seguridad que el uso del arma nuclear en los conflictos armados es contrario a las normas de derecho internacional humanitario en todas las circunstancias, exponemos nuestra opinión de que no alcanzamos a ver en qué supuestos excepcionales la utilización de armas nucleares podría cumplir las severas limitaciones que le imponen las normas convencionales y consuetudinarias que integran el Derecho de los conflictos armados aplicable a toda clase de medios y modos de combatir, pues no hay exención alguna cualquiera que sean las circunstancias.

Y en el mismo sentido compartimos la toma de posición del Comité Internacional de la Cruz Roja al Dictamen consultivo del T.I.J. (8-7-1996) ante la Asamblea General de la ONU, pues si, basándose en las pruebas científicas presentadas, la Corte manifestó que el poder destructor de las armas nucleares no puede limitarse ni en el espacio ni en el tiempo, la radiación liberada por una explosión nuclear afectaría a la salud, la agricultura, los recursos naturales y la situación demográfica de una amplia zona, siendo un grave peligro para las futuras generaciones, es difícil plantearse como un empleo de armas nucleares podría avenirse con las normas del derecho internacional humanitario (208).

---

(207) Luigi Condorelli, «La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares, *¿Iura non novit curia?*», en Revista Internacional de la Cruz Roja, Número Especial, n° 139 Enero-Febrero de 1997, pp. 20 y 21.

(208) CICR, «La cuestión de las armas: Toma de posición del CICR ante la Asamblea General de las Naciones Unidas», 51 período de sesiones, 1996 (Declaración de 18 de octubre de 1996) Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm.138, nov-dic 1996.

## B. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO DEL DICTAMEN CONSULTIVO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ¿CONFIRMACIÓN DEL REGLAMENTO DE UN CLUB DE SUICIDAS?

El Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen consultivo de 8-7-1996, después de afirmar que apenas se discute que los principios y normas de derecho internacional humanitario y el principio de neutralidad son aplicables a las armas nucleares, da cuenta de las posiciones controvertidas de los Estados sobre las consecuencias que se derivan de tal sometimiento del arma atómica al Derecho de los conflictos armados.

Dos Estados nucleares occidentales (Reino Unido y los Estados Unidos) expresaron su punto de vista en el procedimiento, manteniendo la postura de que la sumisión del recurso a las armas nucleares al Derecho de los conflictos armados no significa necesariamente que esté prohibido pues, por una parte, puede cumplir los requisitos de la legítima defensa y, por tanto, la licitud del uso de las armas nucleares debe ser evaluada teniendo en cuenta los principios del Derecho Internacional relativos al recurso a la fuerza y a la conducción de las hostilidades (Reino Unido).

Por otra parte, las armas nucleares pueden ser utilizadas en distintas circunstancias con resultados diferentes en cuanto a pérdidas civiles probables (empleo de un arma nuclear de baja potencia contra buques de guerra en alta mar o fuerzas armadas en aéreas despobladas), por lo que es posible concebir un ataque armado que cause un número relativamente bajo de pérdidas civiles.

Concluyendo que no es completamente exacto que todo uso de armas nucleares contra un objetivo militar vaya acompañado inevitablemente de un alto número de bajas civiles colaterales (Reino Unido y Estados Unidos de América).

Frente a esta posición, otro punto de vista más compartido sostuvo que el recurso a las armas nucleares no puede ser en ningún caso compatible con los principios y normas del Derecho Humanitario y está, en consecuencia, prohibido. Se razona que en el caso de que sea utilizado este tipo de armas en ninguna circunstancia podría distinguir entre los combatientes y la población civil o entre objetivos militares y objetos civiles, produciendo efectos en gran medida incontrolables que no podrían ser limitados a lícitos objetivos militares, ni en el tiempo ni en el espacio. Las armas nucleares, se argumenta, provocarían la muerte y la destrucción de forma necesariamente indiscriminada por el desprendimiento de calor, de radiación y la onda expansiva causada por la explosión nuclear, y por los

efectos inducidos, de manera que el número de pérdidas civiles sería enorme.

La conclusión de determinados Estados ante la Corte fué que la utilización de armas nucleares estaría prohibido en toda circunstancia, a pesar de la inexistencia de una prohibición convencional específica pues, desde la perspectiva del derecho internacional consuetudinario, estas armas son ilegales por su misma naturaleza, en virtud del principio fundamental de humanidad.

Seguidamente el T.I.J. inicia un silogismo jurídico en su dictamen que finaliza en una conclusión ciertamente polémica que se traduce en el apartado E de la parte resolutive de su opinión consultiva. Veamos este razonamiento en toda su extensión.

La Corte observa, en primer lugar, que ninguno de los Estados que preconizan la licitud de la utilización de las armas nucleares en determinadas circunstancias (uso «limpio» de pequeñas armas nucleares, tácticas o de baja potencia) ha indicado cuáles suponiendo que este empleo limitado fuese realmente posible— serían las circunstancias concretas que lo justificarían. Y tampoco se han referido al riesgo de escalada hacia un recurso generalizado a armas nucleares de gran potencia. De este análisis deduce el Tribunal que no dispone de las bases necesarias para determinar si dicha tesis está bien fundada.

Ahora bien, ¿quien tiene la obligación de probar la conformidad de tales armas al Derecho de los conflictos armados?

El artículo 36 del Protocolo I de 1977 dispone que cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante. Ciertamente se podría objetar que ninguno de los dos países nucleares occidentales antes citados es Parte en el mencionado Protocolo. Sin embargo, debemos compartir el punto de vista expresado por H. Meyrowitz (209) cuando sostiene que el artículo 36 por su contenido y por su fin es aplicable tanto a las armas convencionales nuevas como a las nucleares que existían en los arsenales antes de 1977. Y añade con acierto que la regla se impone a todos los Estados, independientemente de la ratificación o no ratificación del Protocolo I. Y ello porque si un Estado posee un tipo de arma que, por razón de su naturaleza, no podría ser empleada en ninguna circunstancia

---

(209) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.302-303.

sin violar el derecho de la guerra (o derecho internacional humanitario), amenazar con ella o prepararse para el empleo prohibido, sería también ilícito. De manera que el T.I.J. hubiera podido estimar en el Apartado 94 de su Dictamen que, si tales potencias nucleares no han determinado si el empleo de las armas nucleares —en ciertas condiciones o en todas las circunstancias estaría permitido o prohibido según el derecho internacional aplicable (es decir, el Derecho de los conflictos armados o derecho internacional humanitario), se ha incumplido la obligación establecida en el artículo 36 del Protocolo I y se debe rechazar —por infundada— la tesis defendida por tales países nucleares. Y ello por el principio de la retroacción de las reglas del «ius in bello» sobre la composición, tanto en tiempo de paz o como en guerra, del arsenal de los Estados (210).

La segunda premisa del silogismo del T.I.J. (Apartado 95) peca también de cierta ambigüedad, pues tampoco puede la Corte pronunciarse sobre la validez del argumento de que el recurso a las armas nucleares sería ilícita en toda circunstancia, dada la intrínseca y total incompatibilidad de estas armas con el Derecho aplicable a los conflictos armados. Para el Tribunal tales principios y normas (que reposan sobre el principio de humanidad) someten la conducción de las hostilidades aun cierto número de requisitos, como la prohibición de los medios o modos de combate que impidan distinguir entre objetos civiles y objetivos militares o que produzcan sufrimientos innecesarios en los combatientes.

Reconoce la Corte que, a la vista de las características únicas de las armas nucleares a las que ya ha hecho referencia (Así en el Apartado 35 se expresa que el poder destructor de las armas nucleares no puede ser contenido ni en el espacio ni en el tiempo y la radiación liberada por una explosión nuclear tendría efectos nocivos sobre la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía, entrañando un grave peligro para las generaciones venideras, sería susceptible de afectar al medio ambiente del futuro, la cadena alimentaria y el ecosistema marino, y provocar taras genéticas y enfermedades a las generaciones futuras), parece que difícilmente podría reconciliarse la utilización de tales armas con los requisitos establecidos por el Derecho aplicable a los conflictos armados.

Y, a pesar de ello, la Corte considera que no dispone de suficientes elementos que le permitan concluir con certeza que la utilización de las armas nucleares entraría en contradicción en toda circunstancia con los principios y normas del Derecho aplicable a los conflictos armados. Estas dos premisas, formuladas ambas en sentido negativo («La Corte no con-

---

(210) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.302.

sidera que disponga...»; «La Corte considera que no dispone...») conducen a la polémica conclusión que se alcanzó en el apartado E) del Dictamen consultivo por siete votos contra siete, por el voto de calidad del Presidente. Y nos recuerda aquel viejo refrán: De dos cosas (premisas) mal hechas no puede salir una bien hecha.

El apartado E del Dictamen establece:

*«De las exigencias anteriores se desprende que la amenaza o la utilización de las armas nucleares generalmente será contraria al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del Derecho Humanitario. Sin embargo, tomando en consideración el estado actual del Derecho Internacional y los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir definitivamente la licitud o ilicitud de la amenaza o utilización de armas nucleares por un Estado en la circunstancia extrema de la legítima defensa, en la que se vería comprometida su misma supervivencia.»*

Dejando aparte el segundo párrafo del apartado E, que no constituye el objeto del presente estudio, debemos resaltar algunas de las opiniones disidentes que se formularon al primer párrafo de esta conclusión del Dictamen. Así, M. Koroma, Magistrado del T.I.J. estima (211) que el empleo de las armas nucleares entraña en toda circunstancia al menos una violación de los principios y reglas del derecho humanitario y es siempre ilícita, por lo que objeta la palabra «generalmente» y lamenta que la Corte no haya llegado a la conclusión inevitable de que es imposible percibir las circunstancias en las que el empleo de las armas nucleares en el curso de un conflicto armado no sea ilícito, a la vista de las notorias características de dichas armas.

Todavía mayor rechazo expresa la opinión disidente del Magistrado M Veeramantry (212) basada en la proposición de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilícita en todas las circunstancias, pues viola los principios fundamentales del derecho internacional y constituye la negación misma de las raíces humanitarias del derecho humanitario. Añade que, si es verdad que no existe ningún tratado que prohíba expresamente las armas nucleares en cuanto tales, de múltiples principios de derecho internacional y en particular de derecho internacional humanita-

---

(211) «Court Internationale de Justice..... »,ob.cit.pp.9-10.

(212) «Court Internationale de Justice...», ob. cit. pp. 7-8-9.

rio, no queda ninguna duda en cuanto a la ilicitud del arma nuclear cuando se consideran sus conocidos efectos.

Subraya también M. Veeramantry que no debería haber dos categorías de leyes de la guerra aplicables simultáneamente al mismo conflicto, según se utilicen armas clásicas o nucleares.

Finaliza el Voto disidente reflexionando que ningún sistema jurídico creíble podría establecer una regla legitimando un acto susceptible de destruir la civilización entera de la que forma parte tal norma. La doctrina moderna, concluye, muestra que una regla de esta naturaleza, que podría encontrar su sitio en el «reglamento de un club de suicidas», no debería figurar en ningún sistema jurídico razonable, cualidad que caracteriza ante todo —según M. Veeramantry— al derecho internacional.

## **2. NOTAS**

## LA OTAN Y LA COOPERACIÓN EN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Alberto Ruiz de los Paños Brusi

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OTAN Y LA COOPERACIÓN EN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ. A. El problema de la legitimación. B. La configuración jurídica de una voluntad política. C. Presupuestos y definiciones. D. Principios y criterios de actuación.—III. CONCLUSIÓN: LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO MARCO DE ACTUACIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

La Alianza Atlántica, desde el mismo momento en que se planteó la posibilidad de cooperar en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, apreció la existencia de una serie de condicionantes que, basados en su propia identidad, en los caracteres de la Organización de las Naciones Unidas y en la naturaleza jurídica de las denominadas «operaciones para el mantenimiento de la paz», debían solventarse con claridad si se deseaba que su colaboración supusiese realmente un fortalecimiento del sistema de seguridad colectiva recogido en la Carta de las Naciones Unidas y, por consiguiente, una mayor eficacia de la propia organización en el cumplimiento de sus funciones.

El presente trabajo pretende acercarse a la naturaleza misma de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, al concepto de «seguridad» que representa y sobre el que se fundamenta su verdadera razón de ser, para pasar a partir de este punto a analizar cuáles son los principios y criterios sobre los que ésta desea configurar su participación en la preservación de la paz. Algunos de ellos hacen referencia a cuestiones surgidas hace tiempo, a medida que iba evolucionando la práctica de las Naciones Unidas en esta materia y, por lo tanto, ya fueron alegados en los distintos períodos de sesiones del Comité Especial de la Carta de las Naciones



Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización. Tal es el caso de la naturaleza jurídica de las operaciones para el mantenimiento de la paz, de la legitimación que en esta materia posee la Asamblea General, de los problemas de su financiación, etc... Sin embargo, las peculiaridades que presenta la Alianza Atlántica, en cuanto organización les aportan aspectos y matices diferentes que, desde el mismo momento en que se rechaza la opción de constituir una fuerza permanente de las Naciones Unidas, deben tenerse presentes si se desea disfrutar de la eficacia operativa que poseen los medios personales y materiales de aquélla.

Por ello, todos estos criterios y principios acapararán sin duda una buena parte de los trabajos del Comité en los períodos de sesiones venideros, pues los miembros de la Alianza que forman parte de éste hace ya tiempo que venían alegando en sus respectivos documentos de trabajo la necesidad de fomentar la función de los Acuerdos Regionales en el mantenimiento de la paz. Todo ello quizás sirva para elaborar un auténtico proyecto de reforma de la Carta que permita introducir en ella algunas cuestiones sobre las que las opiniones han sido diversas y que es necesario precisar en un texto que no les haga depender del equilibrio político que pueda existir en cada momento. Puede, sin embargo, que tan sólo permitan mantener una vez más la Carta en evolución, como documento vivo capaz de asumir variaciones en la interpretación de sus preceptos. Lo que si es cierto es que será el Comité, como marco apropiado para llevar a cabo un examen del funcionamiento de las Naciones Unidas, donde se entrará a analizar qué medidas hay que tomar para favorecer la colaboración de una Alianza Atlántica deseosa de asumir nuevas identidades.

## II. LA OTAN Y LA COOPERACIÓN EN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ

### 1. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN

Hablar de la cooperación que puede llevar a cabo la Alianza Atlántica con las operaciones para el mantenimiento de la paz supone efectuar un análisis jurídico de la legitimación que la misma puede tener para ello. Esta cuestión viene determinada por tres presupuestos que, entrecruzados, nos dan una respuesta al problema: la naturaleza jurídica de las operaciones para el mantenimiento de la paz (OMP), la legitimación de las organizaciones regionales para llevarlas a cabo y las peculiaridades que la OTAN presenta como organización internacional y su influencia en su aptitud para colaborar en este ámbito.

A. La noción de operación para el mantenimiento de la paz no surge sino ante la falta de colaboración que durante la Guerra Fría existía entre los miembros del Consejo de Seguridad y la paralización que traía del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo, enfrentado con el deber de cumplir con su responsabilidad en el mantenimiento de la paz (artículo 24) y, habiendo sido dejado al mismo tiempo sin medio de acción alguno según los artículos 42 a 47 del mismo texto, tuvo que encontrar soluciones que no sólo estuvieran de acuerdo con lo dispuesto en la Carta, sino que lo desarrollaran, estableciendo precedentes no previstos en ella. Así surgió el concepto que ahora nos ocupa: aparte de las bases generales de la Carta, no existen en ella disposiciones expresas sobre este tipo de operaciones y el término tampoco se encuentra en la misma. Y todo ello sin acudir al problemático procedimiento recogido en la Resolución Unidos Pro Paz 377A, de 3 de noviembre de 1950.

El concepto de operación para el mantenimiento de la paz es un concepto que se ha ido formando con la práctica: la experiencia del conflicto de Suez inspiró la intervención en el Congo, el funcionamiento en esta crisis ayudó a determinar la cuestión de Chipre, los problemas que surgieron con esta última condicionaron las medidas adoptadas en la Guerra de Yom Kippur... No existe, como luego veremos, una definición cerrada de lo que es una OMP, pues a medida que evolucionaba la situación internacional era necesario crear nuevas operaciones con nuevos fines y características apropiadas para lograrlos. No obstante, y a pesar de la flexibilidad de su contenido, si poseen unas características esenciales comunes que le dan una estabilidad jurídica y definen su naturaleza. Dichas características fueron fijadas por el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen sobre la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General en 1961 acerca de «ciertos gastos de Naciones Unidas», donde examinó la validez de las operaciones llevadas a cabo por fuerzas propias de la Organización en Oriente Medio y en el Congo. En él se recoge que las operaciones para el mantenimiento de la paz se caracterizan, en primer lugar, por constituir un desarrollo «*praeter legem*» de la Carta, no encontrando su base jurídica ni en el capítulo VI ni en el capítulo VII, pero resultando de los poderes «*implícitos*» de las Naciones Unidas a fin de asegurar el cumplimiento de su función esencial, que es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales mediante la adopción de medidas colectivas eficaces; y en segundo lugar, por no constituir una «*acción coercitiva*» en el sentido del capítulo VII de la Carta ni una «*acción*» en el sentido del artículo 11 del mismo texto.

B. Son los caracteres de una OMP que arriba hemos recogido los que condicionan la legitimación para llevarlas a cabo. A estos efectos, la Doctrina viene distinguiendo entre lo que es una «*legitimación de primer grado*» (que faculta originariamente para proceder a la autorización y control del desarrollo de una OMP) y lo que es una «*legitimación de segundo grado*» (que faculta para proceder a su ejecución material bajo el mandato y control de quienes poseen la primera).

Si tenemos en cuenta que la finalidad esencial de las OMP es poder contener y controlar un conflicto o situación crítica que ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales, sólo podrán tener legitimación de primer grado para «autorizar» su realización aquellas organizaciones internacionales que recojan entre sus fines el mantenimiento y conservación de las mismas. Si acudimos al texto de la Carta de las Naciones Unidas, vemos que esta son dos:

1. La propia Organizaciones de las Naciones Unidas, cuya legitimación se le reconoce en virtud de las funciones que se le asignan en el artículo 1.1 («mantener la paz y seguridad internacionales») y los medios que pueden emplear para su cumplimiento («tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz»).

2. Los acuerdos y organismos regionales, cuyo fin es entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en virtud del artículo 52 y de todo el capítulo VIII en general. Es el caso de la O.E.A. y de la O.S.C.E., por ejemplo.

La legitimación de segundo grado o de mera «ejecución material» quedaría para todas aquellas organizaciones de carácter regional que, constituidas con fines diversos (seguridad y defensa mutua, cooperación económica y política...), no pueden ser caracterizados en buena técnica jurídica como «Acuerdos Regionales» del capítulo VIII al no atribuirles sus Tratados constitutivos como finalidad específica el poder entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad. Es el caso de la OTAN y de la UEO.

La razón de que organizaciones distintas a las Naciones Unidas, como la OEA o la OSCE, tengan una legitimación «directa y originaria», sin necesidad de obtener autorización previa y expresa del Consejo de Seguridad, es consecuencia de la naturaleza no coercitiva de las operaciones para el mantenimiento de la paz. De no ser así, dicha autorización no podría ser eludida. Y es precisamente esta falta de carácter coercitivo lo que permite, según la opinión vertida por el Tribunal Internacional de

Justicia en el mencionado dictamen sobre «ciertos gastos de las Naciones Unidas», que la Asamblea general pueda (sin perjuicio de la prioridad y responsabilidad del Consejo de Seguridad en esta materia) autorizar este tipo de operaciones cuando aquél está paralizado por el desacuerdo de sus miembros permanentes.

C. *El problema específico de la participación de la OTAN en las operaciones para el mantenimiento de la paz.*

Si bien como organización regional con fines de seguridad y defensa mutua le correspondería una legitimación ejecutiva o de segundo grado, las limitaciones que el texto de su Tratado constitutivo parece imponerle ha hecho dudar a la Doctrina de su capacidad para participar en la realización material de una OMP, sin tener que acudir a una modificación o ampliación del mismo. Se parte para ello de un doble fundamento jurídico:

— En primer lugar, que la Alianza es una organización político-militar de carácter estrictamente defensivo, amparada en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y su admisión a la legítima defensa colectiva, por lo que sólo permite su intervención si existe un previo ataque armado.

— En segundo lugar, la Alianza sólo puede actuar en un área geográfica estrictamente definida en el artículo 6 del Tratado de Washington.

Sin embargo, estos razonamientos han sido matizados y cuestionados en el seno de la Organización del Atlántico Norte puntualizando que:

— En relación al primer argumento, se afirma que la Alianza no sólo es una organización estrictamente defensiva, sino que del texto del Tratado de Washington se obtienen también unos objetivos bien distintos, que desbordan los aspectos estrictamente militares para incidir en otros aspectos políticos, económicos y culturales de cooperación entre los países miembros. Así:

a) En el *preámbulo* se recoge una declaración de principios en virtud de la cual las partes contratantes, ratificando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y afirmando su deseo de vivir en paz con todos los pueblos y gobiernos, se manifiestan decididos a «salvaguardar la libertad de sus pueblos, su herencia común y su civilización, fundadas en los principios de democracia, las libertades individuales y el imperio de la ley»; así como a «promover en la zona del Atlántico Norte la estabilidad y el bienestar» y a «unir sus esfuerzos en la defensa colectiva y la conservación de la paz y la seguridad».

b) En el *artículo primero*, se comprometen a «resolver por medios pacíficos las diferencias internacionales en que los miembros de la

Alianza pudieran verse envueltos, de modo que la paz y la seguridad internacionales, así como la justicia, no sean puestas en peligro, absteniéndose en sus relaciones del recurso a «la amenaza o el empleo de la fuerza de cualquier forma que resulte incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas».

c) En el *artículo segundo*, las partes se comprometen a contribuir al desarrollo de las relaciones pacíficas y amistosas «reforzando sus instituciones libres y promoviendo las condiciones adecuadas que favorezcan la estabilidad y el bienestar».

— En relación con el segundo argumento, se afirma que el artículo 6 del Tratado de Washington se limita en realidad a determinar únicamente la zona en la que serán de aplicación las disposiciones del artículo 5, el cual recoge exclusivamente las funciones defensivas que amparadas en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas tiene la Alianza.

Por lo tanto, en el seno de la Organización del Atlántico Norte se considera que, interpretando de forma sistemática los preceptos del Tratado constitutivo de la Alianza, se debe entender que la seguridad de los aliados está necesariamente conectada con la seguridad internacional o universal, de modo que si peligra esta última también quedaría afectada la primera. Prueba de ello es que en el preámbulo y especialmente en el artículo segundo se implica a la Alianza en el mantenimiento de ambas.

Igualmente se considera que dicha interpretación sistemática llevaría a considerar que el concepto de «seguridad» para los aliados no quedaría recogida en la Carta de las Naciones Unidas (en especial en el capítulo VII), la «seguridad» abarca otras dimensiones: diplomática, económica y político-social. No obstante, se reconoce que de todas ellas es precisamente la dimensión militar la que con mayor atención se contempla en el Tratado de Washington, pero ello no es una peculiaridad únicamente suya, sino que también en el mencionado capítulo de la Carta de las Naciones Unidas se le da un tratamiento parecido. Ambos textos, considerando la especial intensidad de esta dimensión y los riesgos que conlleva su empleo, coinciden en la necesidad de someterle a una serie de restricciones de carácter y naturaleza similares, si bien el Tratado parece ir un poco más allá al exigir que el «ataque armado» que posibilitaría la reacción militar defensiva de la Alianza recaiga sobre la zona geográfica recogida en su artículo 6. Es ése el sentido que hay que dar a este artículo, el cual parece contradecir el criterio establecido en el preámbulo y artículos 1 y 2 del Tratado, en el sentido de que la seguridad de los aliados no se puede aislar de la seguridad universal. La razón histórica de esta disposición está

en el interés que tuvieron los Estados Unidos en usar el artículo 6 como salvaguarda frente a los intentos de las viejas potencias coloniales europeas de involucrarles en la oleada de conflictos que iba a provocar el desmoronamiento de sus imperios. Sin embargo, con posterioridad, este artículo benefició también a los aliados europeos cuando, producida la descolonización, les permitió mantenerse al margen de los conflictos en los Estados Unidos como potencia global se fue viendo inmersa, conflictos que consideraban ajenos a sus intereses o sobre los que mantenían visiones diferentes. La limitación aún puede ser útil para la paz internacional, si tenemos en cuenta lo manipulable que es el término «legítima defensa» y lo peligrosa que puede llegar a ser si se le permite añadir, sin límite geográfico alguno, el adjetivo «colectiva».

Consecuencia de los razonamientos antes mencionados es que se considere en la Alianza que el artículo 6 no le incapacitaría para intervenir en defensa de su seguridad en los casos en que acontecimientos (consistentes o no en un ataque armado) acaecidos fuera de la zona en él establecida pudieran, dada la vinculación antes recogida entre seguridad universal y regional, afectar a los aliados: aplicada únicamente la zona OTAN a la «dimensión militar» de la seguridad aliada (regulada con gran detalle en el artículo 5 del Tratado), las otras dimensiones (recogidas con menor precisión en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 debido a su menor intensidad y gravedad de empleo, tal y como sucede en el capítulo VII de la Carta) pueden aplicarse sin limitación geográfica alguna allá donde los aliados entiendan que, inmersos en una comunidad internacional, la inestabilidad de ésta puede también afectar a la suya propia; eso sí, de conformidad con los principios de la Carta. Y del mismo modo, tampoco el artículo 6 impediría a las Naciones Unidas que solicitasen a la Alianza que, como tal organización, coopere con las medidas que sin consistir en el empleo de fuerza armada desee aplicar fuera de la zona atlántica en el ejercicio de su función supervisora de la paz y seguridad internacionales.

De conformidad con estos postulados, la Organización del Tratado del Atlántico Norte viene manifestando, a partir del Nuevo Concepto Estratégico aprobado en Roma el 7 de noviembre de 1991, su deseo de participar en las operaciones para el mantenimiento de la paz que se puedan decidir en el seno de las Naciones Unidas y de la OSCE, máxime si tenemos en cuenta que este tipo de operaciones no sólo no consisten en el empleo de fuerza armada, sino que ni siquiera tienen naturaleza coercitiva en el sentido de los artículos 41 y 53 de la Carta.

La propuesta no es políticamente arriesgada, por otro lado, si tenemos en cuenta que desde el Informe Harmen sobre «las futuras tareas de la Alianza» del año 1967 ya se recoge la misión de la OTAN como fuerza de preservación de la paz en el mundo, tesis aplicadas por la diplomacia aliada durante la Guerra de los Seis Días. El documento en su párrafo quince ya reconocía que «el área de jurisdicción del Tratado del Atlántico Norte no puede ser considerado aisladamente del resto del mundo. Las crisis o los conflictos que puedan surgir fuera de zona podrían amenazar su seguridad directamente o afectar al equilibrio global». Aunque los aliados pueden enfrentarse a tales problemas individualmente o mediante su acción en el seno de las Naciones Unidas u otros organismos regionales, «los aliados en su conjunto o varios de ellos que deseen hacerlo podrán concertar sus acciones acerca de tales problemas, sin que esto implique un compromiso previo y según lo exijan las circunstancias y los usos establecidos».

## 2. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE UNA VOLUNTAD POLÍTICA

Advertida la posibilidad que desde el punto de vista jurídico tiene la Alianza Atlántica para participar y colaborar en el mantenimiento de la paz con las Naciones Unidas, es preciso señalar que el elemento esencial en esta materia (como en casi todas, en realidad, ya sea en el ámbito internacional como en el interno de cada Estado) es la necesidad de que exista una «voluntad política», tanto de la primera como de la segunda, para permitir una colaboración en este ámbito. Textos normativos como la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de Washington no son sino fruto de «acuerdos políticos», de unión de intenciones políticas que logran un consenso materializado para su constancia y certidumbre en un conjunto de normas jurídicas cuya principal característica será la «flexibilidad» de sus términos, de forma que en su seno se permita una mutación y evolución del contenido de los intereses que los crearon. De este modo, y al igual que ocurre con las Constituciones internas de los Estados, se evitará la rápida obsolescencia de sus preceptos y la continua necesidad de proceder a su modificación.

Pues bien, aunque durante mucho tiempo la voluntad de colaboración entre las Naciones Unidas y la OTAN no fue lo suficientemente clara, los cambios ocurridos en la comunidad internacional a consecuencia de la distensión en las relaciones este-oeste y la posibilidad de desarrollo que los mecanismos de seguridad colectiva previstos en la Carta demostraban

con la desaparición del veto como elemento de obstaculización constante, hicieron que ambas organizaciones intercambiaran ideas y propuestas que concretaran el alcance y contenido de su interés en colaborar en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por parte de las Naciones Unidas el primer documento que plasmó con claridad esa intención fue el Informe del Secretario General del año 1992 («un programa de paz»), donde realiza un análisis de los medios necesarios para fortalecer la capacidad de las Naciones Unidas en materia de diplomacia preventiva, establecimiento y mantenimiento de la paz, y en el que se basaría el comportamiento de que la Organización ha tenido en los últimos conflictos internacionales. Por parte de la Alianza, ha sido el «nuevo concepto estratégico», adoptado en la Cumbre de Roma de noviembre de 1991, el auténtico hilo conductor de las sucesivas Declaraciones y Comunicaciones que desde entonces han venido emitiéndose por parte de esta organización.

Ambas organizaciones obtienen claras ventajas de su colaboración en esta materia:

— Para las Naciones Unidas, supone disponer de una estructura militar consolidada, apta para funcionar en operaciones cuyo tamaño y complejidad exigen una coordinación de personal y material procedente de varios Estados que es difícil de improvisar. Si a ello unimos el hecho de que la mayoría de los miembros de la Alianza se encuentran entre los países tecnológicamente más avanzados del mundo (las OMP ya no pueden funcionar con vehículos y armas ligeras, como hasta ahora han venido haciendo), y que el peso político que en la vida internacional poseen es notable (un elemento esencial en una OMP es la credibilidad política y la disuasión que conlleva), no es difícil entender que es la cooperación adecuada que unas Naciones Unidas que no desean por el momento poseer una fuerza de carácter permanente pueden obtener, tanto por la rapidez con que pueden intervenir (hasta ahora eran tres o cuatro meses los que transcurrían desde que el Consejo de Seguridad autorizaba una misión hasta que se llevaba a cabo) como por su eficacia en la realización de las labores encomendadas.

— Para la OTAN también supone ventajas la intervención en el mantenimiento de la paz, si tenemos en cuenta que la seguridad de sus miembros no sólo proviene del mantenimiento de su integridad territorial sino que también los aspectos económicos, políticos y sociales de ésta pueden verse afectados por otros conflictos aparentemente menos directos.

Una vez que existe la voluntad política de colaborar en este tipo de operaciones, el paso que necesariamente hay que seguir es su plasmación



en un texto jurídico que le dé un contenido concreto. En este sentido, la Alianza Atlántica ha venido respondiendo a través de sus Declaraciones y Comunicaciones a la invitación del Secretario General de sugerir las fórmulas en que podrían contribuir a la realización de los conceptos desarrollados en su programa del año 1992. La respuesta de la Alianza se ha estructurado en dos apartados: en el primero establece los presupuestos y las definiciones de conceptos básicos sobre las que fundamenta su participación y en el segundo recoge los criterios y principios concretos de actuación.

Unos y otros expresan la toma de postura de la Alianza en esta materia, y si bien ésta es muy similar a la de las Naciones Unidas (hay que tener en cuenta que para lograr una colaboración de este tipo los contactos han venido siendo continuos), su análisis es interesante para saber cuál es la realidad del concepto «operaciones para el mantenimiento de la paz».

### 3. PRESUPUESTOS Y DEFINICIONES

En el Informe de 1992 («un programa para la paz»), el Secretario General muestra la necesidad de redefinir la naturaleza y el concepto de las diversas modalidades de actuación que el sistema de seguridad colectiva puede llevar a cabo en el cumplimiento de las funciones que le atribuye la Carta de las Naciones Unidas. La rapidez con que tras el fin de la Guerra Fría aumentó el número de intervenciones en sostenimiento y defensa de la paz, hacían aconsejable una mayor clarificación en esta materia. Es por ello que el Secretario General dedica la casi totalidad del informe a recoger una clasificación de lo que, a la vista de las características de las diversas operaciones realizadas hasta el momento y de los objetivos pretendidos con cada una de ellas, deben ser las diversas manifestaciones de la técnica del mantenimiento de la paz.

Las cuatro modalidades de actuación que recoge el informe de 1992 («diplomacia preventiva», «establecimiento de la paz», «mantenimiento de la paz» y «consolidación de la paz») han sido reconocidas y admitidas por la Alianza, quien en este aspecto parece remitirse a lo que las Naciones Unidas entienden por cada una de ellas. Sin embargo, si analizamos mejor la doctrina de la OTAN en esta materia, vemos que la similitud de conceptos no es tal, o por lo menos no tan intensa:

a) Para la Alianza el concepto de *«mantenimiento de la paz»* debe ser considerado en sentido estricto o restringido: admitiendo que no existe una única definición comúnmente aceptada, considera que a tenor de lo

que la práctica de las Naciones Unidas ha venido estableciendo, abarcaría «toda operación de contención, moderación o conclusión de las hostilidades entre o dentro de los Estados por medio de la intervención de una tercera parte imparcial, organizada y dirigida internacionalmente y mediante la utilización de efectivos militares y civiles que complementen el proceso político de resolución de conflictos y restablezcan y defiendan la paz». Hasta aquí, nada diferencia la concepción de «mantenimiento de la paz» que tiene la OTAN de la que puede deducirse del informe del Secretario General, pero lo que sí la caracteriza, y eso es elemento destacable de su definición, es que la considera por su propia naturaleza como una medida incluida en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, carente pues de todo carácter «coercitivo», como tienen las medidas previstas en el capítulo VII del mismo texto.

La OTAN distingue claramente a las OMP de las acciones o medidas de «imposición de paz» (en su propia terminología), entendiéndolo por tales a las recogidas en el Capítulo VII y por las que se «restablece» la paz en una zona de conflicto a través de medidas militares, incluyendo dentro de ellas a la participación en conflictos internos o entre Estados para subsanar una necesidad de carácter humanitario.

