

**REVISTA
ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

76

**JULIO
DICIEMBRE
2000**

**Escuela Militar de
Estudios Jurídicos**

Ministerio de Defensa



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General Consejero Togado

CONSEJO EDITORIAL:

José Jiménez Villarejo, Ex-Presidente de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo. José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Agustín Cormales Elizondo, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central. Isabel Revuelta de Rojas, Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Luis Bernardo Alvarez Roldán, General Auditor. Javier Aparicio Gallego, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Jesús Bello Gil, Teniente Coronel Auditor. José Luis Bermúdez de la Fuente, Ex-Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Manuel Blaque Avilés, Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Estanislao Cantero Núñez, Coronel Auditor. Emilio Fernández Piñeyro Hernández, Teniente Coronel Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Manuel García Labajo, Teniente Coronel Auditor. José Rojas Caro, General Auditor. José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz, Letrado del Consejo de Estado. Antonio Millán-Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado. 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. Rafael Matamoros Martínez, Teniente Coronel Auditor. Carlos Pérez del Valle, Comandante Auditor. Diego Ramos Gancedo, General Auditor. Francisco Menchen Herrerros, Coronel Auditor.

SECRETARIO:

Carlos Eymar Alonso
Coronel Auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS:

Pedro Escribano Testaut, Capitán Auditor. Manuel Colás Gómez de Barreda, Capitán Auditor. David Suárez Leóz, Capitán Auditor y Juan Carlos González Barral, Capitán Auditor.

REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.
Teléfs.: 91 422 07 09
Fax: 91 422 07 08

SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléfs.: 91 205 42 22. Fax: 91 205 40 25
Correo electrónico: Publicaciones@mde.es.
Precio de este número: 1.000 Ptas. (6,01 euros).
Suscripción anual: 1.600 Ptas. (9,62 euros).

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**

76 JULIO
DICIEMBRE
2000

MADRID

Edita:



MINISTERIO
DE DEFENSA

SECRETARÍA
GENERAL
TÉCNICA

NIPO: 076-00-048-O

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta del Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre 2000

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 76 JULIO-DICIEMBRE 2000

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1 JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ «El destino de los inmuebles desafectados de la Defensa». 13
- 1.2. MILENA COSTAS TRASCASAS, «El Comité Internacional de la Cruz Roja y la regla de la confidencialidad como garantía de su actuación: Reflexiones al hilo de la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 27 de julio de 1999 31
- 1.3. CARMEN TIRADO ROBLES, «La renuncia a la guerra en la Constitución japonesa y sus repercusiones en las relaciones exteriores de Japón» 69

2. NOTAS

- 2.1 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El nuevo Régimen Disciplinario militar: Reflexiones en torno a la obra “Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”» 125
- 2.2. ANGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Castillo Algar”, de 28 de octubre de 1998» 153
- 2.3. EMILIA JIMÉNEZ YUSTE, «Las cuestiones de personal excluidas del recurso de casación: Especial referencia a la Administración Militar».....
- 2.4. PEDRO JOSÉ FERNÁNDEZ DOTÚ: «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: Unas consideraciones críticas» 187



II. DOCTRINA

1. **LEGISLACIÓN.** Por Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
2. **DOCUMENTACIÓN**
 - 2.1 Doctrina del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 213
 - 1.2. Estados partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española 231

III. DOCTRINA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1 «Curso de Derecho Internacional Humanitario», Varios autores. Por Carlos Eymar Alonso 253
- 1.2. «Derecho Penal Internacional», de Alicia Gil Gil. Por Luis Bernardo Alvarez Roldán 257
- 1.3. «Creación de una jurisdicción penal internacional», Varios autores. Por Javier Aparicio Gallego..... 265

2. NOTA A UNA RECENSIÓN

- «Ciudadano y Soldado». Réplica a Francisco Blay Villasante. Por David Blanquer Criado. 285

3. NOTICIAS DE LIBROS

- Por D. Carlos Eymar Alonso 253

4. RECENSIÓN DE REVISTAS

- 4.1 «Rassegna della Giustizia militare», Maggio-Agosto 1998, Anno XXIV» Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto..... 309
- 4.2 «Cuadernos de la Guardia Civil», Por Luis B. Alvarez Roldán..... 313

5. NOTICIAS DE REVISTAS

- 5.1 Por D. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz..... 325

IV. INFORMACIÓN

- XV Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, Lillehammer (Noruega), 6 a 10 de junio de 2000 329

V. NECROLÓGICA

- In memoriam: Carlos Rodríguez Devesa. Por Luis Oraa Rodríguez..... 349

ÍNDICES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

- En Volumen adjunto al nº 76 de la Revista Española de Derecho Militar



I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

EL DESTINO DE LOS INMUEBLES DESAFECTADOS DE LA DEFENSA NACIONAL

Por José I. Morillo-Velarde Pérez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 1. El nuevo sentido de la desafectación. 2. Algunos supuestos de la realidad actual. 3. El caso de los inmuebles militares. II. EL DOMINIO PÚBLICO MILITAR. 1. El carácter demanial de los bienes afectados a la defensa nacional. 2. La consideración de los bienes afectados a la defensa como un patrimonio autónomo. 3. La utilización de entes instrumentales para la liquidación de inmuebles desafectados de la defensa nacional. 4. La Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa. III. VALORACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

1. EL NUEVO SENTIDO DE LA DESAFECTACIÓN.

Una de las pocas cuestiones pacíficas en relación con la controvertida figura jurídica del dominio público la constituye, sin duda, la afirmación de la trascendencia de la afectación de los bienes a un destino de carácter público como puerta de acceso al régimen demanial. Se comprende, por tanto, que gran parte del interés doctrinal sobre esta temática se haya centrado en delimitar su concepto, modalidades y el despliegue de su eficacia sobre los bienes que le sirven de objeto (1). A estos planteamientos, que

(1) Sobre la afectación me remito a mi trabajo *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992, págs 92 y ss. y a la bibliografía allí citada, en especial creo que pueden considerarse clásicos ARIÑO ORTIZ, G. *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP,

pueden considerarse clásicos, se empieza a añadir otras perspectivas a impulso de los cambios que en los últimos tiempos se están operando en el Derecho administrativo como consecuencia de las transformaciones más amplias de la sociedad del fin de milenio -nuevas tecnologías, sociedad de la información, globalización de no pocos fenómenos etc-. Desde la extensión de la afectación a finalidades de interés general a bienes de titularidad particular, que determina nuevas categorías de bienes apenas estudiadas entre nosotros -las cosas públicas de titularidad privada- hasta la posible vinculación de los bienes desafectados a finalidades de interés general, una vez que cesa la causa que motivó su primera afectación. Cobra así especial importancia la figura de la desafectación. Y no es que hasta el momento presente ésta se encontrase huérfana de tratamientos doctrinales o hubiese quedado al margen de las preocupaciones del legislador. Sin ir más lejos, el art. 132. 1 de la CE se ocupa en dejar bien claro al legislador ordinario que sólo a él corresponde regular los diversos aspectos de aquélla. Pero hay que reconocer que el interés que ha suscitado hasta fechas recientes tenía un carácter marcadamente negativo, propio de su sentido gramatical significado por el prefijo *des-* de cese de la condición demanial porque el bien desafectado perdía la significación de carácter público que un día motivó su inclusión en el demanio, para adquirir la más amorfa e indiferenciada que tradicionalmente ha convenido a los bienes patrimoniales: los que no están afectados a un uso o servicio público, según rezan en la actualidad numerosas leyes de nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que hoy esta definición negativa no puede ya aplicarse a este tipo de bienes. El bien desafectado en este contexto era esencialmente el bien sobre el que la Administración había perdido sus potestades de protección propia, en los enérgicos términos en que para el demanio reconoce nuestro Derecho, y se encuentra inerme frente a abusos o usurpaciones sin apenas más mecanismos de protección que los que genéricamente dispensa el Derecho privado a los bienes de los particulares.

Fenómenos recientes -aunque de novedad relativa, pues de todos ellos cabe citar importantes antecedentes, si bien por su carácter aislado y, en ocasiones, marginal, se les ha prestado escasa atención en la mayor parte de los casos- obligan a un planteamiento diferente de este aspecto tan

Madrid, 1973; CLIMENT BARBERÁ, J. *La afectación de bienes al uso y servicio público*, Institución Alfonso el Magnánimo, Diputación provincial de Valencia, 1979 y SÁNCHEZ BLANCO, A. *La afectación de bienes al dominio público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1979.

importante del régimen demanial que forzosamente debe integrarse en una concepción novedosa del conjunto de los bienes públicos, en la que luce como primer postulado el abandono de la clasificación de bienes de dominio público frente a bienes patrimoniales como dos realidades absolutamente antagónicas e irreductibles, de perfiles nítidos, entre las que, al menos desde una perspectiva conceptual, no existe otra relación que la de la contraposición y en la que lo definitivo es el significado directo de los bienes demaniales como bienes públicos frente a la indiferenciación de los bienes patrimoniales que sólo de modo indirecto y a través de sus rentas y productos tendrían trascendencia de cara a los intereses generales. El gozne entre una y otra categoría era precisamente el binomio afectación-desafectación.

No es el momento de detenernos en estas cuestiones que atañen a la concepción del régimen general de los bienes públicos y que excede con creces el propósito de esta intervención (2), aunque sí conviene destacar que de la misma forma que la afectación ha desbordado el mundo del demanio propiciando la vinculación a finalidades públicas de bienes públicos de carácter patrimonial e incluso de propiedad privada de particulares, la desafectación no es ya, sin más, un fenómeno jurídico de desvinculación, pues los bienes públicos desafectados no quedan ajenos a cualquier requerimiento del interés general una vez que cesó la causa de su primitiva afectación. Este es el aspecto del régimen de los bienes públicos que va a ser objeto de nuestra atención, si bien no considerado en abstracto sino de manera especial en relación con unos bienes que integran una porción del demanio de especial interés cual es el demanio militar o, dicho de otra manera, los bienes afectados a la defensa nacional.

2. ALGUNOS SUPUESTOS DE LA REALIDAD ACTUAL.

La preocupación que guía este trabajo no es en absoluto simplemente teórica. Acontecimientos de la realidad cotidiana nos ponen frente a supuestos de bienes de diversas especies que, una vez cumplida la finali-

(2) Me he ocupado con mayor detalle en El Estatuto Jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas. En *Infraestructuras ferroviarias del Tercer Milenio*. María Jesús Montoro Chiner (coord.) Cedecs, Barcelona, 1999.

dad de carácter público que en otro tiempo justificó su afectación, se resisten a la completa pérdida de significación pública. Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse el caso de las vías pecuarias o de algunas vías férreas que por mor de nuevos planteamientos de carácter técnico o económico han perdido su primitivo sentido de interés público y, en consecuencia, han quedado desafectadas.

En relación con las primeras, las vías pecuarias, conviene destacar que en un espacio relativamente corto de tiempo -muy corto tratándose del tipo de bienes de que se trata- han sido objeto de dos leyes diferentes, la Ley 22/1974, de 27 de junio y la Ley 3/1995, de 23 de marzo, endureciendo las características demaniales en busca de una mayor protección, al tiempo que paradójicamente se constataba una desaparición o, al menos, una considerable disminución de la importancia de la finalidad que en otras épocas les dio pleno sentido: la ganadería trashumante con sus características tradicionales de desplazamiento utilizando los itinerarios que estas vías posibilitaban. Pero a la par que esta modalidad ganadera ha ido desapareciendo o disminuyendo drásticamente, suplantada por otra forma de entender la ganadería acorde con las nuevas circunstancias técnicas y económicas, han aparecido nuevas necesidades con las que estos grandes espacios que surcan gran parte de nuestro país adquieren nuevo sentido con relevancia pública. Se trata de dar respuestas a las exigencias de una sociedad postindustrial y desarrollada que atiende a la calidad de vida a través de la protección ambiental como una de sus principales preocupaciones, el contacto con la naturaleza y la búsqueda de fórmulas acordes con estos ideales para cubrir sus necesidades de ocio y tiempo libre. De esta forma las vías pecuarias se convierten en corredores verdes, auténticos pulmones de unas sociedades asfixiadas por múltiples agresiones ambientales de las que con mayores o menores contradicciones se esfuerza por escapar.

La nueva legislación sobre vías pecuarias no ha querido despojar a las antiguas cañadas, cordeles, veredas, etc de su antigua significación demanial y donde los usos de la trashumancia ya no son suficientes para servir de presupuesto fáctico a la institución demanial se ha añadido otros concibiéndose *las vías pecuarias como auténticos «corredores ecológicos», esenciales para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de las especies silvestres* (Exposición de Motivos de la Ley 3/1995, de vías pecuarias).

Algo parecido podemos decir de los corredores verdes que en otros países (3), en España todavía de manera incipiente (4), están ocupando los espacios de las líneas férreas obsoletas sobre todo por falta de rentabilidad económica y social. Empiezan a aparecer iniciativas desde el sector público -sobre todo Ayuntamientos- y colectivos de particulares para rescatar muchas de esas antiguas líneas de ferrocarril con destino a fines ambientales, zonas verdes, espacios lúdicos o educativos etcétera.

3. EL CASO DE LOS INMUEBLES MILITARES (5).

Pocas actividades se encuentran sometidas a mayor mudanza como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos que las relacionadas con la defensa nacional. Junto a las concepciones de la naturaleza de las mencionadas, los condicionamientos de carácter político, interno e internacional, han influido poderosamente en los planteamientos de la defensa demandando el aporte de unos bienes al par que otros devenían inútiles para esta finalidad. No ha sido en absoluto infrecuente que este tipo de cambios haya afectado no sólo al propio entorno de la defensa y al personal dedicado a ella sino que ha influido también en la vida cotidiana del conjunto de la sociedad. Por poner un solo ejemplo muy claro, es el caso de las murallas de las ciudades que al quedar inservibles para su finalidad originaria se han incorporado de diversas maneras al proceso de desarrollo urbanístico de su respectiva localidad.

(3) En Estados Unidos son amplias las experiencias en este sentido. CANALS AMETLLER, D. *Recuperación y nuevo trazado de viejas infraestructuras. De ferrocarril económico a corredor verde. Un estudio jurídico*. Cedecs. Barcelona 2000, pág. 54.

(4) CANALS AMETLLER, D. *Recuperación y nuevo destino de viejas infraestructuras. De ferrocarril económico a corredor verde. Un estudio jurídico*. Cit. Refiere el caso de la Ruta del Carrilet Cedecs. Barcelona 2000. Además da cuenta de un llamado *Proyecto verde elaborado por el anterior Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente*, nota 75, pág. 53. Sin embargo el primer proyecto de un Programa Nacional de Vías Verdes lo constituye la Vía Verde de la Sierra que discurre entre las provincias de Cádiz y Sevilla. <http://habitat.aq.upm.es/bpes/onu98/bp459.html>.

(5) No me ocupo en este trabajo de los inmuebles que tienen la consideración de viviendas militares pues tienen su propio régimen y su propia evolución de la que constituye un momento interesante la Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas desarrollada por el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio, modificado por Real Decreto 1329/2000, de 7 de julio. Puede afirmarse que se trata de un fenómeno en regresión sustituido por otras fórmulas de apoyo de la movilidad acordes con la profunda transformación y modernización de nuestras Fuerzas Armadas.

Algo parecido ha ocurrido en los últimos años. Hemos asistido a una profunda transformación de la organización y estructuras de la defensa nacional a la que han concurrido causas diversas de carácter interno e internacional y que van desde la propia clarificación del papel que internamente han de jugar las Fuerzas Armadas en un entorno democrático, su nueva configuración sobre la idea de la profesionalización a la plena asunción de compromisos en el ámbito internacional y al cambio de los escenarios político-estratégicos en este plano (6). La circunstancia que nos interesa destacar aquí es la transformación que ello ha supuesto en el orden estrictamente material y que en su manifestación más evidente se muestra en el abandono de cuarteles e instalaciones de otro tipo situados de ordinario en los cascos urbanos de muchas ciudades, al par que han surgido necesidades nuevas que van desde la búsqueda de nuevas ubicaciones a la necesidad de actualizar el material acorde a las nuevas situaciones (7).

Este hecho que se concreta en la posibilidad de cambio de destino de importantes cantidades de terreno en contextos muchas veces agobiados por falta de suelo para la construcción de viviendas sociales, de zonas verdes y de esparcimientos o de equipamientos colectivos de lo más diverso, fácilmente podía provocar y de hecho ha provocado en algunos expectativas, si no demagógicas, sí claramente desenfocadas por cuanto suponen de incompreensión a las necesidades de una función pública tan importante

(6) Directivas de la Defensa Nacional 1/92, de 27 de marzo y 1/96, de 20 de diciembre.

(7) *La Política de Infraestructuras da la máxima prioridad a las inversiones en instalaciones militares como soporte del doble proceso de profesionalización y modernización de las Fuerzas Armadas. Los principios en que se basa esta política son de reducción y de redespiegue de unidades y desafectación de todo aquel patrimonio que no sea necesario. Para ello se llevan a cabo las siguientes acciones:*

* *Concentración máxima de unidades, centros y organismos en instalaciones adecuadas a tal fin.*

* *Cierre de aquellas instalaciones que, por necesidades operativas o funcionales, no cumplan los fines para los que fueron creadas originariamente.*

* *Modernización de la infraestructura disponible hasta adaptarla a los requerimientos de unas Fuerzas Armadas plenamente profesionales.*

* *Declaración de "no necesidad" y desafectación de aquellos inmuebles y propiedades que vayan quedando desalojados como consecuencias de las adaptaciones orgánicas que imponga el proceso de redespiegue.*

* *Promoción de una necesaria coordinación y eficaz colaboración entre el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire para la utilización conjunta de instalaciones, fundamentalmente de apoyo logístico, Apoyo al Personal y Logística de Transportes.*

* *Aprovechamiento de todas las posibilidades que ofrece la OTAN dentro de sus programas de inversiones para llevar a cabo proyectos de infraestructura en territorio español. Ministerio de Defensa, Libro Blanco de la Defensa 2000., pág. 140.*

como la defensa nacional. Con notoria simplificación en muchas ocasiones se ha opuesto la actitud del Estado expresada a través del Ministerio de Defensa a esas necesidades y apetencias sociales cuya legitimidad está fuera de toda cuestión, a las que, obviamente, vendría como agua de mayo poder destinar los inmuebles liberados de sus primitivos destinos.

Cuando en ocasiones el debate se ha visto mediatizado por la confrontación política la tentación de la demagogia ha llevado a la acusación de especuladora de la actitud del Estado que no hacía sino cumplir unas exigencias de nuestro ordenamiento jurídico cuya tradición se remonta a los primeros momento del Estado de Derecho. De ahí que para comprender y valorar adecuadamente el significado de las posiciones enfrentadas convenga hacer alguna referencia al régimen de lo que podríamos denominar patrimonio militar.

II. EL DOMINIO PÚBLICO MILITAR.

1. EL CARÁCTER DEMANIAL DE LOS BIENES AFECTADOS A LA DEFENSA NACIONAL.

Dentro de los bienes destinados a la defensa nacional no cabe la contraposición de bienes demaniales y patrimoniales pues con la expresión de *este destino se está enunciando uno de los criterios de la afectación demanial* de acuerdo con lo establecido en el Código civil, pues naturalmente no puede darse otro alcance a la expresión *defensa del territorio* que luce en los arts. 339 y 341 por lo que respecta a su afectación y desafectación respectivamente. El destino a dicha finalidad determina el carácter demanial de tales bienes al margen de cualquier otra consideración. No creo que valga la pena entrar en discusión acerca de la calificación de *servicio público que una consideración literal del art. 339 del Código civil otorga a la defensa del territorio*. Hoy a la luz del art. 8 de la Constitución parece claro que la defensa nacional tiene una sustantividad propia en el marco de las funciones del Estado que excede de los límites del concepto de *servicio público*, por lo demás ambiguo e impreciso. El destino a la defensa nacional se constituye directamente y por sí, en causa de afectación de determinados bienes, configurando un sector demanial que tiene sus propios perfiles y su régimen también propio: es el *dominio público militar* integrado por bienes que siendo de uso público no constituyen uso común en ninguna de sus manifestaciones sino *uso público* en el sentido formal

de esta expresión, es decir, en cuanto resulta manifestación directa de una función pública indudable (8).

La defensa nacional, por tanto, con toda su poderosa significación de cara a la existencia misma del Estado y con todo su ingente peso en el gasto público estatal es un importante referente a la hora de valorar las características y peculiaridades del régimen de sus bienes. Estas circunstancias no deben olvidarse si se quiere entender correctamente el rumbo seguido en nuestro Derecho por los bienes afectados a la defensa que condiciona poderosamente las soluciones a seguir ante las circunstancias a que me he referido al principio. A cuanto acaba de decirse debe añadirse el dato del paulatino encarecimiento de los instrumentos necesarios para el adecuado desempeño de la función defensiva del Estado que, aún no habiéndolo comprobado, sin duda me atrevo a afirmar, pues parece bastante obvio.

Como cualesquiera otros bienes de dominio público, aunque si cabe con cierto plus de intensidad, como se ha destacado en la doctrina (9) su protección jurídica se articula sobre la nota de la indisponibilidad que determinan la confluencia de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Esta particular intensidad determina que nuestro ordenamiento jurídico considere que ni siquiera con la desafectación demanial pueda darse por desaparecida ordinariamente la vinculación de los bienes desafectados a las exigencias de la defensa, aspecto este en el que tendremos que detenernos.

2. LA CONSIDERACIÓN DE LOS BIENES AFECTADOS A LA DEFENSA COMO UN PATRIMONIO AUTÓNOMO.

Ley del Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (10), sirve de punto de partida para nuestro aná-

(8) No ignoro la diferencia entre la defensa nacional y la actividad militar. Véase BLANCO VALDÉS, R. L. *La ordenación constitucional de la Defensa.*, Tecnos, Madrid, 1988. Sin embargo creo que esta distinción carece de sentido en este contexto.

(9) FERNÁNDEZ-PIÑERO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares.* Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 53.

(10) Disposición excepcional segunda: *La Junta Central de Acuartelamiento, constituida por Ley de 30 de julio de 1959, seguirá rigiéndose por la misma durante el plazo de vigencia que en ella se señala: Sus funciones podrán ser transferidas a otra organización autónoma dependiente del Ministerio del Ejército*".

lisis en cuanto hunde sus raíces en la tradición legislativa decimonónica, como se ha puesto de manifiesto (11), al respetar una de las características que tradicionalmente han definido los rasgos propios de los bienes afectados a la defensa y es el criterio tradicionalmente sostenido de concebir los bienes afectados al ramo de Guerra como si se tratase de un *subpatrimonio autónomo* (la cursiva es mía) dentro del patrimonio general del Estado (12) de lo que también se ha obtenido la peculiar consecuencia de que las cantidades que se ingresen en el Tesoro por la enajenación de los cuarteles y otras fincas militares habrían de ponerse por el Ministerio de Hacienda a disposición del de Guerra para invertir las en la construcción de edificios para los servicios militares.

Nos encontramos ante una anticipación, naturalmente sin pretensión doctrinal alguna, pero sí de forma práctica, de una técnica después bien conocida en el sector público y, por supuesto mucho mejor en el Derecho privado, en que sobre el esquema de los patrimonios separados se segregan conjuntos de bienes del mismo titular -en nuestro caso un ente público, el Estado- afectándose a finalidades específicas que colorean los perfiles de su régimen jurídico. Como ejemplo más conocido podemos aludir a los patrimonios municipales del suelo (13). Con la técnica reseñada se pretende prolongar en nuestro caso la afectación más allá de sus propios límites reales a través de la sustitución de los bienes desafectados por su equivalente económico que deberá destinarse igualmente a subvenir las necesidades de la defensa. Naturalmente la nueva afectación no puede tener la naturaleza real de la primera -adherencia directa e inmediata sobre un bien- sino la indirecta de su conversión en un crédito o en una cantidad líquida.

No obstante, el paralelismo con la técnica de los patrimonios separados no puede llevarse a unas consecuencias exageradas que pudieran desvirtuar el carácter demanial de estos bienes, pues a diferencia de lo que ocurre con patrimonios separados genuinos, como los citados del suelo,

(11) FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 127.

(12) FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 125.

(13) Entre la bibliografía más reciente puede verse LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, B. *Los patrimonios municipales del suelo: características y operatividad*, CEMCI, GRANADA, 1992 y FONSECA FERRANDIS, F. *El régimen jurídico de los patrimonios municipales del suelo*, Instituto Pascual Madoz, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

que cumplen la función que los justifica, precisamente por su incidencia en el mercado y, por consiguiente, apurando un ciclo mercantil de adquisiciones y ventas. Los bienes a que me refiero no constituyen formalmente un patrimonio diferente del conjunto de derechos y obligaciones del Estado. Únicamente se establece una cierta diferenciación del conjunto patrimonial estatal en cuanto a la secuencia ventas-adquisiciones, sin que se rompa la continuidad en la finalidad pretendida. Esta secuencialidad tiene la clara función instrumental de la reposición de las infraestructuras caducas por otras ajustadas a las nuevas necesidades. Por ello más que de patrimonio separado acaso convenga hablar de cierta autonomía de reposición en la gestión patrimonial de la defensa. La razón tradicionalmente subyacente a este tipo de medidas no ha sido otra que la de evitar que por el deterioro, obsolescencia, etc de los bienes que ya no eran necesarios para la defensa y su retorno al conjunto general del patrimonio del Estado fuera necesario acudir a fuentes de financiación directamente presupuestarias para reponer los bienes desafectados. Se ha pretendido una cierta autosuficiencia financiera que desligara las necesidades militares, al menos en la faceta de reposición de los inmuebles que habían dejado de ser necesarios, de los presupuestos ordinarios del Estado. A ello subyacía probablemente una idea de buena administración -no perder lo conseguido un día y el prejuicio, más psicológico que real, de no gravar el patrimonio público, evitando así cargar las arcas públicas con gastos directamente destinados a defensa, lo que siempre ha parecido impopular (14).

3. LA UTILIZACIÓN DE ENTES INSTRUMENTALES PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS INMUEBLES AFECTADOS A LA DEFENSA NACIONAL.

La idea descrita de patrimonio autónomo a efectos de su reposición presente en la legislación decimonónica ha ido generando fórmulas organizativas propias en el marco de la llamada Administración instrumental a

(14) *Los recursos generados por la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, organismo responsable de las citadas enajenaciones, han sido utilizados para acometer reformas necesarias. En este sentido, el 47,41 % de la inversión total en Infraestructuras durante el periodo 1993/1999 se realizó con cargo a la enajenación de bienes de dominio público afectos a la Defensa, previa su desafectación del Departamento, una vez declarados de no utilidad militar. Ministerio de Defensa, Libro Blanco de la Defensa 2000, pág. 141.*

medida que se ha ido perfilando y consolidando. El primer antecedente al respecto lo constituye la Junta Mixta de Urbanización y Acuartelamiento de Barcelona creada por Real Decreto de 16 de marzo de 1927; a esta seguirían las Juntas Regionales de Acuartelamiento por Ley de 14 de marzo de 1942 en cada región militar, Baleares, Canarias y Marruecos (15) por una duración de diez años que prorrogó la Ley de 15 de julio de 1952. Hasta que la Ley de 30 de julio de 1959 creó la Junta Central de Acuartelamiento en la que se fusionaron las regionales. Tanto esta como aquéllas tenían la naturaleza de organismo autónomo dependiente del Ministerio del Ejército y sometido a la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958. La Junta Central de Acuartelamiento también nació y vivió bajo el signo de la temporalidad siendo objeto de sucesivas prórrogas hasta la Ley 28/1984, de 31 de julio de creación de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa (16) con posterioridad este organismo autónomo ha sido adaptado al régimen de la Ley 6/1997, de 14 de abril de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) por el art. 71 de la Ley 50/1998, de 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social y sometida a la dependencia del Ministerio de Defensa ya sin límite de duración. Esta norma, sin embargo, no se ha limitado a efectuar una mera adaptación de la Gerencia al nuevo régimen. Ha significado mucho más como enseguida se verá. Antes que nada esta norma supone una confirmación de la trayectoria tradicional elevando a rango de plena normalidad lo que hasta ese momento estaba revestido de una cierta excepcionalidad que se reflejaba en la nota de la temporalidad que en su momento caracterizó tanto a las Juntas Regionales de Acuartelamiento como a la propia Junta Central e incluso a la Gerencia hasta esta fecha. Desde la reforma de 1998 ésta se configura como un organismo autónomo cuya duración es en principio ilimitada como sucede con la inmensa mayoría de este tipo de Administraciones

(15) *Estas Juntas tenían como misión la realización de las obras necesarias para el alojamiento de la tropa y los servicios, las de urbanización, íntimamente relacionadas con ellas, y la liquidación de los edificios, solares y terrenos usufructuados por el ramo de Ejército que no fuesen de utilidad para el mismo de acuerdo con los planes de acuartelamiento y proyectos de urbanización que tuvieran concebidos o concibieran después los distintos Ayuntamientos.* FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares.* Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 127-128.

(16) *Sobre la Gerencia de Infraestructura de la Defensa,* FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares.* Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 125 y ss.

publicas. Con ello las soluciones que a través de esta fórmula se propugnan se presentan como opciones ordinarias asumidas por nuestro ordenamiento jurídico para la gestión de algunos de aspectos de la vida jurídica de los bienes afectados a la defensa nacional.

La más clara significación de la utilización de estas fórmulas organizativas en las que es patente una personalidad jurídica diferente de la del Estado, por más que instrumental, refuerza la idea de la autonomía del patrimonio afectado a defensa, siquiera sea exclusivamente respecto de los bienes desafectados de las necesidades defensivas, pues son éstos los que tras la desafectación formal por el Ministerio de Defensa pasan a ser objeto de la acción liquidadora de la Gerencia.

4. LA GERENCIA DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE LA DEFENSA.

La acción de la Ley 50/1998, como he dicho, no supuso una mera adaptación a la LOFAGE de la ya veterana Gerencia (17) sino que ha significado una confirmación de la trayectoria tradicional, respetando las peculiaridades del patrimonio de defensa tanto por lo que respecta a su autonomía en el contexto del patrimonio del Estado como a la técnica de gestión a través de una Administración instrumental. Pero incluso más, desde el momento en que se amplía la misión de la antigua Gerencia a la adquisición no solo de infraestructura, como hasta el momento de la adaptación, sino que en consonancia con el nuevo momento de las Fuerzas Armadas se hace llegar también a la adquisición de armamento y material para el uso de las Fuerzas Armadas (art. 71. Dos b) con lo que, como se ha dicho, *el actual organismo autónomo Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa que ha sido un instrumento fundamental en el proceso de transformación de un modelo territorial obsoleto hacia uno más racional y acorde a las necesidades actuales y futuras de la Defensa, pasa a desempeñar también un papel activo en el nuevo modelo de profesionalización, mediante su contribución a la modernización y renovación del armamento y equipamiento* (18). La GINED se convierte de modo directo en el instrumento ordinario para desarrollar las directrices de Defensa en

(17) El Real Decreto 1687/2000, de 6 de octubre aprueba el Estatuto de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

(18) PALAO LECHUGA, L. Plan Director de Infraestructura *Revista Española de Defensa*, núm 146, abril de 2000.

materia de patrimonio contribuyendo a la elaboración y realización de los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas y al mismo tiempo es también instrumento de su financiación extrapresupuestaria pues la Ley le permite la posibilidad de remitir fondos al Estado para atender las necesidades operativas de las Fuerzas Armadas mediante la oportuna generación de crédito en el presupuesto del Ministerio de Defensa.

5. LOS RECURSOS DE LA GERENCIA DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE LA DEFENSA.

Para la consecución de sus fines la Gerencia cuenta con recursos de la más diversa procedencia:

- a) Su propio patrimonio con los productos, rentas e incrementos que pudiera generar respecto de los cuales le corresponden las facultades establecidas en el apartado 2 del art. 48 de la LOFAGE para los organismos autónomos
- b) Los bienes muebles o inmuebles que le adscriba el Ministerio de Defensa en los términos del apartado 3 del art. 48 de la LOFAGE.
- c) Los bienes muebles e inmuebles que el Ministerio de Defensa ponga a su disposición. Éstos por ser objeto de un tráfico peculiar serán objeto de nuestra atención en breve.
- d) Los ingresos ordinarios o extraordinarios obtenidos en el ejercicio de sus actividades, fundamentalmente la gestión y administración de su patrimonio y, sobre todo, de los bienes muebles e inmuebles que sean puestos a su disposición por el Ministerio de Defensa para su administración y disposición a título oneroso.
- e) Las subvenciones, transferencias, legados, donaciones etc. de diverso tipo que pueda recibir con cargo a los Presupuestos del Estado o que procedan de la Unión europea, de la Organización el Tratado del Atlántico Norte, de la Unión Europea Occidental, y de otras Agencias, Administraciones públicas nacionales o internacionales, de Entes públicos, así como de particulares.
- f) Cualquier otro recurso no previsto que pudiera corresponderle por Ley, convenio, donación o cualquier otro procedimiento legalmente establecido.

La precedente enumeración es claramente significativa de la continuidad y profundización del papel de la GINED en el sentido que vengo

explicando. Pero acaso donde con mayor expresividad se encuentre la conexión entre lo antiguo y lo nuevo, y lo que de una manera más clara pone de manifiesto el rasgo que estoy queriendo destacar es precisamente respecto de los bienes referidos en el apartado e) es decir, bienes muebles e inmuebles que el Ministerio ponga a disposición de la Gerencia después de su desafectación para su administración y disposición a título oneroso.

Se trata, en efecto, de bienes desafectados de la defensa por no ser necesarios para ello y declarados alienables que el Ministerio pone a disposición de la Gerencia con objeto de proceder a su enajenación a título oneroso utilizando para ello el procedimiento de subasta habitualmente, si bien se permiten las enajenaciones directas en los términos que establezcan los Estatutos del organismo autónomo (art. 71. cinco Ley 50/1998) En tanto esto es así la reforma de 1998 entronca con la legislación tradicional que había llegado hasta nosotros a través de la Ley 28/1984, sin embargo, se da un paso más: se incluyen expresamente los bienes muebles junto con los inmuebles, siempre que procedan de la previa desafectación y se *afectan* las masas patrimoniales resultantes, ya líquidas, junto con las procedentes de otros orígenes -subvenciones del presupuesto, de organismos internacionales o supranacionales etc- a la financiación de nuevas infraestructuras, de armamento y material de equipo e incluso, las necesidades operativas. Conviene destacar que ni estos bienes, ni los productos de sus ventas se incluyen en el patrimonio de la Gerencia, como se desprende de la simple lectura de la Ley. Tampoco se integran en este conjunto de bienes los adscritos a la misma, que le servirán como instrumento para la consecución de sus fines, pero de otra forma. Lo que aquí nos interesa destacar es la función de los bienes desafectados, respecto de los cuales se desarrolla la importante función de la Gerencia de convertirlos en cantidades líquidas con las que subvenir a las necesidades de las Fuerzas Armadas en los términos que se ha indicado.

Puede, pues, observarse como a través de la actividad de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento (19) se produce la afectación a las necesidades defensivas de determinados bienes allá de su vinculación inmediata a dicha finalidad concreta. En consecuencia se puede afirmar que si

(19) No se agotan aquí las funciones de la Gerencia. Como se indica en la Ley 50/1998, siguiendo una importante tradición anterior le corresponde también proponer modificaciones a los planes urbanísticos colaborando con los Ayuntamientos en la planificación urbanística, para que los mismos se coordinen con los planes de infraestructura de las Fuerzas Armadas.

bien cabe una desafectación de los bienes muebles o inmuebles destinados a la defensa en su sentido técnico jurídico que, además, es presupuesto para las enajenaciones a que me he referido, *queda afectado a la defensa su valor de cambio* por lo que no es exagerado decir que una vez destinado a la defensa un bien se produce una irrevocable adhesión patrimonial a esta finalidad. El legislador impide, pues, a la Administración no sólo cualquier liberalidad con estos bienes o con el producto de sus ventas, que va de suyo por el carácter de patrimonio fiduciario que en términos generales cuadra a todo patrimonio público, sino que además impone una especie de congelación de la finalidad, al menos, en valor de cambio. Si por ser innecesarios para la defensa se desafectasen no pueden tener otro destino que su realización a fin de que su valor monetario se destine de nuevo a las necesidades de la defensa expresadas en nuevas infraestructuras, adquisición de material y armamento o el sostenimiento de las necesidades operativas de las Fuerzas Armadas.

Esta regla se percibe con especial nitidez en el supuesto de que el Ministerio de Hacienda decidiese una nueva afectación -al margen de las necesidades de la defensa- de los bienes en cuestión antes de su enajenación, posibilidad que permite la Ley. En este caso, sin embargo, deberá compensar al organismo autónomo por el valor de tasación del inmueble (art. 71. Seis *in fine*). Se produce así la curiosa circunstancia, que es lo que se persigue, de convertir a la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento en acreedor del Estado por el valor indicado.

A la vista de cuanto se ha expuesto es el momento de enlazar a modo de recapitulación con las consideraciones que hacía al principio de estas líneas sobre las nuevas afectaciones de antiguas infraestructuras a través de las cuales se propicia el retorno o reencuentro con la naturaleza y se encauzan preocupaciones de enorme actualidad urbanística y ambiental. La respuesta es clara: la legalidad vigente no contempla de modo directo dicha finalidad. Sólo por la vía de la excepción antes reseñada y retribuyendo a la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento es como únicamente podrán rescatarse los inmuebles desafectados de la finalidad defensiva.

III. VALORACIÓN.

En cuanto a la valoración de la fórmula, no parece que pueda objetarse argumento de peso en contra, sobre todo cuando a través de las correspondientes compensaciones a la defensa es posible reutilizar antiguas

infraestructuras para otros fines como vemos está previsto y nos consta por la experiencia (20). Naturalmente esto supone un costo que un Estado con la situación estratégica del nuestro cometería una tremenda imprudencia en no afrontar. Cabe, no obstante, objetar a la fórmula una cierta heterodoxia en cuanto supone de apartamiento del principio de unidad de patrimonio y sobre todo de presupuesto y de caja. Sin embargo, no creo que sea más grave que en otros supuestos de gestión de funciones y servicios utilizando organizaciones personificadas interpuestas.

No podemos olvidar que vivimos en una sociedad señoreada por la imagen y los medios de comunicación en la que un slogan por disparatado que sea muchas veces invalida sesudos tratados o por lo menos artículos doctrinales. En una sociedad proclive al convencimiento a través de simplificaciones, fácilmente manipulable con planteamientos irenistas desde los que no es infrecuente la crítica carente de fundamento contra las estructuras defensivas del Estado, el que se presenten los gastos militares de la manera más asequible no puede ser digno de reproche, siempre naturalmente que los controles contables propios de un Estado democrático garanticen su corrección y la responsabilidad de los encargados de su gestión. Y no es otra la finalidad que con el dispositivo que aquí se ha descrito se pretende: la financiación extrapresupuestaria de gran parte de los gas-

(20) No tengo datos actualizado al respecto siguiendo a FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ es fácil hacerse una idea. Desde el 1 de agosto de 1984, fecha en que entró en funcionamiento la GINDEF, se ha puesto a su disposición tal y como se preveía en el apartado 4 del art. 2 de su Ley de creación una cantidad total de bienes inmuebles de 111.777.387 metros cuadrados, de los que 91.453.670 han sido ya enajenados, 19.424.398 se encuentran en fase de gestión y 868.319 están pendientes de informe.

Estas superficies corresponden a un total de 1.000 propiedades de las que 623 se han enajenado ya 271 tienen su venta en gestión y 106 se encuentran en estudio.

El número total de convenios, tanto en gestión como ya firmados con organismos estatales, autonómicos y locales es de 106. Consecuencia de estos convenios ha sido la entrega a diferentes entes públicos de abundante suelo para equipamientos, zonas verdes, etc, así como inmuebles directamente utilizables, como los hoy incluidos en la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Durante el periodo mencionado se ha ingresado por la enajenación de las 623 propiedades arriba citadas la cantidad de 41.484 millones de pesetas, que con los 11.094 millones pendientes de formalizar alcanzan un total ingresado de 52.578 millones de pesetas.

De dicha cantidad ingresada se han invertido 38.520 millones en obras de nueva planta y adquisiciones de nuevos terrenos, siendo los gastos de funcionamiento de la propia Gerencia de 1.795, 4 millones. FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E. Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 169, nota 51. Noticia directa tengo respecto de edificios en las Universidades de Cádiz y Sevilla (Hispalense).

tos de la defensa. Puede haber otras razones de gran peso en los últimos años en que la política económica se ha centrado en importante medida en afianzar las magnitudes económicas exigidas por la Unión monetaria, en concreto, el acercamiento al equilibrio presupuestario. Es evidente que con estas medidas no se afecta para nada el déficit pero tampoco puede negarse que ayudan a administrarlo.

EL CICR Y LA REGLA DE LA CONFIDENCIALIDAD COMO GARANTÍA FUNCIONAL DE SU ACTUACIÓN: REFLEXIONES AL HILO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA DE 27 DE JULIO DE 1999

MILENA COSTAS TRASCASAS

SUMARIO

1. Introducción; 2. El CICR: una Institución única en su género; 2.1.El CICR como asociación de Derecho privado suizo; 2.2. El CICR como organización no gubernamental; 2.3. El CICR: sujeto de Derecho internacional; 3. Análisis de la Decisión del TPIY de 27 de julio de 1999; 3.1. Los argumentos de la Fiscalía: el interés de la justicia; 3.2. Los argumentos del CICR: el interés de la confidencialidad; 3.2.La decisión del Tribunal; 3.2.1. La naturaleza de la relación entre ambas instituciones; 3.2.2. La ausencia de una regla procedimental adecuada; 3.2.3. El respeto de la confidencialidad del CICR como norma de Derecho internacional consuetudinario; 3.2.3.1. El mandato del CICR bajo el Derecho internacional convencional y consuetudinario; 3.2.3.2. Los principios que informan la acción del CICR en el cumplimiento de su mandato; 3.2.3.3. El impacto negativo de la declaración sobre la capacidad del CICR para cumplir con su mandato; 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como resultado de una petición presentada confidencialmente y *ex parte* por la Oficina del Fiscal ante el Tribunal Penal para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia (TPIY), el 10 de febrero de 1999, en el asunto “Simic” (1), éste se ha visto, por primera vez, compelido a pronunciarse sobre un tema extremadamente deli-

(1) Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC, han sido acusados por violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes y usos de guerra y por crímenes contra la humanidad.

cado: decidir si un antiguo empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) podía acudir ante esta instancia judicial para testificar sobre unos hechos que había presenciado durante el desempeño de su trabajo al servicio del Comité en los municipios de Bosanski Samac y Odzak (Bosnia Herzegovina).

Teniendo en cuenta los atributos de esta particular organización humanitaria, la cual, sin pretenderlo y a fuerza de desplegar una acción independiente, neutral e imparcial, se ha visto convertida en la principal garante de la legalidad humanitaria internacional, era previsible que la decisión del Tribunal fuera algo más que una mera cuestión de trámite. Y efectivamente, la Sala III de Primera Instancia dio respuesta a dos cuestiones, sin duda alguna relevantes: ¿ existe en Derecho internacional convencional o consuetudinario alguna norma que conceda al CICR un interés en la confidencialidad de su información y que le permita impedir la declaración? Y en caso afirmativo, ¿tiene este interés carácter general y absoluto o deberá sopesarse - caso por caso- con el interés de la justicia, teniendo en cuenta la importancia que represente la información para el enjuiciamiento del caso perseguido?.

De sobra es conocido que el TPIY fue creado *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 (2). Mediante su Resolución 808 el Consejo calificaba de “amenaza a la paz y a la seguridad internacionales” las violaciones generalizadas del Derecho internacional humanitario (DIH) que tenían por escenario el territorio de la antigua Yugoslavia (3) y, especialmente alarmado por las masacres de civiles y la práctica de la “limpieza étnica”, decidía la creación de un tribunal internacional para la persecución y castigo de las personas responsables, como medida que “contribuiría a la restauración y al mantenimiento de la paz”. Posteriormente la Resolución 827 (4), tras confirmar la precedente, se refería expresamente al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como base jurídica para el establecimiento del Tribunal y aprobaba el Estatuto del mismo (5).

(2) U.N. Doc. S/RES/808, de 22 de febrero de 1993.

(3) El artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas asigna al Consejo de Seguridad la competencia de calificar una situación de “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” y de adoptar las medidas necesarias “de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

(4) U.N. Doc. S/RES/827, de 25 de mayo de 1993.

(5) Los artículos 11, 12 y 13 del Estatuto fueron modificados por la resolución 1166 (1998) del Consejo de Seguridad, de 13 de mayo de 1993.

Resultante de un informe previo que había sido presentado por el Secretario General (6), el Estatuto fija la estructura, marco y funcionamiento del nuevo órgano jurisdiccional y se completa con unas “Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba” (7) que resultan aplicables “a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho y a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y los testigos y otros acusados pertinentes” (8).

Pues bien, de conformidad con la Regla 73, en cualquier momento del proceso las partes pueden plantear a la Sala una cuestión escrita u oral, referida a un problema particular y que no se haya previsto en las propias Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba (9). En este caso, la Fiscalía del Tribunal Penal pedía que la Sala estableciera una regla que sirviera para decidir si el Tribunal podía admitir como prueba la información que aportaba de manera voluntaria un antiguo traductor del CICR. El hecho de que fuera el propio testigo quien había tomado la iniciativa de contactar con la Oficina del Fiscal para comunicarle su disposición a declarar sobre los hechos que había presenciado mientras desempeñaba su trabajo al servicio del Comité y que podían ser trascendentes para el enjuiciamiento de la causa que se sigue contra Simic y otros, complicaba aún más la decisión del Tribunal.

Haciendo frente a las alegaciones de la Fiscalía, la Decisión de 27 de julio de 1999 de la Sala III concluye finalmente que el antiguo empleado

(6) Doc. UN. S/25704 y Add. 1, adoptado siguiendo el párrafo 2 de la resolución 808 (1993).

(7) Las Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba fueron adoptadas por el TPIY el 11 de febrero de 1994 y entraron en vigor el 14 de marzo de ese mismo año. Enmendadas en numerosas ocasiones, han sido revisadas por última vez el 14 de julio de 2000. *Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba* (http://www.un.org/icty/basic/rpe/IT32_rev18.htm#Rule), (IT/REV,18).

(8) Cf. Art. 15 del Estatuto TPIY.

(9) La regla 73 “Other Motions” dice así:

- (A) After a case is assigned to a Trial Chamber, either party may at any time move before the Chamber by way of motion, not being a preliminary motion, for appropriate ruling or relief. Such motions may be written or oral, at the discretion of the Trial Chamber.
- (B) Decisions on such motions are without interlocutory appeal save with the leave of a bench of three Judges of the Appeals Chamber which may grant such leave
 - (i) If the decision impugned would cause such prejudice to the case of the party seeking leave as could not be cured by the final disposal of the trial including post-judgement appeal; or
 - (ii) If the issue in the proposed appeal is of general importance to proceedings before the Tribunal or in international law generally (...).

del CICR quedaba exento de prestar declaración (10). La decisión del Tribunal, que incluye una opinión separada del Juez HUNT, llega a la conclusión del carácter absoluto del derecho del CICR a no desvelar la información obtenida en el curso de su trabajo (y que se encuentre en su poder o en el de sus actuales o antiguos empleados); un derecho que se afirma por su carácter consuetudinario y que, como tal, es oponible a los demás sujetos de Derecho internacional, creándoles un correlativo deber de respeto.