La distinción realizada por la Alianza es importante, pues del texto del Informe «un proyecto para la paz» e incluso de algunos comunicados vertidos en el seno de la misma, parece que en ocasiones se tiende a desnaturalizar a las operaciones para el mantenimiento de la paz al permitir que las fuerzas que toman parte en ellas empleen la fuerza armada en supuestos diferentes a los de estricta defensa ante un ataque. Es necesario evitar interpretaciones «extensivas» del principio general que prohíbe en este tipo de operaciones utilizar la violencia salvo legítima defensa, porque de no ser así, estaríamos alterando una técnica imaginativa de protección de la paz surgida en la práctica de las Naciones Unidas con el fin de permitir a la Asamblea General actuar en los supuestos en que el Consejo de Seguridad se encuentre paralizado por el veto. El hecho de que en el estado actual de las relaciones internacionales no se emplee esta técnica obstaculizadora del funcionamiento del sistema de seguridad colectiva no implica que las OMP, tal y como han venido siendo consideradas por la práctica de las Naciones Unidas, hayan dejado de tener su razón de ser: ¿Quién nos dice que por la evolución de la política internacional e interna de los miembros permanentes del Consejo no puede volver a dominar el veto en el seno de este órgano? ¿qué sucedería si en ese momento el carácter no coercitivo de las operaciones de este tipo hubiera quedado des-

prestigiado? Las Naciones Unidas pueden emplear la fuerza armada como coerción para resolver un conflicto, pero dentro de lo que es estrictamente el capítulo VII y respetando la naturaleza no coercitiva de las OMP.

La razón por la que la Alianza desea una diferenciación clara entre una «medida de mantenimiento de la paz» y una «medida de imposición de paz», pudiendo como puede (según la interpretación extensiva que ella misma realiza del Tratado de Washington) actuar en cooperación con unas y otras es que, tal y como está estructurado el vínculo transatlántico, cada Estado miembro es libre para decidir su concreta participación en las mismas, y es de suponer que sus respectivos gobiernos favorezcan la participación en las medidas de mantenimiento de la paz y sometan a consideraciones más estrictas su intervención en medidas de índole coercitivo: la distinta gravedad y trascendencia política que presentan una y otras así lo aconsejan.

No obstante, y razones políticas aparte, desde el punto de vista jurídico, esta solución es sin duda más acertada que la confusión que parece reinar en el Informe de 1992.

b) La Alianza establece una clara diferenciación entre «mantenimiento de la paz» y «establecimiento de la paz», abarcando este último un conjunto de medidas diplomáticas y políticas insertables en el capítulo VI de la Carta y que incluyen los buenos oficios, la mediación y la conciliación.

Según la Doctrina de la OTAN en esta materia, las OMP no pretenden sino restablecer el orden público en el ámbito geográfico donde se aplican, restaurar la paz y la tranquilidad en las manifestaciones de la vida ciudadana y en el funcionamiento de las diversas instituciones; mientras que las medidas de «establecimiento de la paz» buscan algo más: la resolución definitiva del conflicto, que no puede conformarse con el restablecimiento del orden público sino que exige encontrar una paz que sea «justa» y por lo tanto, duradera. Las OMP pueden ciertamente «enfriar» un conflicto, paralizando sus manifestaciones extremas de violencia, pero si no se llevan a cabo las medidas diplomáticas y políticas de establecimiento de la paz que le puede dar una solución justa y satisfactoria para las partes, el conflicto no tardará en volver a estallar con toda su violencia. En este sentido, la OTAN concibe a las OMP como un complemento del proceso político de resolución de disputas, no pudiendo en ningún caso sustituir a este último.

Frente a esta claridad en la distinción de ambos conceptos que recoge la Doctrina de la Alianza, el Informe de 1992 parece confundirlos, de modo que incluye dentro del «establecimiento de la paz» técnicas de

actuación que, conforme a sus propios criterios son más propias del mantenimiento o de la imposición de la paz.

c) Por último, también existe oscuridad a la hora de distinguir entre lo que es «*prevención de conflictos*» y «*mantenimiento de la paz*» en el Informe del año 1992. En la Doctrina de la OTAN, sin embargo, la diferencia aparece más clara al calificar a la prevención como conjunto de medidas incluidas en el Capítulo VI, propias del establecimiento y mantenimiento de la paz pero con la peculiaridad de aplicarse en un momento temporal anterior a aquél en que las disputas han desembocado en conflicto armado.

En realidad, esta última categoría de medidas puede subsumirse en las dos anteriores. El error en que ha incurrido el Informe de 1992 (y que evita más airosamente salvo en el caso de la «prevención» la Doctrina de la Alianza) es pretender establecer una clasificación basándose para ello en el momento temporal en que intervienen las medidas a adoptar; antes del conflicto bélico (prevención), durante el conflicto (establecimiento y mantenimiento) y después del conflicto (mantenimiento).

Quizá fuera más acertado realizar una clasificación ateniendo a la naturaleza intrínseca de las medidas que se pueden adoptar: «coercitivas» (propias del Capítulo VII) «diplomáticas y políticas» (propias del Capítulo VI) y medidas que podríamos llamar de «realización material de la voluntad de presencia de las Naciones Unidas», carentes de carácter coercitivo e incluíbles también en el Capítulo VI. Unas y otras pueden emplearse en cualquiera de las fases del conflicto (antes, durante y después), pero no por ello pierden los caracteres propios que las definen.

#### 4. PRINCIPIOS Y CRITERIOS DE ACTUACIÓN

Los principios y criterios sobre los que la Alianza desea fundamentar su participación en las operaciones para el mantenimiento de la paz son en su mayoría coincidentes con los que se han ido poco a poco consolidando a través de la práctica de las diversas operaciones que las Naciones Unidas han ido llevando a cabo, pero en algunas ocasiones estos principios muestran las peculiaridades que posee la Alianza en la vida internacional en cuanto organización de seguridad, peculiaridades que nos muestra que, por mucho que colabore ésta con las Naciones Unidas, y a pesar de que comparta sus fines, puede en determinado momento estar interesada en desmarcarse o matizar las condiciones de su actuación. La Alianza no es, por lo tanto, una mera transposición de las Naciones Unidas en el ámbito regional occidental.

De entre estos principios cabe resaltar de forma breve los siguientes:

*Primero:* La OTAN sólo llevará a cabo operaciones para el mantenimiento de la paz como respuesta a una previa petición de la ONU o de la OSCE.

La Alianza Atlántica se reconoce a sí misma como una organización internacional, poseedora tan sólo de una legitimación de segundo grado o de ejecución material. La legitimación de primer grado la reconoce en las Naciones Unidas en cuanto organización universal, si bien a lo largo de sus Comunicaciones sólo se refiere a la autoridad del Consejo de Seguridad, pareciendo excluir a la Asamblea General de la posibilidad de dirigir una operación de este tipo cuando el primero está inactivo.

Igualmente reconoce legitimación de primer grado en la OSCE, a la que califica, de conformidad con el documento firmado en Helsinki en julio de 1992, como un «Acuerdo Regional» de los previstos en el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas. La inclusión de las OMP entre los medios puestos a disposición de esta organización es de gran relevancia, puesto que la convierte por primera vez en una institución con funciones operativas. En este sentido, las OSCE podrá iniciar una operación a petición de uno o más Estados participantes y la decisión la adoptará por consenso el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores o el Comité de Actos Funcionarios (siendo este último el responsable del control político y de la supervivencia de las operaciones, contando para ello con ayuda del Centro para la Prevención de Conflictos). La Conferencia, en cuanto Acuerdo Regional puede (si cree que un problema está fuera de su alcance) remitir a su vez el asunto al Consejo de Seguridad; pero si entiende que es capaz de solventarlo por sí sola puede solicitar ayuda la UE, la UEO y a la OTAN. La solicitud de ayuda a esta última se realizará necesariamente tras consultar a sus distintos miembros más que a la propia organización, dando muestras de la libertad con que cada miembro actúa en su seno.

La OTAN actuará subordinada a la dirección de la ONU y de la OSCE, siendo éstas quien, previa consulta con la Alianza, definirán en cada caso las disposiciones que deban regir las operaciones para el mantenimiento de la paz. No debe interpretarse este último punto, entiende la OTAN, en el sentido de otorgar a la organización que emite el mandato el poder de adoptar unilateralmente decisiones que afecten a las «relaciones de mando», pudiendo ésta decidir antes de aportar sus fuerzas si considera o no adecuadas las disposiciones adoptadas al efecto. Cuando dos orga-

nizaciones con sus modos particulares de actuar en el ámbito político y militar se disponen a cooperar, se producen problemas que afectan especialmente a los temas relacionados con el control de las operaciones. Se comprende, pues, que para la Alianza resulte fundamental determinar a qué nivel de su jerarquía política y militar debe someterse el mando y control al Consejo de Seguridad, pues los estados miembros tienen interés en poseer el máximo dominio posible sobre sus tropas.

Finalmente, el éxito de una operación de este tipo requiere que la ONU y la OSCE delimiten el alcance de éstas con un mandato preciso. Este mandato deberá elaborarse mediante consultas con las partes interesadas y en él deberán reflejarse todos los elementos esenciales de la operación que se va a realizar (el fin de la operación, su composición, su duración, las condiciones económicas y los medios a emplear).

*Segundo:* Las operaciones para el mantenimiento de la paz se llevarán a cabo caso por caso, de modo que la decisión de la OTAN respecto a su participación en ellas se adoptará en cada supuesto específico.

La razón del punto anterior es que se es consciente de que no existen dos conflictos iguales. Si bien las Naciones Unidas son responsables de la paz y seguridad a nivel mundial, el ámbito de actuación de la Alianza Atlántica se reduce a la seguridad occidental. Seguridad internacional y occidental pueden no coincidir, por lo que los miembros de la OTAN se reservan la facultad de decidir si contribuyen individual o colectivamente en un determinado conflicto.

*Tercero:* El mantenimiento de la paz está concebido como complemento del proceso político de resolución de disputas, no pudiendo sustituir a la negociación de acuerdos.

Las OMP se llevarán a cabo para apoyar los esfuerzos «en curso» encaminados a restaurar la paz y la estabilidad mediante una solución política.

El Documento de Helsinki afirma en este sentido que las partes «deben haber mostrado verdadera buena voluntad al participar previamente en un proceso para la solución pacífica del conflicto», añadiendo que «no podrá decidirse ninguna operación sin que exista un alto el fuego efectivo y un acuerdo por escrito para la seguridad del personal internacional».

*Cuarto:* El consentimiento y cooperación de las partes implicadas en un conflicto son condiciones indispensables para poder llevar a cabo una

operación para el mantenimiento de la paz, basada como está en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas y no en su Capítulo VII.

*Quinto:* En relación a la utilización de la fuerza por parte de los contingentes que toman parte en una OMP, ésta queda restringida a su utilización como legítima defensa. Cualquier otro uso de la fuerza necesita autorización, pues supone convertir este tipo de operaciones en una medida coercitiva del Capítulo VII.

En el mandato debe quedar claramente definida esta materia.

*Sexto:* La decisión de participar por parte de cada Estado miembro de la Alianza incumbe solamente a éste. No obstante, el organismo que emita el mandato (ONU, OSCE) tiene la facultad de seleccionar las solicitudes que estime más convenientes, teniendo en cuenta para ello las sensibilidades culturales, históricas y políticas del entorno en el que debe llevarse a cabo la OMP, respetando en todo momento el principio de que todas las operaciones deben ser «multinacionales».

La naturaleza y composición de las aportaciones realizadas deberán asimismo estipularse mediante consulta con el organismo emisor del mandato.

*Séptimo:* La financiación de las misiones corre por cuenta de los Estados miembros del organismo que otorga el mandato. El reparto se llevará a cabo de acuerdo con sus normas internas.

### III. CONCLUSIÓN

¿Es necesaria la reforma de la Carta de las Naciones Unidas para que sea posible la participación de la Alianza Atlántica en operaciones para el mantenimiento de la paz? De lo expuesto hasta aquí, puede afirmarse que no. De la misma manera que el concepto de OMP se pudo incardinar en el texto de la Carta, tampoco se encuentra en ésta elemento alguno que impida tal colaboración. Sin embargo, lo que si es cierto es que la participación de organizaciones internacionales de este tipo si puede replantear la necesidad de asentar de una vez la configuración jurídica de una figura surgida hace ya bastante tiempo. En este sentido, se puede señalar, sin ánimo de exhaustividad, y como conclusión de todo lo expuesto, que sería deseable una mayor claridad de la Carta en aspectos tales como:

— Una definición más clara de lo que es un Acuerdo Regional, distinguiéndolo de otras organizaciones regionales con fines diversos a los del mantenimiento de la paz.

— Una delimitación precisa del tipo de legitimación que unos y otras poseen para colaborar en este tipo de operaciones, distinguiendo entre una legitimación de primer grado para los primeros y de segundo grado para las segundas.

— Un concepto de «operación para el mantenimiento de la paz» lo suficientemente amplio como para permitir la inclusión de futuras modalidades que pueden aparecer, pero a su vez perfectamente diferenciadas con otros conceptos afines (medidas coercitivas del Capítulo VII, medidas diplomáticas y políticas de resolución de conflictos...), de modo que organizaciones como la Alianza Atlántica sepan en todo momento qué obligaciones asumen al ofrecer su colaboración.

— Establecimiento de un mecanismo ágil de consultas entre las Naciones Unidas y Acuerdos Regionales.

— Establecimiento expreso de la posibilidad por parte de la Asamblea General de decidir una OMP en los casos en que el Consejo de Seguridad no pudiese intervenir, de manera que las organizaciones del tipo de la Alianza no vean dificultada su colaboración.

— Una determinación más precisa de las facultades de intervención del Secretario General de las OMP, sin perjuicio de reservar a las organizaciones colaboradoras un mínimo control de los elementos personales y materiales que aporten.

— Inclusión expresa de las operaciones para el mantenimiento de la paz dentro del sistema general de financiación que recoge la Carta en el artículo 17, evitando reticencias de quienes deseen participar en ellas.

## CONCORDANCIAS

— La Declaración de Londres sobre una Alianza renovada, de 6 de julio de 1990.

— Declaración conjunta Bush-Gorbachev sobre la ocupación de Kuwait por Irak. Helsinki, 9 de septiembre de 1990.

— Reunión ministerial especial del Consejo del Atlántico Norte para analizar la crisis del Golfo Pérsico. 10 de septiembre de 1990.

— Asociación con los países de Europa central y oriental. Comunicado tras la sesión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Copenhague, del 6 al 7 de junio de 1991.

— Declaración sobre las funciones básicas de seguridad de la OTAN en Europa. Copenhague, del 6 al 7 de junio de 1991.



- Comunicado final de la reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Copenhague, del 6 al 7 de junio de 1991.
- Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN. Cumbre de Roma, 7 de noviembre de 1991.
- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas del año 1992 («un programa para la paz»).
- Declaración emitida tras la reunión de Ministros de Defensa celebrada en el Cuartel General de la OTAN. Bruselas, 10 de marzo de 1992.
- Declaración emitida tras la reunión de Ministros de Defensa celebrada en el Cuartel General de la OTAN. Bruselas, 1 de abril de 1992.
- Comunicado Final tras la reunión del Consejo del Atlántico Norte en Oslo, el 4 de junio de 1992.
- Declaración del Consejo de Cooperación del Atlántico Norte. Bruselas, 18 de diciembre de 1992.
- Plan de Trabajo para el diálogo, la asociación y la cooperación para 1993. Bruselas, 18 de diciembre de 1992.
- Reunión de Ministros de Defensa. Declaración de Bruselas, del 29 de marzo de 1993.
- Reunión del NACC. Declaración emitida en Atenas, el 11 de junio de 1993.
- Reunión del Consejo del Atlántico Norte en Atenas, el 11 de junio de 1993. Comunicado final.
- Reunión del Consejo del Atlántico Norte el 9 de agosto de 1993. Declaración del Secretario General. Declaración del Consejo. Comunicado del Comité de planes de Defensa.
- Memoria del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la labor de la Organización. Nueva York, 1993.
- Informe elevado por el Grupo Ad Hoc sobre cooperación en mantenimiento de la paz. Diciembre 1993.
- Comunicado final. Reunión del NACC del 3 de diciembre de 1993. Declaración de los Jefes de Gobierno. Reunión de Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 1994.
- Asociación para la Paz: Documento Marco. Declaración del Secretario General de la OTAN del 21 de febrero de 1994, tras concluir el período concedido para retirar el armamento pesado ubicado dentro y en los alrededores de Sarajevo.
- Comunicado final de la reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Estambul, 9 de junio de 1994.

- Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Bruselas, 1 de diciembre de 1994.
- Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Bruselas, 5 de diciembre de 1995.
- Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Berlín, 5 de diciembre de 1996.
- Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Bruselas, 10 de diciembre de 1996.
- Declaración de Madrid sobre Seguridad y Cooperación Euroatlánticas. Reunión del Consejo del Atlántico Norte. Madrid, 8 de julio de 1997.
- Acta Fundacional sobre las relaciones de cooperación y seguridad mutuas entre la OTAN y la Federación Rusa. París, 27 de mayo de 1997.
- Documento de Bases del Consejo de Asociación Euroatlántico. Sintra, 30 de mayo de 1997.
- Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Sintra, 30 de mayo de 1997.
- Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte. Bruselas, 2 de diciembre de 1997.

## ¿CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL O INTERNO?: LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LA SENTENCIA DEL ASUNTO TADIC DE 7 DE MAYO DE 1997 DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA

Ruth Abril Stoffels  
*Area de Derecho Internacional Público*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad Complutense de Madrid*

*La Sentencia de la Sala II sobre el fondo del asunto Tadic, de 7 de Mayo de 1997 y la aplicación del artículo 2 del Estatuto 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.*

El asunto Tadic es la primera oportunidad (1) en que 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 a partir de 1991 castigo de los crímenes perpetrados en la antigua Yugoslavia (TIY) (2), en la interpretación de las

---

(1) Existe la Sentencia de la Sala de Primera Instancia I de 29 de Noviembre de 1996 del asunto Drazen Erdemovic, pero debido al arrepentimiento del propio acusado y al carácter de los actos que se le imputaban (genocidio), no se plantearon excesivos problemas de Derecho internacional humanitario.

(2) Sobre cuestiones generales del Tribunal y su Estatuto, ver, entre otras, QUINTANA, J.J.: «La violación del Derecho Internacional Humanitario y su sanción: el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia» en *RICR*, número 123, Mayo-Junio de 1994, pp. 223 y ss.; PIGNATELLI MECA, F.: «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», en *REDM*, n.º 64, Julio-Diciembre de 1994, pp. 41 y ss; DAVID, E.: «Le Tribunal International Pénal pour l'Ex-Yougoslavie», *RBDI*, 1992/2, pp. 565 y ss; WECKEL, P.: «Le Tribunal International des Crimes de guerre en Yougoslavie», en *AFAI*, 1993, pp. 232-261.

disposiciones de su Estatuto y la aplicación al caso concreto, ha tenido que tomar postura sobre los más importantes y candentes problemas del Derecho Internacional Humanitario de nuestros días (3).

Nuestro análisis se va a centrar en las partes de las sentencias de la Sala de Apelaciones sobre la competencia del Tribunal: (4) (caso número IT-94-1-AR72 de 2 de Octubre de 1995) y de la Sala de Primera Instancia II sobre el fondo (caso número IT-94-1-T de 7 de Mayo de 1997) que se ocupan de las cuestiones que afectan a la aplicación del artículo 2 del Estatuto. Lo cual nos va a llevar no sólo a analizar los pasajes concretos de dichas sentencias en los que se analiza esta disposición, sino a acudir otros fragmentos de las mismas en que, con carácter previo, se resuelven algunos de los problemas planteados por la aplicación del art. 2 del Estatuto (5).

## I. INTRODUCCIÓN

Dusko Tadic, bosnio de origen serbio, fue acusado de la realización de numerosas violaciones del Derecho Internacional Humanitario contenidas en los artículos 2, 3 y 5 del Estatuto. Los actos que se le imputan fueron realizados en el Distrito de Prijedor, una región del norte de Bosnia y Herzegovina (B-H), ocupada primero por el ejército de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) (JNA [6]) y luego por el ejército de la República Sprska (VRS) y que era de interés vital a los inte-

---

(3) Como son la creación del Tribunal por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la delimitación de conflictos armados internacionales e internos, el contenido de las normas convencionales y consuetudinarias, la aplicación de principios generales del Derecho internacional humanitario, la delimitación de tipos penales, la responsabilidad penal individual, etc. Un análisis de toda la jurisprudencia del TIY hasta la actualidad se encuentra en LA ROSA, A.: «Jurisprudencia du Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougoslavie», en vías de publicación en la RGDIP (original en posesión del autor, cedido por L. CONDORELLI).

(4) Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence. Sobre esta sentencia, ver FERNÁNDEZ LIESA, C.: «El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de Octubre de 1995, en el asunto Tadic-Competencia)», en *REDI*, vol. XLVIII (1996), 2, pp.11 y ss.

(5) Sobre la dificultad en la calificación de este conflicto, y sobre las distintas posturas tomadas por los órganos de Naciones Unidas, ver: GRAY, C.: «Bosnia and Herzegovina: civil war and inter-state conflict? Characterization and consequences: BYIL, L XVII, 1996, pp. 155-197.

(6) Ejército Popular Yugoslavo.

reses serbios por transcurrir en su interior un corredor que unía la propia República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) (RFY) con la Krajina (zona de Croacia de mayoría serbia). Estos supuestos crímenes se cometieron después del 22 de Mayo de 1992, fecha de la retirada del JNA del territorio de B-H.

## II. LIMITACIONES IMPUESTAS POR LA SENTENCIA DE APELACIÓN (7)

De esta Sentencia sólo vamos a exponer brevemente aquellos puntos clave que van a servir de base para el posterior análisis de la decisión de la Sala de Primera Instancia, en concreto, algunas de las cuestiones analizadas frente a la excepción de incompetencia «*ratione materiae*» presentada por la defensa.

Ante la alegación de la defensa de que el TTY tenía una competencia restringida para juzgar los crímenes cometidos en el contexto de un conflicto armado Internacional (8) (no, por lo tanto, de un conflicto armado no internacional), la Sala de Apelaciones se ve forzada a analizar las cuestiones de existencia de un *conflicto*; competencia del Tribunal para conocer de violaciones cometidas tanto en conflictos armados *internacionales* como *no internacionales*; la delimitación de los mismos y las violaciones que pueden ser castigadas por el Tribunal en el marco de los distintos tipos de conflictos.

Veamos, por tanto, los puntos clave que la Sala de Apelaciones impuso a la Sala de primera instancia:

— En relación con la *existencia de un conflicto armado*, la Sala, con una redacción algo repetitiva, afirma que «existe un conflicto armado siempre que haya un recurso a la fuerza armada entre Estados o un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos

---

(7) Esta Sentencia es fruto de un recurso de apelación interpuesto por la Defensa frente a la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 10 de Agosto de 1995 en la que frente a una excepción prejudicial de incompetencia del Tribunal presentada por la defensa, se declaraba competente para conocer el asunto. La excepción de incompetencia estaba fundada en tres puntos: a) la creación ilegal del Tribunal internacional; b) el ejercicio abusivo de la primacía del Tribunal internacional sobre las jurisdicciones nacionales; c) incompetencia *ratione materiae*.

(8) Con una concepción muy restrictiva de la noción de conflicto armado, entendiéndose que, este se circunscribía al momento y lugar preciso de las hostilidades.

organizados o entre estos grupos en el seno del Estado» (9). Añadiendo que para que unas «hostilidades» puedan considerarse como conflicto armado, es necesario que tengan un nivel de *intensidad suficiente* (conflicto prolongado y a gran escala) (10).

— El *Derecho Internacional Humanitario* se aplica en todo el territorio de los Estados beligerantes o, en el supuesto de conflictos internos, en la totalidad del territorio controlado por una Parte en conflicto, tanto si en estos territorios se desarrollan combates efectivos como si no, desde el inicio de los conflictos armados hasta la concertación de la paz o, en el caso de conflictos armados internos, hasta que se llegue a un arreglo pacífico (11).

— No es necesario que la violación se cometa en el curso (lugar y tiempo) de acciones militares sustanciales. Es suficiente con que los crímenes se hayan cometido en *estrecha vinculación* con las hostilidades en curso en otras zonas de los territorios controlados por las partes en conflicto (12).

\* En lo tocante a la existencia de un conflicto armado *interno* o *Internacional* en la ex-Yugoslavia, la Sala no se atreve a ser tajante y presenta varias opciones (13), quedándose finalmente con una califica-

---

(9) párr. 70, Sentencia de Octubre de 1995. Igual definición es dada en DAVID, E.: *Principes de Droit des Conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1994, P 93.

(10) párr. 70 de la Sentencia.

(11) párr. 70 de la Sentencia. La juez McDonald, en la opinión disidente de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997 sobre el fondo del asunto, estima, interpretando este mismo párrafo, que no se trata de que el Derecho internacional humanitario se aplique desde el inicio hasta el fin de las hostilidades, dependiendo el grado de aplicación del mismo del tipo de conflicto en el que nos encontremos. Sino que es el Derecho Internacional humanitario *aplicable a los conflictos armados internacionales* el que se aplica desde el inicio hasta el fin de las hostilidades (párrafo 5 de la opinión disidente de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997).

(12) El Tribunal ya se manifiesta sobre el fondo afirmando que es innegable que las alegaciones aquí examinadas tienen la conexión exigida.

(13) párrs. 74 y 78 de la Sentencia de 2 de Octubre de 1995. Así, en un primer momento dice que en 1993 «los conflictos en la antigua Yugoslavia podían haber sido calificados a la vez de internos e internacionales o de un conflicto interno paralelo a un conflicto Internacional, o de un conflicto interno que se ha internacionalizado por el apoyo exterior o de un conflicto internacional sustituido por uno o varios conflictos internos o cualquier combinación de este tipo», inmediatamente después habla de que, en la medida en que los conflictos estaban limitados a incidentes entre las fuerzas del gobierno bosnio y las fuerzas rebeldes de los serbios de Bosnia en B-H o entre el gobierno croata y las fuerzas rebeldes de los serbios de Croacia en la Krajina, tenían carácter interno, salvo que se pueda probar una participación directa de la RFY. Parece que finalmente el Tribunal se va a inclinar por aceptar que hasta el 19 de Mayo de 1992 el conflicto tenía carácter Internacional y a partir de esa fecha tenía carácter interno.

ción del conflicto como mixto, lo cual implica que se aplicarán las normas destinadas a regir en los conflictos internacionales o las destinadas a regir en los internos, en función del tiempo y del lugar en que nos hallemos (14). Lo cual va a obligar a las distintas Salas a calificar el conflicto en cada caso de una u otra manera, dependiendo de esas circunstancias (15). Así, en la Sentencia sobre el fondo, la Sala se verá obligada a circunscribir su calificación y el conflicto a la zona del Distrito de Prijedor y distinguiendo entre las situaciones anterior y posterior al 22 de Mayo de 1992.

\* Finalmente, el Tribunal analiza la relación existente entre los artículos 2 y 3 del Estatuto. Para ello toma un punto de partida que le va a obligar posteriormente a hacer una interpretación un poco forzada y demasiado amplia del artículo 3 del mismo. Así, afirma que el CSNU, al establecer la competencia del Tribunal, no quería hacer una distinción en lo referente a la persecución y punición de unos comportamientos cuando se realicen en conflictos internacionales, ignorando el mismo comportamiento en los conflictos internos (16).

i) Por lo que se refiere al artículo 2 del Estatuto, que castiga las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, afirma que éste es sólo de aplicación si se reúnen dos condiciones: en primer lugar la existencia de un conflicto armado internacional y en segundo lugar que los actos a enjuiciar se cometan contra personas o bienes protegidos por los Convenios de Ginebra de 1949.

ii) El artículo 3 del Estatuto es interpretado de una manera amplia, entendiendo que recoge seis elementos: el Derecho de la Haya; el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; las violaciones de los Convenios de Ginebra que no sean aquellas clasificadas como «infracciones graves» por estos Convenios; los comportamientos recogidos en el artículo 2 del Estatuto pero que, debido a que se dan en el marco de un

---

(14) En caso de esta calificación, el juez Li, en su opinión separada (*opinion séparée du juge Li relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*), estima que debe hacerse un enfoque global del conflicto y calificarlo de conflicto armado Internacional, aplicando por lo tanto el Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales durante todo el conflicto.

(15) No han seguido esta jurisprudencia las sentencias de los asuntos Nikolic, KaradzicMladic y Rajic, que califican el conflicto como internacional en su conjunto. FERNÁNDEZ LIESA, C.: «El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de Octubre de 1995, en el asunto Tadic-Competencia) 11, en *REDI* vol. XLVIII (1996), 2, pp 33 y 34.

(16) Párr. 78 de la Sentencia de 2 de Octubre de 1995.

conflicto armado no internacional, no están cubiertos por este artículo y se entiende que son cubiertas por el Derecho consuetudinario (17); otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario que tengan origen consuetudinario; y, finalmente, las violaciones de los acuerdos que vinculan a las partes en conflicto (18).

Así, el Tribunal estima que el artículo 3 del Estatuto sirve para precisar el objetivo fundamental de su creación por el CSNU: no dejar sin castigo a ningún autor de estas violaciones graves cualquiera que sea el contexto en que se cometan (19).

Podemos concluir este epígrafe resaltando cuatro de las ideas que quedan reflejadas en esta Sentencia:

1) Existe un conflicto armado siempre que haya un recurso a la fuerza armada entre Estados o un conflicto armado prolongado entre las auto-

---

(17) El juez Georges Abi-Saab, en su opinión separada (*Opinion séparée du juge Abi-Saab relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*) estima así mismo, que el régimen de las infracciones graves a los Convenios debe aplicarse también a los conflictos armados internos, pero no a través de la inclusión vía consuetudinaria en el artículo tres del Estatuto, sino en el propio artículo 2 del estatuto a través de una nueva interpretación amplia de los Convenios que se ha abierto paso por la vía consuetudinaria, que permiten la aplicación del régimen de las infracciones graves a los conflictos internos. En igual sentido se manifiesta la Comisión de expertos constituida conforme a la Resolución 780 (1992) CSNU (UNDOC S/25274 de 26 de febrero de 1993). Sobre este tema ver también ABI-SAAB, Rosemary. «Humanitarian Law and International Conflicts: the evolution on legal concern» en DELISSEN, A.J.M.: *Humanitarian Law of armed conflicts. Challenges ahead*, Martinus Nihjoff Publishers, The Hague, 1991, pp 115 y ss. y DAVID E.: *Principes de Droit des conflits armés*. Bruylant, Bruxelles PP 553 y ss.

(18) Párr. 89 de la Sentencia de 2 de Octubre de 1995. En el párrafo 94, la Sala de Apelaciones precisa las condiciones necesarias para que el artículo 3 del Estatuto se aplique: a) la violación debe ser una infracción del Derecho Internacional humanitario; b) la regla violada debe tener carácter consuetudinario o, si es de carácter convencional, debe cumplir los requisitos impuestos por la norma; c) las infracciones deben ser graves, es decir, deben constituir una infracción de reglas que protegen valores importantes; d) la supuesta infracción debe producir graves consecuencias a la víctima; e) la violación de la regla debe conllevar, en términos de Derecho internacional consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de su autor.

(19) Sin entrar en lo que el CSNU tuviese en mente a la hora de aprobar estos artículos, el informe del SGNU (informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (S/2574 de 3 de Mayo de 1993) que sirve de base para la aprobación del Estatuto, parece tener una visión mucho más restringida del artículo 3 del estatuto, que parece recoger casi exclusivamente las violaciones de la cuarta Convención de la Haya de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre. Mientras que cuando analiza el artículo 2 del mismo, su visión es más amplia, y así habla exclusivamente de «civiles en tiempo de guerra» sin limitar a «los que estén en poder de una potencia de la que no son súbditos».



ridades gubernamentales y grupos organizados o entre esos grupos en el seno del Estado. Es necesario que las hostilidades tengan una entidad suficiente.

2) El Derecho Internacional Humanitario se aplica en todo el territorio desde el inicio de las hostilidades, pero el grado de aplicación del mismo dependerá de la calificación que se haga del conflicto en cada momento y lugar determinado.

3) Cada uno de los actos a analizar precisan de una vinculación estrecha con el conflicto.

4) Para poder aplicar el artículo 2 del Estatuto es preciso que nos encontremos ante un conflicto internacional y que los comportamientos se dirijan a personas o bienes protegidos por el Convenio de Ginebra pertinente. Cuando nos encontremos ante un conflicto armado no Internacional o las víctimas no puedan considerarse como personas protegidas por el Convenio de Ginebra, el comportamiento puede, no obstante, ser examinado y castigado por el Tribunal basándose en el artículo 3 del Estatuto.

### III. SENTENCIA SOBRE EL FONDO

Con estos límites impuestos por la Sala de apelación, la Sala de primera instancia va a analizar paso a paso el Derecho aplicable a los hechos alegados (20), distinguiendo varios escalones:

A) Existencia de un conflicto armado.

B) Vinculación entre el supuesto comportamiento delictivo y el conflicto armado.

C) Aplicación del artículo 2 del Estatuto, y delimitación de lo que se entiende por «víctimas en poder de una Parte de la que no son súbditas».

Después de analizarlos, la Sala concluye que el artículo 2 del Estatuto no es de aplicación al caso concreto y que por lo tanto, los comportamientos deben ser analizados a la luz de los artículos 3 y 5 del mismo.

A) Lo primero que se pregunta la Sala es si encontramos ante un conflicto armado, y así partiendo de la necesidad de un examen concreto del conflicto, es decir, de un análisis que distinga en función del momento y del lugar, la Sala considera dos supuestos: conflicto armado prolongado entre las fuerzas gubernamentales o grupos armados organizados y recurso a la fuerza armada por los Estados.

---

(20) Los párrafos 73-477 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997 se van a ocupar de establecer los hechos probados.

a) Conflicto armado prolongado entre fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados. La Sala, pensando principal, aunque no exclusivamente, en los conflictos armados de carácter interno (21), exige para su existencia dos requisitos: organización de las partes e intensidad de las hostilidades.

i) Por lo que se refiere a la organización de las partes, limitando el análisis a los sucesos acaecidos en el Distrito de Prijedor y a una fecha posterior a la del 19 de Mayo de 1992 (22), la Sala determina que una de las partes era el Gobierno de la República de Bosnia y Herzegovina (B-H) y la otra las fuerzas de los serbios de Bosnia.

Para los primeros se limita a calificar a la República de B-H de *Estado de iure* mientras que para los segundos habla de la existencia de un territorio controlado por ellos (La República Sprska), la existencia de una fuerza militar organizada que estaba bajo la responsabilidad de la Administración de los Serbios de Bosnia, dirigida por los serbios de Bosnia y operando a partir de un territorio determinado que ellos ocupaban y que estaba geográficamente bien delimitado.