Aunque sin valor de cosa juzgada (11), el acierto de esta decisión procedimental se ve confirmada en el Proyecto de Reglas de la Corte Penal Internacional (CPI), cuya Regla 73(4) exige *expressis verbis* al Comité de la obligación de divulgar cualquier tipo de información, documentos o pruebas obtenidos en el curso del desempeño de sus funciones (12). Ello

(10) En la decisión de la Sala III intervinieron los jueces Patrick ROBINSON (Presidente), David HUNT y Mohamed BENNOUNA; *Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a ruling concerning the Testimony of a Witness*, de 27 de Julio de 1999, Prosecutor v. Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC (<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/90727EV59549.htm>). A partir de ahora *Decisión*.

(11) La Sala III del Tribunal tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el valor de este fallo en una nueva Decisión, dictada con motivo de la petición interpuesta por el acusado Stevan Todorovic por la que pedía la reapertura del caso con el objeto de que el CICR entregara al Tribunal los informes que habían sido elaborados por el Comité sobre los campos que se encontraban bajo su control e identificara a las personas que habían inspeccionado los centros y entrevistado a los detenidos. Refiriéndose a su decisión de 29 de julio de 1999, la Sala declaró que el principio de cosa juzgada tiene validez *inter partes*, esto es, impide que la Fiscalía plantee de nuevo la cuestión en un procedimiento interlocutorio entre él y el CICR, a menos que la propia Sala se muestre dispuesta a reconsiderar su decisión. Además, su decisión tiene el valor de ser un precedente judicial aplicable en otras causas. El Tribunal concede al acusado (que no fue parte en la decisión precedente) el derecho de recurrir, si bien la decisión de 7 de junio de 2000 rechaza la petición por considerar que su decisión fue acertada y que no existen nuevas circunstancias que justifiquen su modificación. *Decision on (1) Application by Stevan Todorovic to Re-open the Decision of 27 July 1999, (2) Motion by ICRC to Re-open Scheduling order of 18 November 1999, and (3) Conditions for access to Material*, de 28 de febrero de 2000; (<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/00228PN511785.htm>); *Decision Denying Request for Assistance in Securing Documents and Witnesses from the International Committee of the Red Cross*, de 7 de junio de 2000 (<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/00607PNF12851.htm>).

(12) El párrafo 4 de este artículo reza: "La Corte considerará privilegiados y, en consecuencia no sujetos a divulgación, incluso por conducto de testimonio de alguien que haya sido o sea funcionario o empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la información, los documentos u otras pruebas que lleguen a manos de ese Comité en el desempeño de sus funciones con arreglo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o como consecuencia del desempeño de esas funciones, a menos que: a) El Comité, tras celebrar consultas de conformidad con la subregla 6, no se oponga por escrito a la divulgación o haya renunciado de otra manera a este privilegio; o; b) La información, los documentos o las otras pruebas consten en declaraciones y documentos públicos del Comité". *Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba preparado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*. Doc. UN. PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio de 2000.

quiere decir que ninguna persona que tenga o haya tenido una relación laboral con el CICR podrá ser obligada a declarar -ni tampoco podrá hacerlo voluntariamente- ante la futura Corte Penal Internacional, a menos que: a) el Comité renuncie expresamente a este privilegio y b) que tales informaciones consten en otros documentos o declaraciones, que ya hayan sido hechas públicas por el propio Comité (13).

Pero, además de solucionar la cuestión práctica del derecho del CICR a oponer la confidencialidad de su información ante la demanda de cualquier jurisdicción internacional, la Decisión de la Sala III del TPIY constituye un importante precedente judicial. En efecto, la Sala, tras referirse a las bases y al contenido del mandato que el Derecho internacional confiere a esta institución, después de analizar los principios fundamentales que guían y caracterizan al Movimiento de la Cruz Roja, aporta en su decisión nuevos e interesantes elementos que, en nuestra opinión, justifican y confirman el contenido y alcance de la personalidad jurídica internacional del CICR.

2. EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: UNA INSTITUCIÓN ÚNICA EN SU GÉNERO

Antes de examinar el contenido de la Decisión adoptada por el Tribunal para la ex Yugoslavia, es preciso que hagamos unas consideraciones previas acerca del papel único que desempeña el CICR dentro del orden jurídico internacional.

(13) La Comisión Preparatoria tuvo muy claro, desde el principio de las negociaciones, que era necesario incluir una provisión que protegiera la información del CICR. No obstante, algunos representantes gubernamentales mostraron su preocupación por la cuestión de quién debía tener la última palabra a la hora de negar una declaración: el CICR o la Corte. A pesar de la oposición de los que señalaban que el Comité no podía estar “por encima” de la CPI, el Proyecto de las Reglas de Procedimiento y Prueba, consagra el derecho del CICR a decidir en último término, si bien, suavizado por la subregla 73 (6) que prevé la posibilidad de que se establezca un diálogo entre las dos Instituciones en el caso de que la Corte determinara que “la información, los documentos u otras pruebas en poder del Comité revisten gran importancia para una determinada causa”. A fin de resolver la cuestión mediante la cooperación, deberán tener presentes “las circunstancias de la causa, la pertinencia de la prueba, la posibilidad de obtenerla de una fuente distinta del Comité, los intereses de la justicia y de las víctimas y el desempeño de sus funciones [de la Corte] y las del Comité”. Stéphane JEANNET, “Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court”, *R.I.C.R.*, diciembre 2000, vol. 82 n° 840, p. 998-999.

A primera vista, el Comité Internacional de la Cruz Roja es una institución que presenta caracteres contradictorios, al ser, por un lado, un organismo de composición uninacional (sus miembros son exclusivamente suizos) pero que desarrolla su acción a escala internacional y, por otro, un organismo privado (se rige por el Derecho suizo) pero oficialmente encargado de funciones que se derivan directamente del Derecho internacional convencional. Sin embargo, tal y como veremos, son precisamente tales elementos - necesarios y constitutivos del *status* particular y privilegiado que ocupa esta organización en Derecho internacional- los que confieren al CICR el carácter de “institución única en su género” (14).

2.1. EL CICR COMO ASOCIACIÓN DE DERECHO PRIVADO SUIZO

Fundado en el año 1863, el CICR, además de ser uno de los componentes del Movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (15), es una institución humanitaria e independiente, que tiene su sede central en Ginebra. Sus Estatutos de 24 de junio de 1986 (16) la definen como una “asociación regida por los artículos 60 y siguientes del Código Civil Suizo”, lo cual quiere decir que goza de la personalidad jurídica de Derecho interno y, por consiguiente, que su actividad, en principio, se encuentra sujeta a las normas de Derecho privado suizo. Sin embargo, la capacidad de acción jurídica del CICR no se acaba en el ámbito interno. Al menos, esto es lo que nos indica el acuerdo de sede firmado entre el CICR y el Consejo federal el 19 de marzo de 1993 (17). En efecto, su ar-

(14) La expresión procede de Jean PICTET; *Une institution unique dans son genre: le CICR*, Institut Henry Dunant, Pedone, Ginebra, 1985.

15 Los miembros de la Cruz Roja internacional son el Comité Internacional, la Federación internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las sociedades nacionales de la Cruz Roja o la Media Luna Roja. Vid. Art. 1 (2) de los Estatutos del Movimiento adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en octubre de 1986.

(16) El CICR se dota de estatutos el 15 de noviembre de 1915, adoptando unos nuevos el 10 de marzo de 1921. Ulteriormente éstos han sido revisados en numerosas ocasiones. Los estatutos de 24 de junio de 1986 vienen a reemplazar a los del 21 de junio de 1973. Podemos encontrar el texto de los mismos en la (R.I.C.R.), de septiembre de 1986, n° 147, pp. 581-587.

(17) “Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Comité international de la Croix-Rouge en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse”, publicado en el *Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération (RO)*, 1993 II, p. 1504. Ver también la *R.I.C.R.*, n° 293 marzo-abril 1993, pp. 152-160.

título primero apunta el doble ámbito de actuación jurídica de esta institución cuando reconoce, además de su “capacidad legal en Suiza”, su “personalidad jurídica internacional”. El reconocimiento unilateral que hace Suiza de la subjetividad internacional del CICR tiene importancia, ya que viene a constatar una situación de hecho que ya se venía observando en la escena internacional: la capacidad del CICR para establecer relaciones directas con los demás sujetos de Derecho internacional.

Mediante la firma de este acuerdo, lo que pretendían las partes era definir y aclarar el conjunto de las relaciones jurídicas existentes entre el Comité y el Gobierno Suizo, para situarlas en el plano del Derecho internacional público. Esto era necesario para evitar la situación jurídica un tanto confusa que producía el hecho de que Suiza en determinadas ocasiones se apartara de su tradicional neutralidad (así ocurrió por ejemplo cuando aplicó de manera autónoma las sanciones decretadas por las Naciones Unidas en la guerra del Golfo) (18). En tales circunstancias, el CICR se veía obligado a desmarcarse de las autoridades federales para afirmar claramente en el plano internacional, además de su independencia, el carácter estrictamente humanitario y neutral de la misión de sus delegados que actúan en su calidad de representantes del CICR y no como nacionales de un Estado determinado. El nuevo acuerdo persigue evitar toda confusión entre la política exterior suiza y la actividad del Comité, así como entre la neutralidad de Suiza y la neutralidad humanitaria del CICR. Pero la independencia y libertad de acción que el Consejo Federal Suizo garantiza al Comité (19) conlleva, a cambio, que este último asuma la responsabilidad por los actos que realice en cumplimiento de sus funciones y del mandato humanitario que desarrolla. A esta finalidad responde el artículo 20 titulado “La no responsabilidad de Suiza”, a través del cual se exime a este país de la responsabilidad internacional a que pudiera dar lugar la actividad del CICR dentro de su territorio, ya sea por los actos y omisiones del CICR, ya sea por los de sus colaboradores. También con el fin de salvaguardar en cualquier circunstancia el libre funcionamiento del CICR y la total independencia de las personas concernidas en el ejercicio de sus funciones, se instituyen a su favor y en beneficio de sus miembros las inmunidades y los

(18) Suiza, a pesar de no ser miembro de las Naciones Unidas, ha aplicado de manera autónoma las sanciones decretadas contra Irak, Libia y Serbia /Montenegro. Sobre este particular *Vid.* Christian DOMINICÉ, “L'accord de siège conclu par le Comité international de la Croix Rouge avec la Suisse”. *R.G.D.I.P.*, 99(1)1995, pp. 9-10.

(19) Cf. Art. 2 del acuerdo.

privilegios clásicos, así como la inviolabilidad de los locales y de los archivos del CICR. El mecanismo de arreglo de “discrepancias” establecido por el acuerdo nos remite igualmente al orden jurídico internacional mediante la designación del arbitraje como el medio más adecuado para la solución de cualquier diferencia que pudiera surgir entre las partes en cuanto a la aplicación o a la interpretación del acuerdo (20).

2.2. EL CICR COMO ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL

Pese a lo categórico de la afirmación contenida en el artículo primero del acuerdo de 1993, el reconocimiento de la existencia jurídica del CICR plantea un problema de calificación, pues, formalmente, el Comité internacional es una organización no gubernamental (ONG), una categoría que, como es sabido, carece de un estatuto jurídico reconocido en Derecho internacional (21).

El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 1950, definía las ONGs como asociaciones creadas por iniciativa privada con el objeto de realizar sin ánimo de lucro una actividad de interés general (22). Persiguiendo objetivos de muy distinta significación y alcance, las ONGs se insertan en el ámbito de las relaciones internacionales con la finalidad de influir o de corregir la acción de los sujetos de Derecho internacional (23). Tradicionalmente estas entidades han sido consideradas como una

(20) El tribunal arbitral estará integrado por tres miembros, incluido su presidente. El Consejo Federal Suizo y el CICR designarán, cada uno, a un miembro del tribunal arbitral. En caso de desacuerdo con respecto a la persona del presidente, corresponderá su designación al presidente de la Corte Internacional de Justicia (o en su defecto al Vicepresidente o al miembro más antiguo de la Corte); Cf. art. 22 del Acuerdo.

(21) Sobre este tema vid. Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, “En torno al status de las Asociaciones internacionales en Derecho Internacional privado y en Derecho de Gentes”, R.E.D.I., 1977, vol. XXX, n° 23, pág. 315; José Manuel SOBRINO HEREDIA, “Consideraciones en torno a la dimensión “mundialista” de la política comunitaria de cooperación para el Desarrollo”, *Revista de Instituciones Europeas*, n° 3, vol. 12, 1985, pp. 757-774.

(22) De la definición adoptada por el IDI en esta sesión se desprende que una ONG debe presentar las siguientes características: 1) la organización debe poseer un carácter internacional, si no es por la composición de sus miembros, al menos en lo que respecta a su actividad; 2) la ONG debe tener un carácter exclusiva o esencialmente privado y por fin, 3) su finalidad no debe ser lucrativa. Instituto de Derecho Internacional, *Sesión de Bath de Septiembre de 1950*, Hans WEHBERG (publ.). *Tableau Général des Résolutions (1873-1956)*. Bâle, 1957.

(23) Art. 1 de la Convención de Estrasburgo de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONGs.

subcategoría de persona privada, sin que su naturaleza trasnacional o el hecho de que actúen al margen de todo interés exclusivamente nacional hayan sido considerados como elementos suficientes para dotarles de un estatuto internacional: las ONGs sólo serán destinatarias de las normas de Derecho internacional o sólo podrán reclamar su aplicación a través de la intervención de un Estado (24).

Ya que por definición el CICR es un organismo privado suizo destinado al cumplimiento de una finalidad pública, su inclusión dentro de esta categoría, a primera vista, no plantea ningún problema (25). Sin embargo, no podemos obviar que existen algunos elementos que separan y distinguen substantivamente al CICR del resto de las ONGs.

El primer dato a tener en cuenta es que el CICR asume por la vía convencional auténticas responsabilidades internacionales dirigidas a garantizar la aplicación de un mínimo de normas humanitarias en el curso de los conflictos armados (26). Para el desarrollo de las funciones que le han sido asignadas, el CICR necesita relacionarse de forma directa con los demás sujetos de Derecho internacional. Así, a diferencia de las demás ONGs, el Comité negocia directamente con los Estados y mantiene vínculos especiales con ciertas organizaciones internacionales, con muchas de las cuales ha suscrito acuerdos internacionales (27). Destaca en particular la relación de

(24) La citada Convención del Consejo de Europa de 24 de abril de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONGs apunta a que se reconozca la personalidad jurídica a estas organizaciones en los órdenes internos de los Estados partes, con exclusión por lo tanto de la subjetividad en el plano internacional (art. 2.1).

(25) En este sentido, Raymond RANJEVA, "Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", *R.des C.* (1997), tomo 270, pág. 95. Paul de la PRADELLE, *La Conférence Diplomatique et les Nouvelles Conventions de Genève du 12 Août 1949*, Paris, 1951, p. 18; Giuseppe BARILE, "Caractère du Comité international de la Croix Rouge", *Rivista di diritto internazionale* 62 (1979), p. 112; Nguyen QUOC DIHN, Patric DAILLIER, Alain PELLET, *Droit International Public*, 6^e édition, Paris, 1999, pp. 694-695; Pierre Marie DUPUY *Droit International Public*, Paris, 1998, pp. 239 y 527-528.

(26) Sobre el carácter internacional del CICR, vid. G. BARILE *loc. cit.*, pp. 111-115. Según este autor el CICR pertenece a la categoría de órganos internacionales de funciones, pues ejerce una función internacional por la imposición de una voluntad común de los Estados.

(27) Así, los acuerdos de cooperación para coordinar sus actividades con las organizaciones internacionales, como por ejemplo el acuerdo de cooperación entre el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja publicado en la *R.I.C.R.*, de julio-agosto de 1996, n° 136 pp. 477-480 (también con miras a potenciar sus relaciones mutuas el Comité ha concertado acuerdos con la Organización de la Unidad Africana, la Unión Europea y la Organización de la Conferencia Islámica).

cooperación que le une a las Naciones Unidas por su cualidad de observador y por el papel que desempeña en el control de la aplicación del DIH (28). Como consecuencia de la misión que cumple en los conflictos armados internos, establece contactos con las partes beligerantes o los grupos armados opuestos, también sujetos -efímeros- del orden internacional (29).

Han sido precisamente las relaciones que el Comité ha desarrollado con los sujetos que integran la comunidad internacional y, especialmente, las establecidas con los Estados, las que han ido perfilando el contenido preciso de los derechos y obligaciones que conforman su personalidad jurídica. Ello se constata en la práctica internacional, donde los Estados reflejan una tendencia creciente a conceder al CICR un tratamiento jurídico muy similar al que dan a las organizaciones internacionales y que se demuestra mediante la atribución al Comité de las tres capacidades básicas y probatorias de la subjetividad internacional (30): a) el *ius ad tractatum*: los Estados concluyen con el CICR acuerdos que, desde el punto de vista del Derecho interno, se asimilan a los tratados internacionales (31). En particular, los acuerdos de Sede son convenios bilaterales destinados a definir el estatuto de una delegación del CICR en el Estado donde se establece, cuya similitud con los concluidos por las OI va más allá del mero apelativo (32); b) el *ius legationis*: se tiende a tratar a las delegaciones del

(28) El Comité ha suscrito convenios internacionales con la Organización de las Naciones Unidas (también con las Comunidades europeas) sobre prestación de socorros y ayuda alimentaria.

(29) En el conflicto de Chiapas el CICR estableció un contacto directo con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y desarrolló un papel fundamental de intermediario neutral entre la parte insurrecta y las autoridades gubernamentales. Béatrice MÉGEVAND, "Entre la insurrección y el Gobierno. La acción del CICR en México", *R.I.C.R.*, enero-febrero 1995, n° 127, pp. 101-115. P. RUGGIER nos ofrece algunos ejemplos de acuerdos suscritos con partes beligerantes; "L'organisation de la Croix-Rouge internationale sous ses aspects juridiques", *R.C.A.D.I.*, 1953-I, p. 432.

(30) En este sentido Christian DOMINICÉ, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens". *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski, 1996, pp. 158-171.

(31) Paul REUTER, "La personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix Rouge", *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pág. 790.

(32) Hasta el momento el CICR ha firmado 57 acuerdos de sede. Se trata de acuerdos bilaterales destinados a definir el estatuto de una delegación del CICR en el Estado en el que se establece, por medio de los cuales se instituyen, en beneficio de los miembros de la Delegación, la inviolabilidad de los locales y los privilegios e inmunidades clásicas, la inmunidad de los miembros de la Delegación y su inmunidad de jurisdicción por los actos que realicen en el cumplimiento de sus funciones. Asimismo contienen disposiciones sobre el arreglo de las controversias que puedan surgir, ya sea con terceras partes, ya sea con el Estado de acogida.

CICR como si fueran verdaderas misiones diplomáticas, otorgándoles el derecho de legación activa y pasiva (33); c) a diferencia del resto de los organismos privados, los Estados permiten que el Comité recurra a los mecanismos generales de la responsabilidad internacional para hacer valer sus derechos. No obstante, en la práctica el CICR ha adoptado frente a los Estados una actitud más bien reservada, sin que se pueda citar ningún ejemplo en el que se haya adoptado una acción de reclamación cuando sus bienes o delegados han sido atacados en situaciones un tanto oscuras (34). Sin embargo, existe al menos un ejemplo en el que el CICR hizo valer sus derechos directamente en el plano del Derecho internacional frente a las Naciones Unidas y que destaca por el hecho de que, en este caso, la reclamación internacional (consecuencia del asesinato de tres de sus delegados ocurrido en el Congo Katanga en 1961) fue presentada sin la intervención del Estado nacional de las víctimas (35).

(33) Efectivamente, un estudio detenido de los acuerdos de sede concluidos por el CICR y los Estados, muestran la tendencia a tratar a las Delegaciones del CICR como si fueran misiones diplomáticas. La garantía a sus delegados de los privilegios e inmunidades clásicas, los modos de arreglo que se establecen -normalmente el recurso al arbitraje internacional-, los procedimientos seguidos por el Comité a la hora de nombrar o destituir un delegado (presenta cartas credenciales y de notificación a los Ministerios de AAEE) o el mismo hecho de que el Presidente del CICR, en ciertas ocasiones, reciba ante las autoridades estatales el trato de Jefe de Estado o de Gobierno, son elementos que, en su conjunto, nos hacen pensar que los Estados reconocen al CICR la capacidad de acreditar misiones de carácter diplomático. A pesar de todos estos datos, consideramos que sería excesivo afirmar que existe una práctica uniforme y consistente en la materia; en cualquier caso parece que es ésta la solución hacia la que se encamina la práctica. François BUGNION, *Le Comité international de la Croix Rouge et la protection des victimes de guerre*, Genève, 1994, p. 1133-1144; Christian DOMINICÉ, "La personnalité juridique internationale du CICR". *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, p. 669.

(34) A pesar de la renuncia del Comité a pedir una reparación, debido a la desproporción existente entre los daños materiales que él había sufrido y los registrados en la población tunecina, el Gobierno francés aceptó dar al CICR una indemnización por los daños que habían sufrido sus camiones y recursos como consecuencia del bombardeo de Sakiet Sidi Youssef. Procesos verbales del CICR, sesiones plenarias de 13 de febrero, 6 de marzo y 1 de mayo de 1958. Citado por F. BUGNION, *op. cit.*, p. 1135.

(35) Comprobado por una comisión de encuesta designada por las partes que los ocupantes de la ambulancia habían perecido en una zona controlada por las tropas de las Naciones Unidas y que los proyectiles provenían de las armas que habitualmente utilizaban esas fuerzas, las Naciones Unidas entregaron al Comité una suma de dinero para que fuera distribuida a las familias de las víctimas. Destaca, por tanto, el hecho de que en este caso la reclamación internacional fue presentada por el CICR y no por los países de la nacionalidad de las víctimas. Sobre este suceso, ver los Informes de Actividad del CICR de 1961 (p. 12 y ss) y de 1962 (pp. 14-15).

Todas estas capacidades denotan que el CICR es una institución que goza de competencias propias de una organización internacional gubernamental y demuestran que su acción se rige por el Derecho internacional (36), puesto que, a diferencia del resto de las ONGs, posee una personalidad jurídica funcional dimanante del DIH.

Sin lugar a dudas, otra diferencia notable reside en el hecho de que el Comité, representa una referencia indispensable en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados. Impulsor de la codificación de las normas del Derecho internacional humanitario, el CICR ha desempeñado y desempeña un papel único en la formación, desarrollo y sistematización de esta materia. No en vano ha sido el órgano encargado de elaborar los proyectos de la mayor parte de las convenciones que rigen la materia y ha auspiciado la celebración de las dos Conferencias Diplomáticas (la de 1949 y la de 1974-1977) que darían su fruto con la aprobación de lo que hoy constituye el núcleo duro del Derecho aplicable a los conflictos armados, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Como corolario de la iniciativa que asume en el proceso de codificación, se ha reconocido la autoridad particular del Comité (por ser exterior a las partes de las negociaciones diplomáticas) para interpretar las normas del DIH (37).

Una vez superada por las Naciones Unidas la aparente contradicción entre la propia existencia del DIH y el principio básico en Derecho internacional que prohíbe el uso de la fuerza como medio de solución de las controversias internacionales, el CICR, a través de su estatuto consultivo, primero, (38) y a partir de 1990 como consecuencia de su condición de

(36) Como acertadamente señala P. REUTER (loc. cit., p. 789), en el supuesto de que los agentes del CICR violasen una regla que afecta al ejercicio de sus funciones (así por ejemplo la regla de la imparcialidad o de discreción) no serían las reglas del Derecho suizo sobre la responsabilidad civil ni las reglas del Estado que alega la violación las que se aplicarían, sino más bien las del Derecho internacional. De la misma manera, si los agentes del CICR fueran objeto de una violación de una norma de Derecho internacional por parte de un Estado, sería igualmente este ordenamiento jurídico y no el nacional el que debería ser aplicado.

(37) En el marco de esta actividad se encuadra la ardua tarea que el CICR emprendió por encargo de la XXVI Conferencia Internacional de determinar mediante el análisis de la práctica de los Estados y de su *opinio iuris*, las normas de DIH que forman parte del Derecho internacional consuetudinario.

(38) El estatuto consultivo que se concedía con la apoyatura jurídica del art. 71 de la Carta, en general no concede a las ONGs la posibilidad de intervenir. Tan sólo en algunas comisiones del Consejo Económico y Social (tales como la Comisión de Derechos Humanos o el Comité coordinador de la cooperación con las ONGs) se concede a ciertas ONGs el estatuto de participación o un derecho de iniciativa con carácter permanente, según el correspondiente reglamento de procedimiento aplicable. Christian KÖENIG, "Reflexiones jurídicas acerca del estatuto de observador del Comité Internacional de la Cruz Roja en las Naciones Unidas", R.I.C.R., n° 103, enero-febrero de 1991, pp. 40-43.

observador, se ha visto integrado en los trabajos que, sobre las cuestiones humanitarias, tienen lugar en el seno de sus órganos tanto principales como subsidiarios. Los padrinos de la resolución 45/6 de la Asamblea General pusieron en evidencia la distancia que separa al CICR de las demás ONGs (39). Según éstos, el estatuto de observador se reserva a las organizaciones internacionales y la excepción hecha con el Comité internacional en ningún caso puede verse como un posible precedente, pues responde a su papel único y al mandato que le confían las Convenciones de Ginebra y que lo distinguen del resto de organizaciones humanitarias, las cuales no podrán beneficiarse de las mismas prerrogativas (40). En el plano práctico los representantes del CICR, aparte de disponer de un acceso directo y permanente, pueden intervenir en las reuniones dando su punto de vista sobre cualquier cuestión que entre dentro del ámbito de su competencia. De esta forma el CICR, que actúa de manera directa junto con los demás actores de la escena internacional, tiene la posibilidad de influir directamente en los procesos de toma de decisiones para que, junto al interés político, también respeten las necesidades de carácter humanitario, obligando a los Estados miembros en cuestión a su observancia. Particularmente importante será el papel que desempeñe el CICR en el seno de la Asamblea General (41), pues de nuevo se le brinda la posibilidad de participar e influir en el proceso de codificación y desarrollo del DIH, defendiendo sus intereses en las resoluciones normativas que pudieran adoptarse en el seno de este órgano (42).

(39) Su particular estatuto tan sólo ha sido compartido a partir de 1994 por otras dos ONGs, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y la Orden Soberana de Malta. Sobre esta cuestión, *Vid.* Wilfried REMANS, "The Granting of Observer Status by the General Assembly of the United Nations to the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies", *International Law: Theory and Practice*, K. Wellens (ed.), pp. 347-362.

(40) La Asamblea General, por su resolución 46/496 de 1994, ha decidido que la concesión de la condición de observador se limite con carácter general en el futuro a los sujetos de DI, Estados y OI, lo que no impedirá que este estatuto se pueda conceder a otras entidades con carácter *ad hoc* para ciertos períodos de sesiones o para tareas de órganos determinados.

(41) Aunque sin derecho a voto, el Comité tiene acceso a toda la documentación y asiste a las sesiones de la Asamblea General y de sus Comisiones.

(42) Así, por ejemplo, el CICR jugó un papel destacado en el proceso de elaboración de la resolución 49/59 de 9 de diciembre de 1994 por medio de la cual la Asamblea General adoptó la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado*, cuyo artículo 20 señala en particular que "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará: a) La aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas".

Por último, hay que mencionar el papel destacado que el Comité internacional desempeña en el proceso de aplicación y de control del DIH. En muchas ocasiones particularmente sensibles y altamente politizadas, el CICR ha sido la única organización humanitaria a la que se le ha garantizado el acceso. Un buen ejemplo de la posición privilegiada que ocupa esta organización respecto de las demás es la resolución del Consejo de Seguridad 771 de 13 de agosto de 1992, que hace un llamamiento “a todas las partes en conflicto para garantizar a las organizaciones humanitarias internacionales responsables y al CICR *en particular*, el acceso a campos, prisioneros y centros de detención en Yugoslavia” (43).

2.3. EL CICR, SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL

La cuestión de la atribución de la personalidad jurídica al CICR no está exenta de controversia doctrinal, fundamentalmente porque la conclusión final a la que podemos llegar depende de la noción de “sujeto de Derecho internacional” de la que se parta (44). Para los que consideran que es sujeto de Derecho internacional toda entidad que es destinataria de derechos y obligaciones que proceden directamente del orden jurídico internacional, la conclusión será afirmativa (45). La propia Decisión del

(43) La cursiva es nuestra. El acuerdo que fue suscrito por todas las partes el 6 de Junio de 1992 en el conflicto de la antigua Yugoslavia prueba la confianza que suscita la acción del CICR frente a otras organizaciones gubernamentales (regionales o universales) y no gubernamentales. Dicho acuerdo establecía el deber de las partes de consentir y cooperar con las operaciones orientadas a asistir a las víctimas del conflicto de Bosnia-Herzegovina, declarando que *en particular* se darían todo tipo de facilidades al Comité Internacional de la Cruz Roja. *Declarations of the International Committee of the Red Cross (22.5.1992-14.6.1996)*. Dossier elaborado por el CICR.

(44) Entre los innumerables estudios en torno a la personalidad jurídica internacional del CICR pueden consultarse, además de los ya citados: Julio A. BARBERIS, “El Comité Internacional de la Cruz Roja como sujeto de derecho de gentes”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pp. 635-641; Christian DOMINICÉ, “La personnalité juridique internationale du CICR”. *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pp. 663-672. Denise PLATTNER, “Le statut du délégué du CICR sous l’angle du principe de l’inviolabilité de sa personne”. *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pp.761-769; Richard SOGNO-BEZZA, *La personnalité juridique du Comité International de la Croix-Rouge*, Paris, Université de Paris II, Droit, Économie et Sciences sociales, 1974;

(45) Así v.gr. Julio A. BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, 1984, pp. 153-159.

TPIY, que examinaremos, señala que las funciones de carácter internacional y de utilidad pública que el CICR desempeña “se derivan directamente del Derecho internacional, esto es, de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales” (46). Diferente (o quizás menos clara) será la respuesta si, a la noción de sujeto que acabamos de mencionar, añadimos la circunstancia de que la entidad de que se trate deba tener capacidad para “hacer valer sus derechos por la vía de una reclamación internacional” (47). Se ha considerado, en este sentido, que el *locus standi* ante el Tribunal Internacional de Justicia representa el criterio definitorio de un sujeto del orden internacional (48). En este orden de ideas y ante la incuestionada incapacidad del CICR para presentar una reclamación ante el TIJ49, estamos de acuerdo con RANJEVA en que lo determinante para atribuir la personalidad jurídica internacional a una entidad es la capacidad de presentar de forma directa una pretensión de carácter internacional y no la posibilidad de la acción contenciosa delante de una jurisdicción internacional (50). Esto ha sido puesto de relieve por el TIJ al afirmar por vía consultiva en el asunto de la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* que la aptitud para presentar una reclamación internacional es “la capacidad de recurrir a los métodos habituales reconocidos por el Derecho internacional para el establecimiento, la presentación y la resolución de pretensiones. Entre estos métodos, podemos mencionar la protesta, la encuesta, la investigación y la

(46) *Decisión...*, p. 46.

(47) El Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto de la *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, llegaba a la conclusión de que la Organización de las Naciones Unidas era un sujeto de Derecho internacional, lo cual significa que “dispone de la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y que tiene la capacidad de hacerlos valer por la vía de una reclamación internacional”. *C.I.J., Recueil*, 1949, p. 179. Teniendo en cuenta las dos capacidades, PERRUCHOUD llega a la negación de la personalidad jurídica del CICR, mientras que, por ejemplo, BUGNION obtiene la conclusión contraria. Richard PERRUCHOUD, *Les Résolutions des conférences internationales de la Croix-Rouge*, Institut Henry Dunant, Genève, 1979, p.71; F. BUGNION, *loc. cit.*, pp. 1127-1128.

(48) R. RANJEVA (*loc. cit.*, p. 64), admitiendo que el Estatuto del TIJ excluye toda posibilidad de participación de una ONG en un procedimiento contencioso ante el Tribunal, considera que en materia consultiva, a falta de una definición de la noción de “organización internacional”, podría ser una vía abierta a estas organizaciones no gubernamentales “teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal se funda más bien en consideraciones de oportunidad que de legalidad”.

(49) *Vid.* el art. 38 del Estatuto del TIJ.

(50) R. RANJEVA, *loc. cit.*, pp. 97-98.

petición de someter un asunto a un tribunal arbitral o a la Corte, en la medida en que su Estatuto lo permita” (51).

En el caso del CICR es lógico pensar que los Estados, al mismo tiempo que aceptan su acción, están reconociendo las competencias y los derechos que le resultan necesarios e imprescindibles para la realización de sus funciones así como para demandar su respeto (52). Es evidente que el CICR no podría cumplir con la misión que se le asigna si tuviera que recurrir a la protección diplomática de Suiza o, en su defecto, a la de cualquier otro Estado, cada vez que un sujeto de Derecho Internacional atentara contra los derechos que le han sido reconocidos (53). Por eso, en aras de la eficacia de su cometido, el Comité debe estar capacitado para recurrir inmediata y directamente a los procedimientos del Derecho Internacional para así hacer valer sus derechos. Serán las finalidades y objetivos -eminente-mente humanitarios- de este organismo los que determinen los métodos y medios a los que debe recurrir para el desarrollo y defensa de su mandato. No hay que olvidar en este sentido que, además de la vía contenciosa, existen otros medios, tales como la negociación, el recurso a comisiones internacionales de encuesta o incluso a los tribunales arbitrales, que destacan de entre los demás mecanismos de solución de controversias como los más adaptados a las particulares características del CICR; que el CICR no pueda o no quiera recurrir a otros medios de solución no quiere decir que carezca de personalidad jurídica.

Llegados a este punto, existe una última cuestión que debemos tratar y que hace referencia al carácter *sui generis* del procedimiento o modo a través del cual la comunidad internacional ha atribuido al CICR su estatuto. La ausencia de un tratado o de un acto específico a través del cual los Estados hayan reconocido (expresa o implícitamente) la existencia jurídica del Comité podría inducirnos a pensar que quiebra uno de los caracteres esenciales del Derecho internacional: su carácter consensual. Porque, efectivamente, de acuerdo con el Derecho internacional, el cumplimiento de una norma que no es imperativa sólo puede reclamarse a un Estado si éste ha dado previamente su consentimiento. Si concedemos al CICR la condición de sujeto de Derecho internacional, podríamos estar quebrantando esta regla en tanto en cuanto estemos reconociendo que una asociación privada, que persigue sus propias finalidades y objetivos,

(51) C.I.J., *Recueil*, 1949, p.177.

(52) *Ibid.* p. 182.

(53) F. BUGNION, *op. cit.*, p. 1128.

puede participar en la elaboración de normas que están llamadas a imponerse a los Estados soberanos.

En este sentido, hay que señalar que la peculiaridad del proceso a través del cual los Estados han dotado al CICR de la capacidad para realizar actos con eficacia jurídica en el orden internacional reside en que estamos ante un reconocimiento de carácter tácito que se ha visto reflejado en la práctica de los Estados. La personalidad jurídica del CICR se ha impuesto a los Estados por la fuerza de los hechos y responde a la necesidad de su existencia como única solución para paliar las deficiencias de los propios poderes públicos. Tal interpretación sería, por otra parte, perfectamente congruente con la visión dinámica de la sociedad internacional que nos da el Tribunal Internacional de Justicia en la citada opinión consultiva de 1949, donde afirma que “los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad” (54). Pues, después de todo, tal y como señala REUTER, la personalidad jurídica no es más que un “instrumento técnico eficaz y sutil que responde a las necesidades prácticas de la vida social” (55). En consecuencia, si *de facto* existen ciertas entidades cuya acción se manifiesta por su inserción en el medio internacional, dando prueba de que ejercen derechos y asumen obligaciones en el sistema jurídico internacional, no hay razón para negarles la subjetividad internacional (56).

No podríamos afirmar que en 1949 los Estados partes en las Convenciones de Ginebra, por el hecho de atribuir determinadas funciones al CICR, tuvieran *in mente* dotar a esta Institución de tradición humanitaria de un estatuto jurídico internacional al que se une la capacidad para reclamar el beneficio de sus derechos. Lo que pretendían era simplemente hacerle beneficiario de ciertos derechos. En cambio, ha sido la práctica reciente, especialmente la desarrollada en las relaciones entre el Comité y los Estados, la que ha permitido consolidar una regla internacional consuetudinaria que le otorga la personalidad jurídica internacional (57). Al igual que ocurre en el caso de la Santa Sede, se trata de una regla específica e individualizada, por lo que el reconocimiento de esta capacidad no

(54) *Ibid. párr.* 178.

(55) P. REUTER, *loc. cit.*, p. 783.

(56) Philippe GAUTIER, “O.N.G. et personnalité internationale: á propos de l'accord conclu le 29 novembre 1996 entre la Suisse et la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge”. *R.B.D.I.*, 30 (1) 1997, p.180.

(57) C. DOMINICÉ, *loc. cit.*, nota 26, p. 158.

es susceptible de ampliarse a otras ONGs: la inscripción del CICR en el orden internacional responde a una necesidad de la sociedad internacional y se encuentra consagrada por la práctica de los Estados.

Precisamente la Decisión del TPYI, que comentaremos en breve, confirma la dimensión internacional de la personalidad jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja, aportando nuevos elementos, cuando señala que “las funciones y objetivos del CICR se derivan directamente del Derecho internacional, esto es, de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales” (58). En cuanto al contenido de la personalidad jurídica, teniendo en cuenta su carácter funcional, el TPIY recurre a la lógica de los poderes implícitos: “las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos deben construirse a la luz de sus objetivos y finalidades fundamentales tal y como han sido descritas más arriba y por esta razón deben ser interpretadas como concediendo al CICR los poderes y los medios necesarios para el cumplimiento de su mandato” (59). Por último, recogiendo el parecer de la propia Fiscalía, el Tribunal reconoce que “el CICR tiene personalidad jurídica internacional” y que “su mandato le fue conferido por la comunidad internacional” (60).

No obstante, la Oficina del Fiscal y el CICR no llegan a un acuerdo en cuanto a las consecuencias que se derivan de la atribución de tal *status*, ya que, según mantiene la primera, no existe en Derecho internacional ninguna regla que conceda con carácter general y absoluto la confidencialidad de la información del CICR, ni que, consecuentemente, requiera su consentimiento para que el testigo en cuestión preste su declaración.

3. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DEL TPIY DE 27 DE JULIO DE 1999

3.1. LOS ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA: EL INTERÉS DE LA JUSTICIA

En sus alegaciones, la Fiscalía sopesa las repercusiones negativas que, para el desempeño de la labor humanitaria del CICR, previsiblemente, se derivarían de la declaración del testigo, con la gravedad de la ofensa y la importancia que el testimonio tiene para el caso en cuestión. Una vez valorados estos extremos, llega a la conclusión de la necesidad de que el antiguo traductor del Comité declare (61).

(58) *Decisión...*, pág. 46.

(59) *Decisión...*, pág. 72.

(60) *Decisión...*, pág. 35.

(61) *Decisión...*, párs. 28 y 29.

Aunque reconoce que el buen funcionamiento del Comité depende en gran medida de la confidencialidad de la información que obtiene como consecuencia del desempeño de su mandato humanitario, la Fiscalía afirma que existe otro interés que el Tribunal también debe considerar: el interés de la justicia. En su opinión, el TPIY sólo podrá llegar a una decisión que se considere justa, tanto para los acusados como para las víctimas, en el caso de que todas las pruebas relevantes sean puestas a su disposición. En este sentido, la Fiscalía hace hincapié en que los hechos que el antiguo traductor del CICR presencié con motivo de las diversas visitas que había realizado a los centros de detención de la zona y de su presencia en el intercambio de civiles supervisados por el Comité, se caracterizan por ser especialmente relevantes e imprescindibles para probar la culpabilidad de algunos de los acusados en el caso *Simic y otros* (62). La declaración del testigo es, por lo tanto, fundamental y crucial para la solución del caso, pues de ella depende la prueba de la comisión de violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, de las leyes o usos de la guerra y de crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, considera que la tarea de determinar y decidir si se debe eximir o no a un testigo del deber de declarar, corresponde al propio Tribunal y no al Comité internacional. Quiere esto decir que el CICR en ningún caso puede impedir de manera unilateral que su antiguo intérprete tes-

(62) Según la Segunda Acta de Acusación desde septiembre de 1991 y hasta al menos el 31 de diciembre de 1993 Blogoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC, junto con otros civiles serbios y oficiales militares, planearon y cometieron o consintieron que se ejecutara en los municipios de Bosanski Samac y Odzak una política de depuración étnica así como otras muchas violaciones graves del Derecho internacional humanitario. Debido a la situación privilegiada de estas dos localidades -enclavadas en el filo norte del "corredor de Posavina"- el control de la zona era crucial para los bosnios de Serbia, pues de esta forma se garantizaban la franja territorial que une por el este a Serbia con los serbios de Krajina en Croacia y otras partes del oeste de Bosnia y Herzegovina. Con este objeto, y tras la toma de estos municipios por la fuerza, las autoridades serbias de Bosnia y Herzegovina establecieron un "gabinete de crisis" que sustituyó a la asamblea municipal legalmente elegida. Desde ahí se planeó y desarrolló un plan de "limpieza étnica" en contra de la población de origen no serbio: las personas que no huyeron o fueron expulsadas fueron detenidas o arrestadas ilegalmente, sometidas a leyes discriminatorias o a trabajos forzados. Las cifras hablan por sí solas acerca de los resultados de esta línea de conducta: en tres años, la población bosnio-croata y bosniomusulmana de Bosanski Samac pasa de 17000 a 300 y en la vecina Odzac, tras los acuerdos de Dayton en 1995, la práctica totalidad de la población era serbia. Prosecutor v. Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC, *Case n° IT-95-9 (Second Amendment Indictment* de 25 de marzo de 1999), párrs. 1-13, (<http://www.un.org/icty/indictment/english/sim-r2ai990325e.pdf>).

tifique sobre los hechos que ha presenciado en su capacidad oficial. Como fundamento de esta opinión, la Fiscalía alega dos motivos.

En primer lugar, y como cuestión de derecho general, porque el CICR no disfruta de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales internacionales. Según la Oficina del Fiscal, tal inmunidad no se deriva ni de la personalidad jurídica funcional del CICR ni tampoco encuentra sus bases en el Derecho internacional (63). Descartada la posibilidad de que las normas de Derecho convencional o consuetudinario que regulan la materia (así por ejemplo el Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas) puedan aplicarse -ni siquiera por analogía- al caso del CICR, no hay razón por la cual el TPIY deba respetar la negativa del CICR a que el testigo preste testimonio, máxime cuando el empleado del CICR se ha presentado voluntariamente ante el Tribunal, pues tampoco existe ninguna norma de Derecho internacional general que requiera que el CICR dé su consentimiento para permitirle declarar.

En segundo lugar, la Fiscalía considera que la afirmación según la cual el testimonio pondría en peligro la capacidad del CICR para llevar a cabo su misión humanitaria no se encuentra lo suficientemente probada en el presente caso (64). El hecho de que la práctica de la confidencialidad del CICR no sea del todo uniforme (puesto que en ocasiones el Comité ha hecho públicas declaraciones referidas a ciertas violaciones del DIH) es una prueba irrefutable para la Fiscalía de que su información no dispone de ninguna inmunidad o privilegio que pueda ser invocada por este organismo ante la Sala. Si bien reconoce la capacidad del Tribunal para excluir una declaración en determinadas situaciones en las que se reúnan circunstancias excepcionales, considera que ninguna de estas causas concurre en el caso que se juzga y que, consecuentemente, la declaración deberá ser admitida, ya sea con o sin el consentimiento del CICR.

No obstante lo anterior, la Fiscalía apunta que el interés que tiene el CICR en la confidencialidad de su trabajo, podría ser adecuada y sobradamente protegido, si se adoptan ciertas medidas protectoras de carácter preventivo, dirigidas a ocultar la identidad del testigo y a evitar que la información se revele fuera del Tribunal. De esta forma, las posibles repercusiones negativas del testimonio sobre la acción futura del CICR podrían ser reducidas al mínimo (65).

(63) Decisión..., p.6.

(64) Ibid.

(65) Decisión..., párs. 30 y 31.

3.2. LOS ARGUMENTOS DEL CICR: EL INTERÉS DE LA CONFIDENCIALIDAD

Admitida por la Sala -a petición de la Fiscalía- la capacidad del CICR para comparecer en el proceso en calidad de *amicus curiae* (66), el Comité presenta el 13 de abril de 1999 una declaración en la que expresa las bases jurídicas sobre las que apoya sus argumentos y que incluye, entre otros documentos y declaraciones, las opiniones de los Profesores J. CRAWDFORD, J. SALMON y E. DAVID (67).

Haciendo frente a la posición de la Oficina del Fiscal, el Comité internacional declara que existen en Derecho internacional bases claras que permiten mantener la confidencialidad de la información y que obligan al Tribunal a rechazar el testimonio de su antiguo empleado, a saber, su mandato humanitario, los principios sobre los que opera, su inmunidad, la naturaleza privilegiada de sus comunicaciones y el impacto del testimonio en sus operaciones, así como el privilegio de la doctrina de la confidencialidad en Derecho nacional.

Sin duda alguna, el argumento más contundente que maneja en contra de la revelación del testimonio es el daño que éste produciría sobre la capacidad del Comité para cumplir en el futuro con su mandato humanitario.

Según el Comité, el respeto de la obligación de confidencialidad es una característica esencial de su mandato y constituye un instrumento necesario e imprescindible para el efectivo cumplimiento de las funciones que ha asumido por la vía convencional (68). En este sentido, el Tribunal

(66) De acuerdo con la Regla 74 la Sala puede, cuando así lo considere conveniente para la solución del caso, invitar o permitir a un Estado, organización o persona, intervenir en el proceso y someterle declaraciones sobre cualquier cuestión (de hecho o de derecho) que ella misma le especifique. Sobre la base de este artículo, las Salas han recibido varias peticiones de diversa procedencia (Estados, organizaciones no gubernamentales, organizaciones y corporaciones). Los jueces del Tribunal en su séptima sesión plenaria adoptaron unas líneas directrices informales sobre la práctica de los *amici curiae*. John R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Pub.Nueva York, 1998, pp. 273-274.