En definitiva, parece que la Sala ha utilizado unos criterios similares a los establecidos por el artículo 1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (23). Lo cual merece, al menos, dos comentarios: en primer lugar, que implíci-

---

(21) Así, el párrafo 562 de esta Sentencia habla de la aplicación del artículo 3 común por referencia al criterio aplicado por la Sala de Apelaciones, la cual, en su párrafo 103, estima que el artículo 3 común es de aplicación a todo tipo de conflicto, internacional o interno. En esta misma línea, se afirma que en un conflicto armado de carácter interno o mixto, estos criterios sirven para distinguir un conflicto armado del bandidaje, de insurrecciones no organizadas y de corta duración o de actividades terroristas. Ambos criterios nos hacen pensar que incluye ambos tipos de conflictos, aunque especialmente los internos.

(22) Párrs. 565-566 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(23) 1.1 «El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo 1) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo».

tamente está reconociendo el carácter interno del conflicto (24) y, en segundo lugar, que el criterio utilizado (organización y territorio) (25) es restrictivo a la hora de determinar la existencia del conflicto.

ii) en lo que concierne a la intensidad, para determinar la existencia de un grado de intensidad suficiente, la Sala se remite a distintas resoluciones del CSNU, que califican la situación de amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Es evidente que unas hostilidades entre un gobierno y grupos rebeldes que son calificadas por el CSNU como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, tienen una intensidad suficiente como para ser calificadas de conflicto armado a los efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, la ausencia de esta calificación no impediría que, acudiendo a otros datos, se pudiese calificar la situación de conflicto armado, así por ejemplo, en los casos de bombardeo o sitio de ciudades, o de ocupación de territorios (26).

b) Uso de la fuerza entre Estados. Sorprendentemente, y siguiendo la línea apuntada por la Sentencia de apelación (27), también se exige para este caso la existencia de un grado de intensidad suficiente. Estimamos que este requisito, apuntado en la Sentencia de la Sala de Apelaciones y desarrollado aquí, es demasiado exigente y contrario a las tendencias actuales del Derecho Internacional Humanitario que, en un intento de hacer lo más amplio posible el ámbito de aplicación de este Derecho, hacen una interpretación lo más amplia posible del concepto de conflicto armado sin exigir en estos casos (como tampoco se exige en los supuestos de ocupación) un grado de intensidad específico (28).

Para afirmar la existencia de esta intensidad, la Sala hace referencia al bombardeo de Sarajevo, al sitio del gobierno de B-H, al ataque a distintos pueblos a lo largo de la frontera, a la invasión del sud-este de Herzegovina, a la ocupación del Distrito de Prijedor...

La Sala concluye que globalmente existía un conflicto armado en B-H desde el inicio de las hostilidades hasta la cesación general de las mismas y que, por tanto, dentro de todo este período era aplicable el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, el grado de aplicación del mismo

---

(24) También lo deja entrever en el párrafo 568 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(25) párrs. 563-565 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(26) Criterios estos utilizados por la misma Sala para afirmar la existencia de un conflicto armado internacional.

(27) Párr. 70 de la Sentencia de 2 de Octubre de 1995.

(28) Así, VERGASSER, Hans Peter: «Le Droit International Humanitaire. Introduction» separata de HAUG, H.: *Humanité pour tous*, Le Mouvement International de la Croix Rouge et du Croissant-Rouge/Institut Henry-Dunat, Haupt, 1993.

dependería de la calificación que de éste se haga (como Internacional o interno) en cada momento y lugar. En este caso, la determinación del carácter del conflicto en la época y lugar en que se realizan los comportamientos imputados al acusado se hace posteriormente y de manera indirecta en el momento de analizar la aplicabilidad del artículo 2 del Estatuto.

B) Para la aplicación de Derecho Internacional Humanitario y para establecer la competencia del Tribunal sobre los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia, el Tribunal afirma que es necesario establecer una vinculación entre la supuesta infracción y el conflicto armado (29).

Para ello la Sala estima que no es necesario, aunque sí suficiente, que los comportamientos se lleven a cabo en el transcurso de acciones militares sustanciales o que se hayan llevado a cabo por una de las partes en conflicto en la región ocupada o controlada por uno de los beligerantes (30).

La Sala afirma que tampoco es necesario que esos comportamientos sean parte de una política o de una práctica oficialmente avalada o tolerada por uno de los beligerantes; que los mismos sirvan de hecho a una política vinculada a la conducta de las hostilidades ni que sean en interés efectivo de una de las partes en conflicto (31). Estos últimos vínculos parece que, sin embargo, también son suficientes, ya que son los utilizados por la Sala para determinar la existencia de esta conexión en este caso (32).

---

(29) Párr. 572 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997. La redacción de este párrafo es algo confusa, ya que en principio parece querer decir que para que se pueda establecer la competencia del Tribunal para enjuiciar determinados comportamientos son necesarios tres requisitos independientes, en primer lugar la existencia del conflicto armado, en segundo lugar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y finalmente una vinculación suficiente entre el comportamiento y el conflicto armado; como si pudiese existir una aplicación del Derecho Internacional Humanitario sin la existencia de esta vinculación. Pero justo después se explicita que el requisito de la conexión es necesario para la misma aplicación del Derecho Internacional Humanitario al caso concreto. Esta aparente confusión se salva si interpretamos que en un primer momento se habla de la aplicación «in abstracto» del Derecho internacional humanitario, mientras que en la parte final se está hablando ya de la aplicación del mismo al acto o comportamiento concreto.

(30) Tampoco es necesario demostrar que existían hostilidades efectivas en el lugar y fecha precisos en que los hechos se desarrollaban.

(31) Párr. 573 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(32) Los actos del acusado se vinculan al conflicto de dos formas: para los actos cometidos por el acusado en la toma de Kozarac y los pueblos de Sivci y Jaskici (y en concreto la limpieza étnica), debido al carácter del conflicto como guerra étnica y a los fines estratégicos de la República Sprska de crear un estado puramente serbio. Y para los actos cometidos en los campos de detenidos, debido a que fueron cometidos con el acuerdo tácito o la autorización de las autoridades administradoras del campo, lo que demuestra que este tratamiento era una política aceptada de cara a estos detenidos, materializando el objetivo de proceder a la limpieza étnica por terror, masacres o de cualquier otra forma.

C) En cuanto a la aplicación del artículo 2 del Estatuto: la Sala recuerda ante todo, el carácter consuetudinario de la prohibición de los actos para evitar con ello que se ataque la aplicación de este artículo por la violación del principio *nullum crimen sine lege*.

De los dos requisitos establecidos por la Sentencia de apelación para poder aplicar este artículo, existencia de conflicto armado internacional y que las víctimas sean personas o bienes especialmente protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente, la Sala se va a apoyar en la inexistencia del segundo de los requisitos para excluir la aplicación de este artículo al caso concreto, sin mencionar ni siquiera el primero de ellos. Salvo lo anteriormente dicho sobre la calificación implícita del conflicto como no Internacional, la Sala en ningún momento va a calificar directamente el conflicto en ese momento y en ese lugar de ninguna forma. Será el análisis del concepto de personas protegidas el que nos dará la clave de esta calificación.

Este modo de proceder es sin duda sorprendente puesto que, si bien es cierto que a través del análisis del segundo de los requisitos la Sala va a llegar a la misma conclusión, parece que el camino más recto y fácil hubiera sido el de la exclusión directa de la aplicación de este artículo por la calificación del conflicto armado como no Internacional.

Dado que el Tribunal habla de actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable, y que, en este caso, los supuestos crímenes fueron cometidos contra personas civiles, debemos acudir al cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra para ver qué se entiende por personas civiles.

El artículo 4 de este Convenio dice: «Quedan protegidas por el Convenio 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». Por lo tanto, ser necesario analizar si se cumplen los tres elementos que este artículo contiene.

i) la expresión «*en poder* de una Parte contendiente» no se limita a las situaciones en las que el civil está físicamente «en las manos» de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante; así, las personas que se encuentran en un territorio efectivamente ocupado (33) por una Parte en conflicto pueden ser consideradas como que se encuentran en poder de esa Parte en conflicto (34).

---

(33) Entendiendo que para ello es necesaria la existencia de un control efectivo sobre ese territorio (Párr. 580 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997).

(34) La Juez Mc Donald, en su opinión disidente a la Sentencia de 7 de Mayo de 1997, afirma que a través de este razonamiento se ha hecho una extensión ilícita de las

En este caso, la cuestión se complica, como veremos posteriormente, puesto que parte del territorio en que se cometieron los actos objeto de análisis fue ocupado por el JNA (35) antes de la retirada definitiva del mismo el 19 de Mayo de 1992 (36), siendo inmediatamente sustituido el control sobre este territorio por el VRS. El resto del territorio, en el que se cometieron los actos objeto de análisis, cayó en poder del VRS desde el primer momento (la toma de estas zonas se produjo el 27 de Mayo de 1992).

Por lo tanto, se concluye que tanto en un caso como en otro los civiles se encontraban en poder de una parte contendiente o de una Potencia ocupante (37).

ii) El problema es ahora determinar si las víctimas estaban en poder de una parte en conflicto de la cual no eran súbditas. Y este es el punto más interesante de toda la Sentencia.

Debemos partir del hecho de que todos los actos que se imputan al acusado fueron realizados con posterioridad a la retirada del JNA. de territorios en poder del VRS. En principio, y dado que la República Sprska no tiene reconocida personalidad jurídica internacional y que el VRS era el ejército de la República Sprska, se podría afirmar que no nos encontramos ante una parte en conflicto de la cual las víctimas no eran súbditas, ya que, a falta de secesión efectiva, no se puede considerar al VRS como de nacionalidad distinta a la bosnia.

Sin embargo, el razonamiento de la Sala no se queda aquí, puesto que, después de afirmar que las fuerzas armadas de la República Sprska y la propia República Sprska eran entidades jurídicas distintas del ejército de la República Federal de Yugoslavia y de la propia República Federal de Yugoslavia, pasa a analizar si a pesar de todo se pueden imputar los actos de los primeros a los segundos.

---

ridas allí para establecer la responsabilidad del Estado, utilizándose a efectos de determinar aquí la existencia de un conflicto internacional y el carácter de personas protegidas de las víctimas; según esta Juez, la Sentencia exige que la Potencia tenga un «control efectivo» del territorio para que las víctimas puedan considerarse como protegidas, y ello es contrario al Derecho Internacional Humanitario.

(35) Una vez que se produce la retirada, el ejército de la República Federal Yugoslava (Serbia y Montenegro) (hasta entonces JNA) cambia de denominación y pasa a conocerse por las siglas «VJ». Mientras que el ejército de los serbios de Bosnia (el ejército de la República Sprska) se conocerá como «VRS» desde su creación.

(36) Esta retirada se produce inmediatamente después de la Resolución del CSNU 752 (1992) en que se exige la cesación inmediata de todas las injerencias externas del JNA en BH.

(37) Párr. 582 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

El artículo 8 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados dice: «Se considerará también hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de una persona o grupo de personas si: a) Consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta del Estado (...)». Y la Sentencia habla de esta posibilidad en el plano del Derecho consuetudinario, afirmando que los actos de las fuerzas armadas de la República Sprska podrían ser imputados a la RFY si estas fuerzas actuasen con este fin o, de forma general, en tanto que órganos o agentes de hecho de este Estado (38).

No se trata, sin embargo, de encontrar la responsabilidad de la RFY, ya que el Tribunal sólo se ocupa de analizar la responsabilidad de los individuos, se trata simplemente de saber si las víctimas estaban en poder de una parte de la que no son súbditas a efectos de establecer su calidad de personas protegidas y la única posibilidad de que esto sea así es determinando que los actos de la República Sprska (en concreto la ocupación) eran imputables a la RFY. De forma que las víctimas estaban en poder de una parte de la que no eran súbditas, la RFY.

Se podría uno preguntar si los criterios utilizados para determinar este vínculo son adecuados, puesto que se utilizan criterios de atribución del acto ilícito al Estado, cuando en realidad el Tribunal ni quiere ni puede manifestarse sobre ello (39). Lo que no parece adecuado es que se utilizasen criterios distintos, uno para analizar la responsabilidad personal del agente y otro para analizar la responsabilidad del Estado; ya que utilizando un criterio se podría llegar a afirmar que el agente actúa por cuenta de un Estado, mientras que utilizando otro, podríamos llegar a la conclusión contraria (40).

Para determinar la posibilidad de imputar los actos del VRS y la República Sprska a la JNA y a la propia RFY, la Sala hace un análisis de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de «las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (41)» en el

---

(38) Párr. 584 de la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(39) En relación con la responsabilidad internacional del Estado por este tipo de actos, ver CARDONA LLORENS, I.: «la responsabilidad Internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional (El crimen internacional)» en *A.D.I.* 1985, pp 265 y ss.; FERNÁNDEZ PALACIOS, E.: «La distinción entre crímenes y delitos internacionales» en *Revista de la Facultad de Derecho de La Universidad Complutense*, vol. 66, 1982, pp 169 y ss.

(40) En contra, la opinión disidente de la juez McDonald; párr. 27 de la Opinión disidente a la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(41) Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua C. Estados Unidos) Sentencia de 27 de Junio de 1986 (C.I.J Recueil 1986).

que la Corte tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de imputar los actos cometidos por los contras a EEUU.

En esta Sentencia, la Corte estima que, para que se pueda establecer esta imputación era necesario que los vínculos entre los contras y los EEUU estén «hasta tal punto marcados por la dependencia y a la autoridad que estaría jurídicamente fundado el asimilar los contras a un órgano del gobierno de EEUU o considerarlos como que actúan en nombre de este gobierno». Y esta dependencia y autoridad se deben manifiestar en un *control efectivo* de cada uno de los actos que se le imputan. No era suficiente demostrar la existencia de una *dependencia total* de los contras de EEUU, era necesario demostrar que esta dependencia generaba un control no sólo potencial sino también efectivo de todas y cada una de las operaciones. Y esto es lo que se va a buscar en este caso.

Para ello la Sala va a examinar si, a pesar de la retirada del JNA, existía un vínculo tan fuerte entre el VRS y el JNA que los hechos de los primeros podían imputarse a los segundos y en concreto a la RFY. Este vínculo se manifestaría en una *dependencia y un control* de los primeros sobre los segundos.

Para analizar la existencia de este vínculo, o, como dice la sentencia en otro párrafo, para ver si después de la retirada del JNA el VRS ser había distanciado suficientemente como para que sus actos no puedan ser imputados a la RFY, la Sala comienza por analizar la retirada del JNA y la creación del VRS, cómo parte del equipamiento, soldados, altos mandos, etc., que antes eran parte del JNA, pasaron a ser parte del VRS; cómo el VRS era financiado en cuanto a salarios de altos cargos y logística por el gobierno de la RFY; cómo, incluso, las operaciones militares iniciadas por unidades del JNA antes de su retirada fueron concluidas por unidades del VRS, que en realidad contenían los mismos componentes materiales y humanos de las unidades que iniciaron las mismas.

Pero todo ello no es suficiente, como tampoco es suficiente que las actividades de uno y otro ejército estuviesen *coordinadas*, ni que los fines políticos últimos de ambos fuesen los mismos. La Sala estima que es necesario probar que la RFY continuaba ejerciendo la dirección y el mando puntual sobre las operaciones militares del VRS después del 19 de Mayo de 1992.

La Sala se acaba preguntando si la República Sprska no era más que de un Estado marioneta de la RFY, un Estado ficticio que no servía sino para cumplir los propósitos del primero. Para rechazar esto alega el hecho de que los líderes de la República Sprska habían sido elegidos por sufra-



gio entre la población serbia de Bosnia y que la independencia misma de la República Sprska había sido fruto de una decisión de los dirigentes serbios libremente elegidos.

En definitiva, el criterio concluyente sigue siendo el del control de las operaciones militares del VRS por el gobierno de la RFY o por sus fuerzas armadas; pero no un control genérico, sino un control específico, acción por acción, y eso no ha podido ser probado. Lo único probado ha sido la dependencia de la que antes hemos hablado, que genera un control *potencial* por parte de la RFY, pero cuyo ejercicio real no fue probado. Argumentando además la Sala, que este control efectivo y específico no habría sido necesario para conseguir los objetivos políticos de la RFY, dado que los fines políticos de ambas entidades eran los mismos, el unificar los territorios en los que los serbios residían en la antigua Yugoslavia, creando así la Gran Serbia. Como aliados que eran lo único necesario era el coordinar sus actividades (42).

En conclusión, la Sala resuelve que, dado que las fuerzas armadas de la República Sprska no podían ser consideradas como agentes *de facto* del gobierno de la RFY, ninguna de las víctimas de los actos imputados al acusado se puede considerar como «en poder de una parte de la que no es súbdita» en la fecha en que los supuestos crímenes sucedieron y, por lo tanto, no se les puede aplicar el régimen previsto por el artículo 2 del Estatuto, procediendo a dirigirse al artículo 3 del Estatuto, que prevé un régimen general sin el requisito de que las víctimas «se encuentren en poder de una parte de la que no son súbditas» .

En contra de esta decisión se manifiesta la Juez McDonald, en su opinión individual y disidente incorporada a la Sentencia, estimando que en todos los períodos en los que se desarrollaron los actos objeto de análisis, el conflicto en el Distrito de Prijedor tenía el carácter de internacional y que las víctimas eran personas protegidas por el cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y por tanto se debía aplicar el artículo 2 del Estatuto.

Para ello se basa la Juez en dos razones:

a) Existen elementos de prueba suficientes para afirmar que la creación del VRS era una ficción jurídica (43), de forma que el VRS era más

---

(42) DAVID, E. : «Tribunal International Pénal pour l'Ex-Yougoslavie», *RBDI* 1992/2, parece inclinarse por incluir estos supuestos en el artículo 5 desde el momento en que se hace frente a personas civiles, pp, 571 y ss.

(43) Después de la resolución 752 del CSNU sólo se produjo una transferencia de tropas, el establecimiento de un estado mayor, un cambio en la denominación de la organización militar y de las diversas unidades, así como un cambio de insignias. Se manteni

agente de la RFY que aliado (44). No se había producido el distanciamiento necesario para estimar que tenían una vida jurídica Internacional independiente. Pese a que la Juez estima que el criterio del control suficiente no es adecuado, sostiene que éste existía entre la VRS y la RFY, y además, que este control era de un grado tal, como para poder establecer la cualidad de agente de la RFY tal y como se estableció en el asunto de Nicaragua.

b) El criterio del control efectivo no es adecuado para la determinación de la cualidad de agente en este caso. La Sentencia de Nicaragua no lo hizo, y, aunque lo hubiese hecho, este criterio no se podría utilizar aquí:

i) El criterio del control efectivo utilizado por la Corte no se utilizó para determinar la cualidad de agente de los contras, sino que, una vez que se determinó que esta cualidad no se daba, se utilizó para establecer la responsabilidad Internacional de EEUU (45) por la ejecución de cada uno de los actos que los contras realizaron.

ii) En cualquier caso, este criterio no se podría utilizar aquí. En aquel caso lo que se juzgaba era la responsabilidad del Estado por un acto ilícito, mientras que en éste la cuestión de la responsabilidad del Estado no interesa, lo que importa es a identificar a la potencia ocupante (46). Además, las circunstancias del caso son distintas; no se trata de actos aislados de fuerza, sino de una ocupación; los objetivos de EEUU no eran el anexionarse Nicaragua, los contras no eran nacionales de EEUU, ni tampoco tenía los contras como fin el eliminar del país a todos los ciudadanos que no fuesen de EEUU, EEUU no crearon la oposición armada, los contras no han formado parte del ejército de EEUU, los contras disponían de una estructura militar distinta a la de EEUU etc... (47) y estas circunstancias merecen un tratamiento especial.

---

an las armas, los materiales, los oficiales, los comandantes y en gran parte los soldados, los mismos centros logísticos, los mismos proveedores, infraestructuras, fuente de ingresos, los mismos fines y misiones, las mismas técnicas y operaciones, y lo que es más importante, los objetivos eran los mismos. (Párr. 7 de la opinión disidente de la Juez McDonald a la Sentencia de 7 de Mayo de 1997). La república Sprska nace en Enero de 1992, pero sólo a partir de la fragmentación de la JNA y su retirada consta de un ejército propio.

(44) Párr. 13 de la opinión disidente de la Juez McDonald a la Sentencia de 7 de Mayo de 1997.

(45) Párr. 22 de la opinión disidente de la Juez McDonald.

(46) Párr. 27 de la opinión disidente citada.

(47) Párrs. 19, 29 y 30 de la opinión disidente citada.

En conclusión, es suficiente para establecer la cualidad de agente del VRS de la RFY la existencia de una dependencia y de un control genérico de la primera por parte de la segunda, y esto se daba. También se daba el criterio del «control efectivo», aunque este criterio no es necesario para establecer la cualidad de agente del VRS.

## CONCLUSIONES

La crisis de la Ex-Yugoslavia ha sido peculiar en todos los sentidos, por su barbarie, por sus componentes, por sus objetivos y motivaciones, por la brutalidad de los medios empleados. Situaciones y eslóganes que creíamos haber enterrado con la terminación de la Segunda Guerra Mundial han vuelto a resurgir con toda su virulencia, como si cincuenta años de progreso de la humanidad no hubiesen servido para nada.

Pero, desde el punto de vista jurídico, ha sido sin duda una de las crisis de los últimos tiempos que más problemas ha planteado. En la Sentencia aquí comentada, vemos algunos de ellos: calificación de conflicto, delimitación entre conflictos armados internacionales e internos, ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, responsabilidad internacional del individuo, delimitación de tipos penales, etc.

Pero este mismo carácter problemático ha servido y sirve para aclarar algunas cuestiones jurídicas y, sobre todo, para provocar reflexiones sobre estas materias y con ello inducir una evolución en el Derecho Internacional Humanitario. Estamos pensando en la absurda distinción entre el régimen jurídico establecido en los conflictos internacionales y el aparejado a los conflictos internos, en el hecho de que exista un distinto tratamiento penal a actos tan bárbaros como los relatados en esta Sentencia, si son cometidos por el señor Tadic o si son cometidos por el señor X de nacionalidad serbia, cuando el sufrimiento de las víctimas, el no respeto de las «normas elementales de humanidad» y la finalidad de los actos es la misma. Y a es hora, y parece que se va produciendo una evolución en este sentido (48), de que la Comunidad Internacional y los

---

(48) En esta línea se sitúa la reforma que la LO/1995 de 23 de Noviembre introduce en el nuevo Código Penal, en concreto en el Capítulo II (De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) dentro del Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) del Libro II (De los delitos y sus penas), la cual recoge una propuesta de modificación del Código Penal elaborada por una Comisión de expertos del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja española, presidida por

Estados se concienzan de que determinados actos de barbarie, como la mayor parte de los recogidos en los Convenios de Ginebra de 1949, son intolerables *cualquiera que sea el contexto en el que se produzcan*.

Y es en un intento por «forzar» esta evolución, donde están las luces y las sombras de estas sentencias.

El primer problema con el que se encuentra el Tribunal está en la calificación del conflicto. Nosotros estamos con aquéllos que estiman que debería haberse hecho una calificación global del conflicto como internacional, con lo que, como dice Eric David «ce que le droit y perd en rigueur, il le regagne en humanité». En una situación tan compleja y cambiante como la de la Ex-Yugoslavia, una localización del conflicto como la hecha por el Tribunal, sólo puede favorecer a los criminales que, como Tadic, tuvieron la suerte de que sus actos se hiciesen sólo unos días después de la escisión de la JNA y no unos kilómetros más lejos del lugar en que se produjeron.

Es cierto que luego el Tribunal, en su interpretación de la relación entre los artículos 2 y 3 de Estatuto, va a limar estas distinciones, tomando una postura muy progresista del Derecho internacional consuetudinario y haciendo que prácticamente no exista diferencia, a estos efectos, entre el Derecho aplicable a los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales, al estimar que lo que no entra en el artículo 2 del Estatuto por vía convencional entra en el artículo 3 por vía consuetudinaria, y esto quizás haya sido forzar la cristalización de costumbre que, en cualquier caso, está en vías de formación.

Si en 1977, con la negociación de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, quedó claro que los Estados estaban totalmente en contra de equiparar el régimen jurídico de los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos, las declaraciones de los Estados en relación con la creación de este Tribunal, su Estatuto y los comportamientos a castigar, dejan ver una clara evolución. No obstante, no me atrevería yo a afirmar que esta evolución ha creado una *opinio iuris* y una práctica de los Estados suficientemente amplia como para consolidar o cristalizar esa costumbre.

---

don Manuel Pérez González, en la que, a la hora de delimitar los tipos penales se habla de «...el que con ocasión de un conflicto armado...», sin distinguir, por tanto, entre los conflictos armados internos e internacionales. Ver CEDIH: «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» en *REDM*, número 56 y 57, Julio-Diciembre de 1990 y Enero-Julio de 1991, Tomo 2, pp 693-845.

Cierto es que éste era el primer caso gran caso del Tribunal y que lo que en este asunto se afirmase iba a condicionar las futuras actuaciones del mismo, y por ello, quizás, tanto la Sentencia sobre el fondo como la de la Sala de Apelaciones queden algo confusas y abiertas en ciertos puntos.

El Tribunal toma una postura muy restrictiva en la delimitación de la existencia del conflicto y en la calificación del mismo, y muy amplia en otros puntos, como en la interpretación de los artículos 2 y 3 y su relación mutua. La evidencia de la existencia de un conflicto no le hacía necesaria una interpretación más amplia del concepto de conflicto.

Por el contrario, la delimitación entre conflictos internacionales e internos le obligaron a hacer una interpretación muy amplia de las relaciones entre los artículos 2 y 3. Una calificación global del conflicto como internacional habría evitado muchos problemas, aunque tal vez habría obligado también a una interpretación muy amplia del concepto de personas y bienes protegidos.

Finalmente está el problema de la vinculación entre la República Sprska y la RFY, y quizás este problema se podría haber rodeado también con la calificación global del conflicto a la que antes nos hemos referido. Pero éste es sin duda un problema a resolver y del que en todo caso el Tribunal Internacional de Justicia va a tener que ocuparse cuando analice la demanda interpuesta por B-H contra la RFY por actos cometidos en esta época (49).

Estimo, como ya mencioné en otro momento, que sí es oportuno el utilizar en este caso los criterios de atribución del acto ilícito al Estado, aunque creo que los requisitos exigidos por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua son demasiado estrictos y no aplicables al supuesto que aquí nos ocupa, en cuyo contexto no se trata de actos aislados, sino de todo un conjunto de comportamientos y de una estrategia de guerra de la VRS. El criterio de distanciamiento suficiente quizás hubiera sido más adecuado.

En conclusión, el Tribunal, consciente de los efectos que su jurisprudencia pudiera tener sobre los casos posteriores, no ha querido dejar lagu-

---

(49) Demanda interpuesta el 20 de marzo de 1993 y que ha sido admitida por el T.I.J., el 11 de julio de 1996 (Excepciones preliminares del asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio [Conservado en HHP : // www ICJ-CIJ.ORG]).

nas en las que los criminales pudiesen ampararse para evitar el castigo de sus penas, y para ello, de todos los caminos posibles, ha utilizado el de hacer una localización del conflicto, es decir establecer la necesidad de analizar el conflicto en cada momento y en cada lugar, unido a una interpretación amplia del artículo 3 y de sus relaciones con el artículo 2.

Esperemos que este conflicto y la jurisprudencia de este Tribunal sirvan para una evolución del Derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario en el sentido de limar las diferencias entre el régimen aplicable a los dos tipos de conflictos.

## ANTECEDENTES JURÍDICO-CULTURALES DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

A. Fernández Barreiro  
*Catedrático de Derecho Romano.*  
*Universidad de La Coruña*

### SUMARIO

I INTRODUCCIÓN.—II. POSICIÓN DEL DERECHO EN EL DENOMINADO MODELO GRIEGO DE DEMOCRACIA PURA.—III. LA FIGURA DEL JURISTA COMO APORTACIÓN ESPECÍFICA DE LA CULTURA POLÍTICA LATINA. LA DIMENSIÓN TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DEL DESARROLLO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA COMO ESPACIO AUTÓNOMO DE LA ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL.—IV. LA ENSEÑANZA AUTÓNOMA DEL DERECHO EN EL MARCO DEL PROYECTO POLÍTICO DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL IMPERIO ROMANO DE ORIENTE.—V. EL PROTAGONISMO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMO COMPONENTE CULTURAL DEL MODELO OCCIDENTAL DE ORDENACIÓN DE LA SOCIEDAD. CONQUISTA INSTITUCIONAL DE UNA ESFERA AUTÓNOMA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO DE LA EDAD MODERNA.—VI. AUTONOMÍA DEL DERECHO Y SISTEMA DE VALORES DE LA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA SOCIEDAD.

### I. INTRODUCCIÓN

El modelo occidental de organización de la sociedad se caracteriza, ante todo, por su fundamentación en un orden jurídico.

La presencia del derecho en las diferentes formas organizativas que históricamente adopta ese modelo permite considerarlo como un elemento estructural del mismo. La fuerza de la vida histórica propició las condiciones para la confluencia integradora de los componentes jurídico y democrático como elementos de identidad de la moderna expresión de la cultura política occidental; constituye también un resultado histórico-cultural la posición autónoma que ocupa el derecho en la ordenación jurídica.

co-social, merced a la presencia de un sector profesional que gestiona la aplicación de la normatividad, y que constituye un cuerpo de intermediación necesaria en el conjunto de las relaciones sociales jurídicamente relevantes.

El valor cultural que ha alcanzado el derecho en el modelo occidental de ordenación de la sociedad constituye, en gran medida, una conquista del sector profesional relacionado con el tratamiento técnico y científico del fenómeno jurídico. Para apreciar la dinámica del proceso histórico que condujo a ese resultado es preciso considerar, ante todo, la posición que ocupa el derecho en el denominado modelo griego de democracia pura.

## 2. POSICIÓN DEL DERECHO EN EL DENOMINADO MODELO GRIEGO DE DEMOCRACIA PURA

Es bien sabido que en el ensayo de vida comunitaria protagonizado por Atenas en la antigua Grecia nació una nueva concepción política del hombre como ciudadano. La cultura política europea tiene en el mundo griego un referente genético en la fundamental aportación de la idea de la organización de la vida civil conforme a un orden jurídico socialmente legitimado, que nace en el intento de la democracia ateniense de lograr una comunidad política integrada. Sin embargo, la concepción de lo jurídico en la cultura griega es muy distinta de la que proporciona la tradición romanística a la cultura jurídica europea.

El dato más significativo es la constatación de que el derecho no aparece como un conocimiento reservado a un determinado grupo profesional, ni es objeto de tratamiento científico. Este hecho repercutió en la forma en que lo jurídico es considerado en la conciencia colectiva y en la vida práctica. En efecto, resulta, desde luego, perceptible la existencia de una conciencia jurídica, y puede apreciarse incluso que el derecho constituye un sentimiento común; ahora bien, el problema jurídico en la cultura griega es inescindible del moral y político; eso es debido a que las fronteras entre política y moral, sociedad e individuo, ética y derecho, están aún mal trazadas, y no resulta concebible un tratamiento diferenciado para cada una de esas esferas (1).

Una de las cuestiones fundamentales del pensamiento político de la Ilustración ateniense (2) es la justicia, pero entendida en el sentido moral;

---

(1) A. BISCARDI, *Diritto greco antico* (1982).

(2) RODRÍGUEZ ADRADOS, *Ilustración y política en la Grecia clásica* (1996).



de ello nace la primera formulación especulativa de las relaciones entre justicia y derecho, en donde también tiene su inicio el fenómeno histórico del derecho natural; esta problemática genera una tradición cultural que se mantuvo viva desde la filosofía helenística hasta nuestros días, pero se trata de una temática ajena a la concepción normativa del derecho con la que opera la ciencia jurídica positiva en cualquier época histórica.

La relevancia de la interrelación entre lo jurídico y los componentes extrajurídicos puede apreciarse también en la forma en que es entendida la legalidad en el pensamiento político (3) que sustenta el sistema de valores de la antigua *polis* ateniense; tal legalidad, en efecto, se refiere a un orden ético-normativo con una fundamentación religiosa, que entró en contradicción con la realidad de la práctica política, en la que se impuso una concepción de la legalidad de naturaleza asamblearia y populista (4).

El populismo del modelo ateniense de democracia venía a resultar incompatible con la admisión de cualquier tipo de control de la voluntad política de la asamblea legislativa por ningún grupo externo que de algún modo pudiera aparecer como oligárquico; ello se manifiesta igualmente en el sistema judicial, organizado enteramente sobre la base de la participación igualitaria de los ciudadanos en la administración de justicia; en tal sistema, jueces y magistrados carecía, naturalmente, de conocimientos jurídicos, y en su actuación no se encontraban mediatizados por ningún referente externo que desde el conocimiento de la normatividad pudiera orientar la aplicación del derecho.

### III. LA FIGURA DEL JURISTA COMO APORTACIÓN ESPECÍFICA DE LA CULTURA POLÍTICA LATINA. LA DIMENSIÓN TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO DEL DESARROLLO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVIDAD COMO ESPACIO AUTÓNOMO DE LA ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL

El modelo ateniense de democracia pura resultó, en gran medida, un fracaso histórico. Sin embargo, desde la antigüedad clásica la cultura política occidental manifiesta una gran capacidad para introducir variantes en los modelos de organización de la sociedad que ensaya. Desde ese punto de vista, adquiere un particular interés empírico el análisis de la organización constitucional del período romano-republicano; éste presente, en

---

(3) JONES, *The Law and legal theory of the Greks* (1956).

(4) MOSSE, *La fin de la démocratie atheniense* (1962).

efecto, una serie de elementos modificativos respecto al modelo ateniense, entre los que se encuentra la combinación de los componentes democrático y aristocrático; tanto los juristas como la ciencia jurídica por ellos elaborada constituyen una manifestación del componente cultural aristocrático que mantuvo su presencia en la vida social y política del período romano-republicano (5).

No es una simple casualidad histórica que la figura del jurista naciera en el ámbito del derecho privado; ése era, en efecto, el medio en que su aparición resultaba posible, merced a la concurrencia de determinadas condiciones que se dieron en la antigua cultura política latina (6). Una primera explicación de ese hecho se encuentra en la originaria separación entre una esfera pública y otra privada en la vida de la antigua *Civitas* romana; tanto la ordenación de las relaciones internas como las que se presentan entre los diferentes grupos familiares se consideran pertenecientes a un espacio autónomo, regulado por una serie de normas que tienen su origen en el propio seno de la comunidad, y cuya existencia no depende, por tanto, de ninguna instancia política superior.