(67) En el momento de la elaboración de este artículo, tanto la declaración del CICR como las opiniones de los expertos anejas, todavía no han sido hecho públicas por el TPIY; de ahí que no se haga referencia expresa a las mismas, sino a los extractos que de ellas aparecen mencionados en la propia Decisión del Tribunal.

(68) La posición del CICR en lo que respecta al testimonio de las personas que realizan una actividad bajo su responsabilidad ya había sido expuesta en una declaración presentada con motivo del establecimiento del Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia. En su opinión, esta posibilidad pondría en peligro su misión humanitaria por las siguientes razones: 1) violaría la promesa de confidencialidad que asume tanto con las víctimas como con las partes del conflicto; 2) socavaría la confianza que depositan en su acción las partes y las víctimas; 3) pondría en peligro a las víctimas y a los delegados del CICR; 4) podría provocar que en esa, o en futuras situaciones se le negara el acceso a las víctimas al Comité; *Statement of the ICRC of 25 February 1993 on its position regarding the establishment of the ICTY*.

debe tener en cuenta que la eficacia de su acción humanitaria depende, en gran medida, del acceso directo y duradero a las víctimas; un acceso que sólo se logra si los delegados del Comité garantizan a las partes la confidencialidad de la información que obtienen en el desarrollo de sus actividades operacionales.

En virtud de las funciones que le han sido atribuidas por la comunidad internacional, el CICR trabaja por una mejor aplicación del DIH, especialmente en los casos de conflicto armado internacional o de otra índole (69). Su mandato se deriva de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977 y aparece recogido en los Estatutos del Movimiento que le asignan el cometido de asumir “las tareas que le reconocen los Convenios de Ginebra” y de “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional aplicable en los conflictos armados” así como de “recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho” (70).

Pues bien, el CICR cree firmemente que el desarrollo de su labor humanitaria, en particular de las actividades de supervisión y asistencia a las víctimas de los conflictos armados, se vería seriamente puesta en peligro si, de alguna forma, se le relacionara con la represión -que no prevención- de las violaciones que sufre el DIH (71). Como sabemos, en la práctica, el derecho del CICR de acceso a las víctimas depende en gran medi-

(69) Art. 4.1 d). De conformidad con su derecho de iniciativa extraconvencional (se deriva de sus propios Estatutos y no de los Convenios), el CICR puede proponer a los gobiernos el acceso a las personas privadas de libertad como consecuencia de una situación de disturbios o de tensiones interiores.

(70) Art. 4. 1 c) y d) de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja de 24 de junio de 1998.

(71) En general, el DIH debe aplicarse según tres modalidades complementarias, a saber: a) la promoción del derecho; b) la supervisión directa y asistencia a las víctimas; y c) la represión de las violaciones. Los Estados encomendaron específicamente al CICR el cometido de trabajar en las dos primeras modalidades de aplicación, lo que comprende emprender acciones, en caso de conflicto armado o de violencia interna, para persuadir a las partes de que respeten el DIH, cesen de cometer violaciones de este Derecho o prevengan la comisión de tales violaciones. Esto implica el suministro de información sobre el DIH, la promoción del respeto de este Derecho, la educación, la persuasión y la verificación de dicho respeto. Pero no equivale a desempeñar un papel punitivo en respuesta a las violaciones o participar en mecanismos represivos. El CICR tiene la firme convicción de que su labor, en particular respecto de la supervisión directa y la asistencia a las víctimas, se vería grandemente afectada si resultara implicado en la represión de las violaciones. Cf. Stéphane JEANNET, “Recognition of the ICRC’s long-standing rule of confidentiality”, *R.I.C.R.*, n° 838, junio 2000, p. 406.

da del consentimiento de las partes (72). Es más, en el supuesto de los conflictos armados internos o de disturbios interiores la acción del Comité se basa exclusivamente en su derecho de iniciativa, sin que las partes tengan la obligación legal de permitir su intervención. Por eso, el CICR insiste en el hecho de que en tales situaciones, la clave para ganarse la confianza de los Estados y, en consecuencia, para superar las barreras de la soberanía territorial, está en presentarse ante las partes enfrentadas como un organismo neutral e independiente que, inspirado por los principios de imparcialidad y neutralidad, adopta la discreción como método de trabajo.

El Tribunal debe entender que la actitud de reserva que manifiesta el Comité por lo que respecta a las observaciones y comprobaciones que hacen sus delegados en el marco de sus actividades, en ningún modo pretende obstruir la acción de la justicia. La confidencialidad no es más que un instrumento que le permite establecer una relación de confianza con las autoridades concernidas a la hora de aceptar en su territorio sus actividades, y por ende, la posibilidad de tener un acceso directo y duradero a las víctimas. Para preservar esta relación, el CICR únicamente ha colaborado con los tribunales internacionales hasta donde se lo han permitido los principios que rigen su acción. En este sentido insiste en que la única finalidad por la cual recurriría a hacer una declaración pública es la de detener la violación del DIH. Lo haría, por tanto, en beneficio de las víctimas afectadas o amenazadas, pero en ningún caso en relación con la determinación de la responsabilidad penal de un individuo o como consecuencia de su participación en un proceso penal. En este sentido, es ya doctrina consolidada del CICR que, en caso de que sus delegados comprobaran con motivo de su trabajo la existencia de violaciones del DIH, únicamente se puedan realizar declaraciones públicas en supuestos excepcionales, bajo ciertas condiciones y siempre que esté demostrado que las gestiones confidenciales (que consisten en sugerencias, observaciones e informes que se remiten exclusivamente a las autoridades concernidas) no han logrado poner término a las mismas. Llegado el caso, tales declaraciones son de carácter muy general y nunca contienen una denuncia pública, directa y mucho menos personalizada de las violaciones.

Por todos estos motivos, la aceptación del testimonio que el antiguo empleado se dispone a prestar constituiría un precedente peligroso. Crea-

(72) Sobre este aspecto Vid. Ruth ABRIL STOFFELS, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados: configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Tesis Doctoral, Madrid, U.C.M., 2000, pp. 123-140.

ría en las partes implicadas en los conflictos armados u otras situaciones de violencia interna una clara desconfianza hacia la labor del Comité, lo cual, en último término, revertiría en las víctimas de tales circunstancias. Pues, ciertamente, existe el riesgo de que las autoridades nacionales o los grupos armados opuestos, temerosos de que, en tanto que testigos potenciales, los delegados o empleados del CICR declaren subsiguientemente en relación con las personas que vieron o con los hechos que presenciaron, puedan en lo sucesivo cambiar de actitud, negando o restringiendo el acceso de los delegados del Comité a las prisiones, así como las facilidades que se les ofrece en el caso de detención.

Alternativamente, el CICR introduce como argumento la doctrina del privilegio, desarrollada en los sistemas del *common law* (y que considera aplicable en el presente caso), donde el Derecho nacional reconoce -por considerarlo importante para el interés público- un privilegio necesario para desarrollar y proteger una relación particular, que depende de la confianza que depositan las partes en la confidencialidad (73).

Finalmente, y en lo que se refiere a la posibilidad alegada por la Fiscalía de adoptar medidas protectoras que pudieran garantizar la confidencialidad de su información, el Comité considera que la cuestión central consiste en determinar si la declaración en sí debe ser revelada al Tribunal y no si la evidencia, ya revelada, debe ser confinada a él. En este último supuesto, la capacidad del Comité para el desarrollo de su actividad sobre la base de la confianza se vería, sin lugar a dudas, dañada, *incluso* si la revelación se limitara al Tribunal (74).

3.3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

3.3.1. La naturaleza de la relación entre ambas instituciones

Ante el conflicto de intereses que se le plantea, la Sala III llama la atención sobre el hecho de que los mandatos de ambas instituciones internacionales - CICR y TPIY-, aunque independientes, se hallan unidos por una relación de complementariedad, ya que, en términos generales, lo que ambos pretenden es garantizar el respeto del DIH. Ahora bien, en lo que se refiere a la finalidad -preventiva o represiva- perseguida, ambos manda-

(73) *Decisión...*, pág. 18.

(74) *Decisión...*, pág. 20.

tos difieren. Así, mientras que la actividad del CICR se orienta hacia la prevención de las violaciones del DIH, el Tribunal internacional interviene *a posteriori*, esto es, una vez que éstas ya han ocurrido, para perseguirlas y reprimirlas (75).

Tanto la Fiscalía como el Comité admiten este punto de partida como válido, aunque no coinciden en cuanto a las consecuencias que cabe inferir de la complementariedad en aquellos casos en los que, como el presente, existe un conflicto entre las necesidades de los mandatos de las dos instituciones. Para la primera, ninguna de éstas tiene poder legal para imponer a la otra su propia valoración acerca de cómo debe resolverse un determinado asunto. Probada la imposibilidad de llegar a un acuerdo de buena fe entre ambas instituciones, es la Sala la que debe decidir lo que es más apropiado (76). Aunque la Fiscalía “no discute que el CICR tiene una apariencia de personalidad jurídica de acuerdo con el Derecho internacional, ni que el CICR tiene un mandato reconocido por la comunidad internacional” (77), no oculta su contrariedad ante los obstáculos impuestos por el Comité a la declaración, cuando señala que “corresponde al Tribunal y no al CICR decidir si los testigos pueden comparecer o no ante el Tribunal” (78), afirmando la preeminencia de las necesidades del órgano jurisdiccional sobre el interés de la organización humanitaria: “aceptar este argumento de control sería una abdicación de la función judicial para el Tribunal Internacional” (79).

La conclusión a la que llega el CICR es distinta: el mandato del CICR es independiente del que asume el Tribunal, pero también forma parte del “orden público” internacional, que el Tribunal ha de aplicar (80). Consecuentemente, el TPIY, que no tiene jurisdicción sobre el CICR, se encuentra obligado a respetar el deber absoluto de mantener la confidencialidad de las actividades operacionales del CICR y a no admitir una declaración que supondría la violación de tal deber.

Perspicazmente, la Sala elude este problema jurídico y centra la cuestión, que, en su opinión, no consiste en dilucidar si el Tribunal Internacional tiene jurisdicción sobre el CICR o poder para obligarle a presentar tal información, sino en saber si, a la luz de las Reglas procedimentales, el

(75) *Decisión...*, pár. 79.

(76) *Decisión...*, pár. 26.

(77) *Decisión...*, pár. 24.

(78) *Ibid.*

(79) *Decisión...*, pár. 25.

(80) *Decisión...*, pár. 15.

Comité posee un interés genuino y relevante en mantener la confidencialidad de la información (81).

3.3.2. La ausencia de una regla procedimental apropiada

En primer lugar, la Sala procede a examinar las reglas de carácter procesal que rigen su funcionamiento, en orden a determinar si contienen alguna norma que se refiera *in concreto* a la admisión de la información y que pudiera aplicarse en el presente caso.

El Tribunal internacional ha preferido la adopción de un procedimiento de prueba más bien flexible (82), rechazando la opción de elaborar unas reglas detalladas y rígidas que, añadidas a las dificultades materiales de recopilación de las fuentes de prueba, habrían obstaculizado y en muchos casos provocado el sobreseimiento o, simplemente, la no-incoación del proceso.

Siendo en la práctica imposible unificar todas y cada una de las reglas aplicables a los procedimientos de los más diversos países, en las Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba se ha optado por el establecimiento de diez reglas generales, que constituyen, en esencia, el marco dentro del cual debe desarrollarse todo proceso (83). La ausencia de reglas técnicas y detalladas se ve subsanada por la acción de los jueces, que disponen del poder para revisar todas las pruebas relevantes y, en el caso de que así fuera necesario, están capacitados para crear nuevas reglas que ayuden a la Sala en su decisión (84).

Esto no significa que la jurisdicción internacional disponga de unas garantías menores a las ofrecidas por el proceso penal que se desarrolla ante los tribunales nacionales, pues el incidente de la prueba se nutre ante la instancia internacional de muchos principios y garantías procesales, que traen su origen en la práctica estatal y que han sido reconocidos comúnmente como principios generales del Derecho (85).

(81) *Decisión...*, pág. 36.

(82) M. Cherif BASSIOUNI y Peter MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, 1996, pág. 950.

(83) Las reglas establecen un régimen para la admisión del testimonio bastante amplio y liberal, *Decisión...*, pág. 40.

(84) *Vid.* la opinión disidente del Juez Mc DONALD donde se afirma que "Because of the absence of specific rules, the Trial Chamber has made rules which it considered would best facilitate the process.". *Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements*, del 27 de noviembre de 1996 en el caso *Tadic* (IT-94-1-T), pág. 34.

(85) Sobre este particular *Vid.* Anne-Marie LA ROSA, "Trascendental reto para los tribunales penales internacionales: conciliar las exigencias del derecho internacional humanitario y de un procedimiento equitativo", *R.I.C.R.*, n° 144, noviembre-diciembre de 1997, pp. 677-695.

Así, la Regla 89 c) contiene lo que constituye la norma general aplicable en el proceso probatorio, es decir, la admisibilidad de cualquier elemento de prueba que sea considerado por el Tribunal como relevante y con valor probatorio. En este sentido, los jueces del Tribunal para la ex Yugoslavia han llamado la atención sobre el hecho de que el TPIY no se halla vinculado por las reglas de prueba nacionales (86) que no constituyan principios generales del Derecho, entendiendo por tales aquellas reglas que han sido adoptadas como solución a un problema concreto por un número sustancial de sistemas jurídicos de destacado reconocimiento (well-recognised legal systems) (87).

Más concretamente y en lo que respecta a la admisión del testimonio como elemento de evidencia ante el Tribunal, hemos de decir que las Salas disponen de amplios poderes de apreciación en la admisión, práctica y posterior valoración de las declaraciones (la jurisprudencia del Tribunal admite, por ejemplo, el testimonio de referencia, esto es, el testimonio basado en algo que ha dicho otra persona) (88). Pero lo cierto es que, fuera de la regla general del 89 c), no existe, ni dentro de las Reglas de Procedimiento ni en el Derecho procesal internacional, ninguna otra provisión o pauta que nos ayude a resolver el problema concreto de si el Tribunal debe o no admitir el testimonio del antiguo empleado del CICR. De ahí que la Sala se pregunte e indague sobre la existencia de una regla en Derecho internacional general, que reconozca el interés del CICR en la confidencialidad y que le otorgue un derecho a impedir el testimonio de su empleado.

(86) Así, por ejemplo, en el conocido asunto *Tadic* la Sala II declara inaplicable el principio -alegado por la defensa- *unus testis, nullus testis*. Ello le lleva a admitir como prueba concluyente la declaración de tan sólo un testigo por considerar que el requisito de la corroboración -todavía aplicable en Derecho civil- no debía ser exigido por el Tribunal, pues no forma parte del Derecho internacional consuetudinario vigente. *Tadic Opinion and Judgment* (IT-94-1-T), de 7 de mayo de 1997, párrs 535-539.

(87) "...Where a substantial number of well-recognised legal systems adopt a particular solution to a problem it is appropriate to regard that solution as involving some quite general principle of law such as is referred to in Sub-rule 89 (b)", *Vid. Separate Opinion of Judge Stephen on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements*, de 27 de noviembre de 1996 en el asunto *Tadic* (IT-94-1-T), pág. 6.

(88) Siempre y cuando sea pertinente, tenga valor probatorio y ofrezca ciertas garantías de fiabilidad, *Vid. Decision on the Defense Motion on Hearsay*, con motivo del caso *Tadic* (IT-94-1-T) del 5 de agosto de 1996, párrs. 7, 15, 16 y 19.

3.3.3. El respeto de la confidencialidad del CICR como norma de Derecho internacional consuetudinario

En la parte fundamental de su Decisión la Sala demuestra, aportando numerosos ejemplos procedentes de la práctica desarrollada por los Estados y las organizaciones internacionales en sus relaciones con el CICR; 1) que el CICR ha asumido por encargo de la comunidad internacional un mandato humanitario integrado por normas de origen tanto convencional como consuetudinario, y 2) en particular, que existe una regla que prohíbe la revelación de la información que el Comité adquiere como consecuencia del desarrollo de sus funciones.

3.3.3.1. El mandato del CICR bajo el Derecho internacional convencional y consuetudinario

Antes de examinar si existe o no una norma de Derecho internacional que proteja la confidencialidad de la información del CICR, el Tribunal analiza las bases jurídicas en las que se basa el mandato humanitario de esta institución. Con este objeto, la Sala define al Comité como una “organización humanitaria independiente, que goza en Derecho internacional de un *status* especial, basado en el mandato humanitario que la comunidad internacional le ha conferido” (89). Unas palabras que ponen de relieve el papel preponderante que desempeña el CICR en la tarea de velar por la aplicación del Derecho humanitario no sólo se deriva de las convenciones internacionales sino que, además, se ha visto confirmado en la aceptación de su práctica por los Estados.

En efecto, existen disposiciones específicas del Derecho internacional, en las que se hace alusión de manera expresa al CICR, atribuyéndole de forma directa determinadas responsabilidades. En virtud de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, el CICR desempeña actividades de asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados internacionales (90). También como consecuencia de su carácter de intermediario neutro e imparcial, puede actuar como Potencia Protectora o como sustituto de la Potencia Protectora (91). De igual forma, su derecho a visitar y entrevistar a los prisioneros de gue-

(89) *Decisión...*, pág. 46.

(90) Art. 9 C.G., (I), (II), (III) ; art. 10 C.G., (IV); art. 81.1 P.A., (I).

(91) Art. 10.3 C.G., (I), (II), (III); art. 11.3 C. G., (IV)

rra aparece consagrado por estos instrumentos (92). Finalmente, el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra, le habilita para adoptar las iniciativas de carácter humanitario que considere adecuadas en el caso de conflicto armado no internacional (93).

Especialmente relevante para el Tribunal es el hecho de que las funciones del Comité procedan directamente de las Convenciones de Ginebra, unos instrumentos que han sido aprobados por la práctica totalidad de la comunidad internacional (94). La aplicación universal de las provisiones humanitarias que éstos contienen, unida a la aceptación generalizada del carácter consuetudinario de la mayor parte de las mismas, lleva a la Sala a la conclusión de que los Estados Partes, al aceptar y ratificar las Convenciones de Ginebra, han reconocido el papel especial del CICR al mismo tiempo que su mandato (95).

Pero no sólo los Estados, sino también otros muchos órganos internacionales (entre ellos el propio TPIY), han destacado la importante labor del CICR, reconociendo la especificidad de su mandato y de sus métodos de trabajo. La Sala de Apelaciones del TPIY en el asunto *Tadic* se refirió a la unánimemente reconocida autoridad, competencia e imparcialidad del CICR, al igual que la importancia de su misión estatutaria para la promoción y el control del respeto del DIH (96). Igualmente significativo es el hecho de que el CICR fuera requerido por el Presidente del TPIY en el marco del conflicto para la ex Yugoslavia para la inspección de las condiciones de detención y el tratamiento de las personas acusadas, detenidas en la Unidad de inspección de las Naciones Unidas, como consecuencia lógica de “la larga experiencia práctica de esta organización independiente e imparcial en la inspección de las condiciones de detención en toda clase de conflictos armados y de disturbios interiores” (97).

(92) El sistema de supervisión de los prisioneros de guerra y detenidos se encuentra establecido por los artículos 126 C.G. (III) y 143 C.G. (IV).

(93) Esta disposición habilita a un organismo imparcial “tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja” a ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

(94) En septiembre de 2000, todos los Estados miembros de las Naciones Unidas (189) eran partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; 157 en el Protocolo Adicional I y 150 en el Protocolo Adicional II, (http://www.cicr.org/spa/partes_cg).

(95) *Decisión...*, pág. 48.

(96) *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case nº IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, pág. 73.

(97) La carta por la que se formaliza el acuerdo se refiere al CICR como una organización independiente e imparcial con amplia experiencia en la inspección de las condiciones de detención en toda clase de conflictos armados y disturbios interiores. Carta de 28 de abril de 1995. *Intercambio de cartas entre el Sr. Antonio Cassese, presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Sr. Cornelio Sommaruga, presidente del CICR*, publicado en la *R.I.C.R.*, marzo-abril de 1996, nº 134, pp. 257-260.

El hecho es que el CICR y las Naciones Unidas se complementan cada vez más en sus labores humanitarias. Ambas instituciones cooperan estrechamente tanto en las actividades sobre el terreno como en sus esfuerzos por aumentar el respeto del Derecho humanitario internacional, un *partenariat* que se refleja en las resoluciones del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y de sus órganos subsidiarios, así como en los informes del Secretario General (98). En su decisión, la Sala del TPIY da especial importancia al apoyo que recibió la Resolución 45/6 de la Asamblea General titulada “carácter de observador para el Comité Internacional de la Cruz Roja, en consideración del papel y los mandatos especiales que le confieren los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”. Un apoyo que fue puesto de manifiesto en la presentación que, en nombre de los copatrocinadores, hizo el Representante Permanente de Italia ante las Naciones Unidas refiriéndose al CICR como una institución única en su especie y exclusiva en su status, gracias al mandato que le confieren los Convenios de Ginebra; también el representante de Estados Unidos señalaba que el mandato único del CICR sitúa al Comité en un lugar aparte de las demás organizaciones o agencias de asistencia humanitaria (99).

Respaldata por 131 Estados y adoptada unánimemente y sin votación por la Asamblea General, esta resolución viene a ser la expresión de la *opinio iuris* de los Estados en lo que se refiere al reconocimiento del mandato del CICR. De esta forma, la comunidad internacional confirma el papel único del Comité al ser la primera vez que se otorga a una institución que no sea una organización gubernamental (hasta ese momento disponían de ese estatuto algunos de los órganos especiales de las Naciones Unidas, determinadas organizaciones internacionales regionales, ciertos Estados no miembros o algunos movimientos de liberación nacional). La atribución de esta capacidad no debe verse como un pre-

(98) Muchas resoluciones del Consejo de Seguridad mencionan expresamente al Comité Internacional de la Cruz Roja con el fin de proteger sus funciones: para que las partes en conflicto le garanticen la posibilidad de acceder y de permanecer sin obstáculos en los campos de prisioneros y centros de detención (S/RES/771 (1992), de 13 de agosto de 1992; S/RES/1010 (1995), de 10 de agosto de 1995 sobre las personas presuntamente detenidas en Srebrenica; como organización adecuada para cooperar con la ONU encaminando la asistencia alimentaria (S/RES/666 (1990), de 13 de septiembre de 1990; S/RES 688 (1991), de 5 de abril de 1991 sobre el acceso de la ayuda humanitaria al Kurdistán iraquí; S/RES/837 (1993), de 6 de junio de 1993 referida a Somalia o la S/RES/770 (1992) respecto a la ex Yugoslavia.

(99) Decisión..., pág. 50.

cedente peligroso con posibilidades de desembocar en un proceso, en el que otras ONGs, no tan universalmente reconocidas, pretendieran también obtener el estatuto de observador. Más bien al contrario, este reconocimiento pone de relieve el especial cometido que la comunidad internacional asigna al CICR que, al contrario de todas las otras organizaciones no gubernamentales, posee una “personalidad jurídica funcional” dimanante del Derecho internacional humanitario (100).

3.3.3.2. *Los principios que informan la acción del CICR en el cumplimiento de su mandato*

También los Estados en sus relaciones con el Comité han aceptado los siete principios fundamentales sobre los que opera, así como la confidencialidad de su acción, como medios o instrumentos necesarios para el efectivo cumplimiento de sus funciones.

No cabe duda de que el reconocido prestigio del CICR como guardián del DIH y su “autoridad moral” se basan en el hecho de que esta institución actúa en el más estricto respeto de los principios de humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, carácter voluntario, unidad y universalidad.

En particular, el desarrollo de una acción neutral, imparcial e independiente es el medio que permite al CICR llevar a cabo su misión y que hacen posible la aplicación del principio esencial del movimiento: la humanidad (101). De ahí que los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia hayan sido definidos como principios “derivados” o

(100) C. KOENIG, loc. cit., p. 41. En el mismo sentido se manifiesta F. BUGNION, op. cit., p. 1128. En su informe de actividad presentado en 1998 el CICR señalaba que la resolución de la Asamblea General significa el reconocimiento oficial de su papel y de su personalidad jurídica internacional: “Le statut spécial du CICR en tant que “gardien” du droit humanitaire a été largement reconnu au niveau international. Son rôle et sa personnalité juridique internationale ont été officiellement reconnus en 1990, quand, l’Assemblée générale des Nations Unies a accordé le statut d’observateur à l’institution”. CICR. Rapport d’Activité 1998, p. 330.

(101) Este principio que rige la acción de la Cruz Roja fue definido de la siguiente manera: “La Cruz Roja, a la que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos”, Jean PICTET, *Los Principios Fundamentales de la Cruz Roja*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1979, p. 3.

“mediáticos”, es decir, aquellos principios que no se refieren a los objetivos, sino a los medios necesarios para lograrlos (102). Se trata por lo tanto de principios que inspiran en todo momento su acción y que permiten al CICR gozar de la confianza de las partes y contar con el consentimiento que le resulta imprescindible en el cumplimiento de su misión a favor de las víctimas (103). Por su parte, la exigencia de la confidencialidad es definida por el Tribunal como un instrumento imprescindible para el adecuado cumplimiento de los tres principios derivados (imparcialidad, neutralidad e independencia) que examinamos a continuación.

La *imparcialidad* significa que el CICR debe cumplir sus funciones sin tomar partido a favor de ninguna de las partes. Este principio responde al ideal de la Cruz Roja, que le impide excluir de su interés humanitario a cualquier persona mediante la introducción de justificaciones o de criterios discriminatorios (basados en la nacionalidad, raza, religión, condición social o credo político) (104). En el despliegue de sus actividades de protección y asistencia, su intervención debe limitarse a socorrer a los individuos dando prioridad a las necesidades más urgentes y atendiéndolos en proporción a sus sufrimientos (105).

Sin olvidar que no se corresponde en todos sus aspectos con la tradicional concepción de la neutralidad estatal instituida por el Derecho de gentes, la *neutralidad* es un principio central y clave para el despliegue de la acción de esta institución humanitaria que le obliga a mantenerse al margen del conflicto armado (106). Como espectadores privilegiados, los delegados del Comité han de abstenerse de realizar cualquier acción que pudiera ser percibida por las partes, bien como una injerencia -directa o indirecta- en las hostilidades (neutralidad armada), bien como una toma de postura respecto a las ideologías -políticas, religiosas o raciales- enfrentadas (neutralidad ideológica). Siendo consecuente con este principio, el CICR trata a todos los implicados en las hostilidades en plano de igualdad

(102) Por su parte, la unidad, la universalidad y el carácter voluntario son principios orgánicos o institucionales que atañen a la forma de la institución y a sus funciones. *Ibid.* pág. 11.

(103) Estos principios fueron proclamados por primera vez en la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja que tuvo lugar en Viena en 1965 y se encuentran recogidos en el Preámbulo de los Estatutos de la Cruz Roja adoptados por la XXV Conferencia Internacional en 1986.

(104) Nótese que no se excluye la discriminación por razón de sexo o de edad.

(105) J. PICTET, *op. cit.* (nota 97) p. 3.

(106) Marion HARROF-TAVEL, “Neutralité et impartialité. De l’importance et de la difficulté, pour le Mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, d’être guidé par ces principes”, *R.I.C.R.*, 1989, p. 563.

y no juzga ni la política ni la legitimidad de los gobiernos ni de las partes en conflicto (107).

Por fin, el Comité Internacional sólo podrá garantizar su *acción independiente* si actúa al margen de cualquier interés político, confesional o económico. Es particularmente importante el desvincular la acción humanitaria de los poderes públicos, de manera que el CICR pueda actuar sobre la base de sus propias decisiones, que deben ser adoptadas por sus órganos y de acuerdo con sus propios procedimientos (108).

Más que un principio, la exigencia de la confidencialidad representa para el CICR una “herramienta de trabajo” o, de manera más general, una “práctica”, pues su respeto es un factor indispensable para el buen funcionamiento de la institución (109). La Sala se muestra convencida de que la práctica constante del CICR de no hacer declaraciones públicas sobre actos específicos cometidos en violación del DIH, que pudieran ser atribuidos a determinadas personas, refleja su compromiso fundamental con los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia (110).

La Sala admite el argumento del Comité en el sentido de que si éste no respetara el carácter confidencial de la información que cae en su poder como consecuencia del ejercicio de sus funciones, las partes perderían lógicamente la confianza que depositan en la institución, negándole el beneficio “operacional” que, de manera general, conceden a sus delegados.

El CICR, que debe la eficacia de su acción al ejercicio de lo que el Profesor PÉREZ GONZÁLEZ denomina “diplomacia discreta” (111), es consciente de la importancia que los gobiernos y las partes en conflicto dan a la confidencialidad de sus gestiones. En consecuencia, y a diferencia de otras organizaciones, evita, en la medida de lo posible, el recurso a la denuncia pública, asumiendo la práctica de no desvelar a terceras partes la información que llega al conocimiento de su personal en el desempeño de sus funciones. De hecho, obliga a todo su personal a firmar una “promesa de discreción” por medio de la cual sus empleados aceptan el respe-

(107) J. PICTET, op. cit. pp. 47-54.

(108) *Ibid.*, pp. 55-63.

(109) *Decisión...*, pár.55.

(110) *Decisión...*, pars.63 y 64.

(111) Manuel PEREZ GONZÁLEZ, “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, p. 384.

to de esta obligación que les impide declarar ante los tribunales y, en particular, declarar en contra de un acusado sin su previo consentimiento. Como es lógico, la práctica de la confidencialidad únicamente obliga respecto de la información obtenida cuando éstos actúan en el desempeño de sus funciones oficiales y humanitarias (la prohibición no abarcaría por lo tanto a la información que llegara a su poder actuando como personas privadas o a los datos que no se encuentren relacionados con las actividades humanitarias) (112).

El respeto de la confidencialidad no sólo constituye un instrumento útil para la labor del CICR, sino que, además, se encuentra avalado y reconocido por la práctica internacional. Su importancia capital se demuestra por el hecho de que el CICR ofrece esta garantía cuando negocia el acceso a los detenidos e incluso en muchos casos es impuesta por las partes como *conditio sine qua non*. También es frecuente que en los acuerdos de Sede que el CICR concluye con los Estados contengan una disposición en tal sentido. En su declaración el CICR señala algunos ejemplos de casos en los que él mismo ha sido requerido y, tras la presentación de sus motivos, exonerado de declarar ante una comisión de expertos o tribunales nacionales (113).

Por otra parte, la Sala considera que la Fiscalía no ha podido demostrar ninguna inconsistencia en la práctica de la confidencialidad desarrollada por el CICR.

El Comité no niega que en determinadas ocasiones, tal y como destacaba la Fiscalía, haya hecho públicas declaraciones. Así, por ejemplo, en 1946, permitió que tres de sus delegados prestaran testimonio ante el Tribunal Militar de Núremberg en la forma de respuestas escritas a las cuestiones planteadas por la defensa (114). Sin embargo, el hecho de que el CICR en ciertas circunstancias haya hecho declaraciones públicas o se

(112) En este sentido se expresa la subregla 73 (5) del Proyecto de Reglas de la CPI (cit. supra nota 12) que garantiza la confidencialidad al CICR sin perjuicio "de la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente distinta del Comité y sus funcionarios o empleados cuando esa fuente haya obtenido la prueba con independencia del Comité y de sus funcionarios o empleados".

(113) *Decisión...*, pág. 60.

(114) Precisamente esta posibilidad ha sido incorporada a su Reglamento interior de 24 de junio de 1998 "Should members of honorary members of the ICRC be called upon to testify in connection with legal proceedings -whether as parties to those proceedings, as witnesses or as expert witnesses- regarding facts which have come to their knowledge as a result of their membership of the ICRC, they must keep prior permission from the Assembly to do so", *Decisión...*, pág.60.

reserve el derecho de hacerlas, no significa que no pueda continuar siendo consistente en su práctica (115).

Es normal que el CICR, que permanece en contacto con las autoridades como consecuencia de la actividad supervisora o fiscalizadora que ejercen sus delegados durante las visitas a los centros de detención, señale a menudo a las mismas los actos o las omisiones que le parezcan contrarias al DIH (116). Sin embargo, el carácter confidencial de estos trámites es la regla y su carácter público la excepción: el CICR recurre a la publicidad como *ultima ratio* y únicamente cuando las violaciones son tan patentes que hacen necesario, en interés de las víctimas, informar a la comunidad internacional para que se ponga término a tales actos (117). En este sentido, el CICR se reserva el derecho de adoptar una posición pública si: a) las violaciones del DIH son graves y repetidas; b) las gestiones confidenciales no han logrado que cesen las violaciones; c) la publicidad beneficia a las personas o poblaciones afectadas o amenazadas; d) los delegados del CICR han sido testigos directos de esas violaciones, o bien la existencia y la amplitud de las mismas se conocen por medio de fuentes seguras y comprobables (118). En cualquier caso, antes de hacer pública determinada información, el Comité debe estar totalmente convencido de que su capacidad para llevar a cabo su mandato no va a resultar perjudicada (119).

(115) Decisión..., pág. 63.

(116) Por otro lado, el CICR está habilitado para recibir denuncias de presuntas violaciones y persuadir a las autoridades para que corrijan las deficiencias verificadas por sus delegados. M. PÉREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* nota 114, p. 387.

(117) En otras ocasiones el CICR ha intervenido públicamente para advertir a las partes acerca de las consecuencias de las medidas a las que pretenden recurrir. "Gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el Derecho internacional humanitario", *R.I.C.R.*, n° 44, marzo-abril 1981, pp. 80-81.

(118) "Gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el Derecho internacional humanitario", *R.I.C.R.*, n° 44, marzo-abril 1981, pág.84.

(119) El CICR en su Declaración ante el Tribunal señala el precedente que se produjo en el conflicto ítalo-etíope en 1936. Ante las acusaciones que Etiopía dirigía contra Italia por haber utilizado gas venenoso, el Secretario General y el Comité de los Quince de la Liga de las Naciones pidieron al CICR información al respecto. Alegando el principio de neutralidad sobre el que opera, la negativa del CICR fue rotunda. En una declaración pública, su Presidente, Max HUBER, explicaba las razones de la misma. En primer lugar, porque el CICR desea mantener la confianza de las partes; en segundo, porque el CICR desea evitar posibles acusaciones de parcialidad y, en tercer lugar, porque el papel del CICR no consiste en actuar como un juez de instrucción. S. JEANNET, *loc. cit.*, nota 71. Sobre este caso *vid.* F. BUGNION, *op. cit.*, pp. 172-176.

De acuerdo con estos condicionantes, el Tribunal confirma que el CICR tan sólo ha levantado en la práctica la confidencialidad de su información para hacer declaraciones genéricas y no para hacer mención o acusar a individuos. Por eso considera que la declaración de sus empleados -presentes o pasados- no puede ser desvelada sin la previa aprobación del Comité (120).

3.3.3.4. *El impacto negativo de la declaración sobre la capacidad del CICR para cumplir con su mandato*

Como consecuencia de todo lo anteriormente indicado, la Sala concluye que la declaración del antiguo empleado del CICR tendría un efecto claramente negativo sobre la capacidad del Comité para cumplir ulteriormente con el mandato humanitario que por encargo de la comunidad internacional le asignan las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Con el objeto de excluir su declaración, el Tribunal reconoce que los Estados Partes en estos instrumentos han adquirido una obligación convencional, que concede al CICR el derecho a impedir unilateralmente que se revele en un procedimiento judicial (interno o internacional) la información obtenida como consecuencia del desempeño de sus actividades y que se encuentre en posesión de alguno de sus empleados (121). Pues considera que las Partes han aceptado los principios fundamentales sobre los que opera y, en particular, que la confidencialidad es necesaria para que el CICR desempeñe eficazmente sus funciones. Es más, el Tribunal identifica los dos elementos necesarios para llegar a afirmar que también existe una norma en Derecho internacional consuetudinario con el mismo contenido (concediendo por tanto derecho al CICR a no revelar su información): la práctica reflejada de manera consistente por los Estados en sus relaciones con el CICR y la *opinio iuris* de los Estados que se manifiesta en el carácter universal adquirido por las Convenciones de Ginebra (122).

(120) Decisión..., pág. 59.

(121) "La Sala llega a la conclusión de que las Partes en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos han adquirido una obligación convencional de garantizar que en diligencias judiciales no se revele información en posesión de un empleado del CICR relativa a la labor del CICR, y que, a la inversa, el CICR tiene derecho a insistir en que las Partes en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos no revelen tal información", *Decisión...*, pág. 73.

(122) *Decisión...*, pág.74. A la vista de sus conclusiones sobre la índole consuetudinaria de la norma, la Sala consideró que no era necesario examinar la cuestión de la aprobación de medidas de protección.

El derecho del CICR a exigir el respeto de la confidencialidad de su acción es absoluto, ya que se trata de una regla que, debidamente interpretada en su contexto, es clara y, por lo tanto, no admite ninguna calificación ni debe ser sopesada con ningún otro interés en presencia: “su efecto es simple: como una cuestión de derecho, sirve para impedir a la Sala la admisión de la información” (123). El carácter absoluto de esta norma fue, sin embargo, puesto en duda por el Juez HUNT en su opinión disidente. Reconoce este juez que puede existir una norma consuetudinaria según la cual sea absoluta la protección de la información del CICR ante los tribunales nacionales, pero en cambio, no se muestra totalmente convencido de que la aplicación de esta norma se pueda extender a los tribunales internacionales (124).

Finalmente, hay que señalar que la decisión de la Sala III no abre las puertas respecto de otras organizaciones, ya que responde al papel central y único que desempeña el CICR en el régimen establecido por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales (125).

4. CONCLUSIÓN

La Decisión de la Sala de Primera Instancia que acabamos de comentar viene a ser un ejemplo más del carácter evolutivo e innovador que,

(123) *Decisión...*, p. 76.

(124) El Juez alega tres razones: 1) el CICR no ha demostrado la existencia de una práctica y la aceptación general de la misma, es más, considera que “es un paso enorme asumir que los Estados hubieran contemplado en la época de los Convenios de Ginebra la existencia de una inmunidad similar en los tribunales penales internacionales (creados por primera vez casi medio siglo después) o que desde entonces hayan contemplado la existencia de tal inmunidad”; 2) La falta de desarrollo de las normas internacionales en lo que se refiere a las normas de procedimiento y de prueba nos remite a los principios generales procedentes de los derechos internos donde sólo existe una hipótesis de protección absoluta de la información (la relacionada con las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente). Fuera de este caso, son los propios tribunales los que deben decidir caso por caso sobre esta cuestión; 3) Al menos existen dos casos (cuando la información que se busca es exculpatória y cuando el acusado está convencido de que esa información es de importancia trascendental” en los que sería reprochable el establecimiento del carácter absoluto de esta regla. Aunque todos estos motivos le lleven a excluir el carácter absoluto de la confidencialidad el Juez HUNT reconoce que, como ocurre en el presente caso, sería rara la situación en la que el Tribunal hiciera pública información en detrimento del interés del CICR; *Opinión disidente del Juez HUNT*, párrs. 23, 32 y 33.

(125) *Decisión...*, p. 72.

desde su creación, ha venido demostrando la jurisprudencia del Tribunal internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (126).

La admisión del derecho que tiene el CICR a la confidencialidad de su información constituye un precedente judicial de indudable trascendencia, pues presupone el reconocimiento inequívoco, la confirmación, de la subjetividad del CICR. Así, esta organización pasa de ser actor -indispensable- de las relaciones internacionales a sujeto (por supuesto derivado, funcional y relativo) del Derecho internacional.

Su inserción en este sistema jurídico conlleva determinadas consecuencias. Implica, en primer lugar, que para el buen cumplimiento de sus funciones, poseerá la capacidad para establecer relaciones con los demás sujetos (Estados, organizaciones internacionales o partes beligerantes), que serán regidas *in toto* por el orden jurídico internacional. En segundo lugar, que el CICR tiene determinados deberes y, por consiguiente, que puede incurrir en responsabilidad por cualquier conducta distinta a la prescrita. También de acuerdo con las normas del Derecho internacional público podrá, por fin, reclamar directamente el respeto de sus derechos.

Pero, además, la subjetividad le da al CICR la posibilidad de participar en el proceso de formación de nuevas normas de Derecho internacional. El reconocimiento que hace el Tribunal de la práctica de la confidencialidad constituye una prueba irrefutable de que la doctrina interna del CICR es un cuerpo de normas que, además de regir el comportamiento interno de esta organización, está integrado por reglas de Derecho internacional humanitario *in statu nascendi*, con la potencialidad de trascender a nivel internacional, no sólo dando lugar a la creación de nuevas normas convencionales, sino también contribuyendo a la formación de normas de carácter consuetudinario.

(126) Luigi CONDORELLI, "Le Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie et sa jurisprudence", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, pp. 247-274.

LA RENUNCIA A LA GUERRA EN LA CONSTITUCIÓN JAPONESA Y SUS REPERCUSIONES EN LAS RELACIONES EXTERIORES DE JAPÓN

Carmen TIRADO ROBLES

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho internacional público y
Relaciones internacionales en la Universidad de Zaragoza*

- 1.- Introducción.
- 2.- La Constitución japonesa de 1946
 - 2.1.- Contexto histórico
 - 2.2.- La renuncia a la guerra contenida en el artículo 9
 - 2.3.- El problema de la constitucionalidad de las fuerzas japonesas de autodefensa y el sentido concreto de la expresión “fuerzas armadas”.
 - 2.4.- La interpretación de la frase: “No se reconocerá el derecho de beligerancia del Estado”.
- 3.- Las relaciones internacionales japonesas.
- 4.- El Tratado de Seguridad Mutua Estados Unidos-Japón.
 - 4.1.- Las vicisitudes en el establecimiento del Tratado y su contenido.
 - 4.2.- La constitucionalidad de las disposiciones del Tratado en relación con el artículo 9 de la Constitución japonesa.
- 5.- La Ley japonesa para la Cooperación en las operaciones internacionales de paz.
 - 5.1. El desarrollo histórico de las relaciones ONU-Japón.
 - 5.2. Las peculiaridades de la Ley.
- 6.- La posición de Japón como posible miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
- 7.- Conclusiones.

La autora agradece a los diplomáticos D. Kimitake Nakamura y D^a Yuko Wada, del Ministerio de Asuntos Exteriores del Japón, y a D. Antonio Francisco Barberán Pelegrín, Abogado del R. e I. Colegio de Zaragoza e intérprete de lengua japonesa, su ayuda en la recopilación de documentación y en la traducción de originales del japonés, así como su aportación de ideas y temas de discusión que han contribuido a enriquecer este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La guerra es una lucha armada entre Estados y, por lo tanto, forma parte de las relaciones que pueden tener éstos entre sí. Por ello, es reglamentada por el Derecho internacional desde sus orígenes y prohibida por éste sólo en época reciente (1).

En primer lugar, sería necesario definir la guerra en sentido jurídico y, a este respecto, explica REUTER (2) que:

“(...)’il y ait en matière d’emploi des contraintes armées des controverses d’autant plus nombreuses que le vocabulaire n’est pas employé toujours d’une manière rigoureuse. Pour préciser celui-ci et souligner certains aspects de la contrainte armée, il est utile de poser une définition de la “guerre” en la différenciant de certaines notions voisines et en mettant l’accent sur certains de ses caractères. (...)

Au sens précis du terme, la guerre est une lutte armée entre deux ou plusieurs Etats, entraînant l’application de règles particulières dans l’ensemble de leurs rapports mutuels ainsi que dans leurs rapports avec les Etats tiers”.

Así es, cuando se alude al concepto de la guerra en Derecho internacional se le dan varios sentidos a este término, como ya señalaba FERNÁNDEZ FLORES (3). Podemos tomar la concepción de VER-

(1) Hay que referirse al Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, que limita el derecho a la guerra para el cobro de deudas, al Pacto de la Sociedad de Naciones, de 28 de junio de 1919 que imponía ciertas restricciones al derecho a la guerra, al Pacto Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928, que recoge la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, a la Carta de Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, que en su artículo 2.4º contiene la prohibición más amplia de la amenaza o del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, así como a la Resolución 2625 (XXX) AGNU, de 24 de octubre de 1970 relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, donde se recoge como primer principio el de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de Naciones Unidas. Hay que tener en cuenta que esta disposición forma parte del *ius cogens* internacional y que, por tanto, no admite acuerdo en contrario y debe ser respetada por todos.

(2) Vid. P. REUTER, *Droit International Public*, Thémis, Presses Universitaires de France, París, 1958, p. 326-327.

(3) Vid. la explicación de J.L. FERNÁNDEZ FLORES de los distintos sentidos que tiene la palabra “guerra” cuando se trata en la esfera internacional, en *Del Derecho de la guerra*, Ediciones Ejército, Servicio de Publicaciones del E.M.E., Madrid, 1982, pp. 71 y ss.

DROSS como correcta cuando indica que es la situación de fuerza entre Estados con suspensión de sus relaciones pacíficas (4), lo que incluye los elementos que, en general, el conjunto de la doctrina señala como fundamentales: la lucha armada, la relación interestatal y el elemento intencional, aunque olvida el elemento de la finalidad que, según FERNÁNDEZ FLORES, es fundamental (5), definiendo dicho autor la guerra como “una lucha armada, entre Estados, con intención de guerra o rompimiento de paz, para un fin particular, regulada por el Derecho Internacional”. ROUSSEAU se fija en este elemento de finalidad (6) pero también en otros factores como la calidad de los agentes, que deben ser Estados, la voluntad de dichos agentes, que implica al menos para uno de ellos recurrir a las hostilidades (*animus bellandum*), la consistencia de las medidas tomadas, etc. Para el Derecho internacional clásico el *ius ad bellum* era un atributo de la soberanía del Estado que se encontraba compensado con dos limitaciones (7): el anuncio al otro contendiente del inicio de las hostilidades y la sumisión de la guerra a un cuerpo normativo regulador de la conducta durante las hostilidades llamado *ius in bello*.

En el terreno del Derecho constitucional, desde la Constitución francesa de 1791, se han establecido reglas de renuncia a la guerra en diversos textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como, por ejemplo, en la Constitución francesa de la 4ª República de 1946, en la

(4) Vid. A. VERDROSS, *Völkerrecht*, 5ª ed. Viena, 1964, p. 432 (“Zwischenstaatlichen Gewaltstand unter Abbruch der friedlichen Beziehungen”)

(5) Vid. J.L. FERNÁNDEZ FLORES, *Del Derecho de la guerra*, op. cit., p. 72.

(6) Indicando que dicha finalidad puede ser “conquête, légitime défense, protection des intérêts nationaux, réalisation du droit, transformation du droit, exécution d’une décision collective de police internationale”. Vid. Ch. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983, p. 4. Respecto de la clasificación de las guerras, la tradicional era la que las dividía en guerras justas e injustas pero actualmente parece más conveniente hablar de otro tipo de clasificaciones más útiles para el estudio de este concepto; en este sentido resulta interesante la división que hace A.M. WEISBURD, (vid. *Use of Force. The practice of States since World War II*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 1997) hablando de guerras de invasión clásicas, como la de Irak/Kuwait o la de Argentina/Reino Unido, guerras por la independencia de las colonias europeas, como la de Sudáfrica/Botsuana, Zimbabwe y Zambia, guerras de continuación como los sucesos en Chipre en 1974, guerras civiles con elementos internacionales como la guerra civil en Liberia o la de Libia y Argelia/Túnez, guerras para el mantenimiento de esferas de influencia como las de Estados Unidos contra Granada o contra Panamá, guerras coloniales como la de Indonesia/Timor Oriental, etc.