La intervención legislativa en el derecho privado se mantiene, pues, en el estrecho margen de la legislación particular; la verdadera intervención pública en el derecho privado en el período republicano fue de carácter procesal, lo que era socialmente admisible porque el proceso constituye el único modo posible para imponer autoritariamente el derecho, incluso cuando éste presenta una estructura interindividual (7). Sin embargo, una serie de factores correctores tienden a mantener el control externo en la aplicación del derecho; de acuerdo con el derecho público constitucional, la potestad jurisdiccional corresponde a magistrados elegidos por la asamblea popular (8), pero la decisión de la controversia es encomendada a un juez privado, en cuya elección intervienen las partes en litigio (9); ambos deben actuar dentro de una legalidad procesal establecida y limitarse a constatar los hechos del conflicto de intereses que se somete a juicio. Magistrados y jueces aplican el derecho, pero la determinación del mismo, bajo la forma de interpretación de la normatividad, compete a per-

---

(5) F. WIEACKER, *Altrömische Priesterjurisprudenz*, en *Iuris professio* Festschrift für M. Kaser zum 890 (1986), p. 347 ss.; Schiavone, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana* (1976); F. D'Ippolito, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica* (1986).

(6) F. SCHULZ, *Principios del derecho romano* (tr. esp., 1990).

(7) L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967).

(8) TAYLOR, *Roman voting assemblies from the Hannibalis war to the dictatorship of Caesar* (1966).

(9) J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma* (1987).

sonas distintas, que desde antiguo reciben la denominación de jurisprudentes y que durante cierto tiempo son personas vinculadas al colegio pontifical (10).

La presencia del jurista y la necesidad de su constante intervención se vio también favorecida por el formalismo que en el más antiguo derecho civil presentaban tanto los actos y negocios jurídicos como las propias actuaciones procesales; aunque el formalismo tendió a ser progresivamente superado, de él derivó la dimensión técnica de lo jurídico, con la que opera la Jurisprudencia laica desde mediados del siglo II a.C., y que la cultura jurídica occidental incorporó después como elemento específico en el tratamiento del derecho.

La función mediadora de estos antiguos juristas se proyecta en el asesoramiento a los ciudadanos particulares, pero, sobre todo, a magistrados y jueces. Los juristas no tienen la legitimación democrática que posee el magistrado, ni tampoco la que recibe el juez, en el que las partes en litigio depositan su confianza; su reconocimiento social se basa en la legitimidad que les confiere un específico conocimiento de la normatividad, que no poseen en el sistema judicial romano-republicano ni los jueces ni los magistrados con potestad jurisdiccional; de ello nace una nueva forma de legitimidad basada en el dominio de un determinado saber, que es la única que puede tener el jurista como tal.

El factor jurisprudencial introdujo un cambio cualitativo en cuanto a la posición del derecho en la ordenación de la sociedad. La existencia en el cuerpo social de un grupo profesionalmente cualificado para la interpretación de la normatividad introdujo una instancia de intermediación necesaria entre la esfera de la potestad política y el componente popular, representado en el sistema judicial del período republicano por el juez lego.

A través de la producción científica se establece una comunicación entre el propio grupo de juristas, e indirectamente también con los demás operadores jurídicos; de este modo, la Jurisprudencia se convierte en un fenómeno de alta cultura y los juristas en un grupo profesional de elite en el mundo del derecho.

La literatura jurisprudencial tiene un carácter esencialmente técnico-jurídico; su atención se centra en la normatividad vigente y en la aplicación de la misma a los casos concretos; la metodología casuística con que opera la Jurisprudencia está, ciertamente, orientada por la idea de la justi-

---

(10) W. KUNKEL, *Herkunft and soziale Stellung der romanischen Juristen* (1952); F. SCHULZ, *Geschichte der r.romanischen Rechtswissenschaft* (1961).

cia, pero ésta se entiende en sentido jurídico y no filosófico-moral (11). La concepción de una normatividad ajena al derecho vigente, así como la contraposición teórica entre un concepto de justicia positiva y otra suprapositiva resulta incompatible con la mentalidad jurídica creada por la Jurisprudencia romano-republicana, transmitida culturalmente después a la posterior tradición jurídica romana y occidental.

La creación de una administración civil organizada desde comienzos del Principado, y muy especialmente a partir del siglo II d.C. propició un importante cambio en la figura del jurista como tipo profesional. La incorporación de juristas a esa administración, con la consiguiente aparición del elemento económico-retributivo, permitió el acceso a esa función a personas cualificadas por sus conocimientos jurídicos (12), con independencia del medio social al que pudieran pertenecer; ello supuso una cierta democratización de la Jurisprudencia en cuanto al acceso a ese grupo profesional.

Por otra parte, la vinculación de la Jurisprudencia a la administración vino a ampliar considerablemente el ámbito de su actividad; aún manteniendo su tradicional posición de asesoramiento, los juristas intervienen en la determinación de los contenidos de la legislación (13), e integran el tribunal central de apelaciones que se establece en la Cancillería imperial (14); la nueva posición que ocupan les obliga a dedicar su atención a cuestiones no tratadas por la Jurisprudencia republicana, tales como el derecho procesal en su dimensión de procedimiento y el derecho penal y administrativo, e incluso cuestiones relativas a la propia organización de la administración.

También se encuentra relacionado con el hecho cultural constituido por el desarrollo de la administración civil imperial la aparición de las primeras manifestaciones de la enseñanza escolar del derecho.

---

(11) G. PUGLIESE, L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana, en *Atti del I Congresso internazionale della società italiana di storia del diritto* (1966).

(12) CROOK, *Consilium Principis* (1955).

(13) A. GUALANDI, *Legislazione imperiale e Giurisprudenza* (1963).

(14) PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato* (1980); KELLY, *Princeps iudex* (1957).

#### IV. LA ENSEÑANZA AUTÓNOMA DEL DERECHO EN EL MARCO DEL PROYECTO POLÍTICO DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL IMPERIO ROMANO DE ORIENTE

En la tradición jurídica romano-republicana la enseñanza del derecho se desenvuelve mediante la vinculación personal al círculo reducido de discípulos de que se rodeaba cada jurista; este modelo educativo era congruente con el carácter selectivo que tenía el oficio de jurista y satisfacía las necesidades del medio urbano romano en que la Jurisprudencia desarrollaba su actividad, reducida al ámbito del derecho privado.

La influencia de la cultura helenística a finales del período republicano introduce en Roma la enseñanza escolar de la retórica (15), que tenía evidente utilidad para la vida pública del momento y para el ejercicio de la abogacía, dentro de un sistema judicial en el que primaba el principio de la oralidad.

La organización de la administración civil imperial, y el consiguiente desarrollo dentro de la misma de un nuevo sistema judicial funcional y tendencialmente burocrático trajo consigo un profundo cambio en la práctica judicial del derecho y en los contenidos del modelo educativo tradicional.

Al perder importancia la oratoria y tecnicarse la administración de justicia, los profesionales relacionados con la práctica forense necesitan incorporar a su formación conocimientos básicos de derecho; tales conocimientos comienzan también a requerirse para el acceso a puestos en la administración desde principios del siglo II d.C.; como consecuencia de ello, aparecen formas elementales de enseñanza del derecho, dirigidas a facilitar esa preparación.

Se trata, sin embargo, de formas de enseñanza que no presentan un carácter estable ni organizado y que tienen carácter privado. El modelo de enseñanza autónoma del derecho, que sería después adoptado en Europa, nace en el Imperio Romano de Oriente, y se encuentra en relación con el proyecto político de organización de la administración como instrumento de gobierno en el conjunto del territorio.

Tal proyecto había tenido su inicio en el Principado, pero sólo llegó a tener asentamiento y efectiva vigencia después del siglo IV en el Imperio Romano de Oriente; allí se dieron, en efecto, las condiciones para ello. La estabilidad político-organizativa y una cierta prosperidad económica en

---

(15) J. BROWN, *Historia de la educación occidental. I. El mundo antiguo* (tr. esp., 1963).

los sectores sociales dominantes se vio acompañada por un desarrollo de la profesión jurídica, especialmente de la abogacía, pero también generó grandes posibilidades profesionales en la carrera administrativa. Y así, por lo menos desde principios del siglo V el poder político asume en Oriente la ordenación de la enseñanza del derecho en centros oficiales (16), introduciendo una regulación de los contenidos y materias de estudio requeridas para la preparación de los nuevos profesionales del derecho; la obtención de un título oficial se convierte desde entonces en requisito para el ejercicio de la abogacía y para el acceso al desempeño de cargos técnicos en la administración civil. Por otra parte, la conservación bibliotecaria de las obras de la Jurisprudencia romano-clásica en los centros docentes oficiales permitió la realización de la Compilación legislativa justiniana y aseguró la posterior continuidad de la cultura jurisprudencial romana.

## V. EL PROTAGONISMO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMO COMPONENTE CULTURAL DEL MODELO OCCIDENTAL DE ORDENACIÓN DE LA SOCIEDAD. CONQUISTA INSTITUCIONAL DE UNA ESFERA AUTÓNOMA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO DE LA EDAD MODERNA

El punto de partida históricamente significativo para la formación de la cultura jurídica europea, en continuidad con la concepción del derecho de origen romanojurisprudencial está constituido por el descubrimiento científico del Digesto y su adopción desde principios del siglo XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho; a partir del modelo de formación jurídica iniciado por la Universidad de Bolonia.

La difusión europea de la cultura vinculada al derecho jurisprudencial romano (17) supuso, no sólo la percepción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también, y muy especialmente, la incorporación de una determinada técnica propia del razonamiento jurídico, y con ello, de un método para la argumentación lógica, conducente a la formulación de soluciones jurídicas. En el plano de la posición del jurista en la sociedad, y en su relación con el derecho, se recupera igualmente su función mediadora como profesional técnicamente en condiciones de orientar la aplicación del derecho en la práctica

---

(16) P. COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* (1925).

(17) A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (1992).

negocial y judicial, así como de influir en la formulación general del mismo, proporcionando el contenido de la normatividad aplicable.

El movimiento intelectual que se inicia en el siglo XII europeo recupera la idea de que la sociedad debe ser regida por el derecho y someterse a normas racionales; la fuerza histórica de este movimiento, en cuanto a la transformación de la ordenación de la sociedad, puede compararse con el que en el siglo XVIII promovió la recuperación de la idea democrática en la fundamentación legitimadora del poder político.

Desde el punto de vista de los agentes históricos que promueven la nueva estructura de la ordenación de la sociedad en el proceso formativo de la Edad Moderna, es preciso poner de relieve la naturaleza prevalentemente cultural de aquéllos, y, en concreto, el papel decisivo que desempeña la institución universitaria (18), y, con ello, la nueva función que asume la enseñanza; ésta se orienta, en efecto, de cara al ejercicio de profesiones y actividades seculares, entre las que alcanza una notable proyección social la profesional jurídica. En la Europa continental la Universidad se convierte desde entonces en el centro en el que el profesional del derecho recibe una formación específica.

Al amparo de la docencia universitaria nace una nueva ciencia jurídica (19) con vocación creativa y perspectivas prácticas, que persigue la incorporación como derecho vigente del cuerpo normativo que construye, sobre la base del derecho romano-justiniano. La Universidad como centro de difusión de la nueva cultura jurídica y el cuerpo normativo jurisprudencialmente construido constituyen los soportes de transmisión de un derecho que nada tiene que ver con los derechos locales y territoriales, básicamente consuetudinarios, de los diferentes pueblos europeos; este derecho jurisprudencial, de naturaleza fundamentalmente privatística, vuelve a recuperar la imagen del derecho romano-clásico como producto de alta cultura y a convertir a los juristas en gestores del mismo (20); ellos son los agentes portadores de la nueva cultura jurídica y quienes protagonizan en los distintos espacios político-territoriales la configuración de un renovado orden jurídico-normativo que los poderes públicos se limitan a sancionar oficialmente.

---

(18) BELLOMO, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune* (1979).

(19) P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano* (tr. esp., 1955); F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* (tr. it., 1967); CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* (1982).

(20) L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziales* (1967).

La componente técnica y culta del derecho, que la ciencia jurídica europea recupera de la tradición romanística, no podía dejar de influir en la formación de una cierta conciencia de grupo entre los miembros de la profesión jurídica; tal conciencia existía ya en el período histórico-cultural romano, pero las condiciones del Medievo propician por primera vez la organización corporativa de ciertas profesiones relacionadas con el derecho, especialmente la judicatura y la abogacía. La influencia social que llega a tener este grupo profesional determina que, también por primera vez, protagonicen un enfrentamiento con el poder político absolutista, desde la defensa de su autonomía como gestores del derecho. En el desenlace de esa confrontación se produce el reconocimiento constitucional de una administración se produce el reconocimiento constitucional de una administración de justicia dotada de independencia funcional y organizativa. Los acontecimientos políticos que conducen a este resultado tienen lugar primero en Inglaterra y después en Francia, y presentan notables peculiaridades diferenciadoras.

Ante todo, es preciso poner de relieve que la simple profesionalización de la administración de justicia no sería suficiente para convertir a los jueces en gestores autónomos de la aplicación interpretativa del derecho, tal como aparece configurado el poder judicial en el modelo de organización del Estado de la Edad Moderna. Una cierta profesionalización se había producido ya en la administración civil del Imperio Romano de Oriente, en un contexto político absolutista, y bajo supuestos semejantes tiene lugar también la creación en los diferentes reinos y entidades políticas del continente europeo de Tribunales Superiores de Justicia, en los que los juristas tienden progresivamente a afirmar su presencia; en ese proceso de profesionalización de la función judicial tuvo una decisiva influencia el modelo adoptado por la Iglesia Católica Romana, merced a las aportaciones de la doctrina canónica (21), a la que se debe, tanto el tipo de procedimiento denominado romano-canónico como la creación del Tribunal de La Rota, integrado por juristas; ello generó un movimiento imitativo en las ciudades italianas y en los diferentes Estados del continente europeo, que se dotan de Tribunales similares, en cuya composición tienen a prevalecer los jueces de formación técnico-jurídica.

Esta administración de justicia profesionalizada gozaba de una cierta autonomía funcional, y constituía un cauce para la unificación territorial de los derechos nacionales; se trataba, sin embargo, de una justicia dele-

---

(21) NICOLINI, Diritto romano e diritto canonico elementi fondamentali della civiltà europea, en *Ius*, 25 (1978).



gada y los jueces eran libremente revocables por el poder político. La posición autónoma de la administración de justicia en la organización jurídico-social, aunque relacionada con la tendencia previa a la profesionalización de la misma, constituye el resultado de hechos vinculados a la vida histórica. Resulta, pues, necesario, analizar el medio político en que se produce tal acontecimiento y las condiciones que concurren en el mismo.

La instauración en Inglaterra de una jurisdicción dependiente de la Corona (22) se produce una notable prioridad temporal al desarrollo del mismo fenómeno en el continente europeo, y con una cierta antelación incluso a la expansión de la doctrina científica del derecho común romano-canónico. Desde la primera mitad del siglo XII la organización judicial de la Corona se encuentra ya estructurada y dotada de una sede estable, consolidándose su supremacía sobre las jurisdicciones locales y territoriales, de origen señorial y feudal. La jurisdicción de los tribunales reales se apoya en la iniciativa de los particulares, lo que le confiere arraigo social, que se acrecienta por la mayor confianza suscitada por el sentido técnico con que operan esos tribunales.

La formación de la profesión jurídica se encuentra también relacionada en Inglaterra con la tecnificación del proceso y de la administración de justicia; esa profesionalización alcanza tanto a quienes desempeñan funciones judiciales como a los que asumen la representación técnica de los particulares en el proceso; a fines del siglo XIII la profesión jurídica se encuentra ya organizada corporativamente y asume ella misma la preparación de los futuros profesionales del derecho; también en el siglo XIII se inicia la práctica de designación de los jueces de entre los profesionales pertenecientes al sector más prestigioso de la abogacía. Así, aunque los tribunales reales y la profesión jurídica nacen al amparo de la Corona, se consolidan como una organización independiente que gestiona un derecho que tiene un referente social consuetudinario, pero que, en realidad, resulta técnicamente construido por la propia Jurisprudencia judicial.

En competencia con esta antigua Jurisdicción, a lo largo del siglo XIV se configura una nueva dependiente del Canciller real; esta jurisdicción adopta como referente la doctrina romano-canónica, e igualmente el procedimiento escrito que los juristas del derecho común difundían por el continente europeo; los profesionales del derecho que actúan ante estos tribunales recibían su formación en la Universidad. La rivalidad entre los sectores profesionales relacionados con estas dos jurisdicciones adquirió

---

(22) LEWACK, *The Civil Lawyers in England, 1603-1641. A Political Study* (1973); Holdsworth, *A History of English Law*, I (1966).

una gran tensión a causa del apoyo prestado en el siglo XVI por los monarcas a la jurisdicción del Canciller real; desde comienzos del siglo XVII la rivalidad se suscita en términos de enfrentamiento político entre una concepción de la administración de justicia dependiente del monarca y la tradicional configuración de la autonomía corporativa de los tribunales de la Corona, dentro del conflicto institucional entre el Parlamento y las tendencias absolutistas de la monarquía.

El conflicto de poder entre ambas jurisdicciones experimentó, así, una politización, situándose en términos ideológicos (23) a favor o en contra de la supremacía del derecho y de la tradición jurídica nacional sobre el Estado y la voluntad del monarca; se convirtió, además, en una batalla a favor o en contra de la limitación legal del poder del gobierno, de la que nació la moderna doctrina inglesa, trasladada después al continente europeo, de subordinación del Estado al derecho, y el consiguiente control jurisdiccional de los actos de gobierno.

La causa defendida por los juristas del *Common Law* se identificaba políticamente con la supremacía de la tradición jurídica nacional, de la que formaba parte la idea de la soberanía limitada del monarca, sujeto él mismo al derecho y necesitado del concurso del Parlamento para que aquél pudiera ser modificado por vía legislativa. De esa tradición jurídica, compartida en la cultura política europea en el período bajo-medieval, formaba también parte la idea de que el derecho tenía un ámbito de interpretación, que constituía una competencia autónoma de los juristas con formación técnica.

La presencia activa de los juristas en el momento histórico en que se produce en Inglaterra el conflicto entre el Parlamento y la Corona muestra hasta qué punto constituían un grupo social políticamente influyente; por otro lado, el empleo del elemento ideológico de la independencia judicial como arma contra el absolutismo y la formulación del principio de supremacía del derecho ponen de manifiesto el profundo arraigo que en el derecho público medieval había alcanzado el reconocimiento de la esfera de autonomía de la jurisdicción; los jueces se quejaban, precisamente, de las interferencias reales en ese ámbito, al igual que el Parlamento de las pretensiones del monarca de prescindir de su concurso para promulgar disposiciones legislativas.

El fortalecimiento de la jurisdicción en pugna con el absolutismo imprimió en Inglaterra a la función judicial y a la gestión del derecho por

---

(23) HILL, *Le origini intellettuali della rivoluzione inglese* (tr it., 1976).

los juristas un sentido de baluarte defensivo del individuo frente a los abusos de los poderes públicos, contribuyendo, así, a reforzar el poder autónomo de la magistratura, que amplía su competencia al control jurisdiccional de los actos de gobierno. El reconocimiento constitucional de la inamovilidad de los jueces se produce como medida de garantía de la independencia de su función. Todo esto es un resultado de la Historia, y en esa misma realidad cultural se encuentran las causas de las diferentes condiciones que presenta en el modelo continental de ordenación jurídico-social de la plasmación de los acontecimientos políticos que tienen a Francia como escenario.

Desde el siglo XIII, el sector profesional de los juristas protagoniza en Francia la unificación territorial del derecho, en alianza con la política de la monarquía (24); a esta relación se debe también la instauración de una Jurisdicción central en el capital del reino; en el siglo XIV el Parlamento de París funciona como Tribunal Superior de Justicia, y aparece ya en una posición institucional de hecho como orgánicamente autónomo en relación con la Corona, dotándose de su propia organización; en ese momento se encuentra ya integrado por juristas profesionales dotados de estabilidad en el ejercicio de su cargo, que se convierte en inamovible hacia fines de ese siglo; a imitación del Parlamento de París, se crean desde el siglo XIV Tribunales Superiores de Justicia en otras ciudades, convirtiéndose éstas en sedes de la jurisdicción territorial autónoma de las diferentes regiones de Francia.

Igual que en Inglaterra, también en Francia la autonomía y la profesionalización de los órganos judiciales superiores tiene su manifestación originaria en la práctica de la intervención de éstos en la propuesta al rey de los candidatos que habían de ser designados como jueces; la selección de tales candidatos se efectuaba de entre los miembros de la abogacía, que desde el siglo XIV se agrupa corporativamente. Sin embargo, la inamovilidad no fue una conquista institucional inspirada en ideas políticas, sino una consecuencia de la práctica del acceso a la función judicial mediante la compra del oficio, de modo que una función pública se convirtió en objeto de comercio y de propiedad privada; la patrimonialización del cargo hizo que el mismo se convirtiera en transmisible por herencia, y la designación formal del rey no tuvo desde entonces otra limitación que la de la concurrencia en el peticionario de las necesarias condiciones de su formación técnica como jurista.

---

(24) LEMARIGNER, *La France médiévale. Institutions et société* (1979).

Los Parlamentos judiciales se convirtieron políticamente en reductos cerrados de la nobleza y de la burguesía; el acceso de ésta a las funciones judiciales se vio precisamente favorecido por el sistema de venalidad de estos cargos, adquiriendo con ello un espacio propio dentro de la organización político-administrativa. A pesar de la formal derivación de la autoridad de los Parlamentos judiciales de la del monarca, se constituyeron en un contrapoder frente al mismo (25), recabando para sí la competencia de concurrir con el rey a la formulación general del derecho por vía legislativa. El sector profesional general del derecho por vía legislativa. El sector profesional de los juristas consiguió de hecho mantener su posición autónoma como gestores del derecho, e incluso protagonizar la determinación de la normatividad constitutiva del orden jurídico de general aplicación en el reino; sin embargo, en el enfrentamiento con la Corona pesaba también el mantenimiento de las posiciones de privilegio del estamento que representaban, y la memoria histórica de esta circunstancia operó decisivamente en el movimiento revolucionario que, al contrario de lo sucedido en Inglaterra, perseguía la transformación completa de la organización social vinculada al Antiguo Régimen. La dialéctica revolucionaria requería la sustitución de la antigua organización política y sus poderes secundarios intermedios por una administración centralizada, situada autónomamente al margen del control de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, e incluso dotada de cierta autonomía normativa respecto al poder legislativo (26).

El desarrollo posterior del modelo de ordenación jurídico-social de ordenación de la sociedad política, que nace del movimiento revolucionario francés de 1789, constituye un exponente de la vitalidad cultural de la tradición jurídica que el sector profesional de los juristas había configurado y gestionado en los siglos anteriores. Las codificaciones napoleónicas (27) son fruto de esa tradición y obra de juristas, que dan una nueva forma al ordenamiento jurídico, de acuerdo con el sistema de valores presentes en el pensamiento y en la ideología que prepara la revolución francesa; el régimen jurídico de derecho administrativo y la propia estructuración orgánica del modelo de administración del Estado al que dio forma Napoleón es el resultado constructivo del concurso del sector profesional

---

(25) OLIVER-MARTIN, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII siècle* (1950); RICKART, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII siècle* (1932).

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea* (1984).

(27) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* (tr. it. 1967).

de los juristas franceses con el proyecto político-organizativo impulsado por Bonaparte.

La doctrina de la separación de poderes, interpretada en el sentido de sustraer al juez cualquier participación en la creación de la normatividad por medio de la interpretación jurídica, y la identificación consiguiente entre ley y derecho, resultó progresivamente superada en la práctica merced a la recuperación paulatina por parte de la Jurisprudencia de su anterior protagonismo; y ello ocurre, no sólo en relación con el derecho codificado, sino también, y muy especialmente, con el nuevo derecho administrativo; en efecto, al nacer éste como una derogación global del derecho privado, se desenvuelve al margen del modelo general de las codificaciones, y sus normas más importantes fueron enunciadas en forma de decisiones judiciales, merced a la labor de interpretación creadora del Consejo de Estado (28). A lo largo del siglo XIX, el sistema judicial consolida su posición autónoma y el conjunto del orden jurídico adquiere la estructura propia de un derecho de juristas; aparte de la vitalidad de la tradición jurisprudencial francesa, contribuyó a ello la evolución general de la vida política y cultural en el sentido del fortalecimiento de la organización democrática de la sociedad.

Fuera del espacio político-cultural francés, en cambio, se desarrollaron especialmente los elementos degenerativos del modelo napoleónico, por lo que se refiere, sobre todo, a la autonomía del sistema judicial en la gestión del derecho. En efecto, de acuerdo con los postulados organizativos de ese modelo de administración, el cuerpo judicial adquiere una configuración burocrática, correspondiendo a la administración establecer los mecanismos de selección, tanto para el acceso a la carrera como por lo que se refiere a la promoción interna dentro de la misma; a pesar de la inamovilidad, este sistema venía a introducir una situación de dependencia respecto a los centros internos de poder de la administración del estado; por otra parte, vino a propiciar la creación de una instancia puramente técnica, concebida como despolitizada, que no podía dejar de generar un distanciamiento entre el cuerpo judicial y la realidad social, y una actitud pasiva en la aplicación de la normatividad establecida por el Estado; de hecho, el modelo resultó funcionalmente adaptable a las formas autoritarias de organización política, como se puso de manifiesto en la experiencia histórica de la Europa continental.

La institucionalización de la organización autónoma del sistema judicial se presentó, pues, en la doctrina y en las corrientes de pensamiento

---

(28) DURAND, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien* (1949).

político de inspiración democrática como un presupuesto de la expresión de independencia externa de la magistratura y de la interna de los jueces; el largo y políticamente accidentado proceso histórico que condujo a ese resultado muestra hasta qué punto la vigencia del principio de supremacía del derecho constituye una conquista cultural en el modelo occidental de ordenación de la sociedad; igual consideración merece el dilatado y espinoso camino que siguió la instauración efectiva del principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción.

## 6. AUTONOMÍA DEL DERECHO Y SISTEMA DE VALORES DE LA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA SOCIEDAD

El constitucionalismo democrático vino a situar al derecho y a la organización judicial en una posición nuclear dentro del modelo de Estado que constituye la expresión actual de la identidad político-cultural de la sociedad occidental (29). La incorporación al orden jurídico del sistema ético-social de valores en que aquél se sustenta supone un límite cautelar frente al riesgo degenerativo de la legalidad democrática, en cuanto expresión de una voluntad política mayoritaria; pero tiene también la significación del reconocimiento de la existencia de principios metapositivos y preestatales, que proporcionan al ordenamiento un sustrato de ética jurídica material, que vincula al propio legislador ordinario, a la administración pública y a los órganos judiciales en la aplicación del derecho (30).

La incompatibilidad del formalismo jurídico con la posición que corresponde al derecho en una sociedad democrática determina la necesaria revitalización expansiva del espacio autónomo de interpretación de la normatividad por parte del juez. Esto supone el reconocimiento de un grado importante de discrecionalidad en el desempeño de sus funciones y, al mismo tiempo, su papel creador, en virtud de la libertad de opción que siempre permite la interpretación jurídica. Todo ello aparta, ciertamente, la figura del juez del esquema funcional diseñado por el positivismo legalista, que lo concebía como comisionado para una labor casi mecánica de aplicación de la norma a través de un procedimiento lógico de simple deducción.

La idea burocrática de la administración de justicia, que prevaleció durante cierto tiempo en países que adoptaron el modelo organizativo napoleónico, resulta, además, inadecuada para la función de mediación

---

(29) A. IBÁÑEZ y C. MOVILLA ALVAREZ, *El poder judicial* (1986).

(30) PAREJO ALONSO, *Constitución y valores del ordenamiento* (1990)

judicial en la resolución de conflictos de notable trascendencia, y a menudo imprevisibles normativamente, que necesariamente surgen en sociedades abiertas y económicamente expansivas; por otra parte, al tener que realizar la interpretación jurídica dentro de un ordenamiento informado por un sistema de valores superiores, es evidente que el juez de una sociedad democrática requiere una cultura que no puede reducirse al simple conocimiento técnico de la normatividad.

No carecen, pues, de fundamento las corrientes de opinión que cuestionan en el modelo continental la idoneidad de los sistemas tradicionales de selección para el acceso a la carrera judicial; ciertamente, y por consideraciones semejantes, pueden cuestionarse no pocos aspectos del modelo educativo de las Facultades de Derecho, en la medida en que tal modelo se distanció del ejercicio en el arte del razonamiento jurídico, propio de la metodología jurisprudencial, que conservó, en cambio, el modelo educativo anglosajón. En ese método de tratamiento de los problemas jurídicos se encuentra precisamente uno de los elementos comunes de coincidencia entre las dos grandes manifestaciones de la cultura jurídica occidental: la anglosajona y la continental europea.

## VALORACIÓN PENAL DE LOS TRASTORNOS DEPRESIVOS.

Capitán Auditor Dennis-John DEMPSEY JIMÉNEZ.  
Asesoría Jurídica. Dirección General de la Guardia Civil.

### CONCEPTO Y CLASIFICACIONES.

Aunque no fue hasta el siglo XIX cuando se comenzó a utilizar la palabra *depresión* (1) para calificar a lo que, hasta entonces, era conocido como *melancolía* (2), psicólogos y psiquiatras coinciden hoy en admitir que los *trastornos depresivos* constituyen una de las patologías mentales que mayor incidencia presentan en la sociedad actual (3). A partir de aquí la cuestión se complica, pues al tratar de perfilar el concepto las coincidencias se difuminan e, incluso, las posturas doctrinales abiertamente se contraponen, al tiempo que las distintas perspectivas —jurídica y médica— al situarse ante la misma realidad —un sujeto que ha cometido un hecho delictivo y cuya responsabilidad penal ha de ser determinada y medida— conducen con frecuencia a juicios de valor cualitativamente distintos.

---

(1) Fue el psiquiatra alemán Kräpelin quien, en 1.896, delimitó conceptualmente la *enfermedad maniaco-depresiva*, en cuyo seno incluyó genéricamente todos los casos de *excesos* en la afectividad. Posteriormente, en 1.957, su compatriota Leonhard será el primero en clasificar los desórdenes afectivos en «*bipolar*» (personas con trastornos maniaco depresivos o *circulares*) y «*monopolar*» (personas con historia sólo de depresión o sólo de manía), superando así el concepto de «*maniaco-depresivo*». A partir de la cuarta edición del manual estadístico y de diagnóstico de los desórdenes mentales (DSM-IV), publicado por la Sociedad Americana de Psiquiatría (APA) se reconoce por primera vez oficialmente la distinción entre trastornos bipolar I y bipolar II: Los primeros serían aquellos casos en los que ha existido algún episodio de manía, mientras que en los segundos habría antecedentes de hipomanía (episodios menos graves que no llegan a interferir gravemente con la vida cotidiana del afectado).

(2) Del griego *melaina chole* (bilis negra), la melancolía tenía su origen, según Hipócrates, en desajustes en la secreción o eliminación de esta sustancia dentro del cuerpo humano.

(3) Cerca de un cinco por ciento de la población sufre al menos un episodio de depresión grave durante su vida. Vid. BELLOCH, A. e IBÁÑEZ, E., *Manual de Psicopatología*, Valencia, 1991.



Obviamente, sentirse «triste» o «deprimido» no es suficiente para definir una depresión. Esta particularidad es importante, pues la depresión, entendida como síntoma, está presente en la mayor parte de los cuadros psicopatológicos (e.g., trastornos de ansiedad, esquizofrenia, etcétera). La depresión *clínica*, en cambio, ha de concebirse como un síndrome, o conjunto de síntomas característicos, cuyo diagnóstico médico exige emplear, además del estado de ánimo, otros criterios simultáneos, no siempre bien concretados, sin que, por otro lado, a menudo resulte fácil diferenciar la depresión clínica de los estados de ánimo depresivos, más o menos cotidianos, hasta el extremo de que para algunos autores los cuadros depresivos se diferenciarían entre sí por la intensidad *cuantitativa* (4) de los síntomas. Otros tratadistas, en cambio, afirman que es posible distinguir *cualitativamente* (5) la depresión patológica. Los criterios clasificatorios, en fin, distan mucho de ser unívocos, sugiriéndose numerosos *subtipos* diferentes de depresión (endógena, psicológica, menstrual, reactiva, biológica, psicótica, existencial, neurótica, puerperal (6), alcohólica, etc).

## 1. DEPRESIÓN ENDÓGENA Y DEPRESIÓN REACTIVA.

La distinción o dicotomía *endógena-reativa*, muy empleada en los años cincuenta y sesenta, que iría referida a una pretendida diferenciación entre *depresiones biológicas* (o endógenas) y *depresiones psicosociales* (o reactivas), es cuestionada ahora por recientes estudios (7) que juzgan irrelevante la existencia de *precipitantes psicosociales* en la clasificación de los trastornos depresivos.

Lo característico de las depresiones *endógenas* es su mayor recurrencia, la mayor presencia de síntomas graves, como el suicidio, y la superior sintomatología vegetativa (insomnio, retardo psicomotor, pérdida de peso, etcétera), mientras que las depresiones *reactivas* se suelen definir por exclusión, siendo cada vez más frecuente la sustitución de dicho calificativo por el de *no endógenas*, evitando así el concepto de *reactividad*, dado su escaso fundamento empírico.

---

(4) GOLDBERG, D., y HUXLEY, P.: *Common mental disorders: A bio-social model*. Londres, 1.992

(5) PAYKEL, E. S.: *Psicopatología de los trastornos afectivos*. Madrid, 1.982, pp. 50-82.

(6) Cfr. Auto de la Sala de lo Penal de 8 de noviembre de 1.995.

(7) PAYKEL, E. S.: *Recent life events in the development of depressive disorders*. En *The psychobiology of the depressive disorders*, Nueva York, 1.979.

A la *depresión endógena* aluden, entre otras, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1995, 15 de marzo de 1990 y 27 de febrero de 1989. En particular, la datada el 15 de marzo de 1990 afirma que: *...En la depresión endógena los síntomas son más frecuentes son la tristeza profunda, el sentimiento de desesperanza, preocupaciones hipocondríacas, ideas de autoacusación y autodesprecio que puedan ser delirantes. La ansiedad y el sentimiento de inferioridad».*

La *depresión reactiva* es mencionada en las Sentencias de la Sala Segunda de 17 de octubre de 1995 y 15 de diciembre de 1987, y en la Sentencia de la Sala Quinta (Penal) de 18 de noviembre de 1988 y 19 de enero de 1989. Para ésta última, *...Este conjunto de síntomas que, en el caso de la depresión reactiva, se presentan en sujetos cuya tolerancia a determinadas situaciones de «stress» es inferior a la normal, puede servir de base, a lo más, para que consideremos aminorada la capacidad de determinar libre y conscientemente la propia conducta, pero muy difícilmente para que admitamos que dicha aptitud ha desaparecido.*

## 2. DEPRESIÓN PSICÓTICA Y DEPRESIÓN NEURÓTICA.

Basada esencialmente en la *gravedad* sintomatológica, esta diferencia ha desaparecido de las clasificaciones más modernas (DSM [8]-III, DSM-III-R, y DSM-IV) que, con propiedad, conservan el término *psicótico* para calificar aquellos trastornos afectivos en los que existen *delirios* (habitualmente, ideas delirantes de ruina económica, culpa o enfermedad) o *alucinaciones* (lo más usual son voces acusatorias o visiones de familiares fallecidos) acompañando al trastorno depresivo. Con anterioridad, el término *depresión neurótica* se empleó para calificar depresiones ligeras, depresiones secundarias a trastornos de personalidad, estados depresivos crónicos, etcétera. Por contra, el calificativo *psicótico* se predicaba de las depresiones endógenas, depresiones graves o depresiones con síntomas psicóticos, propiamente dichos (delirios y alucinaciones).

Jurisprudencialmente, las *neurosis* son definidas como *estados disfuncionales psíquicos o de anormalidad mental de menor intensidad y de gravedad que las psicosis, de las que se distinguen porque en las neurosis la personalidad del sujeto afectado permanece integrada conservando*

---

(8) DSM: Manual estadístico y de diagnóstico de los desórdenes mentales (*Diagnostic and statistical manual of mental disorders*), publicado por la Sociedad Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association: APA*). Su primera edición (DSM-I) data de 1.952, habiendo sido sucesivamente renovado desde entonces (DSM-II en 1.968, DSM-III en 1.980, DSM-III-R en 1.987, DSM-IV en 1.994).

*el sentido de la realidad aunque alguna vez se halle levemente distorsionada, así como el juicio moral sobre el acto o conducta que se ve impulsado a realizar conscientemente* (cfr. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1987).

### 3. TRASTORNO UNIPOLAR Y TRASTORNO BIPOLAR

Esta clasificación, *descriptiva* y no sintomatológica, es la más utilizada en la actualidad en los sistemas de clasificación oficiales (CIE [9]) y DSM). El trastorno *bipolar* —o, si se prefiere, *maníaco-depresivo*, en la terminología anterior— se caracteriza por la aparición de *episodios de manía* (existan o no episodios depresivos) con humor y alegría, expansivos e inmotivados, euforia, exaltación del ánimo, optimismo, hiperactividad física, etcétera. Conviene subrayar que *bipolar* no significa que una persona tenga un estado de ánimo cambiante sino, simplemente, que ha tenido en su biografía algún episodio de *manía* o *hipomanía*.

Por el contrario, los trastornos depresivos unipolares se caracterizan porque el sujeto tiene episodios de depresión sin que nunca haya sufrido un episodio maníaco.

Por lo regular, estos episodios se presentan a lo largo de la vida del sujeto en forma alternativa o sucesiva en el tiempo y, por ende, con un *influjo también variable* en su psiquismo, con *fases o tiempos de remisión espontánea*, libre de síntomas y sin deterioro de las funciones intelectuales, pudiendo ser los ciclos y períodos muy variantes e irregulares.

Es importante advertir que esta clasificación no es equivalente ni superponible a las dos precedentemente analizadas (*endógena-reactiva; psicótica-neurótica*). De hecho, las depresiones bipolares apenas comparan alguno de los síntomas que definen la «*depresión endógena*».

Curiosamente, mientras la *concepción bipolar de la enfermedad mental* (sic.) parece rechazada por la Sentencia de la Sala Segunda de 27 de febrero de 1989, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 16 de julio de 1993, al decidir la recuperación del recurrente para poder efectuar sus funciones de Juez, fundándose en informes periciales médicos obrantes en el expediente, la acepta plenamente.

---

(9) CIE: Clasificación internacional de las enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. En 1.992 fue publicada su décima revisión (CIE-10).

#### 4. TRASTORNO PRIMARIO Y TRASTORNO SECUNDARIO

La calificación *trastorno primario* alude a aquellos cuadros en los que el trastorno del estado de ánimo (depresivo o bipolar) existe *aisladamente*, sin la presencia, actual o pasada, de otro cuadro distinto del afectivo (alcoholismo, trastornos obsesivo-compulsivos, esquizofrenias, fobias, trastornos orgánicos cerebrales, etcétera).

Trastornos anímicos *secundarios* serían aquellos que afectarían a *pacientes con un trastorno médico o psiquiátrico preexistente diferente de la depresión o la manía* (10).

En relación a estos extremos, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996 vino a concluir que *...la exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal no deriva ni del padecimiento psíquico, ni del abuso de bebidas alcohólicas o del propio consumo de drogas, pues nuestra legislación penal no se basa en una fórmula puramente psiquiátrica, sino que precisa una afectación de la imputabilidad. Por tanto existe la perturbación del psiquismo «depresión ansiosa», pero ello carece de virtualidad aminoradora de la pena correspondiente, porque tal dolencia deja intactas las facultades de entender y querer. Otro tanto ocurre con el consumo alcohólico de forma abusiva, que hoy por hoy en el inatacable «factum» no afecta al psiquismo, pero que de persistir, para el futuro, puede llegar a afectar gravemente a su intelecto y a su voluntad.*

#### 5. CLASIFICACIÓN DEL DSM-IV (11)

El sistema clínico de clasificación más claro es el manual estadístico y de diagnóstico de los desórdenes mentales (*Diagnostic and Statistical*

---

(10) GOODWIN, D. W., y GUZE, S. B., *Psychiatric diagnosis*, 4.ª ed., Oxford, 1.989.

(11) De acuerdo con el DSM-IV, los trastornos del estado de ánimo se clasifican en:

**Trastornos depresivos.**

Trastorno depresivo mayor (episodio único).

Trastorno depresivo mayor (recurrente).

Trastorno distímico.

Trastorno depresivo no especificado en otro lugar.

**Trastornos bipolares.**

Trastorno bipolar I.

Trastorno bipolar II.

Trastorno ciclotímico.

Trastorno bipolar no especificado en otro lugar.

**Trastornos anímicos debidos a condición médica general.**

**Trastornos anímicos inducidos por sustancias.**

**Trastorno anímico no especificado en otro lugar.**

*Manual of mental disorders*: DSM) elaborado por la Sociedad Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*: APA). Su primera edición (DSM-I) data de 1952, habiendo sido sucesivamente renovado desde entonces (DSM-II en 1968, DSM-III en 1980, DSM-III-R en 1987, DSM-IV en 1994), siendo su mayor precisión la principal ventaja frente a sistemas como la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud, cuya décima revisión (CIE-10) fue publicada en 1992.

En lo que aquí interesa, el DSM-IV distingue tres tipos de episodios: depresivo mayor, maníaco e hipomaníaco. La combinación de estos episodios y la concurrencia plena, o no, de los criterios diagnósticos de los mismos, configura la definición de los trastornos del estado de ánimo. Así, la distinción entre «trastornos depresivos» y «trastornos bipolares» obedece sólo a la presencia o no de episodios maníacos: los trastornos depresivos serían aquellos en los que *nunca* ha habido episodios maníacos o hipomaníacos, mientras que los trastornos bipolares son aquellos en los que el individuo (haya padecido o no depresiones) ha manifestado alguna vez episodios maníacos o hipomaníacos.

Jurisprudencialmente, el DSM ha sido acogido penalmente, entre otras muchas, en las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de junio y 5 de mayo de 1995 y 29 de septiembre de 1993; en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 8 de junio de 1995; en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 10 de mayo de 1995; y en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero y 12 de julio de 1994.

La CIE, por el contrario, se menciona en las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995 y 6 de marzo de 1989; y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de junio de 1995.

## SÍNTOMAS DEPRESIVOS

Analizando la relevancia penal de la depresión, la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1988 declaró:

*La Ciencia Psiquiátrica suele referirse a un dato fenomenológico inherente a toda depresión, que es un «descenso del humor que termina siendo triste», al que se asocian una cierta inhibición, es decir, una especie de frenaje o enteltecimiento de los procesos psíquicos de la ideación que reduce el campo de la conciencia y repliega al sujeto sobre sí mismo*

*empujándole a huir de los demás, y una tendencia secundaria a la auto-depreciación y a la autoacusación o sentimiento de culpabilidad.*

En términos generales, la descripción que del *síndrome* (o conjunto de signos o síntomas) depresivo realiza la Sentencia citada resulta perfectamente válida. No obstante, el cuadro que presenta una persona deprimida puede ser muy variado en cuanto a sus síntomas y en cuanto a su evolución temporal. Sistemáticamente ordenados, los principales rasgos serían:

### 1. Síntomas cognitivos

En relación a su *capacidad de comprender*, la valoración que una persona deprimida hace de su entorno, de sí misma y de su futuro acostumbra a ser negativa. La autodepreciación, sentimiento de culpa y pérdida de autoestima suelen ser elementos destacados en las cogniciones de estas personas, aunque no queda claro si tienen tales elementos tienen naturaleza causal (*etiológica*) o son resultado (*síntoma*) de la misma depresión. En ocasiones, la memoria, la atención y la capacidad de concentración pueden llegar a verse afectadas gravemente.

### 2. Síntomas conductuales y motivacionales

En relación a la *capacidad de decidir y querer*, la apatía, la indiferencia y la disminución de la capacidad de disfrute (o *anhedonia*) es, junto con el estado de ánimo deprimido, el síntoma principal de un estado depresivo. En su forma más grave, este estado de *inhibición* alcanza un entencimiento generalizado de las respuestas motoras, el habla, el gesto y una inhibición motivacional casi absoluta (*retardo psicomotor*). En casos extremos, puede llegar al «*estupor depresivo*», un estado caracterizado por mutismo y parálisis motora casi totales, muy similar al estupor catatónico.

### 3. Síntomas anímicos

Los sentimientos de tristeza, pesadumbre, abatimiento o infelicidad son los más habituales en el deprimido, aunque en ocasiones el estado de ánimo que predomina es la irratibilidad, el nerviosismo o la sensación de vacío. En casos de depresiones graves, la persona afectada puede llegar a *negar* los sentimientos de tristeza, afirmando que es *incapaz de sentir nada*.

#### 4. Síntomas interpersonales

Una importante característica de las personas deprimidas es el deterioro de sus relaciones personales, al sufrir normalmente el rechazo de los que los rodean, lo que, a su vez, reaccúa (*feed-back*) aislandoles aún más.

#### 5. Síntomas físicos

Este tipo de síntomas en ocasiones se consideran línea divisoria entre la depresión *normal* y la depresión *clínica*. Pertenecen a este grupo los problemas de sueño (insomnio o hipersomnía), fatiga, pérdida de apetito y disminución de la actividad y deseo sexuales. También se quejan de distintas molestias corporales (dolores de espalda, de cabeza, visión borrosa, etcétera).

#### PERSPECTIVA Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencialmente, el concepto de depresión se indaga principalmente en sede penal, sin que por ello falten numerosos ejemplos de decisiones civiles (12), contenciosas (13) o sociales (14) en las que la depresión se integra como elemento relevante del fallo judicial.

---

(12) Véanse, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de marzo, 17 y 7 de mayo de 1.995; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de octubre de 1.991; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 21 de junio de 1.995; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 21 de diciembre de 1.994; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de octubre de 1.994; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 16 de septiembre de 1.993; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de noviembre de 1.992; etcétera.

(13) Vid. Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre y 28 de octubre de 1994; 12 de julio y 28 de junio de 1993; 12 de junio de 1992; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de julio de 1994; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 2 de julio de 1994; etcétera.

(14) Vid. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1994; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 31 de julio de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de julio de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de julio de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 9 de junio de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de mayo de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de mayo de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de mayo de 1995; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de abril de 1995; etcétera.

En línea de principio, la depresión se considera como un *...estado que padecen numerosas personas, y sin que por ello se cuestione su incapacidad o la anulación de su intelecto o voluntad, caracteres que sólo coincidirían en situaciones profundas* (cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de noviembre de 1992).

*...Para su debida inserción en el cuadro taxonómico de entidades nosológicas en el campo en que ahora nos movemos, la gama va desde los simples estados depresivos que no tienen ninguna relevancia penal, a no ser que sean síntomas de una verdadera enfermedad (Sentencia de 26 de octubre de 1988) hasta la psicosis maniaco-depresiva, antes conocida también como locura circular, que altera esencialmente la estructura del psiquismo y produce, por ende, la exención plena de la responsabilidad penal (Sentencia de 13 de mayo de 1983, entre muchas). El problema está en detectar y valorar los estados intermedios o limítrofes con la mentada psicosis con la consiguiente disminución de la imputabilidad. Entre tales estados sobresalen las llamadas en psiquiatría depresiones reactivas anómalas para diferenciarlas de las que afectan al hombre normal que incurre en variaciones de humor orientadas, bien a la excitación, alegría y euforia, bien hacia el decaimiento, la tristeza y la disforia. Un paso más elevado en esta gradación lo proporciona la melancolía endógena, en el que la depresión ya va vinculada a una alteración constitucional que cuando se asocia a la exaltación maniaca da lugar a la psicosis ciclotímica o maniaco-depresiva. Es en la fase maniaca cuando tiene lugar con mayor frecuencia la actividad antisocial y delictiva. Ahora bien, también la melancolía depresiva, aparte de dar lugar a tentativas de autodestrucción, puede propiciar la comisión de delitos violentos, si durante su proceso sobreviene un estado doloroso o de angustia que rompe la paralización psicomotora (raptus melancholicus) (cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1989).*

No toda enfermedad mental, naturalmente, puede ser tenida como asiento suficiente para predicar la existencia de una *causa de inimputabilidad* o de *imputabilidad disminuida*, pues a ello se opone la definición *psiquiátrico-psicológica* que la Jurisprudencia ha hecho de la expresada circunstancia (sin que ello suponga acogerse a la llamada *concepción bipolar* de la enfermedad mental; cfr. Sentencia de la Sala Segunda de 27 de febrero de 1989), de tal modo que no sólo se atiende al substrato clínico o al origen biopatológico de la alteración mental, sino también a la repercusión en las capas altas del psiquismo y al concreto efecto sufrido por el sujeto de anulación o disminución de sus capacidades cognosciti-



vas y volitivas, esto es, si dada determinada psicosis o anomalía mental, queda afectada la capacidad de entender el significado antijurídico de la norma y de determinarse u orientarse en tal dirección.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo considera que cuando la perturbación psíquica —permanente o pasajera— es *bastante* para delimitar totalmente la conciencia y la voluntad, base de la imputabilidad o culpabilidad (Sentencia de 2 de noviembre de 1983) entonces es causa de exención de responsabilidad; cuando no es total y se manifiesta en una disminución de esas facultades intelectivas o volitivas, con una *indudable limitación para comprender la ilicitud del acto* (Sentencia de 3 de mayo de 1983), o *el conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos* (Sentencias de 20 de mayo de 1958 y 15 de abril de 1959) es causa de atenuación privilegiada; y cuando no concurren los presupuestos para apreciar las dos causas anteriores, como completa o incompleta, pero se aprecia una *menor intensidad en la imputabilidad* (Sentencias de 19 de abril de 1978, 10 de mayo de 1982, 27 de marzo de 1985 y 6 de julio de 1987), *cuando la merma o disminución carecen de intensidad y de injundia siendo puramente leves, tenues y de poca incidencia en la imputabilidad de la gente*, se aplica la atenuante analógica de eximente incompleta (cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal de 15 de diciembre de 1987).

Acreditado el *trastorno afectivo*, su valoración en orden a la imputabilidad habrá de ser apreciada en el caso concreto, atendiendo a los hechos y al *episodio* que discurra, es decir, dependerá de la fase de la enfermedad en la que el ilícito se cometa y la relación que su situación psíquica tenga con ella, pues en las *episodios depresivos mayores* existe, por lo general, un déficit de la voluntad de tal orden que se produce una notoria dificultad o inhibición para realización de iniciativas o actos vitales, por lo que los delitos propios del mismo y con los que la enfermedad guarda evidente relación, serán los de *omisión o comisión por omisión* (cfr. Sentencias de la Sala Segunda de 14 de diciembre de 1992 y 31 de marzo de 1993) y no aquellas que exigen un planeamiento y actuación positiva, máxime si ésta es compleja. En la fase de euforia o *maníaca*, el sujeto obra con hiperactividad impulsiva correspondiente a la elevación *hipertímica* de su ánimo, por lo que las delitos que cometen en esta fase son, en general, en *cortocircuito* y sin posibilidad de planeamiento, dada la inmediatividad entre la idea y su ejecución propia de esa fase eufórica.

En los grados extremos, tanto de la *manía* como de la *depresión* (*maníacos furiosos y melancólicos delirantes*, en la terminología de la Sentencia de la Sala Segunda de 19 de noviembre de 1992), es criterio

común negar la imputabilidad de manera absoluta, porque aunque el agente pueda comprender fugazmente el valor real de sus actos no es capaz de inhibirlos; en las formas de menor intensidad, sobre todo en los accesos maníacos, puede admitirse una imputabilidad disminuida; finalmente, los casos más leves y en los intervalos o fases intercalares, aunque el enfermo se percate de la trascendencia de sus actos y esté en condiciones de ejercer la acción de su voluntad, no deja de estar afectada aquélla en cierto grado, y ello obliga a un examen cuidadoso de las circunstancias del caso. La fórmula legal de exención penal sería de aplicación incondicional en el primer supuesto, y la atenuación de los restantes, valorando especialmente la relación o conexión de la enfermedad y el delito cometido, y la concurrencia o asociación de otros factores (debilidad mental, psicopatías, drogadicción, alcoholismo). En igual sentido se produce la Sentencia de 24 de mayo de 1991: la imputabilidad ha de ser apreciada en el caso concreto, atendiendo a los hechos, fase cíclica que discurra, y de un modo especial, el atento análisis de la *yoidad* y de la *conciencia*. Ya antes, la Sentencia de 27 de febrero de 1989 distinguía también la fase maniaca como la melancólica, que en sus estados extremos dan lugar a la inimputabilidad en esta *psicosis*. El problema está en valorar los estados intermedios o limítrofes (fases intercalares), que sólo pueden aspirar a una atenuación (cfr. Sentencia de la Sala Segunda de 19 de noviembre de 1992).

Las Sentencias de la Sala Segunda de 8 de febrero de 1995 y 31 de marzo de 1993 señalan que la doctrina casacional ha excluido los episodios depresivos como circunstancias atenuantes en forma analógica (Sentencias de 30 de abril y 17 de mayo de 1991, referidas al síndrome depresivo y a los episodios de tal clase), estimándose irrelevantes las depresiones en la Sentencia de 17 de julio de 1983, la personalidad con tales matices en la Sentencia de 9 de mayo de 1986. Incluso las depresiones motivadas por el repentino e inesperado fallecimiento del hijo, que constituye el ejemplo más similar en el acervo jurisprudencial como atenuante analógica iba unido a un bajo nivel de inteligencia y nula escolarización, prácticamente analfabeta que arrastraba una carga hereditaria de patología psiquiátrica familiar y en situación climatérica por su edad (Sentencia de 29 de enero de 1990).

Igualmente han sido excluidos los episodios depresivos de la atenuación, salvo en un supuesto en que constaba *insuficiencia vertebrovascular y de riesgo vascular afectante al cerebro, con episodios depresivos aminoradores de la capacidad* (Sentencia de 17 de mayo de 1991). Pero se negó la honda afección mental pretendida cuando no existía una propia

entidad nosológica del tipo de una psicosis sobrevenida por causa exógena, sino tan sólo un síndrome depresivo-ansioso (Sentencia de 30 de abril de 1991) y fue rechazado el trastorno mental transitorio aun en su forma incompleta o de semieximente en la mujer que padecía una depresión endógena, que afectaba más bien al *círculo de la vitalidad* en cuanto a tristeza inmotivada, desesperación, pesimismo y disminución de la actividad, tendencia al suicidio, pero con conservación de las funciones de juicio y raciocinio (Sentencia 758/1993, de 31 de marzo).

La misma neurosis ha venido reconducida al ámbito de la simple atenuante analógica (Sentencia de 30 de septiembre de 1992 y resoluciones en ella citadas) e incluso se llegó a estimar irrelevante desde el punto de vista penal (Sentencias de 15 marzo de 1988), 4 de noviembre de 1989 y 19 de julio de 1990) y si, alguna resolución muy aislada (Sentencia de 29 de febrero de 1988) recuerda la posibilidad de una sobreestimación en algunos supuestos de neurosis, requiere inexcusablemente que el trastorno haya incidido profundamente en las estructuras mentales y volitivas del sujeto. En línea semejante, la Sentencia de 5 de octubre de 1992 rechaza la eximente incompleta en el afectado por una cardiopatía isquémica con trastorno de personalidad (neurosis depresiva), que alteraba un poco sus facultades volitivas.

## GLOSARIO

**CIE:** Clasificación internacional de las enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. En 1992 fue publicada su décima revisión (CIE-10).

**Ciclotimia:** Estado en el que aparecen períodos vitales con síntomas hipomaniacos y períodos con síntomas de depresión, sin que su gravedad alcance la de un episodio depresivo mayor.

**Depresión atípica:** Trastorno depresivo caracterizado por síntomas «atípicos» (agitación o aumento de apetito, hipersomnio, etc.)

**Depresión mayor:** Trastorno no esquizofrénico o psicótico caracterizado por su intensidad, en el que el afectado no ha presentado nunca un episodio maníaco o hipomaniaco.

**Depresión menor:** Trastorno análogo al precedente pero de menor entidad.

**Depresión neurótica:** Concepto impreciso, a menudo utilizado como sinónimo de distimia.

**Depresión psicótica:** Término sintomatológico comúnmente empleado para designar cualquier episodio depresivo acompañado de alucinaciones o delirios.

**Depresión reactiva:** Término empleado para designar depresiones neuróticas causadas por «*stress*».

**Distimia:** Estado depresivo de al menos dos años continuados de duración, acompañado de otros síntomas del trastorno depresivo mayor.

**DSM:** Manual estadístico y de diagnóstico de los desórdenes mentales (*Diagnostic and statistical manual of mental disorders*), publicado por la Sociedad Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association: APA*). Su primera edición (DSM-I) data de 1952, habiendo sido sucesivamente renovado desde entonces (DSM-II en 1968, DSM-III en 1980, DSM-III-R en 1987, DSM-IV en 1994).

**Duelo:** Reacción tras el fallecimiento de un ser querido. Sólo se califica en sentido estricto como *trastorno depresivo* cuando su intensidad y sintomatología así lo permitan; en especial, cuando perdure intensamente al menos a los 2 meses de la pérdida.

**Episodio depresivo atípico:** Episodio depresivo mayor que cursa con síntomas no habituales (e.g., aumento de peso o apetito, hipersomnio, mejora del estado de ánimo en respuesta a sucesos positivos, reales o potenciales, etc.).

**Episodio depresivo catatónico:** Episodio depresivo mayor con destacados síntomas motores (estupor, agitación, negativismo, etc.).

**Episodio depresivo mayor:** Presencia durante al menos dos semanas de intensa disminución en la capacidad de disfrute (*anhedonia*) y/o tristeza, acompañada de al menos cinco síntomas depresivos más. Debe interferir con la vida cotidiana de la persona y no se debe a una enfermedad médica ni a ingesta de sustancias. Puede estar presente en trastornos depresivos y en trastornos bipolares.

**Episodio hipomaniaco:** Presencia durante al menos cuatro días de estado de ánimo irritable y/o expansivo, acompañado de al menos tres síntomas maníacos más (e.g., actividad excesiva o disminución de la necesidad de dormir), que suponen un cambio apreciable en el modo de ser habitual de esa persona. El episodio no llega a interferir con la vida cotidiana de la persona y no se debe a una enfermedad médica ni a ingesta de sustancias.

**Episodio maníaco:** Presencia durante al menos una semana de estado de ánimo irritable y/o expansivo, acompañado de al menos tres síntomas maníacos más (e.g., actividad excesiva o disminución de la necesidad

de dormir). Debe interferir con la vida cotidiana de la persona y no deberse a una enfermedad médica ni a ingesta de sustancias.

**Estado de ánimo deprimido:** En ocasiones se emplea el término «*depresión*» para describir esta situación de elevada tristeza y abatimiento. Es un concepto aplicable a casi todas las situaciones de padecimiento psicológico (sea un *trastorno depresivo* en sentido estricto, o no).

**Maníaco-depresivo:** Término que designaba estados de depresión graves. a veces se ha usado para referirse exclusivamente a trastornos cíclicos. En la actualidad es sustituido por la expresión *trastorno bipolar*.

**Melancolía:** Término empleado por primera vez por Hipócrates para aludir a estados de abatimiento, inhibición y tristeza. Hasta fecha reciente, se calificaba con él cualquier estado de inhibición generalizada (incluida la depresión). En la actualidad se emplea para aludir a una depresión con síntomas más vegetativos y más anhedonia.

**Neurosis:** Término extraordinariamente ambiguo que se emplea bien para hacer referencia a un trastorno mental que cursa sin delirios ni alucinaciones, bien para aludir a un trastorno coexistente de personalidad, o incluso, para subrayar la gravedad ligera o moderada de la patología. El Diccionario de la Real Academia la define como *Conjunto de enfermedades cuyos síntomas indican un trastorno del sistema nervioso, sin que el análisis anatómico descubra lesiones de dicho sistema*.

**Psicopatía:** Enfermedad mental.

**Psicosis:** Nombre general que se aplica a todas las enfermedades mentales.

**Síndrome:** Conjunto de síntomas característicos de una enfermedad.

**Recaída:** Acentuación de los síntomas de una persona que todavía no se había recuperado por completo de un episodio previo.

**Recuperación:** Se considera que una persona muestra una recuperación total de un trastorno del estado del ánimo cuando permanece durante al menos seis meses sin mostrar síntomas del trastorno.

**Recurrencia:** Cuando una persona muestra de nuevo un síndrome psicopatológico tras haber pasado una fase de plena recuperación.

**Trastorno anímico estacional:** Trastorno depresivo mayor recurrente o trastorno bipolar con tendencia a aparecer en ciertas épocas del año (e.g., otoño) y a atenuarse en otras (e.g., primavera).

**Trastorno anímico postparto:** Trastorno depresivo o trastorno bipolar cuyo inicio se produzca en las cuatro semanas siguientes al parto.

**Trastorno bipolar:** Trastorno del estado de ánimo en el que exista o haya existido antes un episodio maníaco o hipomaníaco.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

**MINISTERIO DE DEFENSA  
FUERZAS ARMADAS**

*REAL DECRETO 432/1998, de 20 de marzo, por el que se modifica el Reglamento General de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del personal militar profesional, aprobado por Real Decreto 1622/1990, de 14 de diciembre, y el Reglamento General de ingreso y promoción de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre.*

*(Del BOD número 65, de 3-4-98)*

**ORGANIZACION**

*ORDEN MINISTERIAL número 88/1998, de 21 de abril, por la que se crea el Núcleo de Constitución del Cuartel General Subregional de la OTAN en Madrid.*

*(Del BOE número 80, de 27-4-98)*

**JEFATURA DEL ESTADO  
ACUERDOS  
INTERNACIONALES**

*INSTRUMENTO de aceptación de España del Protocolo Adicional a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, hecho en Viena el 13 de octubre de 1995.*

*(Del BOE número 93, de 15-5-98)*

**ASESORAMIENTO JURIDICO  
EN EL AMBITO DEL  
MINISTERIO DE DEFENSA**

*Instrucción número 138/1998, de 15 de junio, del Subsecretario de Defensa, por la que se establecen principios de actuación en relación con el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa.*

*(Del BOD número 119, de 22-6-98)*



## **2. JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por Antonio Mozo Seoane

*General Auditor*

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

**Sentencia 134/1997, de 17 de julio. Pleno («B.O.E.» núm. 187, de 6 de agosto).**

**Conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación con el Convenio entre los Ministerio de Educación y Ciencia y de la Defensa sobre régimen, promoción y funcionamiento de Centros de Enseñanza, aprobado por Real Decreto 295/1988, de 28 de marzo.**

**Materia: competencia sobre la enseñanza de la lengua catalana.**

**Ponente: Sr. Jiménez de Parga y Cabrera.**

### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos origen del presente conflicto competencial aparecen reseñados en el fundamento jurídico 1º, que seguidamente se transcribe.

### II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente conflicto positivo de competencia se centra en el Convenio suscrito entre los Ministerios de Educación y Ciencia y de Defensa, sobre régimen, promoción y funcionamiento de Centros de Enseñanza, que fue aprobado por el Real Decreto 295/1988, de 24 de marzo. Tal y como se indica en su Preámbulo, este Convenio venía a sustituir a otro anterior, suscrito el año 1978, cuya razón de ser residía en «la necesidad de que el personal de las Fuerzas Armadas contase con Centros escolares suficientes, debidamente coordinados, para que los frecuentes

traslados de residencia a que se ve sometido dicho personal «no perjudicase la trayectoria educativa de sus hijos» y persistiendo tal circunstancia, fue, precisamente, la necesidad de acomodar lo dispuesto en aquel primer Convenio al espíritu de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación (en adelante, L.O.D.E.), la que impulsó el establecimiento del que ahora se impugna, según asegura el referido Preámbulo del Real Decreto 295/1988.

Más concretamente, el controvertido Convenio, cuyo ámbito de aplicación —cumple señalar— se ciñe exclusivamente a determinados Centros docentes cuyo titular en el Ministerio de Defensa, ha sido impugnado porque en los últimos incisos de la cláusula cuarta.<sup>3</sup> se establece lo siguiente: «Por lo que respecta, a la enseñanza de la lengua propia de la Comunidad, tendrá carácter obligatorio con la consideración de asignatura con los mismos efectos académicos y administrativos que las restantes materias o áreas que constituyan el Plan de estudios. No obstante, el Ministerio de Educación y Ciencia podrá conceder la exención de cursar la enseñanza de la lengua propia de la Comunidad en los casos y mediante el procedimiento que se determine».

A juicio de la representación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, acordar sobre la enseñanza de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, así como eximir de la enseñanza de la misma, es una atribución que sólo corresponde a la Comunidad Autónoma, según se desprende de los arts. 3.2 y 148.1.17. C.E., y de las competencias que en punto a la materia lingüística le reconoce su Estatuto de Autonomía, especialmente su art. 14, en virtud del cual:

«La Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva, en armonía con los planes de estudios estatales, para la enseñanza de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, de acuerdo con la tradición literaria autóctona. Su normalización será un objetivo de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma. Las modalidades insulares del catalán serán objeto de estudio y protección, sin perjuicio de la unidad del idioma.»

Frente a esta posición, entiende el Abogado del Estado que la capacidad debatida encuentra, en última instancia, un suficiente anclaje constitucional tanto en la competencia exclusiva que el Estado ostenta sobre «Defensa y Fuerzas Armadas» (art. 149.1.4<sup>a</sup>), como en las competencias estatales de homologación del sistema educativo y desarrollo del derecho fundamental a la educación que la Constitución igualmente le atribuye.

Una vez descritos, siquiera en sus más elementales trazos, los términos del conflicto, procede comenzar exponiendo la doctrina conforme a la cual habremos de resolverlo.

2. La voluntad de la Nación española, manifestada abiertamente en el propio Preámbulo de la Constitución, de proteger las diversas culturas, tradiciones y lenguas de los pueblos de España, encuentra una proyección inmediata en el articulado de nuestro texto constitucional. Ya en el Título Preliminar, en efecto, tras declararse el castellano la lengua oficial del Estado, se prevé que las «demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos» (art. 3.2 C.E.). Y, acto seguido, el art. 3.3 C.E. concluye: «La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección». Es un reconocimiento del pluralismo lingüístico característico de nuestra Nación que, en fin, tiene también algún eco en el marco constitucional delimitador del orden competencial, toda vez que el art. 148.1.17ª permite a los Estatutos asumir competencias sobre el fomento de la «enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

Pues bien, basándose en la remisión del art. 3.2 C.E., el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares ha consagrado en su art. 3 el carácter del idioma oficial de la lengua catalana, en cuanto propia de esta Comunidad, apostillando a continuación que «todos tienen el derecho de conocerla y utilizarla»; y, asimismo, el Estatuto impone el mandato de que su «normalización será un objetivo de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma» (segundo inciso del art. 14).

Con apoyo en las pertinentes normas estatutarias que declaran la cooficialidad de la lengua autonómica, este Tribunal ha afirmado, con alcance general, que mientras corresponde al Estado regular la enseñanza del castellano, en cuanto única lengua oficial en todo el territorio nacional, atañe a las respectivas instituciones autonómicas la normalización de la enseñanza de otras lenguas oficiales (SSTC 87/1983, fundamento jurídico 5º y 337/1994, fundamentos jurídicos 10 y 14). A este respecto, y dado que los Centros docentes concernidos son de titularidad del Ministerio de Defensa, importa destacar que la determinación del ámbito de la cooficialidad por parte de la Comunidad Autónoma se extiende, *prima facie*, a «todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de

otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos» (STC 82/1986, fundamento jurídico 2º). Es más: justamente en relación con esta Comunidad Autónoma ya tuvimos la oportunidad de declarar en la STC 123/1988 que nada «impide, en principio, según la doctrina general sentada por anteriores decisiones sobre la cooficialidad, que se extraigan las consecuencias de dicho principio, en relación con todas las Administraciones Públicas, sin que a ello sea una excepción las Fuerzas Armadas», puesto que las «particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen... su carácter de Administración Pública» (fundamento jurídico 5º).

Esta doctrina general tiene una versión específica al aplicarse a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, puesto que además de las citadas disposiciones estatutarias que son afines a la generalidad de las Comunidades Autónomas dotadas de lengua propia, el Estatuto balear contiene otras previsiones relativas específicamente a la enseñanza de la lengua catalana. En primer término, ya en su redacción inicial el Estatuto contemplaba la competencia sobre el fomento de la misma (art. 10.21), norma que se ha mantenido con idéntico tenor literal en el art. 10.20 tras la reforma del Estatuto acometida en la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo. Y, sobre todo, el primer inciso de su art. 14 —antes transcrito— atribuye a la Comunidad Autónoma la «competencia exclusiva, en armonía con los planes de estudios estatales, para la enseñanza de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, de acuerdo con su tradición literaria autóctona».

Así, pues, la regulación de todo lo relativo a la enseñanza del catalán, como lengua propia de las Islas Baleares, posee ciertamente —como señala la representación de la Comunidad Autónoma— un fundamento estatutario que justifica sobradamente que el Parlamento balear acordase, en la Ley 3/1986, de 29 de abril, de Normalización Lingüística, imponer la obligatoriedad de la enseñanza de esta lengua en todos los niveles, grados y modalidades de la enseñanza no universitaria (art. 19.1). Como también justifican, obviamente, que esta Ley previese la genérica posibilidad de que fuesen los órganos competentes de la Comunidad Autónoma los que decidiesen, en el supuesto de «residencia transitoria en las Islas Baleares», la eventual exención de dicha obligación —hasta un máximo de tres cursos», fijando como requisito imprescindible para solicitarla que «el tiempo transcurrido de residencia más el tiempo previsto no sea superior a tres años» (Disposición adicional cuarta).

Siendo innegable, en suma, la postestad autonómica tanto para establecer la obligatoriedad de la enseñanza de su lengua propia, como para eximir de la misma, hay que determinar ahora si el Estado dispone de algún título competencial que le autorice a decidir singularmente al respecto, concretamente en relación con los Centros objeto del Convenio o si, por el contrario, las normas impugnadas han de considerarse una intromisión ilegítima en la esfera competencial autonómica.

3. Frente al aludido marco estatutario en el que la Comunidad Autónoma basa su facultad exclusiva y excluyente para acordar la obligatoriedad de la enseñanza, así como para establecer exenciones de ella, el Abogado del Estado fundamenta la adecuación al orden constitucional del Convenio impugnado en la competencia exclusiva que en materia de Defensa y Fuerzas Armadas atribuye al Estado el art. 149.1.4ª C.E., puesto que, a su juicio, el objetivo que el mismo persigue no es otro que el de lograr una adecuada política de personal, aspecto este inherente a las materias aludidas en dicha disposición constitucional.

Esta argumentación no debe ser compartida. Pues, si bien es verdad que no puede drásticamente negarse toda vinculación de las disposiciones impugnadas con el referido ámbito material, no es menos cierto que entre ambos tampoco es dable detectar la necesaria trabazón que permitiría ya afirmar, sin ulterior argumentación, que el Estado está legitimado para adoptar tal medida en virtud del citado título competencial. Y es que, a diferencia de lo acontecido en la STC 123/1988 respecto del art. 13 de la Ley de Normalización Lingüística balear —que regulaba el uso del catalán durante la prestación del servicio militar y declaraba la validez de todas las actuaciones militares hechas en esta lengua en dicho territorio—, no cabe apreciar que los preceptos ahora controvertidos incidan en los mismos fundamentos de la «organización y funcionamiento» de las Fuerzas Armadas (fundamento jurídico 5º); afectación directa que, al sí producirse en relación con el mencionado art. 13, nos conduciría entonces a declarar su inconstitucionalidad por invadir el espacio competencial propio del estado que el art. 149.1.4ª C.E. acota. Ciertamente, el Convenio que nos ocupa, dado que se centra en el establecimiento de determinadas particularidades en el régimen regulador de los Centros docentes de titularidad del Ministerio de Defensa, sólo muestra una débil, en cuanto inmediata, vinculación con dicho sector material. Justificar sobre esta sola apoyatura la facultad debatida equivaldría a expandir indebidamente el marco de la competencia estatal ex art. 149.1.4ª C.E. a toda suerte de actividades no incluidas en dicho ámbito, por el mero hecho de su más o menos remota, potencial u ocasional relación con aquellas materias.

### III. FALLO

Declarar que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

**Sentencia 145/1997, de 15 de septiembre. Sala Segunda («B.O.E.» núm. 248, de 16 de octubre).**

**Recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, que desestima reclamación contra resoluciones del Ministerio de Defensa.**

**Materia: reconocimiento de trienios en determinada cuantía. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley: apartamiento no arbitrario de doctrina anterior del mismo Tribunal.**

**Ponente: Sr. Viver Pi-Sunyer.**

#### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los demandantes de amparo, Oficiales y Suboficiales del Ejército, inerpusieron recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Ministerio de Defensa por las que se desestimaban sus solicitudes de reconocimiento de trienios en la cuantía correspondiente a la categoría militar ostentada en cada momento y no en el momento de perfeccionarlos, con efectos desde el 1 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1993, tras la desestimación por silencio administrativo de los recursos de reposición presentados frente a las mismas.

Con fecha de 8 de febrero de 1995, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias dictó Sentencia desestimando dicho Recurso Contencioso-administrativo.

#### II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Unico. La cuestión que se plantea en este procedimiento ha sido expresamente resuelta por este Tribunal en los AATC 278/1995, 279/1995 y 280/1995, en sentido desfavorable a las pretensiones de los

recurrentes, pues los recursos que dieron lugar a dichas resoluciones fueron inadmitidos.

Sin perjuicio de remitirlos en este momento a la fundamentación contenida en dichas resoluciones, y dictar en consecuencia una Sentencia desestimatoria de la pretensión formulada, cabe recordar en esencia: primero, que el cambio de motivación advertido en la Sentencia se realizó de conformidad con las exigencias impuestas por este Tribunal derivadas del respeto al principio de igualdad (STC 42/1993), es decir, de modo consciente, reflexivo, motivado y con criterios generalizables —fundamento jurídico 9º de la Sentencia recurrida—, segundo, que, en cuanto a la comparación con las Sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia de otras Comunidades Autónomas, el término de comparación propuesto en la demanda no es válido, al no haber sido dictadas las resoluciones contrastadas por el mismo órgano judicial (STC 119/1994), tercero, respecto de la inexistencia de un recurso de unificación de doctrina en esta materia, que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración del sistema de recursos y los supuestos en que estos proceden (SSTC 119/1994 y 125/1997, entre otras).

Finalmente, tampoco se aprecia violación del derecho a la tutela judicial efectiva, al carecer esta alegación de autonomía respecto de la denunciada violación del principio de igualdad, ya que la pretendida vulneración del «derecho que tienen los recurrentes a obtener la efectiva tutela del Tribunal que ha fallado su recurso» se fundamenta únicamente en que este ha dictado «una Sentencia totalmente opuesta y contradictoria a otras de la misma Sala que fallaron recursos, no similares, sino idénticos a los interpuestos por mis representados.

### III. FALLO

Denegar el amparo solicitado.

**Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, Sala Segunda («B.O.E.» núm. 260, de 30 de octubre).**

**Recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que desestimó recurso contencioso-disciplinario militar interpuesto contra Orden Ministerial de separación del servicio.**



**Materia: vulneración del principio de legalidad penal y del derecho a la intimidad personal y familiar: aplicación restrictiva, no fundamentada debidamente, de derechos fundamentales.**

**Ponente: Sr. Viver Pi-Sunyer.**

## I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

El 21 de septiembre de 1979 el Tribunal de Honor constituido al efecto en la Sala de Juntas del Regimiento de Artillería de Campaña núm. 25, con sede en Vitoria, para enjuiciar al Capitán de Artillería de la Escala Activa, Grupo de Mando de Armas, don Adolfo Pedro Cristóbal Diaz, por la imputación de *consentimiento de adulterio de su mujer con un teniente de Infantería*, y de robo de 55.000 pesetas del Hogar del Soldado del Regimiento, acordó proponer la separación del servicio del actor por entender que los hechos debían calificarse como deshonorosos.

En virtud de dicho fallo, por Ordeh del Ministerio de Defensa de 13 de noviembre de 1979, el actor queda separado del servicio, pasando a la situación de retirado.

Aunque inicialmente contra la resolución del Ministerio de Defensa acordando la separación del servicio como consecuencia de propuesta del Tribunal de Honor no cabía recurso alguno, tras diversos escritos del interesado, informe de los Servicios Jurídicos del Ministerio de Defensa y del Consejo de Estado, el Ministro de Defensa dictó resolución, fechada el 19 de octubre de 1993, por la que anulaba la Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1979, sólo en lo que se refería a la imposibilidad de interposición de recurso judicial alguno; ello permitió al actor acudir inicialmente a la vía contencioso-administrativa (Sala de dicha jurisdicción de la Audiencia Nacional), y posteriormente, a la Sala Quinta del Tribunal Supremo que, en el recurso contencioso-disciplinario militar núm. 2/59/93, dictó Sentencia el 31 de octubre de 1994 desestimándolo, y que ahora se impugna en amparo.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente era capitán de Artillería cuando a raíz de una imputación de *consentimiento en la relación adúltera* que mantenía su cónyuge fue sancionado por un Tribunal de Honor con la separación del servicio y con el pase a la situación de retirado. La correspondiente Orden Ministerial fue declarada válida y conforme a derecho por la Sala de lo

Militar del Tribunal Supremo frente a las alegaciones que ahora se reproducen en esta sede y que atribuyen a aquel procedimiento disciplinario militar la vulneración de diversos derechos fundamentales: a la igualdad (art. 14 C.E.), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías, a la asistencia letrada y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), y a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 C.E.).

Nos encontramos, pues, ante una solicitud de amparo frente a un acto de la Administración, regulada en el art. 43 LOTC. La extensión de su objeto a la Sentencia del Tribunal Supremo no se produce porque se le atribuyan a la misma nuevas vulneraciones de derechos fundamentales, sino porque culmina la vía judicial precedente al amparo, sin que, a juicio del recurrente, haya declarado y reparado las infracciones que había ocasionado la decisión administrativa.

2. A lo largo de los seis motivos que se sintetizan en los antecedentes de hecho, la demanda sucinta diversas cuestiones relativas tanto a derechos de contenido sustantivo como a las garantías procedimentales esenciales que recoge el art. 24.2 C.E. De modo comprensible para la defensa de sus intereses, máxime a la vista de la antigüedad de la inicial Orden Ministerial sancionadora, que data de 11 de enero de 1980, el recurrente sitúa prioritariamente su *petitum* en la nulidad radical de la misma y sólo subsidiariamente en su anulación orientada a la retrotracción de actuaciones y a la corrección de las quebras esenciales de procedimiento. La racionalidad de esta ordenación de sus pretensiones desde la perspectiva de la protección y reparación efectiva de los derechos fundamentales nos inclinan a separarnos de nuestra práctica habitual de anteposición del análisis de los motivos formales y a comenzar el presente por las denuncias más radicales de carácter sustantivo, que el recurrente concreta en tres alegaciones: las dos primeras se refieren al derecho a la legalidad penal desde la perspectiva de los principios de taxatividad y de tipicidad; la tercera, al derecho a la intimidad (art. 18 C.E.).

Concretamente, denuncia en primer lugar que se le ha sancionado mediante la aplicación de una norma abstracta en exceso y por ello generadora de una inseguridad jurídica «contraria al espíritu y la letra del art. 25 de la Constitución». El tipo sancionador que se aplicó al hoy recurrente fue el que recogía el art. 1.025 del C.J.M. Dicho precepto sometía a juicio y fallo de los Tribunales de Honor a «los Generales, Jefes y Oficiales de los Ejércitos en situación de activo o reserva que cometan un

acto contrario a su honor o dignidad, u observen una conducta deshonrosa para sí, para el Arma o Cuerpo a que pertenezcan o para los Ejércitos». Su sucesor, en el entendimiento de la Sentencia impugnada del Tribunal Supremo, vigente en el momento del dictado de ésta y también actualmente, es el art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sanciona el «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito».

Discute la demanda, en segundo lugar, la corrección de la subsunción realizada. Así, después de señalar que el consentimiento del adulterio no es delito —cosa que, por cierto, no niegan las Resoluciones recurridas—, afirma que el referido art. 1.025 del C.J.M. ha sido aplicado a un supuesto no previsto en la norma puesto que en modo alguno afecta al honor militar el hecho de consentir la infidelidad conyugal, máxime en atención a circunstancias concurrentes tales como la vigencia a la sazón del principio de indisolubilidad del matrimonio, la protección de sus hijas y las amenazas de su esposa de quitarse la vida o acabar con la de sus hijas. En suma, achaca a las resoluciones traídas a este proceso la vulneración del principio de tipicidad penal al haber llevado a cabo una extensión *in malam partem*.

Por último, la pretendida vulneración del derecho a la intimidad se basaría, a juicio del recurrente, en que los hechos de que se le acusa han tenido lugar en la más estricta esfera familiar en la que los poderes públicos no pueden entrar ya que «su potestad y soberanía es exclusiva del individuo y de su entorno familiar».

3. Respecto de la primera de las tres alegaciones, este tribunal ha tenido ocasión de reiterar que el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de *ley certa, praevia, scripta et stricta*, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

Como consecuencia o concreción directa de este mandato surgen una serie de prohibiciones entre las que destacan, por lo que aquí interesa, la interdicción de que el derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que unas y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o, finalmente, que el derecho sancionador pueda ser creado por los jueces.

Con todo, como también hemos dicho en repetidas ocasiones, y en concreto, como veremos de inmediato, respecto del precepto aquí aplicado, las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, si bien, en tales casos, para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad es preciso que la complementación exista realmente.

En efecto, constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 C.E. se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1º; 219/1989, fundamento jurídico 5º; 116/1993, fundamento jurídico 3º; 305/1993, fundamento jurídico 5º; 26/1994, fundamento jurídico 4º; 306/1994, fundamento jurídico 3º; 184/1995, fundamento jurídico 3º). Esta compatibilidad es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción.

En todo caso, admitir la compatibilidad entre el art. 25.1 C.E. y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

La aplicación de esta doctrina a los conceptos ahora cuestionados por su abstracción fue realizada ya por la STC 270/1994. Su conclusión fue la siguiente: «Cuando el art. 59.3 de la LO.R.D.F.A. se refiere como fundamento de la sanción extraordinaria que en él se prevé al comportamiento consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito”, está definiendo como motivo de la indicada sanción la realización de actos externos e individualizables que sean constitutivos de un grave atentado a la “disciplina, servicio o dignidad militar”. Así entendido, el tipo en cuestión no se opondría a la exigencia de taxatividad derivada del derecho reconocido en

el art. 25.1 C.E., ya que, pese a su aparente inconcreción, los conceptos acabados de mencionar resultan perfectamente determinables» (fundamento jurídico 6º).

Sin embargo, si se admitió la constitucionalidad del precepto aquí enjuiciado a pesar de incorporar conceptos normativos abiertos, fue porque esos conceptos eran «determinables», de modo que el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete aplicador de la norma. Éste debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma.

Atendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y, en especial, respecto del Juez, la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo, en casos como el presente, a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución.

Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse, según hemos dicho, de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 C.E. es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo. Ello significa que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias.

Podemos avanzar ya que en las resoluciones enjuiciadas no se explicita suficientemente el proceso de concreción de los conceptos indeterminados de honor contenidos en el art. 1.025 del C.J.M. vigente en el momento de producirse los hechos objeto de sanción. Sin embargo antes de proceder al análisis concreto de esas resoluciones, conviene en este caso que expongamos la *ratio decidendi* relativa a las otras dos alegaciones traídas a este proceso puesto que, como comprobaremos, todas ellas tienen un denominador común que, al completarse y reforzarse, aconseja su aplicación conjunta al supuesto aquí examinado.

4. En cuanto a la alegación relativa a la infracción del principio de tipicidad integrado en el derecho a la legalidad penal basada en que las

Resoluciones aquí recurridas han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del precepto de la ley, este Tribunal ha reiterado que la prohibición de este tipo de interpretaciones, así como la de interpretación y aplicación analógica, íntegra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex scripta, praevia, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 C.E.

En rigor, como hemos expuesto en la reciente STC 137/97, la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas «concretas, precisas, claras e inteligibles» (STC 34/1986, fundamento jurídico 5º).

El principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 93.), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de la leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla. Como afirmaba la STC 75/1984, en referencia al Derecho Penal, «el derecho (...) de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente (...), que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera (...) la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles» (fundamento jurídico 5º). O, en palabras de la STC 133/1987, «el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador» (fundamento jurídico 4º).

Establecido el contenido de este aspecto del principio de legalidad penal y precisado su fundamento conviene concretar cuál es el alcance del

control que el Tribunal Constitucional puede ejercer en su aplicación respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales y cuáles son las pautas o criterios que deben regir este control. A este efecto lo primero que debe advertirse es que es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados. Es más, aunque de *prima facie* pudiera parecer que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, no es ésta la consideración procedente. En rigor, desde la perspectiva constitucional, no toda interpretación y aplicación aparentemente incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que, ex art. 25.1 C.E., lo tiene por contenido.

Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación extensiva *in malam partem* —al igual que de la de interpretación analógica vulneradora del principio de legalidad penal— cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987, fundamento jurídico 5º), y en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento por la verificación del respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados y de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos.

En efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son

necesariamente abstractas y remiten implícitamente a una realidad valorativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/2982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad, de libertad y de legitimidad en juego, pero también de la competencia del Juez ordinario en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), discrimine entre las decisiones que forman parte del campo de elección legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley. Este criterio no puede quedar constituido por la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, canon de delimitación de ciertos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, amén de desconocer que la contenida en el art. 25.1 C.E. es una manifestación de aquel derecho que por su trascendencia aparece constitucionalmente diferenciada, una resolución judicial condenatoria que no adolezca de esos defectos puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano —y, como se ha dicho, no permitirle «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987, fundamento jurídico 5º)— y constituir una manifestación de la ruptura del monopolio legislativo —y administrativo, con la subordinación y limitación que le es propia— de determinación de las conductas ilícitas.

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable aplicación judicial o administración de lo decidido por la soberanía popular. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido ya como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia». De este modo, dicho en negativo, las afirmaciones anteriores, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible



de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su fundamento metodológico —por una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o por ser ajenas a los valores que informan nuestra Constitución conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. Para aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico debe partirse, en principio, de la motivación contenida en las resoluciones recurridas. Esta constatación, como veremos, cobra especial relieve en el caso aquí enjuiciado por lo que antes de proceder a su aplicación conviene precisar en este extremo la *ratio decidendi* aquí expuesta.

En efecto, los aspectos esenciales de la interpretación de la norma sancionadora realizada por el órgano administrativo o por el órgano judicial deben expresarse *ex art. 24.1 C.E. en la motivación de la resolución correspondiente*. Debe diferenciarse, no obstante, entre la existencia de una motivación o de una motivación suficiente y la de una aplicación de la norma acorde con el principio de legalidad. Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al art. 25.1 C.E. en cuanto constitutivo de una extensión *in malam partem* o analógica de la misma. Puede suceder también que, a pesar de la ausencia de motivación, o a pesar de su insuficiencia, sea constatable por la propia mecánica de la subsunción del hecho en la norma un entendimiento de ésta acorde con las exigencias del principio de legalidad. Habrá supuestos, finalmente, en los que sin una explicación suficiente no sea posible conocer el entendimiento judicial o administrativo del precepto en cuestión y su adecuación constitucional desde la perspectiva del art. 25.1 C.E.: supuestos en los que la motivación no «permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión» (STC 166/1993). De ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. En otros términos: al igual que hemos dicho al examinar el principio de taxatividad, la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el art. 25.1 C.E. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva.

5. Algo parecido debe decirse respecto de la alegada vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar.

No cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 C.E. Este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la «acción» ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad. En este sentido, basta recordar nuestras afirmaciones relativas a que «el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada» (STC 117/1994, fundamento jurídico 3º) y a que «el art. 18.1 de la Constitución (...) impide las injerencias en la intimidad “arbitrarias o ilegales”, como dice claramente el art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos» (STC 110/1984, fundamento jurídico 8º).

El hecho de que estas conductas íntimas tengan trascendencia externa no las sitúa sin más fuera del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque sí puede justificar el establecimiento de ciertos límites específicos en cuanto a su protección constitucional. En efecto, dado que salvo contadas excepciones, como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos, no cabe negar de entrada la posibilidad de que en el supuesto aquí enjuiciado la realización de conductas deshonrosas para el militar, el Arma o Cuerpo al que pertenece o para los Ejércitos pueda, en determinadas circunstancias, constituir un límite al servicio del derecho a la intimidad personal y familiar. Así parece reconocerlo el Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» frente a toda «injerencia de la autoridad pública», aunque añade, salvo que «esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (art. 8).

No obstante, como hemos tenido ocasión de reiterar en muy numerosas resoluciones, los límites impuestos al ejercicio de los derechos funda-

mentales deben ser establecidos, interpretados y aplicados de forma restrictiva y en todo caso no deben ser más intensos de lo necesario para preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. La limitación debe ser la mínima indispensable y, por ello, está sometida al principio de proporcionalidad al objeto de evitar sacrificios innecesarios o excesivos de dichos derechos. Esto exige, también en este caso, que las resoluciones que aplican los referidos límites tengan una motivación suficiente para poder controlar la proporcionalidad y, en suma, la constitucionalidad de la medida aplicada. La falta o la insuficiencia de la motivación puede llevar a la vulneración del derecho sustantivo afectado.

En efecto, como recientemente recordábamos en la STC 170/1996 «cuando se trata de una medida restrictiva de derechos compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la Constitución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (SSTC 50/1993, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, entre otras)». La falta o insuficiencia de la motivación afecta, pues, a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho a la intimidad y, por lo tanto, al propio derecho fundamental (SSTC 27/1989, 8/1990, 86/1995, 128/1995, 62/1996, 179/1996, entre otras).

Esta exigencia de motivación para poder controlar la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas limitadoras del ejercicio de un derecho fundamental es especialmente relevante en supuestos como el presente en el que ese límite lleva aparejadas consecuencias tan graves como la pérdida definitiva de la propia profesión y ello se produce mediante la aplicación de conceptos tan indeterminados y tan necesitados de una explícita interpretación y aplicación adaptada a los nuevos valores y preceptos constitucionales como es el tradicional concepto de honor militar, máxime cuando opera como límite de conductas relacionadas con comportamientos sexuales desarrollados fuera de las instalaciones militares. En estos casos, en los que está implicado el alcance de un derecho fundamental, no puede afirmarse que la interpretación y aplicación del precepto ordinaria, ni que nuestro control pueda limitarse a comprobar la razonabilidad o la simple existencia de motivación de las resoluciones impugnadas.

En suma, de cuanto llevados dicho se desprende como *ratio decidendi* para resolver la triple queja enjuiciada, que, dado el carácter indeterminado del tipo penal aplicado, el consiguiente mayor riesgo de extensión indebida y su efecto limitador de un derecho fundamental como el reconocido en el art. 18 C.E., las resoluciones traídas a este procesos de amparo incurrirán en las vulneraciones constitucionales denunciadas si están huérfanas de motivación suficiente.

6. Pues bien, aplicando la anterior razón de decidir a las referidas resoluciones debemos concluir que no cumplen el requisito de motivación exigible desde la perspectiva de los arts. 25.1 y 18 C.E.

Concretamente, respecto de la Orden Ministerial, según refleja el acta correspondiente, el Tribunal de Honor consideró que la conducta del recurrente consistente en el consentimiento del adulterio de su mujer era, sin más, «deshonrosa». Ninguna apreciación añadida contiene la Orden Ministerial que resuelve la sanción.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo, por su parte, al abordar en el fundamento 2º de su Sentencia las alegaciones relativas a la vulneración de los arts. 25 y 18 C.E., se limita a decir que «los actos contrarios a la dignidad y al honor fueron objeto de tipificación también entre las faltas militares tanto desde un punto de vista individual, como cuando afectaban al buen régimen de los Ejércitos o al prestigio de la institución militar (art. 443 del C.J.M.). De la declaración del inculpado prestada ante el propio Tribunal de Honor se deduce, por otra parte, la trascendencia del consentimiento para el adulterio, que se llevaba a cabo en su propio domicilio durante su permanencia y que tuvo repercusión en un orden también familiar. No puede sostenerse el carácter íntimo y personalísimo de la actitud y conducta observada por el recurrente que era susceptible de afectar no sólo a su propia personalidad sino también al prestigio de la institución militar a la que pertenecía». Añade, por último, que pueden existir conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio y dignidad militar, sin constituir delito o falta, puesto que pueden suponer un ataque al honor exigible a los Oficiales profesionales de los Ejércitos, cita en este sentido las Sentencias de la misma Sala de 6 de octubre de 1989 y 18 de mayo de 1992, relativas, la primera, a actividades relacionadas con un delito de cohecho y, la segunda, con un delito de contrabando.

La mencionada Sentencia vuelve a referirse al honor militar en el fundamento jurídico 4º. Sin embargo, lo hace en el contexto de la alegación relativa al derecho a la igualdad del art. 14 C.E., y se limita a apuntar un concepto abstracto de honor, a afirmar la existencia de un honor militar

dotado de características específicas y a concluir que, por ello mismo, la exigencia de un plus de moralidad a los militares no vulnera el mencionado derecho a la igualdad. Concretamente, para definir el honor militar la Sentencia reproduce literalmente la ya citada de 6 de octubre de 1989 de la misma Sala, diciendo que «el honor según la acepción más cabal de esta palabra es la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales. Tiene honor, en consecuencia, quién observa un comportamiento inspirado por unas exigencias morales más rigurosas a las que sirven de pauta al común de los hombres. El honor así entendido, no es, por supuesto, patrimonio de persona o grupo alguno, pero existen cuerpos y clases en el Estado a cuyos (miembros) puede serles exigido un cierto honor, es decir, una más alta moralidad, incluso a través de la vía coactiva del Derecho disciplinario, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían.

En esta situación de especial exigencia se encuentran indudablemente los militares, particularmente los profesionales, cuyas Reales Ordenanzas, definidas como la regla moral de la Institución Militar, vinculan jurídicamente en cuanto constituyen el contenido de una ley. El honor militar, en consecuencia, que los arts. 1 y 29 de las Reales Ordenanzas relacionan significativamente con el cumplimiento del deber, es, antes que ninguna otra cosa, la depurada actitud moral que ha de servir de presupuesto en el militar, junto al amor a la Patria, la disciplina y el valor, para el más exacto cumplimiento del deber, siendo éste el sentido primordial del honor militar, se comprende sin dificultad cuan equivocado está el recurrente al argüir que su acción no fue contraria al honor militar porque no era capaz de empañar la reputación de la institución. Aunque así fuese habría que oponer a tal razonamiento que dicha conducta es contraria al honor militar porque pone de manifiesto, en un profesional de la milicia, tanto una desmedida orientación al lucro, como una deplorable falta de escrúpulos en la elección de los medios para su consecución, lo que implica un nivel moral muy inferior, no sólo al que es exigible del (hombre) de honor, sino al que es propio del ciudadano mínimamente respetuoso con las normas más elementales de convivencia social». Realizada la larga autocita, el Tribunal Supremo aplica la doctrina al supuesto enjuiciado con la siguiente escueta conclusión: «Doctrina que tiene singular encaje en este caso, en cuanto patentiza que la exigencia de determinadas conductas en orden a la dignidad y al honor a ciertos individuos e incluso sectores sociales no supone la quiebra del principio de igualdad».

Si nos atenemos a las exigencias de motivación requeridas en el presente caso no cabe duda de que las resoluciones enjuiciadas son parcas a la hora de precisar el alcance del concepto de honor militar y manifiestamente insuficientes al razonar su aplicación al caso concreto del sentimiento del adulterio.

En efecto, como hemos reiterado, los conceptos de honor de los militares, del Arma o Cuerpo al que pertenecen o de los Ejércitos, cuando se emplean como elementos configuradores de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, deben precisarse con rigor a la luz de los valores y preceptos constitucionales y esta tarea debe llevarse a cabo teniendo en cuenta, sobre todo, las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas (art. 8.1 C.E.). Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la realización de conductas deshonorosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, el alcance de ese concepto debe irse concretando con el tiempo y a través de los cauces, especialmente los jurisprudenciales, conocidos en Derecho para llevar a cabo estos menesteres, y, sobre todo, como parte de este proceso de concretización, lo que debe explicitarse con sumo cuidado es la aplicación de estos conceptos a los casos enjuiciados, razonando por qué y en qué medida los supuestos analizados afectan al honor de los militares o de los Ejércitos hasta el extremo de justificar la separación definitiva de los mismos. Así lo ha reconocido con reiteración la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los preceptos relativos al honor y, luego, a la dignidad militares advirtiendo que estos conceptos se refieren a «conductas (...) no siempre definidas con toda precisión (...) ya que están en su mayoría descritas en términos de gran amplitud o subjetividad, lo que aun planteando problemas desde el punto de vista del principio de legalidad y de seguridad jurídica, no deja de estar justificado, dentro de ciertos límites (...) ahora bien, es preciso

puntualizar que si justificado está que determinados presupuestos de sanciones extraordinarias se definan con la indicada felexibilidad obligado es también que su apreciación en cada caso se realice con suma ponderación, evitando, por ejemplo, que lleguen a ser reprimidas por este procedimiento, pensado evidentemente para salir al paso de los comportamientos más deseables, acciones u omisiones que no podrían ser integrados en algunos de los tipos de acción concreta y casuísticamente enunciados en la ley» (Sentencia de 8 de mayo de 1989. En el mismo sentido, entra otras, Sentencia de 30 de abril de 1993).

Pues bien, el Tribunal de Honor y la Orden Ministerial nada dicen al respecto. Por su parte, el Tribunal Supremo define el honor como la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales y justifica la exigencia de una más alta moralidad a los militares «bien en la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían», pero, a parte de lo inconcreto de esta conceptualización, nada se dice de la aplicación al caso específico enjuiciado, salvo que la conducta enjuiciada y reconocida por el recurrente ha tenido trascendencia externa a pesar de producirse en su domicilio. De la insuficiencia del razonamiento basado en la trascendencia externa de la conducta se ha hecho eco la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo en la única Sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Constitución de 1988— en la que se analiza un supuesto que guarda relación con el aquí enjuiciado, concretamente se refiere a «la comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo» y parte, precisamente, de la premisa de que «no toda manifestación o exteriorización de tendencias homosexuales en un militar profesional (tiene) que ser forzosamente incardinado en el ilícito administrativo que consideramos», por lo que, tras esta afirmación, entra a ponderar con todo detalle en qué medida las circunstancias concretas del caso, como la reiteración de la conducta, la relación jerárquica entre los implicados, su realización o no «en el recinto militar», «con ocasión o no del servicio», afectan a la disciplina y atentan a la dignidad militar.

Pues bien, la ponderación de esta relación entre las circunstancias del caso y la concreta afectación al honor y dignidad militar falta en el supuesto objeto del presente recurso de amparo. En primer lugar debe advertirse que, a pesar de tratarse de una sanción por conducta omisiva, no se insinúa siquiera cuál debía ser la conducta jurídicamente debida en este caso, y, sobre todo, no se razona cómo esta omisión, relativa al ámbito de lo más íntimo y personal y realizada en el propio domicilio, fuera del

servicio, entre militares de distinta Arma y sin relación de jerarquía funcional, afecta al honor del Arma o de los Ejércitos, ni en qué medida incide en la disciplina, la organización interna o la eficacia en la realización de las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y lo hace hasta el extremo de merecer tan severa sanción como es la de la separación definitiva del servicio.

No cabe negar *a priori* que, en determinadas circunstancias, conductas íntimas como la que dio lugar al actual proceso puedan realmente afectar al honor militar. Sin embargo, a la luz de las pautas o reglas éticas o morales socialmente imperantes en la actualidad —pautas desde las que debe delimitarse el alcance del honor de los distintos grupos profesionales, sin incurrir en autodelimitaciones endogámicas—, y a la luz también de los valores y principios constitucionales, hoy la concurrencia de estas circunstancias en el caso examinado no puede darse por supuesta, sino que debe justificarse con todo detalle. Dicho de otra forma: en la actualidad no es algo que se imponga como evidente y no requiera explicación alguna el hecho de que atente al honor militar la práctica o el mero consentimiento de determinadas conductas sexuales en el propio domicilio. En cualquier caso, no basta para motivar esta conclusión la mera referencia a Sentencias relativas a supuestos de cohecho o de contrabando en los que aplicación del concepto de honor militar no colinda con ningún derecho fundamental y que plantean una problemática totalmente distinta de la relativa a la realización de determinadas prácticas sexuales. Por otra parte, tampoco puede sostenerse que existiera en el momento de dictar las resoluciones recurridas una jurisprudencia respecto a las relaciones entre el honor militar y las relaciones conyugales en el ámbito de las relaciones sexuales suficientemente consolidada como para justificar un razonamiento implícito o para remisión. La situación, como hemos apuntado, era precisamente la contraria.

En realidad, cabe concluir que ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué pauta o regla ético social o moral se valoró la misma, o cuál era el concreto comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se dicen menoscabados. Es más, tampoco precisan si la conducta deshonrosa —o, en la dicción de la Sentencia, el acto contrario a la dignidad y al honor— enjuiciada lo fue para el expedientado, para el Arma o Cuerpo al que pertenecía o para los Ejércitos, supuestos todos contemplados en el precepto sancionador utilizado y que no tienen necesariamente el mismo contenido ya que puede ser distinto el honor militar que el honor de los militares.



Todo ello configura una carencia de argumentación que impide conocer, más allá de la inicial indeterminación del precepto, tanto el tenor de la norma concreta aplicada como si el paso de aquélla a éste de produjo de la mano de «criterios lógicos, técnicos o de experiencia», o de un «contexto legal y jurisprudencial» (SSTC 133/1987, 89/1993) que hacían de esta última una regla vigente y, de su contundente sanción, una consecuencia previsible para la conducta reprochada y, muy especialmente, un límite al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

### III. FALLO

Estimar el recurso de amparo y, en su virtud:

1º Declarar que la Orden del Ministerio de Defensa, de 23 de noviembre de 1979, por la que se separaba del servicio al recurrente ha vulnerado su derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 C.E.) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 C.E.).

2º Anular dicha Orden Ministerial y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 34/1994, de 31 de octubre.

## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández

*Doctor en Derecho*  
*Comandante Auditor*

### SUMARIO

I. ACCESO A CUERPOS O ESCALAS E INGRESO DE PERSONAL LABORAL ADSCRITOS AL MINISTERIO DE DEFENSA. La consideración como mérito baremable, en la fase de concurso de cada convocatoria para el acceso a Cuerpos o la fase de concurso de cada convocatoria para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o de empleo no vulnerable el principio de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos.—II. ESCALAS DE COMPLEMENTO. Validez de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Real Decreto 537/1994, de 25 de marzo, en cuya virtud los Oficiales de las antiguas Escalas de Complemento se integraron en las nuevas Escalas de la Ley 17/89 como militares de empleo o de carrera, según los casos.—III. TRIENIOS. Validez de su cómputo con detracción del tiempo correspondiente al servicio militar obligatorio.—IV. VIVIENDAS MILITARES. Validez de la O.M. 146/1994, de 28 de diciembre, por la que se fijan nuevos cánones de uso de viviendas militares y se determinan las compensaciones económicas sustitutorias.

### I. ACCESO A CUERPOS O ESCALAS E INGRESO DE PERSONAL LABORAL ADSCRITOS AL MINISTERIO DE DEFENSA

La consideración como mérito baremable, en la fase de concurso de cada convocatoria para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o de empleo no es algo ajeno a los conceptos de mérito y capacidad, ni puede ser tildada de irracional o arbitraria, ni es extraña al marco constitucional o legal, por lo que no vulnera el principio

de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos. Tampoco es discriminatoria injustificadamente con respecto a quienes hubieran optado por la prestación social sustitutoria pues a estos últimos no se les impide el acceso. No es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el texto del proyecto o se introducen modificaciones no sustanciales ni cuando las discordancias entre el proyecto y el texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte aprobada.

**Tribunal Supremo.**

**Sala de lo Contencioso-administrativo.**

**Sección Séptima.**

**Sentencia de 15 de diciembre de 1997.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Martín González.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*—Se impugna en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato de Administración Pública de Comisiones Obreras el Real Decreto 364/95, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, y, en concreto el art. 1.2.d) del mismo, cuya nulidad se postula, cuyo texto expresa: 2) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, al personal que se relaciona a continuación le será de aplicación el régimen que en cada caso se señala: d) En la fase de concurso para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, así como en los procesos selectivos para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento, será mérito baremable en cada convocatoria el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo.

*Segundo.*—Frente a dicho precepto del Real Decreto 364/95, de 10 de marzo, el Sindicato actor solicita que se declare su nulidad, y, en conclusiones, que, en su caso, se considere la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en los arts. 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con

relación a la Disposición Adicional 11ª de la Ley Orgánica 13/91, de 20 de diciembre, Reguladora del Servicio Militar, a cuyo fin invocó, en síntesis, las siguientes alegaciones: a) con relación a la nulidad de la letra d) del número 2 del art. 1 del mencionado Reglamento por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que dicho precepto se introduce «ex novo» en el texto que se remite para su aprobación al Consejo de Ministros, pues no figura en los distintos Proyectos del Reglamento que se hallan en el expediente, ni se ha recomendado su redacción bien por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Públicas ni por la Comisión Superior de Personal, no figurando ni siquiera en el dictamen que, sobre el Proyecto que le fue remitido (de fecha 2 de diciembre de 1994), emitió la Comisión Permanente del Consejo de Estado en su sesión celebrada el 26 de enero de 1995, lo que, según la parte actora, implica que tal precepto se ha llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la elaboración de disposiciones de carácter general, recogido en los arts. 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente en este apartado; b) con relación a la vulneración de los arts. 14, 23.2, 30. 2 y 103.3 de la Constitución, que el establecimiento como mérito baremable del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o empleo para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, así como en los procesos selectivos para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento, supone, además de vulneración de los arts. 14 y 23.2 de la Constitución en relación con lo dispuesto en el art. 103.3 de ésta, el establecimiento de una situación discriminatoria para aquellos ciudadanos que, ejerciendo su derecho a la objeción de conciencia, opten por no llevar a cabo el servicio militar, sino por realizar una prestación social sustitutoria, con lo que, siempre según la parte actora, se estaría «sancionando» de forma encubierta a parte de la ciudadanía privándoles de acceder en condiciones de igualdad a la función pública dentro de un determinado Departamento Ministerial, por ejercer un derecho fundamental, lo que implica violación del principio de igualdad ante la Ley del art. 14 de la Constitución por tratarse de un supuesto de discriminación por razón de circunstancia personal, por haber ejercitado el derecho fundamental a la libertad de conciencia, legalmente desarrollado a través de la Ley 48/84, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria; y c) con relación a la violación de los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución en relación con los arts. 19 y 20 de la Ley

30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que dichos arts. vienen a desarrollar legalmente el principio de acceso en condiciones de igualdad del art. 23.2 de la Constitución, en relación con los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 de aquélla, fijando unas normas objetivas para la selección del personal y la provisión de puestos de trabajo (preceptos aquellos que se transcriben en la demanda), sin que la baremación que se impugna, siempre según la parte actora, encuentre cobertura legal en dichos arts. por no ser referible a los principios de mérito y capacidad y que vulnera el principio de igualdad al establecer una diferencia arbitraria entre españoles; alegaciones y pretensiones a las que se opuso el Abogado del Estado con los argumentos que en su escrito expuso.

*Tercero.*—La primera de las argumentaciones del Sindicato recurrente se refiere a la nulidad del preceto que impugna por haberse dictado prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones con carácter general, con apoyo en lo que, en síntesis, quedó expuesto —introducción «ex novo» de aquél en el texto que se remite para su aprobación al Consejo de Ministros, pues no figura en ninguno de los Proyectos del Reglamento que obran en el expediente, ni se ha recomendado su redacción bien por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Públicas, ni por la Comisión Superior de Personal, ni figura en el dictamen que sobre el Proyecto que le fue remitido emitió la Comisión Permanente del Consejo de Estado—, más ha de advertirse al respecto que una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido subrayando que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el texto o se introducen modificaciones no sustanciales (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1993, de la Sala Especial de Revisión de 6 de octubre de 1989, de 17 de enero y 14 de octubre de 1996 y 28 de abril de 1997), ni cuando las discordancias entre el proyecto y el texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada, pudiendo añadirse, en cuanto a otras alegaciones invocadas, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se

trate (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1996), «especialidades» que resultan de la comparación del propio texto del precepto cuya nulidad se postula con lo establecido en la Disposición Adicional 11ª de la Ley Orgánica 13/91, de 20 de diciembre, Reguladora del Servicio Militar, y que, por ahora, sólo se examinan desde la perspectiva de la pretendida ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

*Cuarto.*—El precepto impugnado es, desde tal punto de vista, acorde con la idea de que la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio de Defensa se regirá por sus normas especiales, que ya se recogía en los proyectos desde su primitiva redacción y, en concreto, en el que se sometió al dictamen del Consejo de Estado a que alude la parte actora, una de cuyas normas especiales es la Disposición Adicional 11ª de la Ley Orgánica 13/91, de 20 de diciembre, que regula el Servicio Militar, a cuyo tenor el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo se considerará como mérito para el ingreso en la Administración Militar, en la Guardia Civil, en el Cuerpo Nacional de Policía o en las Policías Autonómicas de las respectivas Comunidades Autónomas y para el acceso a puestos de trabajo del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos, de la forma que reglamentariamente se determine, de modo que tal «mérito» ya estaba legalmente previsto, por norma con rango de Ley Orgánica, que se remite a un desarrollo reglamentario posterior que ha de someterse a los preceptos legales que, por otra parte, no puede desconocer u olvidar, correspondiendo al Reglamento tomar en consideración dicho «mérito», a los efectos indicados, y ajustándose a Derecho su concreción a través de su baremación como tal de la forma en que se realizó en el precepto impugnado, que, por tanto, no es «nuevo», en el sentido que pretende la parte hoy recurrente, sino que respondía a una previsión legal, y que, por tanto, la supuesta modificación en el texto aprobado, con respecto a los anteriores proyectos, no es sustancial, en cuanto que la norma con rango de ley que desarrolla es lo que constituye el respaldo normativo preciso, y en cuanto que sólo accesorio puede ser que se concrete de un modo u otro dicha previsión legal, aunque pudiera existir diferencias entre los distintos proyectos y aunque el texto del que se sometió al dictamen del Consejo de Estado fuera diferente o difiera del que resultó definitivamente aprobado, en todo caso sin modificaciones sustanciales, puesto que en todos se recogía que la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio de Defensa «se regirá por sus normas especiales», constando también la audiencia de las

Organizaciones Sindicales, el informe de la Comisión Superior de Personal, y el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Pública, lo que obviamente excluye que se corresponda con la realidad la afirmación de la parte hoy demandante de que el Real Decreto de referencia, y, en concreto el precepto impugnado, se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

*Quinto.*—Los demás argumentos contra el precepto impugnado se apoyan, en síntesis, en la pretendida vulneración de los arts. 14, 23.2, 30.2 y 103.3 de la Constitución, y en la supuesta violación de lo dispuesto en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución en relación con los arts. 19 y 20 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que se transcriben en la demanda, preceptos aquellos, los incluidos en la Constitución, que, respectivamente, proclaman la igualdad de los españoles ante la Ley, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes, la objeción de conciencia y las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria, cuya regulación se remite a la Ley, y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, cuya regulación también se remite a la Ley, invocando la parte actora, también en resumen, que el establecimiento como mérito baremable del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o de empleo para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, así como en los procesos selectivos para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento, supone el establecimiento de una situación discriminatoria para aquellos ciudadanos que, ejerciendo su derecho a la objeción de conciencia, opten por no llevar a cabo el servicio militar, sino por realizar una prestación social sustitutoria, lo que, en su opinión, es un mérito irracional y arbitrario no acorde con los principios de mérito y capacidad, que implica «sancionar» de forma encubierta a parte de la ciudadanía, en concreto a los objetores de conciencia, tesis esta que la Sala no puede compartir en atención a una ponderada y reflexiva interpretación de dichos preceptos y de los arts. 19 y 20 de la Ley 30/84, acorde con los criterios que resultan de Sentencias del Tribunal Constitucional.

*Sexto.*—En primer lugar ha de señalarse que cuando la queja por discriminación se refiere, como aquí, a supuestos comprendidos en el art.

23.2 de la Constitución, no resultaría necesario invocar el art. 14 de la misma, por cuanto que, al concretar el art. 23 la regla genérica de igualdad en relación con el acceso a la función pública, es este el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto o la disposición que se impugna vulnera o no el principio de igualdad, a no ser que la desigualdad denunciada se deba a alguno de los concretos motivos de discriminación expresamente vedados en el art. 14 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 50/86, 84/87, 86/87 y 10/89, entre otras), por no ser el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos en derecho indiscriminado sino de configuración legal cuya satisfacción requiere, por tanto, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la leyes correspondiendo al legislador señalar las exigencias oportunas, dentro del debido respeto a los principios contenidos en el art. 103.1 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/87), pero tal principio de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos ha de ponerse en conexión con los principios de méritos y capacidad a que alude el art. 103.3 de la Constitución, precepto aquel, el del art. 23.2, que se refiere a los requisitos que señalan las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, libertad limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas, o incompatibles con los principios de mérito y capacidad, lo que supondría, ciertamente, una diferencia de trato irracional o arbitraria (Sentencia del mismo Tribunal 67/89) pues se prohíbe que tal clase de regulación se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (Sentencias del mismo Tribunal 27/91 y 269/94).

*Séptimo.*—Con tal planteamiento de la cuestión ha de enfocarse el examen del precepto cuya nulidad se pretende, que, además, repercutirá en la determinación de si procede o no plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 11ª de la Ley 13/91, de 20 de diciembre, de Regulación del Servicio Militar que la parte actora postula al amparo de los arts. 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, precepto legal aquel que, como se indicó, es la cobertura legal del precepto reglamentario que se impugna, y, bajo tal prisma —sin desconocer en absoluto el derecho a la objeción de conciencia y la consecuencia de la prestación social sustitutoria del art. 30.2 de la Constitución, que remite su regulación a la Ley, que es derecho



de naturaleza excepcional, puesto que incluye una exención de una norma general o del deber constitucional de «defender a España» impuesto en el art. 30.1 del mismo Texto Constitucional, y que se caracteriza como derecho constitucional autónomo (Sentencia del Tribunal Constitucional 160/87), relacionado con la libertad de conciencia que resulta del art. 16 de la Constitución—, obligada es la conclusión de que el establecimiento como mérito baremable, en la fase de concurso, y en los procesos selectivos de que se trata —precisamente para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa o para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento—, del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, es, en definitiva, consecuencia de que la consideración de los servicios prestados, no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad, ni puede ser tildada de irracional o arbitraria, ni es extraña al marco constitucional o legal.

*Octavo.*—Resulta, pues, que el tiempo efectivo de servicios puede poner de manifiesto la aptitud, experiencia, capacidad o predisposición para desarrollar una determinada función o empleo en el Departamento de referencia, y puede suponer unos méritos reconocibles y valorables (Sentencia del Tribunal Constitucional 60/94) sin excluir el acceso de los que optaron por la prestación social sustitutoria, como sucedería si se estableciera como requisito necesario para el acceso o para el ingreso un tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, que sí implicaría una restricción previa o una desigualdad de trato, lo que aquí no sucede, al fijarse sólo el tiempo de servicio como mérito baremable, sin rechazar a nadie, ni, en concreto, a quienes, por cualquier razón, no han prestado servicios en las Fuerzas Armadas, y sin que ello implique tratamiento injustificadamente distinto entre quienes los prestaron y no los prestaron, ni adscripción personal a personas individualmente seleccionadas, ni quebrantamiento de los arts. 19 y 20 de la Ley 30/84, por las razones expuestas, que también sirven de cobertera para no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que esta Sala no considera que la previsión legal de referencia, en norma con rango de Ley Orgánica, «pueda ser contraria a la Constitución», todo lo cual ha de dar lugar a la desestimación del recurso.

*Noveno.*—A los efectos del art. 131.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción no se aprecian motivos determinantes de un especial pronunciamiento sobre costas.

## II. ESCALAS DE COMPLEMENTO

Validez de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Real Decreto 537/1994, de 25 de marzo, en cuya virtud los Oficiales de las Escalas de Complemento en servicio activo podían solicitar su integración como militar de empleo con la categoría de teniente o alférez de navío y los capitanes y tenientes de navío, pertenecientes a las Escalas de Complementos en servicio activo y que no se integrasen como militar de empleo con la categoría de oficial, podían participar en las convocatorias para acceso por promoción interna a la Escala Superior o Media del Cuerpo a que complementan.

**Tribuna Supremo.**

**Sala de lo Contencioso-administrativo.**

**Sección Séptima.**

**Sentencia de 12 de diciembre de 1997.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*—Este recurso tiene por objeto la impugnación de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Real Decreto 537/1994, de 25 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Militar de Empleo de la Categoría de Oficial.

*Segundo.*—El apoyo legal a los preceptos que se recurren se halla inmediatamente en la Disposición Adicional Décima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, que regula el régimen del personal militar profesional, que establece la situación de los militares de la Escala de Complemento y Reserva Naval, que dicha Ley declara a extinguir, disponiendo, en lo que ahora interesa, que los militares de esa Escala, que en momento de entrada en vigor de esta Ley lleven más de seis años de servicios efectivos en las mencionadas Escalas se integraran en las Escalas Medias o Básicas correspondientes, y que los oficiales que no tengan ese derecho (por no llevar el tiempo de seis años de servicios efectivos) deberán acogerse a la normativa regulada en la Ley para los militares de empleo, cumpliendo, en caso contrario, el compromiso que tuvieran sin posibilidad de prórroga... Por otro lado en las Disposiciones del Decreto 537/94 contra las que se dirige el recurso, se establece que en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto, los oficiales de las Escalas de

Complemento que se encuentren en situación de servicio activo, podrán solicitar su integración como militar de empleo con la categoría de teniente o alférez de navío mediante instancia dirigida por conducto reglamentario y la segunda, respecto de la promoción interna, que los Capitanes y Tenientes de navío pertenecientes a las Escalas de Complemento que se encuentren en servicio activo, que no se integran como militar de empleo con la categoría de oficial, podrán participar en las convocatorias para acceso por promoción interna a la Escala Superior, o Media del Cuerpo a que complementan, en las condiciones que se reglamenten.

*Tercero.*—El recurrente en sus prolijas alegaciones, que aparecen mezcladas con los hechos, viene a esgrimir un agravio comparativo respecto de los militares de complemento que a la entrada en vigor de la Ley 17/1989, no optaron por pasar a militar de empleo, permaneciendo en la Escala de Complemento, a quienes durante el tiempo transcurrido desde dicha Ley hasta la entrada en vigor del derecho 537/1994, se les concedió la posibilidad de promoción en la Escala de Complemento, o la permanencia en la categoría de capitán, con los consiguientes mayores emolumentos, y que ahora con la nueva regulación del Decreto impugnado, se les concede plazo para optar a militar de empleo, y posibilidades de promoción interna mientras permanezcan en la Escala de Complemento, y ello, según el actor en perjuicio de quienes, como él realizaron la opción a militar de empleo, en 1990, a poco de la entrada en vigor de la Ley 17/1989, siguiendo las indicaciones de la Administración militar. Esta situación determina, en opinión del recurrente, la nulidad de las previsiones y convocatorias para promoción interna en las Escalas de Complemento que minuciosamente detalla en los hechos 12, 13, 15, 16, 17, 19 y 20 realizadas entre la Ley 17/1989 y el Derecho en cuestión. Y en relación al Real Decreto recurrido invoca su nulidad por infracción del art. 9º.3 de la Constitución, ante la grave situación de inseguridad jurídica que dice producida al haberse desarrollado la regulación legal de los militares de empleo, cuatro años después de su entrada en vigor. También aduce la invalidez del Real Decreto recurrido por contradicción a los dispuestos en la Ley 17/1989, y en el Real Decreto 562/1990, según afirma de conformidad a lo preceptuado en los apartados e), f), g) del art. 62.1 de la Ley 30/1992.

Termina por decir que las resoluciones mencionadas en los apartados 23, 24, 25 y 27 referentes a convocatorias para promoción interna de oficiales de empleo, posteriores a 1994, y fundadas en el Real Decreto 537/1994, son también nulas, al serlo éste.

*Cuarto.*—Las pretensiones del recurrente no pueden ser estimadas. En primer lugar porque es jurídicamente inviable que en este proceso se declare la nulidad de las convocatorias y provisiones por promoción interna subsiguientes a la entrada en vigor de la Ley 17/1989, y anteriores a 1994, por la simple razón de que no consta que en su momento hubieran sido recurridas ante la Administración, y porque ni tan siquiera se citan como impugnadas en el escrito de interposición de este recurso en vía jurisdiccional. Quizá por ello, no se reitera en el suplico de la demanda, la nulidad solicitada en los fundamentos de derecho. Y respecto de los actos de promoción interna posteriores al decreto objeto del proceso, por las mismas razones, todas ellas fundadas en el carácter esencialmente revisor de esta Jurisdicción.

*Quinto.*—Respecto del Real Decreto 537/1994, desde luego la invalidez alegada no podría fundarse en la infracción de lo dispuesto en el art. 62.1, apartados e), f) y g) de la Ley 30/1992, ya que como resalta la Abogacía del Estado esas provisiones se refieren a los actos y no a las disposiciones generales o normas, cuya nulidad se regula en el número 2 del precepto citado. Y porque desde esta precisa normativa no se aprecia contradicción ni con el art. 9º.3 de la C.E., ni con la Ley 17/1989. Lo primero, porque la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/1989, establecía un plazo máximo de cuatro años para su completo desarrollo y aplicación en las materias afectadas por la nueva regulación de los militares de empleo, y al aparecer el Decreto 537/1994 consta que se habían dictado las normas reglamentarias pertinentes, tales como el Real Decreto 1385/1990 sobre militares de empleo, Orden 120/1993, sobre provisión de destino, Decreto 1622/1990, de evaluaciones, clasificación y ascenso, Orden 24/1992, que lo desarrolla, Decreto 1994/1991, sobre retribuciones militares, Decreto 562/1990, sobre ingreso en centros docentes militares y acceso a la condición de militar de empleo. A lo que se añade que en la Ley 17/1989, no se fijaba plazo concreto para la publicación del reglamento ahora cuestionado. Y en cuanto a la Ley 17/1989, tampoco se observa contradicción entre sus determinaciones y las del Real Decreto en los aspectos recurridos, que guardan la debida correlación con la Disposición Adicional Décima, antes reseñada en lo sustancial del caso, así como con lo dispuesto en el art. 45, respecto de la posibilidad de promoción, ya que ningún precepto impide a los militares de complemento, en tanto permanezcan en esa escala, su promoción. O con lo previsto en los arts. 104 a 108 de la Ley, en cuanto al régimen de los militares de empleo. Respecto de la oposición al decreto 562/1990, tal alegación care-

ce por completo de consistencia, pues caso de darse la contradicción con el Decreto 537/1994, es a éste al que habría que estar al ser posterior y del mismo rango.

En definitiva, no se aprecia transgresión de la buena fe del interesado, o agravio comparativo, que, en su caso pudiera haber producido efecto por vía de igualdad del art. 14 de la C.E., pues la situación que describe el actor en la demanda, más bien parece obedecer a la diferente situación que aquel se hallaba respecto de esos otros que estima favorecidos por la regulación gubernamental, en relación al agotamiento del compromiso contraído para servir en la Escala de Complemento.

*Sexto.* —Por lo expuesto procede la desestimación del recurso; sin que ese aprecien motivos para una condena por las costas procesales causadas.

### III. TRIENIOS

Validez de su cómputo con detracción del tiempo correspondiente al Servicio Militar obligatorio. Inexistencia de discriminación injustificada entre los miembros de las Fuerzas Armadas y los funcionarios civiles por falta de identidad de los presupuestos iniciales de comparación. En el orden contencioso-administrativo el recurso de casación puede también fundarse en la infracción de normas de carácter reglamentario.

**Tribunal Supremo.**

**Sala de lo Contencioso-administrativo.**

**Sección séptima.**

**Sentencia de 21 de noviembre de 1997.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Gustavo Lescure Martín.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.* —La Sentencia recurrida ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don J.S.M.S. contra la desestimación presunta por silencio administrativo, posteriormente expresa por Resolución de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa de fecha 26 de mayo de 1993, del recurso de reposición formulado contra la nómina de haberes del mes de junio de 1992, en solicitud de nuevo

cómputo de tiempo de servicios a efectos de trienios, sin detracción del tiempo correspondiente al servicio militar obligatorio.

Anula la sentencia recurrida las resoluciones administrativas impugnadas, que considera aplicativas del artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 abril (según el cual el tiempo de servicios de las Fuerzas Armadas correspondientes a la duración del servicio militar obligatorio no se computará para devengo de trienios) por entender que dicha norma reglamentaria es ilegal al contrariar las normas de rango legal que rigen la materia, «lo que hace inaplicable dicho artículo 3.3 del Real Decreto 359/89 en virtud del artículo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Para llegar a la decisión adoptada comienza el Tribunal de instancia por referirse a la evolución experimentada por la normativa reguladora del sistema de trienios en la retribución del personal militar, señalando que dicha evolución culmina con la Ley 20/1973, de 21 de julio, en la que se computa a efectos de trienios todo el tiempo de servicios a partir de los dos primeros años como Clase de Tropa, por tratarse ese período temporal de la prestación del servicio militar obligatorio, previsión que coincide con la contenida en el Real Decreto 1461/1982 (que excluye del reconocimiento del tiempo de servicios de los funcionarios a las prestaciones personales obligatorias), con lo que, añade la sentencia recurrida, podría parecer que el Real Decreto 359/1989 no hace sino reproducir el estatuto de los funcionarios civiles en este punto, «lo cual haría ajustados a Derecho sus previsiones y los actos dictados a su amparo». Sin embargo, argumenta la Sala sentenciadora, la formulación de ambos Reales Decretos es muy distinta en cuanto que el Real Decreto 359/1989 «es limitativo de tiempos de servicio que serían reconocibles a efectos de trienios conforme a las normas de los funcionarios civiles», pues «el artículo 1.1 del Real Decreto 1461/82 excluye del reconocimiento de los servicios previos prestados a la Administración por los funcionarios de carrera las prestaciones personales obligatorias (entre las que ha de incluirse, palmarmente, el servicio militar obligatorio), pero si esta prestación personal, ya sea el servicio militar o la prestación sustitutoria, no es previa sino posterior, se encuentra amparado su reconocimiento en el artículo 29 de la Ley 30/84; en forma diferente, el artículo 3.3 del Real Decreto 359/89 excluye del cómputo del tiempo de servicio efectivo prestado en las Fuerzas Armadas el correspondiente al servicio militar obligatorio, lo cual es sustancialmente distinto, pues no establece la no inclusión en el cómputo del tiempo del servicio militar prestado previamente al ingreso en la Administración, sino la exclusión en el cómputo a efectos de trienios de

un tiempo de servicio igual al correspondiente al servicio militar obligatorio», y si tal norma, concluye la sentencia, podría considerarse justificada antes de la aplicación a los militares del estatuto retributivo de los funcionarios civiles, habida cuenta de que el obligado al servicio militar que ingresa en cualquier forma en las Fuerzas Armadas va cumpliendo simultáneamente dicho servicio militar, ya no tiene sentido, pues a los funcionarios civiles se les computa el tiempo del servicio militar a efectos de trienios, cuando lo han cumplido con posterioridad a su ingreso.

A lo expuesto agrega la sentencia recurrida otro argumento cual es el de considerar carente de sentido a la regla del artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989 en los supuestos de los militares de sexo femenino.

*Segundo.*—Antes de entrar en el examen del recurso conviene recordar que frente a lo que sostiene la parte recurrida, su admisión se ampara en el artículo 93.3 de la Ley de Jurisdicción, al responder el razonamiento seguido por el Tribunal de instancia al mecanismo de la denominada impugnación indirecta de disposición general, pues en otro caso el recurso había sido inadmisibile con arreglo al apartado 2.a) de dicho precepto, por tratarse de una cuestión de personal que no afecta a la extinción de la relación funcional del recurrente. Ello significa, lógicamente, que el conocimiento de la Sala queda limitado al análisis de la disposición impugnada indirectamente, que en este caso es el artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, cuestión a la que, efectivamente, se ciñe el único motivo de casación que articula el Abogado del Estado, como se verá a continuación.

*Tercero.*—Alega el representante de la Administración como único motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, la infracción por inaplicación del artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, por entender que, según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiteradamente, dicho Real Decreto cuenta con apoyatura y base legal, y concretamente su artículo 3.3, que ampara las resoluciones administrativas impugnadas, es coherente con lo que se dispone para los funcionarios civiles que hayan hecho el servicio militar, tanto en la Ley 30/1984 como en el Real Decreto Legislativo 670/1987, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en cuyo artículo 33 (*sic*), párrafo tercero, se dispone que no se entenderá como servicios al Estado el tiempo que permanezca el personal correspondiente en filas, prestando el servicio militar obligatorio, ni el tiempo equivalente a éste, si prestara dicho servicio militar en cualquier otra

forma o siendo alumno de alguna Escuela o Academia Militar; cita errónea esta última pues el artículo que se ha querido citar es el 32.3.

Aude la parte recurrida que el recurso no puede fundarse en el número 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción porque, a su juicio, dicho motivo no acoge la infracción de normas reglamentarias, como lo es el precepto que, por inaplicación, se cita como infringido; y que, por otra parte, la Sentencia a la que el Abogado del Estado se refiere en apoyo de la legalidad del Real Decreto 359/1989, aparte de ser insuficiente para poder hablar de vulneración de jurisprudencia, no guarda relación con la cuestión debatida en el proceso, ya que en ningún momento se pretende ni afirmar en la sentencia recurrida que dicho Real Decreto sea ilegal, sino tan sólo la inaplicación de un concreto apartado de su artículo 3º al ser de aplicación preferente otras disposiciones de rango legal superior a tal precepto reglamentario.

Estas objeciones carecen de fundamento. En primer lugar, en el orden contencioso-administrativo no es aplicable la doctrina jurisprudencial que sólo permite formular el recurso de casación civil en infracción de normas legales, pudiendo fundarse, por tanto, también en infracción de normas reglamentarias, que integran el ordenamiento jurídico. Y en cuanto a la invocación de la jurisprudencia que contiene el motivo alegado por el Abogado del Estado, se trata de una doctrina reiterada, de la que, como exponente, se cita una concreta Sentencia, sin que, por otra parte, quepa ninguna duda de que la Sentencia, sin que, por otra parte, quepa ninguna duda de que la Sentencia recurrida considera ilegal la norma reglamentaria de la que son actos aplicativos las resoluciones administrativas impugnadas, pues así lo declara de modo inequívoco en su fundamento sexto. Procede, por consiguiente, que entremos en el examen del motivo alegado por el representante de la Administración.

El presente recurso guarda sustancial identidad con los que ha resuelto la Sala en sentencias de 30 de octubre y 6 de noviembre de 1995 y 11 de marzo y 29 de abril de 1996, a cuyos fundamentos debemos por consiguiente atenemos aquí.

El artículo 3.3 del Reglamento de Retribuciones del personal militar aprobado por Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, dispone en su párrafo final que «el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondientes a la duración del servicio militar obligatorio no se computará para devengo de trienios».

Idéntica norma contiene, también en su artículo 3.3, el vigente Reglamento aprobado por Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre,



sobre cuya legalidad ya se ha pronunciado la Sala en Sentencias de 25 de octubre de 1993 y 10 de octubre de 1994, con una amplia argumentación en la que, como decimos en las citadas Sentencias de 30 de octubre y 6 de noviembre de 1995 y 11 de marzo y 29 de abril de 1996, hemos de abundar aquí por exigencias del principio de unidad de doctrina, al rechazarse en dichas sentencias motivos de impugnación sustancialmente iguales a las causas de ilegalidad que aprecia la sentencia de instancia.

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 artículo 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 artículo 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 artículo 4, después de señalar en el apartado 1 que los premios de permanencia remunerarán los períodos trienales de servicios efectivos prestados a las Fuerzas Armadas, establece en el apartado 2: «Para el devengo de estos premios se computará 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 artículo 5.6 de la Ley 113/1966. 4) Real Decreto 3.160/1977, de 28 de octubre, sobre régimen retributivo de Cabos Especialistas y Clases de Tropa y Marinería. Establece en su artículo 1.1 que el mencionado personal, «una vez cumplidos los dos años iniciales de Servicio Militar en Filas», sólo podrán ser remunerados por los conceptos que se establecen en dicho Real Decreto, añadiendo en el artículo 5.2 que el cóm-

puto de los trienios se iniciará» a partir de la fecha en que les sea de aplicación el presente Real Decreto».

Por otra parte, tanto en la Administración Civil del Estado como en las Fuerzas Armadas, los trienios se devengan por cada tres años de servicios (Cfr. artículo 23.2.b) de la Ley 30/1984 y artículo 3.3, primer párrafo, del Real Decreto impugnado indirectamente), entre los cuáles no puede ser incluida la prestación del servicio militar obligatorio, pues, según establece el artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, «a efectos de perfeccionamiento de trienios, se computarán todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualquiera de las Administraciones Públicas citadas en el artículo 1º de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, sea el que fuere el régimen jurídico en que los hubieran prestado, excepto aquéllos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias», carácter que tiene el servicio militar obligatorio con arreglo al artículo 30.2 de la Constitución —así lo declaraba el artículo 1º de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar, y lo declara el artículo 1º de la vigente Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre—. En la misma línea el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, dispone en el artículo 32.3, primer párrafo, que no se entenderá como servicios al Estado «el tiempo que permanezca el personal correspondiente en filas prestando el servicio militar obligatorio ni el tiempo equivalente a éste, si prestara dicho servicio militar en cualquier otra forma o siendo alumno de alguna Escuela o Academia Militar».

Por consiguiente, la exclusión del tiempo del servicio militar obligatorio para el cómputo de los trienios viene siendo una constante en la normativa sobre retribuciones del personal militar y es coherente con la naturaleza de prestación personal obligatoria que reviste dicho servicio, que determina su consideración por el ordenamiento jurídico como tiempo no computable a efectos de trienios.

*Cuarto.*—La argumentación que lleva a la sentencia recurrida a considerar ilegal el precepto reglamentario que ampara a las resoluciones administrativas impugnadas, consiste básicamente en entender que si bien dicha norma se hallaba justificada antes de que se aplicara al personal militar el estatuto retributivo de los funcionarios civiles, incurre en ilegalidad una vez que se ha producido tal aplicación, ya que con arreglo al artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se computa a dichos funcionarios el tiempo de servicio militar cumplido después de su ingreso en la función pública.

El razonamiento no puede compartirse pues la aplicabilidad de la Ley 30/1984 al personal de las Fuerzas Armadas viene dada mediatamente, bien por su carácter de norma supletoria conforme al artículo 1.5 de dicha Ley o por la remisión que a ella hace la disposición final segunda de la Ley 37/1984, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo del personal militar al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, adaptándolo a «la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados», adaptación que efectuó el Real Decreto 359/1989. Pero por ninguna de estas dos vías es aplicable al personal militar el artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984, según el cuál los funcionarios civiles pasan a la situación de servicios especiales cuando cumplan el servicio militar, pues el cumplimiento de dicho servicio por quienes ya están encuadrados en las Fuerzas Armadas no implica la alteración de la situación administrativa de actividad del interesado, con lo que mal puede entenderse que la norma reglamentaria cuestionada quebranta el principio de jerarquía normativa.

Y tampoco cabe apreciar que dicho norma reglamentaria discrimine a los miembros de las Fuerzas Armadas en relación con los funcionarios civiles, habida cuenta de lo dispuesto en el citado artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984, ya que, según hemos declarado en las citadas Sentencias de 25 de octubre de 1993 y de 10 de octubre de 1994, «no existe en el presente caso la identidad de situaciones que constituye presupuesto indispensable para poder apreciar, en su caso, la infracción del artículo 14 de la Constitución, 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 artículo 5.4 de la Ley 19/1984, de 8 de 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 artículo 32.1 de la misma Ley, debiendo señalarse que, conforme establece el artículo 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 (artículo 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.

artículo 65 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar, aprobado por Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo), mientras que el funcionario civil se ve obligado a optar entre demorar su preparación para el ingreso en la Administración o, previas las oportunas prórrogas, cumplir el servicio militar una vez ingresado, pasando a la situación administrativa de servicios especiales, prevista en el artículo 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». Tan sensibles diferencias impiden, por tanto, apreciar la existencia de discriminación con relación a los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

*Quinto.*—Por último, señala la sentencia recurrida que la norma reglamentaria que nos ocupa carece de sentido en los supuestos de militares de sexo femenino, pero, aparte de que ese no es el caso de autos, el hecho de que la disposición proyecte sus efectos únicamente sobre los militares de sexo masculino, en cuanto que sólo ellos se hallan sujetos al servicio militar obligatorio, no supone su invalidez, pues se trata de una obvia consecuencia de la no exigibilidad de dicho servicio a las mujeres, cuestión ajena al contenido de la norma y a la que no se refirió el demandante.

*Sexto.*—Procede, por tanto, estimar el único motivo de casación que el representante de la Administración invoca al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, y, declarando haber lugar al recurso, casar la sentencia recurrida para, para en su lugar, desestimar el recurso contencioso-administrativo por ser conforme a Derecho la disposición reglamentaria impugnada indirectamente e inaplicada por el Tribunal de instancia.

*Séptimo.*—Respecto de las costas causadas en esta fase casacional y de conformidad con el artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte satisfará las suyas, sin que se aprecien méritos para una especial declaración sobre las de la instancia.

#### IV. VIVIENDAS MILITARES

Validez de la Orden Ministerial 146/1994, de 28 de diciembre, por la que se fijan nuevos cánones de uso de viviendas militares y se determinan las compensaciones económicas sustitutorias. Las cesiones en uso de las

viviendas militares son arrendamientos especiales excluidos del ámbito de aplicación de la legislación sobre arrendamientos urbanos y sobre viviendas de protección oficial. El artículo 47 de la Constitución no consagra un derecho del militar a que la Administración le proporcione una determinada vivienda o la haga en ciertas condiciones. Las viviendas sometidas al régimen de arrendamientos urbanos o al de protección oficial no son términos de comparación con las viviendas militares a efectos de extraer pretendidas violaciones del principio constitucional de igualdad.

**Audiencia Nacional.**

**Sala de lo Contencioso-administrativo.**

**Sección cuarta.**

**Sentencia de 23 de diciembre de 1997.**

**Ponente: D. Angel Falcón Dancausa.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*—El presente recurso jurisdiccional interpuesto por doña C.P.R., se dirige contra la Orden del Ministerio de Defensa número 146/1994, de 28 de diciembre, por la que se fijan nuevos canones de uso de viviendas militares y se determinan las compensaciones económicas sustitutorias.

La parte actora pretende la nulidad de la Orden impugnada, apoyando su impugnación, fundamentalmente, en el argumento de que la vivienda que ocupa se construyó al amparo de la normativa sobre viviendas de protección oficial, habiendo celebrado un contrato de arrendamiento sujeto a las normas establecidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos y satisfaciendo, un alquiler, que no canon de uso, por ello. Partiendo de ese presupuesto, considera que la Orden impugnada vulnera los artículos 1, 9, 14 y 47 de la Constitución Española, dice traer causa de lo dispuesto en los artículos 29 y 38 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, pero entiende que dichos preceptos no son aplicables y, en consecuencia, estima de aplicación la normativa reguladora de las viviendas de protección oficial y de los arrendamientos urbanos comunes.

Frente a ello el Abogado del Estado articula oposición afirmando la legalidad y acierto de la resolución impugnada, aunque con remisión a los fundamentos contenidos en una Sentencia anterior de la Sección, referida a la impugnación de otra Orden que estableció canones de uso y compensaciones sustitutorias, pero en la que se tratan algunos muchos temas

ahora no cuestionados, y no se responde a otros de los que se suscitan en este proceso.

*Segundo.*—Vistos los términos en que el proceso ha quedado planteado, hay que advertir que las cuestiones suscitadas en él han sido ya tratadas y resueltas por este mismo Tribunal en Sentencias precedentes, por ejemplo, Sentencias de 4 de diciembre de 1996 (recursos 130/95 y 160/95), de 21 de mayo de 1997 (recursos 133/95 y 149/95), o 30 de julio de 1997 (recursos 126/95, 136/95, 156/95 y 159/95), referidas a idénticas impugnaciones a la que ahora nos ocupa, exponiéndose en ellas una argumentación que, al no haber sido desvirtuada por la empleada ahora por las partes, no procede sino reproducir.

Se comienza subrayando en las Sentencias ya dictadas que toda la impugnación que la parte demandante hace de la Orden recurrida, descansa en la consideración de que la vivienda que ocupa se construyó al amparo de la legislación sobre viviendas de protección oficial, y la ocupa en virtud de un contrato de arrendamiento sujeto a la normativa común en virtud del que se abona el correspondiente alquiler. Derivando de estos postulados los distintos argumentos impugnatorios.

Ahora bien, de la mano de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe apuntar que el presupuesto de que se parte no es correcto desde un punto de vista jurídico.

En efecto, por una parte, se ha precisado por el Tribunal Supremo que las cesiones en uso de las viviendas militares son arrendamientos especiales, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.3 de esta Ley, que excluye de su régimen aplicativo las viviendas que los empleados y funcionarios tuvieren asignadas por razón del servicio prestado o en razón del mismo, tal como acontecía en todo el sistema de disfrute de viviendas del personal militar, contemplado en la normativa de los Patronatos; y, por otra, la misma conclusión se infiere respecto de las viviendas de protección oficial, pues si bien es cierto que los Patronatos de Casas Militares han podido beneficiarse del régimen de viviendas protegidas en la construcción de edificios para la aplicación de sus fines específicos, ello no implica alteración de las relaciones jurídicas entre esos organismos y los beneficiarios de casas militares, ya que la Disposición adicional del Real Decreto 1631/1980, de 18 de julio, de adjudicación de viviendas de protección oficial cuya titularidad corresponda al Estado o a sus organismos autónomos, excluye del ámbito de su aplicación a las destinadas al personal militar, y el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre,

de desarrollo del Real Decreto 31/1978, de 31 de octubre, en sus artículos 12, 49 y 53, preceptúa que los Patronatos de Casas Militares afectos al Ministerio de Defensa se regirán, en cuanto a su régimen legal y fijación de rentas, por su legislación peculiar, conforme a las normas orgánicas de los propios Patronatos (Sentencias del Tribunal Supremo de 16,17, 20, 21, 27 y 30 de noviembre, 10, 14 (2), 15, 16 y 18 de diciembre de 1992, 22 (4), 23 (2), 25, 29 (3), 30 (3) y 32 (2) de marzo, 2, 5 (4), 6 (3), 7 (3), 16 (4), 19 (5), 20 (5), 21, 22, 26 (4), 28, 29 y 30 (2) de abril, 3 (2), 4, 10 (2), 11 (3) y 14 de mayo, 16, 19 (9), 20, 21, 22, 23 y 24 de julio, 20 (2), 21 (2), 23, 24, 25, 27 (3), 28 (6), 29 (4) y 30 (7) de septiembre, 5 (3), 11 (2), 14, 18, 19 (2) y 25 de octubre, 2, 10, 15, 22 y 23 (4) de noviembre, 10 (3), 15 (2), 16, 17 (2), 20 (2), 21, 22, 23 y 27 de diciembre de 1993, 18, 26 y 27 de enero, 2, 3 y 7 de febrero, 18 de noviembre (2) de 1994, etc.).

Ante ello, cabe concluir, al igual que hace el Tribunal Supremo, que la materia regulada en el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, del que trae causa la Orden impugnada, en nada incide en la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en las Leyes de viviendas de protección oficial (así, Sentencias de 30 de noviembre de 1992 o de 18 de noviembre de 1994), por lo que la exclusión del ámbito de aplicación, tanto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como de la normativa propia de las viviendas de protección oficial, de las denominadas viviendas militares y de las cesiones de su uso, determina la absoluta falta de fundamento de la pretensión deducida, pues ni resultan desconocidos derechos de inquilinato anteriores, ni se ha producido privación ilegal de legítimos derechos de la parte recurrente (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1995).

*Tercero.*—De lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior se infiere que ninguna de las alegaciones que realiza la parte demandante desvirtúan lo allí razonado, al partir de unos presupuestos que no son correctos en Derecho, ante la interpretación que al respecto viene realizando reiteradamente el Tribunal Supremo. Si bien se pueden añadir algunas precisiones al respecto y referidas a concretos motivos de impugnación:

a) El artículo 47 de la Constitución Española, consagra el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, estableciendo la correlativa obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo dicho derecho. Ahora bien, como ha indicado el Tribunal Supremo, en dicho precepto se realiza una declaración general que debe

interpretarse sin particularismos y con un régimen de igualdad para todos (Auto de 7 de octubre de 1986), en el que se establece, según el Tribunal Constitucional, un mandato o directriz que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (Sentencia 152/1988, de 20 de julio).

Pero en dicho precepto, en modo alguno se consagra que los funcionarios públicos o, más concretamente, los militares o sus familias, tengan derecho a una vivienda o a disfrutar de una vivienda en determinadas condiciones proporcionada por la Administración. Por el contrario, como recuerda la exposición de motivos del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que, entre otras cosas, se dictan normas en materia de viviendas militares, el establecimiento de las llamadas «viviendas militares» responde a facilitar el ejercicio de la función militar debido a la movilidad de sus integrantes, dando una mayor operatividad a las distintas Unidades de las Fuerzas Armadas, a fin de que sus integrantes puedan, en la medida de lo posible, cubrir sus necesidades de vivienda.

Ahora bien, no puede desconocerse la práctica imposibilidad material de que la Administración proporcione a todos los militares una vivienda, y mucho menos que esa vivienda sea similar para todos. Aparte de que la mera posesión de tales bienes supone cuantiosos gastos. A fin de combinar todos estos aspectos, en el Real Decreto citado se han regulado, por una parte, el establecimiento de un canon mensual, variable y determinado anualmente, tanto respecto de las viviendas militares de apoyo logístico —artículo 29—, como para las demás viviendas —artículo 44—, y, por otra parte, el reconocimiento de una indemnización compensatoria a quienes no hayan podido acceder a una vivienda militar de apoyo logístico, también fijada anualmente —artículo 38—.

Y precisamente la fijación anual del canon o de la compensación indemnizatoria y su modificación en las sucesivas anualidades, no afectan en modo alguno al contenido del artículo 47 de la Constitución que, como hemos dicho, no consagra un derecho del militar a que la Administración le proporcione una determinada vivienda o lo haga en ciertas condiciones, ni, correlativamente, establece la obligación de aquélla de hacerlo así.

b) Como nos enseña el Tribunal Supremo, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, aspira a evitar que se traspaesen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas (Sentencia de 19 de mayo de 1987), y no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación (Sentencia de 17 de abril de 1990).



De esa forma, entendida la arbitrariedad como un acto contra la justicia o la razón dictado por el capricho (Sentencia de 10 de enero de 1992), para apreciar su existencia es necesario que aparezca que la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados implique un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza (Sentencia de 16 de julio de 1987).

Aplicando lo anterior al supuesto de autos, puede concluirse que la Orden impugnada no es arbitraria, sino, por el contrario, razonable y justificada. Así, no debe olvidarse que junto con el canon se establecen compensaciones económicas sustitutorias, ante la imposibilidad de que todos los militares puedan encontrar al llegar a su destino una vivienda militar. Y siendo también evidente, que hay ciudadanos donde el nivel de vida, globalmente considerado, es más alto que en otros, confluyendo en este aspecto otra pluralidad de facetas.

c) Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente este Tribunal, el derecho fundamental contenido en el artículo 14 de la Constitución, confiere a todos los españoles el derecho a no soportar un perjuicio, ni una falta de beneficio, desigual o injustificada, en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos, criterios jurídicos y normativos, tanto por los que se contienen en las normas jurídicas, como por los criterios jurídicos que se adopten en aplicación de tales normas, ya que la igualdad del artículo 14 lo es ante la Ley y ante la aplicación de la Ley (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984 y 64/1984, de 21 de mayo, 49/1985, de 28 de marzo, 52/1986, de 30 de abril, 73/1989, de 20 de abril, etc...).

Ahora bien, sin olvidar que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1982, de 6 de julio, 151/1986, de 1 de diciembre, etc...), y que no toda desigualdad de trato en la Ley o en la aplicación de la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia entre situaciones que de hecho pueden considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnadas dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable (Tribunal Constitucional, Sentencias, entre otras, 253/1988, de 20 de diciembre, 261/1988, de 22 de diciembre, 39/1989, de 16 de febrero, 90/1989, de 11 de mayo y 68/1990, de 5 de abril).

A efectos de aquella primera comprobación, es indispensable que quien alega la infracción del artículo 14 de la Constitución, aporte un término de comparación válido, demostrando así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato. A falta de ello, toda denuncia de discriminación carece de relevancia desde la perspectiva del citado artículo 14 (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1987, de 20 de mayo, 253/1988, de 20 de diciembre, 68/1989, de 19 de abril, 162/1989, de 16 de octubre, 160/1990, de 18 de octubre, etc...).

Y este término válido de comparación no se ofrece en el recurso, en el que las referencias son genéricas, sin que sirva como tal el civil sometido al régimen previsto en, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la vivienda sometida al régimen de protección oficial, al tratarse de supuestos muy diferentes, que responden a otros condicionantes, presupuestos y normativas.

d) Finalmente, señalar que la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, también excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 5, apartado b), «el uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica».

*Cuarto.*—Todo lo hasta aquí dicho conduce derechamente a la desestimación del recurso jurisdiccional, al ser el acto combatido ajustado al Ordenamiento jurídico, siendo por ello procedente su ratificación

### **III. BIBLIOGRAFIA**

# **1. RECENSIÓN DE LIBROS**

VARIOS AUTORES: Constitución y Jurisdicción Militar, presentación de M. Ramírez, Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», Libros Pórtico, Zaragoza, 1997 (217 páginas).

El 16 de abril de 1996 se celebraba en Zaragoza una Jornada sobre «Tratamiento constitucional de la Jurisdicción Militar: aspectos teóricos y prácticos», organizada por la Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mellada» y amparada por la Academia General Militar. Contó con la participación de algunos de los más prestigiosos autores que, desde la Judicatura, la Universidad o la Enseñanza Militar se han ocupado con mayor relevancia del estudio de la jurisdicción castrense, así como destacadas personalidades dentro de ésta.

El presente volumen reúne, con una edición impecable, los textos íntegros de las ponencias y comunicaciones presentadas en la Jornada, intervenciones que, en su conjunto, ofrecen al lector una visión completa acerca de la jurisdicción castrense como sistema, de su encaje constitucional y de diversos asuntos concernientes a la misma (Ministerio Público, defensor judicial, Derecho disciplinario, operaciones militares fuera del territorio...). Dicho mosaico de asuntos y la pluralidad de intervinientes — con el contraste puntual de pareceres — convierten el trabajo en una obra amena y didáctica.

La «presentación» de este segundo número de los *Cuadernos Lucas Mallada*, corre a cargo de Manuel Ramírez, Catedrático y Director de la Fundación, quien alcanza el apasionamiento al explicar, en sus primeros párrafos, los avatares de los *Cuadernos* como iniciativa editorial.

Aunque con un cierto retraso desde el acontecimiento que lo motiva, el volumen aparece en un momento especialmente oportuno, uno de éstos en los que cíclicamente se arremete contra esta jurisdicción: desde el Legislativo se le amenaza con una significativa reducción de la planta de los Juzgados Togados para adecuar la organización de la Justicia militar a su volumen real de asuntos, y desde el propio Poder Judicial con un tratamiento poco proclive en el tan anunciado Libro Blanco. Saliendo al paso de tales acontecimientos y de un desigual trato por parte de la doctrina, los

distintos partícipes en la Jornada argumentan, básicamente, en torno a dos grandes postulados: por una parte, la independencia de la jurisdicción militar —unánimemente reconocida en lo formal pero que, en opinión de los más, resulta virtualmente vulnerable por lo débil de sus garantías—; por otra, su carácter de jurisdicción especial, con la única excepción de Montull Lavilla, que la califica de especializada.

Bajo el título de «Estatuto de los miembros de la Jurisdicción Militar e independencia de los órganos judiciales militares», abre la Jornada la intervención de Rodríguez-Villasante y Prieto, Presidente del Tribunal Militar Central. Glosando una veintena de autores y una quincena de sentencias (tanto del Tribunal Constitucional cuanto de las Salas III, V y la de Conflictos del Tribunal Supremo) ofrece un completo y riguroso panorama de la situación en la doctrina, en la jurisprudencia y en lo que él denomina «postura oficial» —o institucional—, integrada por las declaraciones del Ministro de Defensa, por las resoluciones e informes elaborados por las distintas asesorías jurídicas del Departamento, por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal.

Tras justificar la integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial del Estado y su carácter especial dentro de ésta, Rodríguez-Villasante y Prieto expone los principios en los que se inspira actualmente la jurisdicción militar y de las críticas que ésta recibe por lo endeble de la independencia de sus titulares —potencialmente hablando—, y de la frecuente alternancia de éstos entre destinos judiciales con otros de asesoramiento o administrativos. Viniendo de un autor tan significado dentro de la organización de la justicia militar, el tratamiento que hace de dicho asunto es de un rigor encomiable.

Dentro de la que Rodríguez-Villasante denomina «postura oficial» expone las teorías que justifican la corrección formal del sistema de garantías de los jueces militares y sus niveles, a saber: primero, los que reiteran el esquema básico del artículo 117 de la Constitución, encarnados en el Título Preliminar de la Ley Orgánica 4/1987; segundo, el que ampara la inamovilidad e independencia de los jueces militares (arts. 66 y 67); tercero, el estatuto de los mismos (inmunidad, incompatibilidades, prohibiciones y garantía disciplinaria, del título VIII); y cuarto, la responsabilidad disciplinaria judicial del Título IX, en todos los casos de la citada Ley Orgánica 4/1987. A tales postulados enfrenta diversas opiniones doctrinales, a las que añade la suya propia en el último párrafo, y cuyo balance final resulta poco halagüeño para la independencia del juez militar.

Tras la cita textual de diversos pasajes de la jurisprudencia, analiza en

profundidad las sentencias 204/1994 y 113/1995 del Tribunal Constitucional. La importancia de ambas trasciende del caso concreto. La primera de ellas, tratando de un recurso de amparo, revisa y proclama la constitucionalidad del estatuto del juez militar como detentador de una parcela de poder judicial, rechazando sucesivamente los argumentos esgrimidos en su contra, cuales son su pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar, su sometimiento al régimen disciplinario militar y la posibilidad de una pérdida de destino por razón de ascenso como posibles causas adversas a la constitucionalidad del sistema. La segunda sentencia, relativa a una cuestión de inconstitucionalidad, revisa y aprueba la constitucionalidad de la organización de la Justicia Militar.

Millán Garrido realiza la segunda de las aportaciones, bajo el título: «La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional», subtitulándola como «Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar». En ella, y contrastando sus planteamientos con los de más de cuarenta autores, expone —con la expresión del docente, la analítica del investigador y la síntesis del práctico— la vertiente jurisdiccional del Derecho disciplinario, probablemente una de las parcelas más inacabadas del Derecho militar.

Tras una primera parte en la que, a modo de planteamiento, bosqueja los principales aspectos y problemas con los que se enfrenta la Jurisdicción militar —y que fue, obviamente, denominador común en todas las intervenciones de la Jornada—, centra su intervención en el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria, en especial, el artículo 17 de la LCOJM.

Después de exponer los antecedentes y la génesis parlamentaria de dicho artículo, desgrana Millán Garrido las cuestiones que suscita el mismo, a saber: la tutela judicial de las sanciones disciplinarias, la dualidad de recursos, la exclusión de la revisión jurisdiccional de las sanciones por falta leve, la determinación de cuáles sean las normas de desarrollo y la responsabilidad disciplinaria judicial militar (sólo de los recursos, para evitar reiterar el contenido de otras comunicaciones), tanto en lo que se refiere a las categorías de personas sujetas a ella como en el procedimiento para hacerla efectiva y en los recursos.

Los apartados tercero y cuarto de la intervención de Millán van referidos específicamente al Derecho disciplinario militar: breve referencia a los antecedentes y a los argumentos que permitían su exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa; definitiva atribución a la jurisdicción castrense del control judicial de la potestad disciplinaria y —muy en espe-

cial— la tajante exclusión del control judicial en las sanciones impuestas por falta leve —de la que se manifiesta como claro detractor— a lo que se unen (dentro de la tercera parte del trabajo) los recelos contra la fase administrativa de los recursos contra las sanciones disciplinarias. En cuanto al control jurisdiccional, trata Millán de la propia atribución de la tutela judicial en materia disciplinaria a la jurisdicción militar, el ámbito del recursos contencioso disciplinario militar preferente y sumario y los actos sancionadores excluidos del control jurisdiccional, aspecto éste último al que dedica mayor atención, abogando por la implantación de un recurso contra las sanciones por falta leve, de tramitación simple, ante el Juez Togado Militar.

Casajús Aguado, Comandante Auditor, dedica su intervención a «El ejercicio de la Jurisdicción Militar en operaciones fuera del territorio nacional», en la que, valiéndose de sus experiencias en la misión española en la guerra de la ex Yugoslavia, ha tratado de los supuestos de extraterritorialidad contemplados en la legislación penal militar española, competencia, partes, instrucción de procedimientos, así como del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

López Viadelo, Comandante de la Guardia Civil, presenta una breve comunicación sobre «La Guardia Civil, Cuerpo de naturaleza militar, con un régimen disciplinario específico», en la que recoge el *iter* legislativo y jurisprudencia que conduce a la consolidación de la naturaleza militar de este Cuerpo y de sus sistema disciplinario, primero identificado con la citada Ley Orgánica 12/1985 y posteriormente con su normativa específica, la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio.

Resulta especialmente significativa, por razón de la autoridad que ostenta, la intervención de Jiménez Villarejo, Presidente de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, titulada: «Subsistencia de la especialidad de la Jurisdicción Militar». En ella afirma que cuando el legislador diseñó la jurisdicción militar pensó en una especialización, buscando un nuevo orden judicial. Sin embargo, el necesario mantenimiento de determinadas singularidades orgánicas y procesales obligaba a ésta a pasar por la especialidad jurisdiccional, siendo éste el resultado obtenido. Señala, además, dos vías de comunicación con la jurisdicción ordinaria y sus órganos de gobierno al amparo de la nueva legislación: la primera es la creación de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, donde la especialidad deja paso a un orden jurisdiccional, fundiéndose en la jurisdicción ordinaria; la segunda vía es la facultad revisora sobre las faltas disciplinarias judiciales —también de lo militar— atribuida al Consejo General del Poder Judicial, pese a las



amplias competencias en orden al gobierno de los tribunales de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.

La participación en la Jornada de Montulla Lavilla, antiguo Fiscal de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, lleva por título «Caracterización de la Fiscalía Jurídico Militar en el Derecho vigente». El asunto carece de una literatura jurídica solvente, lo que supone un mérito que añadir a los intrínsecos del trabajo, entre los que destaca lo dinámico y directo de su estilo y la variedad, inmediatez y actualidad de sus fuentes.

El estudio de Montull comprende tres partes bien diferenciadas. En la primera lleva a cabo una catalogación legal del Ministerio Fiscal, exponiendo —en cuanto al Ministerio Fiscal de la Jurisdicción Ordinaria se refiere— las diferentes tesis doctrinales acerca de su incardinación en los poderes estatales agrupadas en torno a dos posturas: la judicialista y la que lo incluye en el Poder Ejecutivo. Cambia, sin embargo, de metodología al exponer los criterios sobre la Fiscalía Jurídico Militar —cuya Jurisdicción, por cierto, califica de especializada—. En este caso distingue entre las posiciones contrarias a la regulación contenida en la Ley Orgánica 4/1987 y otras que, sin ser enteramente proclives, podrían calificarse de conciliadoras.

En una segunda parte —que no llega a formar cuerpo diferenciado dentro de la distribución del trabajo— establece: primero, una comparación entre la Carrera Judicial y el Ministerio Fiscal desde la perspectiva funcional y estatutaria, distinguiendo dentro de ésta la doble vertiente judicialista y administrativa; y segundo, la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal Jurídico Militar —al que incardina en el Poder Ejecutivo—, haciendo una somera exposición de su estatuto jurídico.

En la tercera y última parte, Montull concreta sus conclusiones finales en torno a la valoración del conjunto del sistema positivado constitucional y legislativamente de la Fiscalía Jurídico Militar —y a la propia Jurisdicción Militar— y en especial acerca de la necesidad de reforma del Ministerio Fiscal, comenzando por su condición jurídico-política, dotándole en todo caso de inequívocas y auténticas garantías legales de independencia respecto del Ejecutivo.

Con la comunicación titulada: «La designación de defensor en el proceso penal militar» participa en la Jornada Llorente Sagasetta, Juez Togado Militar, analizando la defensa del encartado en el proceso militar: autodefensa, supuestos de necesidad legal de defensa letrada, distinción entre la asistencia letrada y designación de defensor, supuestos especiales (arts. 107 y 167 LCJM), funciones del defensor y ejercicio concreto de la defen-

sa técnica.

Sería Herrero Perezagua, Profesor de la Universidad de Zaragoza — único de los intervinientes no vinculado directamente con la Jurisdicción Militar— quien, con su intervención —Jurisdicción Militar y Unidad de Jurisdicción», pusiera el contrapunto de la Jornada, con una serie de afirmaciones que se aparaban del resto de los asistentes. Así, niega el principio de unidad jurisdiccional, por la existencia de una jurisdicción especial, cual es la militar. Ello es así porque fallan, según Herrero, las garantías necesarias al no existir exclusividad en las funciones judiciales de los Jueces Militares; igualmente niega la existencia del Juez natural por faltar la predeterminación legal en algunos casos, como en la designación de los órganos jurisdiccionales que acompañan a las Fuerzas españolas fuera del territorio nacional (por cierto, que sólo ha habido un caso y lo fue en la Guerra del Golfo); y lo que falla, sobre todo —en su opinión— es la inmovilidad, sino la «unidad en el vértice» sólo un modo de intentar salvar la contradicción existente. Concluye su breve pero intensa intervención cuestionando la propia existencia de la jurisdicción militar, abogando por incardinarla en el orden jurisdiccional penal, creándose dentro de éste órganos especializados y que el contencioso-disciplinario se integrara en el contencioso-administrativo.

Cierra el volumen la comunicación de Prados Prados, Teniente Auditor y Profesor Asociado de Derecho Administrativo, titulada: «Significación y alcance de la reforma introducida or la Ley Orgánica 16/1994 en materia de responsabilidad disciplinaria judicial», que subtítulo: «Especial referencia a la subsistencia del Régimen Disciplinario Militar en este ámbito». La tesis que sustenta es que la coexistencia sobre los jueces militares de dos sistemas disciplinarios (uno como jeces, sujeto al autogobierno, y otro como militares, susceptibles de corrección por el Ministro de Defensa y por los Jefes de su propio Cuerpo de los que dependan orgánicamente), no supone un ataque a la independencia judicial. Para ello, tras exponer y valorar la reforma que para la Ley Orgánica 4/1987 de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar supuso la Ley Orgánica 16/1994, analiza el régimen jurídico aplicable, estudia los principales problemas que se suscitan en la aplicación de sendos sistemas, enunciando y justificando finalmente su tesis.

Cabe concluir diciendo que el presente volumen condensa un debate —necesariamente abierto—, no sólo sobre las grandes cuestiones que afectan a la jurisdicción militar (características esenciales para unos y elementos disgregadores para otros), sino acerca de cuál puede ser su deve-

nir inmediato. El conocimiento y comprensión de estos asuntos representa un *prius* al estudio de otras cuestiones sustantivas, organizativas o procedimentales y, como ya se ha visto, todos ellos son susceptibles de enfoques muy diversos. De ahí que una de las virtudes del presente trabajo sea precisamente su variedad —más que de temas, de planteamientos—, y ello lejos de distorsionar la imagen del lector acerca de la Jurisdicción Militar lo que consigue es precisamente centrarle en su estudio.

Antonio R. Hernández Olivencia  
*Capitán Auditor*

HERMANN OEHLING (ed.): *La defensa de España ante el siglo XXI*, Fundación Cánovas del Castilla, Madrid, 1997.

La Fundación Cánovas del Castillo ha tenido el acierto de compilar en este volumen una serie de textos que, elaborados en el seno de un seminario dirigido por el profesor recientemente fallecido Hermann Oehling —cuya preocupación por esta temática venía de antiguo—, abordan los problemas relativos a la defensa nacional en el presente y futuro inmediato. Los autores, un grupo de militares ya en situación de retiro o reserva —circunstancia ésta que garantiza su ecuanimidad—, han puesto sus conocimientos y experiencia al servicio de unos estudios tan infrecuentes en España, como si la defensa nacional y su influencia en la política exterior española y en el desarrollo técnico y científico de la nación fuese algo poco importante o desdeñable.

Consta el volumen, además de una presentación del presidente de la Fundación, Carlos Robles Piquer, del prólogo del coordinador y de la introducción del general Alcázar Sotoca, de una serie de once ensayos que van del enmarcamiento de la seguridad de España en el actual cuadro estratégico mundial a los problemas de la sanidad militar. Entre ambos se tocan cuestiones de tanta trascendencia como la seguridad y la defensa de Europa, las posibles bases para una política militar española, la adecuada estructuración de la defensa, los problemas de personal y la financiación de la defensa y seguridad de España.

Como en toda obra colectiva, también en este caso se percibe, si bien atenuada, una cierta irregularidad bien en cuanto a algunos de los contenidos, bien en cuanto a su tratamiento. En general, pues, se ha logrado un alto nivel de coherencia y homogeneidad, que convive con la no menos llamativa variedad de ideas y soluciones apuntadas. Me permito señalar, en cuanto a las lagunas e inconcreciones, la concurrencia de la Armada y, sobre todo, del Ejército del Aire, en la defensa nacional, y —desde el singular ángulo de la sede a que va dirigida esta nota— la completa omisión de la temática de la jurisdicción militar. Omisión bien significativa esta última, expresiva su evaporación práctica.

Sobrevolemos ahora el conjunto, deteniéndonos en algunas de sus caracterizaciones más acertadas. Desde luego, se fija claramente como premisa que sin espíritu nacional no hay ninguna posibilidad de levantar un sistema de defensa creíble, aun en el caso —que no es el nuestro— de que contásemos con una organización perfecta y bien dotada de recursos económicos y humanos. «No se defiende aquello en lo que no se cree», se nos dice en uno de los capítulos. Y es una gran verdad. A continuación, presentan gran significación dos trabajos, los relativos a la estructura de la defensa y al estudio de las personas a su servicio. Esta última levanta la tan debatida y tan importante cuestión del reclutamiento de los efectivos personales, en consecuencia, y más concretamente, del mantenimiento o no del servicio militar obligatorio. En ambos casos las conclusiones no se compadecen con ningún apriorismo, sino que se deducen de análisis rigurosos y objetivos. También, no son demasiado confortables desde el prisma del conformismo político o mediático.

Se estudia, a continuación, y con detenimiento, la actual estructuración de la defensa y su consecuencia más inmediata y palmaria, la superposición de potestades y facultades, con la proliferación de órganos inútiles en el Ministerio de Defensa, junto a la confusión que acarrea entre lo que es el debido control político de los mandos militares y lo que propiamente vienen a constituir intromisiones en las decisiones puramente técnicas. Esto es lo que, las más de las veces, ocurre con la actual organización del Ministerio, con puestos ocupados por personas ayunas de todo conocimiento de la orgánica y especial delicadeza de las decisiones de mando militares. Cuando se crean órganos —es la conclusión— con la finalidad de «colocar» a determinadas personas sin tener en cuenta ni sus conocimientos ni la necesidad del órgano que se crea, es fácil que por doquier aparezcan las disfunciones, agravadas algunas veces por el sectarismo político.

Mucha envidia tiene el trabajo relativo al sistema de reclutamiento, que parece una de las pocas aportaciones serias que se han publicado en los últimos tiempos, más allá de la demagogia periodística y partidista, y que aborda la conveniencia de supresión del servicio militar obligatorio. Como si, después de dos siglos, hubiéramos vuelto a las posiciones del siglo XVIII, nos ha sido dado ver un escenario en el que la izquierda defiende la continuidad de esa forma de reclutamiento, al tiempo que la derecha postularía su eliminación. Esto es lo que, de forma absolutamente improvisada y con consecuencias que están aún por verse, nos deparó la campaña electoral de las últimas elecciones generales. Exigencias del progresivo reformismo-centrista.

No se ha eludido tampoco en el volumen el factor económico, esencial, y uno de los pilares de cualquier sistema de seguridad y defensa. Lo que presenta un especial mérito, ya que en esta materia no suele salirse de la generalización, el oportunismo y, en definitiva, la ignorancia, paradigmática en el falso y repetidísimo tópico de la necesidad de reducir los gastos militares por improductivos, como si lo fueran todos los servicios que necesita y se prestan a la comunidad nacional. Siguen así, dos interesantes trabajos sobre la financiación de la defensa. Los datos que aportan son demoledores y demuestran hasta qué punto ha llegado el descuido y la irresponsabilidad en esta materia, una de las más propicias a la demagogia política y electoral. Pero la gravedad es aún mayor, porque la falta de unas mínimas inversiones en defensa no sólo es que dejen a la nación sin ninguna capacidad de respuesta frente a un ataque a sus territorios o a sus intereses, sino que condicionan su puesto en la esfera internacional y, más aún, suponen una pérdida de riqueza para el conjunto. A menos que caigamos en la inconsecuencia de quienes pasan la vida reclamando reducciones en los gastos de defensa y protestan luego con no menos vehemencia cuando se cierran fábricas de armas o se clausuran astilleros en Cartagena o El Ferrol. Los autores de los estudios comentados no dejan de idear soluciones para un mejor aprovechamiento de los recursos asignados al ramo de defensa, siempre escasos, pero también ponen de manifiesto que es esta escasez la que paradójicamente viene a hacer más costosa la defensa, pues si ésta pierde eficacia disuasoria e instrumental al servicio de la política exterior española la relación coste/beneficio cae a cero, con lo que la inversión realizada se convierte en un auténtico desperdicio de recursos materiales y humanos.

Finalmente, llama la atención el capítulo dedicado a la aportación de la Guardia Civil a la defensa nacional en tiempo de paz, que es otro sector, habitualmente en la penumbra, sacado a luz acertadamente por los diseñadores del volumen. La Guardia Civil no sólo cumple un papel fundamental en la defensa del orden público, sino que también forma parte importante de la estructura de la defensa nacional. No es baladí —y de ahí el mérito de la muy exacta configuración que a este respecto ofrece el libro— saber que todo el territorio nacional necesita para su defensa del concurso importantísimo de un cuerpo que ha superado las importantes pruebas y vicisitudes a las que le ha sometido la historia de España, algunas, por cierto, bien recientes.

Si bien las principales ideas que se contienen en las páginas de los trabajos recién comentados no parecen haber inspirado hasta ahora la políti-

ca del Gobierno del Partido Popular, como no lo hicieron antes —ocioso es decirlo— la de los sucesivos y casi evieternos Gobiernos socialistas, bien está cuando menos que la Fundación Cánovas del Castillo, próxima a aquél, haya dado a la estampa este aporte fundamental a un problema tan descuidado por quienes forman —casi forjan— la opinión pública española y por los responsables de dotar a la nación española de un sistema de seguridad y defensa creíble y eficaz.

Miguel Ayuso

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