(7) Así lo señalan A. REMIRO, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, R. RIQUELME, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 911.

de la República italiana de 1948, en la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949, en la Constitución surcoreana de 1972, etc. La mayoría de ellas reconocen que la guerra es un medio de arreglo de controversias entre Estados no deseado, pero existente. No obstante, todas esas reglas no pasan de ser limitaciones o prohibiciones de la guerra de agresión.

Por contra, en la Constitución japonesa, en primer lugar se renuncia a la guerra en general, sin especificar nada más, lo que permite poder incluir tanto la guerra de agresión como la de autodefensa; también se renuncia al uso de la fuerza militar y a la amenaza basada en la misma; en segundo lugar se declara el no mantenimiento de *senryoku* (8) para lograr plenamente ese objetivo, y en tercer lugar se dice que “no se reconoce el derecho de beligerancia del Estado”. Razones históricas bien conocidas subyacen en esta actitud japonesa de renuncia a la guerra y lo que se pretende analizar en el presente trabajo es el conjunto de problemas, en el ámbito internacional, derivados de esta renuncia, recogida en el artículo 9 de su Constitución, y la polémica interna que existe en dicho país sobre este particular.

Las diversas cuestiones derivadas de la interpretación del tenor literal del artículo 9 de la Constitución japonesa han llevado a los expertos autóctonos (9) a polemizar intensamente tanto sobre el verdadero sentido y alcance de las expresiones concretas contenidas en dicho precepto, como sobre la legitimidad de las sucesivas interpretaciones que el Gobierno japonés ha venido dando al mismo desde su promulgación en 1946, las

(8) Según el Diccionario japonés *Shinchô Kokugo Jiten* (ed. Shinchosha, S.A., 8ª edición actualizada y revisada, Tokio, 1993, p. 1110), *senryoku* (戦力) es la “aptitud, facultad o capacidad para hacer la guerra” (新潮国語辞典、株式会社新潮社、新装改訂版第8刷発行、平成5年、東京、1110頁). Según el diccionario *Shinmeikai Kanwa Jiten* (ed. Sanseidô, S.A. 4ª edición, Tokio, 1996, p. 391), *senryoku* (戦力) tiene cuatro acepciones: 1) “fuerza que permite llevar a cabo una guerra”; 2) “capacidad de producir armas y/o efectivos militares (personal)”; 3) “fuerza de guerra, capacidad de combatir”; 4) “armamento” (新明解漢和辞典、株式会社三省堂、第4版、平成8年、東京、391頁). Como puede verse, la palabra *senryoku* es ambigua y tiene múltiples acepciones; de las diversas interpretaciones surge la polémica, pues mientras el Gobierno la entiende de una forma teniendo en cuenta sus intereses sobre todo en la política internacional, los pacifistas, que no desean ningún tipo de ejército, la interpretan de otro modo.

(9) Vid. por ejemplo K. YOKOTA, “Renunciation of war in the new Japanese Constitution”, *Japanese Annual of International Law*, nº 4, 1960, pp. 16 y ss. y S. TABATA, “The importance of Sovereignty and the Constitution of Japan”, *The Doshisha Hogaku*, nº 25, marzo 1955. Incluso en España ha llamado la atención este problema y J.M. LAFUENTE en su monografía *El Rey y las fuerzas armadas en la Constitución*, ed. Derecho Privado, Madrid, 1987 hace referencia a este caso.

cuales, tras pasar por la creación de una verdadera Fuerza de Autodefensa nacional en 1954, han culminado con la salida al exterior de la misma en la década presente.

La polémica aludida subsiste en el Japón de finales de siglo y se ha visto incrementada, entre otras razones, como consecuencia de las primeras intervenciones en misiones internacionales de ayuda humanitaria de las Fuerzas de autodefensa japonesas allende sus fronteras (10).

La vigente Constitución del Japón proviene de una revisión total del texto de la anterior Constitución del Imperio Japonés tras la derrota de éste en la Segunda Guerra Mundial. La verdad es que la práctica totalidad del articulado de la antigua Constitución resultó modificado por la nueva por lo que no puede decirse que la actual Constitución sea una mera enmienda de la anterior. Lo que ocurre es que la redacción de una nueva Constitución debió acometerse desde la perspectiva de una reforma de la anterior por razones técnicas de tramitación parlamentaria que no viene al caso exponer en este momento.

En primer lugar hay que tener en cuenta que Japón es un país vencido en la Segunda Guerra Mundial y que esta derrota supone, por una parte, un giro sustancial en la escena política puesto que desde ese momento este país es tutelado por los aliados. Además, pierde su soberanía, le es impuesta la desmilitarización y queda obligado al pago de reparaciones de guerra, además de ser considerado por la incipiente ONU como un Estado enemigo, al igual que Alemania, y tener por ello un trato diferente al del resto de Estados de la sociedad internacional, lo cual tiene su explicación (11).

Esta situación influye en el sistema político japonés puesto que la situación de tutela de la fuerza de ocupación estadounidense implica un sistema de gobierno regido por una Constitución ideada por el general McArthur en 1946 que se basa en una serie de principios fundamentales:

(10) Por ejemplo, en Camboya, en 1992, o en ayuda de los refugiados ruandeses del Zaire en 1993-94.

(11) Así lo indica la propia Carta de San Francisco cuando en su artículo 107 indica que "Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la Segunda Guerra Mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción". Naturalmente, al haber ingresado Japón -y Alemania- en la Organización, en aplicación del artículo 4 de la propia Carta, se deduce la inaplicabilidad de hecho de ese artículo 107.

1. El reconocimiento de la soberanía popular frente a la imperial, reservando al Emperador la función de “símbolo del Estado”,
2. El pacifismo, por el que Japón renuncia expresamente a la guerra y a la posibilidad de tener ejército, aspectos de los que trataremos más extensamente a lo largo de este trabajo,
3. El reconocimiento de los derechos humanos,
4. La división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial, lo que se traduce en las distintas instituciones del Estado (12).

2. LA CONSTITUCIÓN JAPONESA DE 1946

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Redactada tras una derrota bélica, el carácter pacifista de la actual Constitución japonesa de 1946, expresa y rotundamente declarado en su preámbulo, es concretado en el artículo 9 que dispone la renuncia a la guerra por parte de Japón. El citado preámbulo dice así:

“Nosotros, el pueblo japonés, actuando por medio de nuestros representantes debidamente elegidos en la Dieta Nacional, decididos a garantizar para nosotros mismos y nuestra posteridad los frutos de la cooperación pacífica con todas las naciones y los beneficios de la libertad en todo este país, y resueltos a no volver a sufrir nunca más los horrores de la guerra a causa de las acciones del gobierno, proclamamos que el poder soberano reside en el pueblo y promulgamos con toda firmeza la presente Constitución.”

(12) Japón es un Estado unitario y hay una descentralización teniendo en cuenta el alto nivel de población en relación con su extensión territorial, por lo que el país se divide en prefecturas y municipios. El poder judicial tiene una estructura piramidal con el Tribunal Supremo a la cabeza y por debajo 8 altas Cortes, juzgados de distrito y juzgados de familia además de juzgados ordinarios distribuidos por los municipios. La posición del Tribunal Supremo se ha caracterizado siempre por ser cautelosa y claramente conservadora, lo que no significa que no haya tomado decisiones importantes, por ejemplo, en la controversia relativa al artículo 9 de la Constitución el Tribunal Supremo apoyó la creación de unas Fuerzas de autodefensa nacional, de lo que hablaremos después. La Jefatura del Estado reside en el Emperador, el poder legislativo en la Dieta o parlamento con dos cámaras: Cámara de Representantes (Congreso) y Cámara de Consejeros (Senado). La Dieta además de tener una función legislativa controla al gobierno mediante preguntas, comparencias, moción de censura o rechazo de la cuestión de confianza. El gobierno está formado por el primer ministro y el gabinete. El primer ministro es el que dirige la política general de la nación así como las relaciones con el exterior, según el artículo 72 de la Constitución.

(...)

“Nosotros, el pueblo japonés, deseamos la paz en todo tiempo y somos profundamente conscientes de los elevados ideales que rigen las relaciones humanas, y estamos decididos a preservar nuestra seguridad y nuestra existencia, confiando en la justicia y en las creencias de los pueblos del mundo amantes de la paz. Deseamos ocupar un lugar honroso en una sociedad internacional que luche por conservar la paz y porque desaparezcan para siempre de la faz de la tierra la tiranía y la esclavitud, la opresión y la intolerancia. Reconocemos que todos los pueblos del mundo tienen derecho a vivir en paz, sin temores ni privaciones”.

(...)

“Nosotros, el pueblo japonés, empeñamos nuestro honor nacional en el cumplimiento de estos elevados propósitos e ideales por todos los medios a nuestro alcance.”

Con el fin de comprender la significación y el alcance del artículo 9, es necesario tener una perspectiva general de las vicisitudes habidas en la redacción de la Constitución, puesto que el ideal plasmado en el citado precepto sólo llegó a concretarse tras un complejo proceso de debate en los ámbitos interno e internacional, que tuvo lugar antes, durante y después de la Segunda Guerra Mundial:

Hasta la Constitución de 1889, en la época Meiji, en Japón había habido leyes estatales de carácter general y cuasifeudal pero no una auténtica Constitución, tal y como se entiende en sentido moderno. Sin embargo, incluso la Constitución Meiji estaba influenciada por el sintoísmo y por la primacía del Emperador (Jefe supremo del Estado, jefe del ejército y descendiente directo de Dios). El ejército no estaba sometido al control de las Cortes ni del Gobierno, lo que provocaba grandes problemas por el hecho de que algunos altos mandos militares conseguían acumular excesivo poder. Todo esto, unido a otra serie de factores, llevó a Japón a participar, si no a provocar en parte, la Segunda Guerra Mundial...

En agosto de 1945 Japón se rindió incondicionalmente a los países aliados y aceptó la Declaración de Postdam por la que se le instó a transformar su régimen imperial (en el que el emperador disponía del poder supremo) en una monarquía constitucional democrática, pacífica y respetuosa con los derechos humanos. Sólo tras ello las tropas de ocupación abandonarían Japón. Con el fin de dar cumplimiento a dichas exigencias, el Gobierno japonés comenzó a redactar un borrador de Constitución en octubre de aquel mismo año.

Sin embargo, la primera redacción del texto revisado de la Constitución no parecía cumplir el mandato de Postdam. Por ello, el general estadounidense Douglas McArthur decidió redactar por sí mismo un nuevo proyecto de revisión de la Constitución japonesa que fuera acorde con los denominados “principios de McArthur respecto de Japón” (13), de los cuales el relativo al derecho a la guerra disponía que:

“No se reconoce la guerra como derecho soberano del Estado. Japón renuncia tanto a la guerra para resolver conflictos internacionales como para preservar su propia seguridad. Japón delega su autodefensa y protección en el sublime ideal que ahora rige el mundo. Nunca tendrá ningún tipo de fuerzas armadas terrestres, marítimas o aéreas y no se reconoce el derecho de beligerancia del ejército japonés.”

A la elaboración de este principio contribuyeron tanto la Carta del Atlántico (1941) que dispuso el principio de la desmilitarización de los países invasores, como la Declaración de Postdam (1945) que introdujo las ideas de negación del poder de los militaristas, no tenencia de ejército y no reconocimiento del derecho de beligerancia de los países invasores. Respecto a este principio hay que señalar que si bien la renuncia a la guerra como medio de resolver los conflictos internacionales era algo que ya existía en el Derecho internacional de la época (14), el uso de la fuerza como medio de preservar la propia seguridad del Estado no era algo renunciabile según el Derecho internacional, es decir, nada impide utilizar la fuerza en el interior del Estado (15) y en este sentido este principio, plasmado en la Constitución japonesa es innovador por

(13) *Vid.* R. DOMINGO y N. HAYASHI, *Código Civil Japonés*, Garrigues & Andersen, Colegios Notariales de España, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2000, p. 40, donde se apuntan los tres principios conocidos como “doctrina Mc Arthur”: soberanía popular, renuncia del derecho a la guerra y supresión de la nobleza y de los privilegios.

(14) En la nota I de este trabajo ya se han señalado, además de otros instrumentos internacionales, la Carta de San Francisco o la Resolución 2625 de la AGNU.

(15) En este sentido se expresan A. REMIRO, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, R. RIQUELME, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT (*Derecho internacional, op. cit.*, p. 917) cuando señalan que este es un asunto de la jurisdicción interna del Estado, aunque también indican que es necesario tener presente que los conflictos civiles tienen tendencia a internacionalizarse y que, por otra parte, la sociedad internacional, embarcada en la protección de los derechos humanos no puede permanecer insensible al empleo masivo e indiscriminado de la fuerza institucional doméstica en perjuicio de una población desamparada.

la amplitud que da a la prohibición del uso de la fuerza, aunque posteriormente no sea respetado al crear las Fuerzas de autodefensa, como veremos.

Pues bien, el proyecto de revisión de la Constitución elaborado en el cuartel general de las fuerzas de ocupación americanas en Japón fue entregado al Gobierno japonés en febrero de ese mismo año y aunque éste era reacio a aceptar el proyecto en cuestión, dado que el mismo suponía dar un giro de 180 grados respecto del régimen anterior, ante las presiones de McArthur acabó por redactar un borrador revisado de Constitución que prácticamente no era sino la mera traducción al japonés del proyecto norteamericano (16).

Tras varias negociaciones entre el Gobierno japonés y el cuartel general de las fuerzas de ocupación americanas, al objeto de fijar el contenido concreto de la Constitución, ésta fue aprobada por las Cámaras en 1946, sin demasiadas enmiendas, para ser promulgada el 3 noviembre del mismo año. La nueva y pacifista Constitución japonesa entró en vigor el 3 de mayo de 1947 (17).

2.2. LA RENUNCIA A LA GUERRA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 9

Proveniente de la traducción del original inglés (presentado por McArthur) al japonés, el texto del artículo 9 de la Constitución japonesa, en español, viene a ser el siguiente:

“Artículo 9. El pueblo japonés, que aspira sinceramente a una paz internacional fundada en la justicia y el orden, renuncia para siem-

(16) Según el catedrático de la Universidad de Tokio A. WATANABE (vid. “Japón, entre el Este y el Oeste: un análisis sobre la historia japonesa de los últimos doscientos años”, *Política Exterior*, vol. V, nº 21, verano 1991, p. 120) esta Constitución está basada en el principio de soberanía del pueblo y otros principios democráticos tradicionales de Occidente e inspirados en la Revolución Francesa, pero no abolió el régimen monárquico, puesto que EE.UU. pensó que su política de ocupación se encontraría con menores problemas si se respetaba el sentimiento del pueblo respecto al Emperador.

(17) Sobre la elaboración de la Constitución vid. O. NISHI, *Ten Days Inside General Headquarters: How the original draft of Japanese Constitution was written in 1946*, Tokio, 1989, así como H. HATA y G. NAKAGAWA, *Constitutional Law of Japan, La Haya*, Londres, Boston, 1997.

pre a la guerra como derecho soberano de la nación, y a la amenaza (militar (18) o al uso de la fuerza como medio de resolver conflictos internacionales.

Con objeto de dar cumplimiento a los designios del párrafo anterior, la nación nunca dispondrá de fuerzas armadas terrestres, marítimas o aéreas, ni de ningún otro tipo de potencial bélico. No se reconocerá el derecho de beligerancia del Estado.”

Como ya hemos señalado anteriormente, la guerra es un aspecto de las relaciones internacionales regulado por el Derecho internacional. Por ello, este ordenamiento articula una serie de reglas que surgen, bien antes de comenzar una guerra, bien durante la misma. En nuestro siglo las normas relativas a la guerra han sido, fundamentalmente, normas que intentan reprimirla o evitar la proliferación de armas en el mundo, pero también hay reglas internacionales que se centran en regular la guerra propiamente dicha (19).

Como ya hemos dicho, según el primer párrafo del artículo 9 de la Constitución japonesa, Japón renuncia, no sólo a la guerra, sino también a la posibilidad de usar la fuerza militar e incluso a la amenaza basada en este tipo de fuerza. Ya en los primeros momentos de redacción de la Constitución, surgió en Japón un debate entre los diputados en cuanto a la interpretación de este precepto. La *postura idealista* indicaba que el pacifismo

(18) La traducción japonesa del proyecto original inglés es bastante acertada y refleja con fiel exactitud casi todos los matices de aquél. Sin embargo, desconocemos a ciencia cierta por qué en el texto inglés se dice genéricamente “amenaza” (*threat*), mientras que en el japonés se dice “amenaza militar” o “amenaza armada” (武力による威嚇: literalmente “amenaza mediante fuerza militar”).

(19) Las normas internacionales relativas a la guerra son, como indica el artículo 2.b del Protocolo I de 1977 de la Convención de Ginebra, las normas convencionales y las consuetudinarias: “Se entiende por *normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados* las contenidas en los acuerdos internacionales de los que son parte las Partes en conflicto, así como los principios y normas generalmente reconocidos de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados”. Por ejemplo, es necesario que los Estados manifiesten su voluntad de guerra, lo que materializa jurídicamente el “estado de guerra”, y esto puede hacerse mediante una declaración formal (anterior, coincidente o posterior a las hostilidades) o de forma tácita (mediante el mero inicio de las mismas). En el caso español *vid.* el artículo 63.3° de la Constitución española de 1978: “Al rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”. También se han admitido situaciones intermedias entre la guerra y la paz, por ejemplo, el caso de Alemania, Francia y Rusia en 1896 o el primer estadio de la ocupación japonesa de la región china de Manchuria en 1931. (*Vid.* en este sentido Ph. JESSUP, “Should international law recognize an intermediate status between peace and war?”, *A.J.I.L.*, 1954, pp. 98 y ss. y L. DELBEZ, *Les principes généraux du droit international public*, Livre III, París, 1964, p. 511).

japonés era una propuesta por parte de Japón a la sociedad internacional, por la cual se proyectaba una idea o fórmula muy avanzada para lograr la paz, entendida como un “deber pendiente” de toda la humanidad después de la Segunda Guerra Mundial. En cambio, la *postura realista* entendía que la inclusión del artículo 9 en la Constitución sólo mostraba la realidad de un Japón vencido cuyo ejército fue desmantelado. A pesar de esta postura, finalmente se aceptó la inclusión de tal disposición en la Constitución, fruto también de la opinión pública reinante en la época.

En cuanto al concepto de guerra a que se renuncia en el artículo 9, la polémica en Japón es importantísima y existen diversas posturas tradicionalmente encontradas. La postura gubernamental ha sido siempre la de entender que la renuncia establecida por el párrafo 1º del artículo 9 sólo es válida para los casos de guerra de invasión por parte de Japón a otro país, porque habitualmente, en el Derecho internacional, la guerra como medio para la resolución de conflictos internacionales se entiende únicamente como guerra de invasión. En cambio, según otras posturas que interpretan literalmente la disposición, la renuncia a la guerra es total, es decir, alcanza tanto a la guerra por invasión de otro país como a la guerra de autodefensa, pues ésta también se da como medio para resolver conflictos internacionales. En todo caso, la interpretación del primer párrafo del artículo 9 ha de completarse con la del párrafo segundo, también susceptible de diversas interpretaciones, que vamos a reducir a las dos a que hacíamos referencia anteriormente:

Según la interpretación gubernamental, esta disposición tiene el sentido de hacer realidad, en general, los motivos de renuncia a la guerra tal y como aparecen expresados en el preámbulo y en el artículo 9.1º. La frase “la nación nunca dispondrá de fuerzas armadas” quiere decir que no tendrá fuerzas armadas para hacer una guerra de invasión. Por tanto, es posible disponer de fuerzas armadas de autodefensa y la guerra de autodefensa no se considera contraria a la Constitución.

Sin embargo, cuando ponemos en relación el resto de la Constitución japonesa con esta interpretación surgen problemas: por una parte, en ella no existen otros preceptos alusivos a la guerra o al ejército, a excepción del artículo 66.2º de la misma que indica “El primer ministro y los demás ministros del Estado deberán ser civiles”. Nos preguntamos entonces si este precepto indica que puede haber otros miembros del Gobierno que no sean civiles, es decir, si puede existir cierto tipo de ejército (lo que apoyaría la interpretación gubernamental) o si simplemente este artículo reafirma el pacifismo japonés. Teniendo en cuenta que la redacción de esta Constitución fue realizada por el general McArthur y que se hizo justa-

mente tras la derrota japonesa en la Segunda Guerra Mundial, momento en que se tendría gran cuidado en lo relativo a estas cuestiones, nos inclinamos por entender que el artículo 66.2° sólo intenta reforzar lo que el artículo 9 expresa claramente. Por otra parte, el prólogo dice "...confiando en la Justicia y en las creencias de los pueblos amantes de la paz", lo que se supone ha de ser entendido concretamente como manera de garantizar la seguridad nacional mediante la intervención de Naciones Unidas

Según la interpretación contraria, en el artículo 9.2° se prohíbe la existencia de cualquier tipo de fuerzas de guerra, sin distinguir si ésta tiene como finalidad la invasión o la autodefensa. Además, como no se reconoce el derecho de beligerancia del Estado, la guerra de autodefensa tampoco resulta posible.

La interpretación gubernamental tiene el defecto de que, al entender que no hay renuncia a la guerra de autodefensa, hace que esta disposición no refleje fielmente el espíritu pacifista declarado en el preámbulo y en los principios de McArthur sobre Japón (que fueron los inspiradores de esta Constitución) y, además, no cabe la distinción entre "fuerza armada" para autodefensa y para invasión. En general, resulta imposible explicar por qué, si de un lado se admite la guerra de autodefensa, de otro se renuncia al derecho de beligerancia del Estado.

En consecuencia y en nuestra opinión, si se admitiera la guerra de autodefensa y la tenencia de las fuerzas militares para ello, se llegaría a consentir la existencia de cualquier tipo de fuerzas armadas, deformando el sentido literal del artículo 9.2° de la Constitución. Además, es una contradicción clarísima negar el derecho de beligerancia de un país reconociendo a la vez su derecho a la guerra, aunque ésta sea "de autodefensa" (20). En todo caso, la pregunta que surge es si se puede negar el derecho de un Estado y de un pueblo a defenderse, teniendo en cuenta el concepto de legítima defensa acuñado en Derecho internacional y recogido en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

2.3. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL EJÉRCITO JAPONÉS DE AUTODEFENSA Y EL SENTIDO CONCRETO DE LA EXPRESIÓN "FUERZAS ARMADAS".

El párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución japonesa consagra

(20) Sobre la guerra de autodefensa vid. R. MULLERSON, "Self-Defense in the Contemporary World", en *Law and Force in the New International Order*, Lori Fisler Damrosch & David J. Scheffer (ed.), Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1991, pp. 13 y ss.

el principio de la no posesión de fuerzas armadas “terrestres, marítimas o aéreas ni ningún tipo de potencial bélico”, lo que en japonés se denomina *senryoku*, expresión que ha tenido diversas interpretaciones a lo largo de la historia constitucional japonesa, las cuales resulta importante conocer para saber qué se entiende actualmente con dicha expresión:

- cuando se estableció la Constitución: para el gobierno japonés *senryoku* era un ejército o fuerza capaz de convertirse en tal en caso de necesidad, entendiendo por ejército un conjunto organizado de medios materiales y humanos cuya finalidad es defender el territorio nacional repeliendo mediante su fuerza las agresiones externas.
- cuando se creó en 1950 el *keisatsu yobitai* (fuerzas de apoyo a la policía) el gobierno interpretaba que *senryoku* era un grupo armado con fuerza superior a la de la policía. En tanto en cuanto sólo se limitaba a complementar la labor de la policía, la existencia del *keisatsu yobitai* era constitucional.
- cuando el gobierno, en 1952, transformó la estructura del anterior *keisatsu yobitai*, dividiéndolo en dos grupos (*hoantai* y *keibitai*) y dotándolos de mayor poder, interpretó entonces que *senryoku* era algo que disponía de organización y medios suficientes como para poder intervenir en la guerra moderna (lo que existía en esos momentos en Japón no alcanzaba tanto poder, por lo que no era *senryoku*) (21).
- cuando el gobierno, en 1954, transformó la estructura de los anteriores cuerpos y creó el *Jieitai* (22): el gobierno dijo entonces que *senryoku* era el conjunto de fuerzas capaces de superar el límite necesario para impedir una invasión o agresión militar externa injusta.

Es decir, el gobierno ha ido transformando paulatinamente su concepción del *senryoku* para evitar declarar la inconstitucionalidad de los cuerpos “más o menos militarizados” que han ido surgiendo, adaptando esta interpretación a los diversos cambios que ha ido sufriendo la estructura actualmente llamada *Jieitai*.

Así, según el gobierno japonés -quizá apoyándose en la cláusula *rebus sic stantibus* del Derecho internacional-, es evidente que la renuncia a la guerra

(21) Para cualquiera de estas tres teorías la actual Fuerza de autodefensa, que por aquel entonces no existía como tal, hubiera sido *senryoku* o “fuerza de guerra” y, por lo tanto, inconstitucional.

(22) 自衛隊 Literalmente, “Fuerzas de autodefensa”.

recogida en el artículo 9 de la Constitución no puede ser nunca entendida como una renuncia pura y simple al derecho a la autodefensa; por eso entiende que el disponer de una fuerza mínima necesaria para defenderse es constitucional. El gobierno, tomando como principio básico de la autodefensa nacional el de la “fuerza mínima indispensable”, autoriza la existencia del *Jieitai* como “fuerzas de autodefensa organizadas”. La misión principal del *Jieitai* es “defender nuestro país de una invasión, directa o indirecta, para salvaguardar la paz e independencia del mismo, y garantizar la seguridad nacional, así como mantener el orden público en caso de necesidad” (23).

En principio, la determinación de lo que son fuerzas armadas, y de los individuos que forman parte de ellas, es de la competencia del Derecho interno de un país, pero, a efectos del Derecho internacional, hay una normativa concreta relativa a quiénes son combatientes legítimos en los conflictos internacionales. El artículo 13 de la Convención de Ginebra (tanto la Convención I como la II) y el artículo 4.a. de la Convención de Ginebra III, todas de 1949, indican qué se entiende por fuerzas armadas:

- “1) Los miembros de las fuerzas armadas de una parte contendiente, así como miembros de milicias o cuerpos de voluntarios que formen parte de dichas fuerzas armadas.*
- 2) Los miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos de voluntarios, incluyendo los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una parte contendiente y que actúen dentro o fuera de su propio territorio, incluso si este territorio está ocupado, siempre que (...)*
 - a) estén mandados por una persona responsable de sus subordinados;*
 - b) lleven un signo distintivo fijo reconocible a distancia;*
 - c) lleven abiertamente sus armas;*
 - d) se conduzcan en sus operaciones de acuerdo con las leyes y los usos de la guerra (...).”*

Por su parte, el Protocolo I de Ginebra de 1977 señala, en su artículo 43 que:

- “1. Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colo-*

(23) Artículo 3 de la Ley del *Jieitai* (自衛隊法), Ley 165, de 9 de junio de 1954. Entró en vigor el 1 de julio de 1954 y ha sido objeto de numerosas reformas llevadas a cabo por leyes posteriores.

cados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, "inter alia", las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados.

(...)

3. Siempre que una parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras partes en conflicto".

Pero lo fundamental en este caso es diferenciar claramente el concepto de ejército del de policía: el ejército tiene el objetivo de defender el territorio nacional de un ataque extranjero, mientras que la policía mantiene y asegura el orden público interior de un Estado. Además, el ejército es una fuerza armada con unas características aptas para la defensa del país teniendo en cuenta unos elementos determinados como entrenamiento de sus integrantes, presupuestos, armas..., a un nivel bastante alto, del que la policía no dispone generalmente. Es decir, la capacidad destructiva y ofensiva de un ejército, en principio, es mayor que la de un cuerpo de policía y eso es un punto clave para diferenciar ambos conceptos.

Otra cuestión fundamental en conexión con el concepto de "fuerzas armadas" es el hecho de la constitucionalidad de la tenencia de cierto tipo de armas por parte de estas "Fuerzas de autodefensa" que ya existen en Japón: en principio, la interpretación gubernamental señala que Japón puede disponer de armas defensivas, pero no de armas con las que se pueda amenazar o poner en peligro la paz en otros países. En realidad, es muy difícil distinguir actualmente qué armas pueden servir para una invasión y cuáles son de mera autodefensa, es una distinción que no tiene ningún sentido actualmente. En la Ley del *Jieitai*, el artículo 87 señala solamente que este cuerpo puede poseer las armas necesarias para la ejecución de sus cometidos, utilizándolas siempre de acuerdo a las órdenes recibidas por sus superiores y sólo en caso necesario, respetando los tratados y costumbres internacionales al respecto y no superando nunca el límite considerado razonable y necesario conforme a la situación de peligro. Las armas son, en principio, para ser usadas dentro de los límites territoriales de Japón pero, si no hubiera otro remedio, sería posible atacar bases de países invasores situadas fuera de Japón para proteger la integridad terri-

torial de éste. Respecto de las armas nucleares, el gobierno entiende que la posesión de las mismas, si son de tipo defensivo, no es inconstitucional a pesar de que Japón reconoce los “tres principios antinucleares”: no tenencia, no entrada y no fabricación de armas nucleares en Japón (24).

¿Es constitucional el *Jieitai*? Es decir, ¿puede ser considerado *senryoku* o fuerza de guerra? Teniendo en cuenta los datos recogidos y la lectura de la Ley que regula este cuerpo, debemos decir que, en nuestra opinión, el *Jieitai* no puede ser considerado constitucional, sobre todo teniendo en cuenta el segundo párrafo del artículo 9, puesto que constituye en realidad un auténtico ejército, compuesto de fuerzas terrestres, marítimas y aéreas, con armas que puede usar tanto dentro como fuera del territorio japonés, es decir, es un ejército y no una mera fuerza de autodefensa. Por tanto hay que concluir que la interpretación del Gobierno es inconstitucional.

Hay que contar además con la amplitud de recursos personales y armamentísticos del *Jieitai*, su presupuesto (25), su dependencia de la llamada Agencia de Defensa (que es el Ministerio de Defensa japonés ante la imposibilidad de denominarlo como tal), el carácter verdaderamente militar de la jerarquía establecida dentro de su organización interna, su capacidad destructiva en caso de guerra y su capacidad ofensiva, etc.

Lo dicho se ratifica con los datos contenidos en los cuadros siguientes, recogidos de fuente japonesa, y que indican la potencia militar de estas

(24) En diciembre de 1967, el primer ministro Sato, en la reunión anual sobre presupuestos declaró que Japón no permitiría la introducción de armas nucleares, ni su tenencia ni su fabricación. Después, en noviembre de 1971, en la Dieta se tomó la resolución de aceptar estos principios a la vez que se trataba el Acuerdo sobre la devolución de Okinawa por parte de EEUU a Japón. No hay ninguna norma superior que recoja estos principios, aunque los sucesivos gobiernos los han venido aceptando como firmes. Sobre todo hay que tener en cuenta el hecho de que Japón ha ratificado el Tratado de no-prolifерación de armas nucleares de 1 de julio de 1968.

(25) El Plan de Defensa a medio plazo (cinco años) comenzó en Japón, en 1991, con un gasto de 41.593 millones de yenes y el 3% de crecimiento anual. En 1992 los gastos de defensa suponían 45.518 millones. Hasta ahora y según los últimos datos el gasto se mantiene en un 6,3% del presupuesto general (49,290 millones) y se divide en las siguientes partidas: Fuerzas de Autodefensa Terrestres 37,7%, Fuerzas de Autodefensa Marítimas 23,0%, Fuerzas de Autodefensa Aéreas 23,3%, Servicios Administrativos de la Agencia de Defensa 11,4%, otros 4,7%. La mayor parte de los gastos los ocasiona el mantenimiento de personal (44,1%) y la adquisición de tanques, barcos y aviones (19,2%), seguidos por la educación, el entrenamiento y el mantenimiento de equipos (16,4%) y otros. (Datos extraídos de 朝日新聞ジャパン・アルマナック、1999年データ年鑑、株式会社朝日新聞社、東京、1998年、73頁, "Asahi Shimbun Japan Almanac, 1999 Deeta Nenkan", Ed. Asahi Shimbunsha, S.A., Tokio, 1998, pág. 73).

fuerzas de autodefensa tanto en tierra, como en mar y aire, comparables a las de muchos ejércitos de países desarrollados e incluso superiores a algunos de ellos:

	Number
Recoilless Guns	3,270
Mortar	2,040
Field Artillery Pieces	820
Rocket Launchers	110
Anti-aircraft Guns	110
Tanks	1,100
Armored Vehicles	710

EQUIPAMIENTO DE TIERRA DE LAS FUERZAS DE AUTODEFENSA

Fuente: *Defense of Japan*, agosto de 1999,
http://www.jda.go.jp/e/index_.html

	Number of Ships
Total	147
Destroyers	55
Submarines	16
Mine Warfare Vessels	34
Patrol Combatant Crafts	3
Landing Ships	10
Auxiliary Ships	29

EQUIPAMIENTO MARÍTIMO DE LAS FUERZAS DE AUTODEFENSA

Fuente: *Defense of Japan*, agosto de 1999,
http://www.jda.go.jp/e/index_.htm

EQUIPAMIENTO DE AIRE DE LAS FUERZAS DE AUTODEFENSA

	Type	Purpose	Number of Aircraft Possessed
Ground Self-Defense Force	LR-1	Liaison and Reconnaissance	14
	LR-2	Liaison and Reconnaissance	2
	AH-IS	Anti-Tank	87
	OH-6J/D	Liaison and Observation	189
	UH-1H/J	Utilities	153
	V-107/A	Transport	5
	CH-47J/JA	Transport	42
Maritime Self-Defense Force	UH-60JA	Utilities	6
	P-3C	Patrol	100
	HSS-2B	Patrol	36
	SH-60J	Patrol	62
	MH-53E	Minesweeping and Transport	10
Air Self-Defense Force	F-15J/DJ	Combat	199
	F-4EJ	Combat	107
	F-1	Combat	52
	RF-4E/EJ	Reconnaissance	26
	C-1	Transport	27
	C-130H	Transport	16
	E-2C	Early Warning	13
	E-767	Early Warning	4
CH-47J	Transport	16	

Fuente: Defense of Japan, agosto de 1999,
http://www.jda.go.jp/e/index_.htm

Es obvio que hay numerosos países con ejércitos reconocidos como tales que no disponen de tantos efectivos y que, por otra parte, dichos efectivos son exagerados para una fuerza dedicada, en principio, a la seguridad interior de un país que no se destaca por su alto nivel de conflictividad ciudadana.

Los tribunales japoneses tuvieron ya oportunidad de manifestarse en torno a al tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Fuerzas de Autodefensa, en la polémica sentencia del caso de la base de Naiki, en Naganuma: los habitantes de la región denunciaban la inconstitucionalidad de una disposición que suprimía la designación de “bosque protegido” (o espacio destinado exclusiva y obligatoriamente a bosque) para el establecimiento de una base militar en Naganuma. En la primera instancia el Tribunal Regional de Sapporo sentenció el 7 de septiembre de 1973 que el *Jieitai era senryoku* (fuerza de guerra) y, por lo tanto, inconstitucional. Fue la primera sentencia declarativa de la inconstitucionalidad del *Jieitai*. Pero la sentencia de la Audiencia Provincial de Sapporo de 5 de agosto de 1978 indicó al resolver la apelación que no existía interés particular de los ciudadanos afectados por la instalación de la base.

Además, el Tribunal se basó en el principio de la “acción gubernativa” por el que las acciones estatales, en tanto que poseedoras de un fuerte carácter político, no podían ser objeto de análisis jurídico a no ser que fueran palmariamente inconstitucionales o ilegales, por lo que al Tribunal le estaba vedado entrar a conocer del asunto, éste sólo era revisable políticamente (26). El problema de si la existencia del *Jieitai* atenta o no contra lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución es un problema político de carácter público y general, que afecta a la propia base del Estado y no a un interés particular, por lo que excedía de las atribuciones que el poder judicial tiene en Japón, en tanto en cuanto ningún derecho personal de los demandantes había resultado lesionado directamente por el mero hecho de la existencia del *Jieitai*.

En tercera y última instancia, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1982 desestimó el recurso de casación argumentando que el peligro de inundación o sequía, que era lo que alegaban los demandan-

(26) Este razonamiento que indica que determinadas decisiones de los poderes políticos no son enjuiciables por parte de los tribunales ha sido mantenida por nuestro Tribunal Constitucional en determinadas ocasiones, *vid.* por ejemplo, la sentencia del TC de 14 de febrero de 1991, recurso de inconstitucionalidad 852/1987 (Pleno): “... debemos reiterar que tal medida no sería algo constitucionalmente obligado, sino el fruto de una decisión política cuya oportunidad y acierto no corresponde enjuiciar a este Tribunal”.

tes si se suprimía el “bosque protegido” para justificar su interés directo, cesaba con la colocación de instalaciones sustitutivas del tipo de presas o diques, con lo que el interés directo de los demandantes desaparecía y por tanto el recurso fue desestimado.

2.4. LA INTERPRETACIÓN DE LA FRASE “NO SE RECONOCE EL DERECHO DE BELIGERANCIA DEL ESTADO”.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los redactores de la Carta de las Naciones Unidas recogieron la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza (en su artículo 2.4º), que desarrollaron en la Declaración de la Asamblea General de 1970 (Resolución 2.625 (XXV)), principio también recogido en otros acuerdos internacionales, como el Acta Final de Helsinki de 1975. Sin embargo, esta prohibición de la guerra en la Carta tiene cuatro excepciones reconocidas tradicionalmente en el Derecho internacional (27):

- la acción individual o colectiva emprendida por los miembros de la organización sobre la base de una decisión o recomendación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas conforme al Capítulo VII,
- la acción de las organizaciones regionales conforme al artículo 53,
- las medidas adoptadas contra un Estado que durante la Segunda Guerra Mundial fue enemigo de los signatarios de la Carta de acuerdo con los artículos 53 y 107 (28) y
- la legítima defensa individual o colectiva prevista en el artículo 51.

Respecto a la legítima defensa, el Estado agredido tiene derecho a reaccionar contra un peligro grave que amenace su existencia, peligro producido por otro Estado que, previamente ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, consistente en el uso de la fuerza contra el Estado que

(27) Vid. A. REMIRO, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, R. RIQUELME, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho internacional, op. cit.*, p. 918, así como también A.C. AREND & R.J. BECK, *International Law and the Use of Force. Beyond UN Charter paradigm*, Routledge, London and New York, 1993, pp. 31 y ss.

(28) Se refiere a la posibilidad de que un Estado enemigo de los signatarios de la Carta intentara, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, renovar sus acciones armadas. Hoy, tanto Alemania como Japón forman parte de Naciones Unidas, por lo que este artículo ha perdido prácticamente su vigencia, como ya hemos explicado (vid. nota 10).

invoca la legítima defensa. Así, el Estado agredido podrá usar de la fuerza armada hasta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas pueda tomar las medidas necesarias para defender la paz y la seguridad internacionales (29).

Sin embargo, en el caso japonés hay un inconveniente mayor para que el uso de la fuerza armada esté permitido, puesto que la prohibición del uso de la misma y de la posibilidad de tener fuerzas armadas parte de la propia Constitución japonesa, lo que no sucede en otros casos (30). Pero, como en el caso del primer párrafo del artículo 9, también se han desarrollado diferentes teorías en torno al concepto de derecho de beligerancia del Estado en Japón: una indica que es el derecho, reconocido por el Derecho internacional a todo Estado en guerra, a destruir las instalaciones militares del enemigo, a inspeccionar y capturar sus barcos..., mientras que la teoría contrapuesta señala que significa simplemente “derecho a hacer la guerra”.

Todas estas teorías lo que intentan es apoyar o rechazar la existencia en Japón del *Jieitai*. En todo caso hoy es una realidad la existencia de este cuerpo que de hecho ha sido regulado recientemente mediante una ley que comprende no sólo su posibilidad de salida fuera de las fronteras japonesas, sino también la labor que puede realizar como parte de las fuerzas conjuntas de defensa Japón-EE.UU. con base en el Tratado de Seguridad Mutua firmado por los dos Estados, incluso se recogen en esta ley los cometidos de Japón en las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas (31), cometidos que, lógicamente, deberán llevar a cabo los miembros del *Jieitai*.

(29) Así lo entiende la Comisión de Derecho Internacional, distinguiendo claramente la legítima defensa del estado de necesidad en lo relativo a la posibilidad del uso de la fuerza armada. *Vid.* J. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 361.

(30) J.A. PASTOR RIDRUEJO indica los ejemplos de varios Estados que se han comprometido convencionalmente a no tomar parte en los conflictos entre países y a no asumir, en tiempo de paz, compromisos que les hagan llegar a una guerra futura; son los llamados Estados neutralizados, como Suiza, por su adhesión a la Declaración de las potencias del Congreso de Viena en 1815, o el Estado de la ciudad del Vaticano por el Tratado de Letrán con Italia de 1929, o Austria, por el Tratado de Estado de 1955, o Costa Rica por la Proclama Presidencial de 1983 (*vid.* *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1999, p. 65).

(31) El artículo 43.1º de la Carta de San Francisco señala que: “Todos los miembros de Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales”.

Tras un breve análisis general e introductorio de las relaciones internacionales japonesas estudiaremos con más detalle las repercusiones que tiene la renuncia a la guerra en ellas, centrándonos en tres aspectos que por su trascendencia en la vida internacional de este país demuestran la importancia de la declaración contenida en el artículo 9 de la Constitución japonesa no sólo en el ámbito interno, sino también en el internacional: las relaciones bilaterales Estados Unidos-Japón, que en la esfera de la defensa se plasman en el Tratado de seguridad mutua; las relaciones de Japón con Naciones Unidas, concretamente la cooperación de este país en las operaciones de mantenimiento de la paz regulada por una ley interna japonesa y, por último, las posibilidades de Japón de llegar a ser miembro permanente del Consejo de seguridad, teniendo en cuenta que éste es el órgano de Naciones Unidas encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

3. LAS RELACIONES INTERNACIONALES JAPONESAS.

Japón no puede mantenerse aislado de la comunidad internacional pero hay que tener en cuenta que su ascenso en la vida internacional no ha sido por iniciativa propia sino que este país ha ido siguiendo disciplinadamente la política exterior diseñada desde Washington. Además, Japón tiene todavía hoy un contencioso territorial con Rusia por cuatro islas (Etorofu, Kunashiri, Shikotan y Habomai) que permanecen bajo control ruso mientras que para Japón siguen siendo territorio japonés y las llama "territorios del Norte" (32). Cuando Japón renunció a sus derechos sobre las islas Kuriles y Sajalín tras su derrota en la Segunda Guerra Mundial, esta renuncia no comprendía a los "territorios del Norte", cuya pertenencia a Japón ha sido reconocida por Rusia desde 1855. Sin embargo, Japón aprovecha las dificultades del nuevo Estado ruso para reabrir el asunto de las islas Kuriles y Sajalín, comenzando por firmar un acuerdo con Gorbachov en 1991 permitiendo a los japoneses y rusos que vivan en dichos territorios ir a los dos países sin necesidad de visado, lo que es confirmado con la buena voluntad japonesa acordando una ayuda al desarrollo para Rusia y a esto le sigue la retirada de las tropas rusas de las Kuriles en 1993. Rusia acepta en julio de

(32) 北方領土問題

1997 la proposición de Hashimoto de solucionar el contencioso territorial poniendo como plazo límite el fin de siglo. Un paso suplementario se logra en mayo de 1999 con la definición de las grandes líneas del acuerdo ruso-japonés (33).

BARCIA (34) señala que desde los años ochenta se viene hablando de Japón como potencia mundial y se habla también mucho de las relaciones triangulares entre Estados Unidos, Japón y Europa pero, así como los lazos entre Estados Unidos y Japón y Estados Unidos y Europa son fuertes, las relaciones entre Japón y Europa deberían potenciarse.

A partir de los años 70 Japón se abre más y da un giro a sus relaciones exteriores integrándose en diversas organizaciones internacionales: primero a través de la ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático), donde se refuerza el eje Japón-Indochina-Australia (35). Después, siendo admitido en organizaciones internacionales como el GATT, actualmente OMC (36), o la OCDE.

Además, en 1995 surge la ASEM a iniciativa de Singapur, como una asociación de países europeos y asiáticos (*Asia Europe Meeting*), para las relaciones entre los dos continentes. La primera cumbre de esta asociación

(33) Según este acuerdo hay tres posibles soluciones: el alquiler de las islas por parte de Japón durante un periodo de 99 años a cambio de una ayuda económica, el alquiler de las islas a una firma privada japonesa o la transformación de las islas en zona económica especial reservada a los inversores japoneses con una cogestión ruso-japonesa (*vid. J. NEPOTE y M.-S. DE VIENNE, Japon. Une stratégie pour le XXI^e. siècle, Cahiers de Péninsule/CHEAM, Paris, 1999, p. 149 a 151, así como S. BLAGOV, Russia: remote Sakhalin Island thirts for oil bloom, Moscou, 1/02/1999, World News, www.oneworld.org/ips2/feb99/03_45_002.html*).

(34) *Vid. C. BARCIA, "ASEM: un puente entre Asia y Europa", Política Exterior, vol. XIII, septiembre/octubre 1999, n° 71, p. 7.*

(35) Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), alianza regional compuesta originalmente por seis países del Sudeste de Asia. La ASEAN fue fundada en Bangkok (Tailandia) en agosto de 1967 por Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia. Brunei se unió tras obtener su independencia en 1984. En julio de 1995 se incorporó Vietnam. Laos y Birmania ingresaron durante 1997. El secretariado permanente se encuentra en Yakarta (Indonesia). Los principales objetivos de ASEAN, establecidos en la Declaración de Bangkok (1967), son acelerar el crecimiento económico y fomentar la paz y estabilidad regional. Con Japón en 1977 se estableció un foro conjunto, y con la Unión Europea en 1980 se firmó un acuerdo de cooperación. En enero de 1992, los miembros de la ASEAN acordaron establecer una zona de comercio libre y reducir las tarifas a productos no agrícolas durante un periodo de 15 años, que comenzó en 1993.

(36) Japón ha contribuido al presupuesto de esta organización con 9.167.270 de francos suizos en 1999 y la representación permanente japonesa en Ginebra tiene a tres personas en su equipo. Además, no puede negarse que Japón ha sido uno de los países más beneficiados por el sistema de libre comercio del cual el antiguo GATT ha sido una base importante.

se produjo en Bangkok en 1996 con la presencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países participantes. Aunque todavía es una iniciativa joven y que nace de forma modesta, a nadie se le escapa su importancia. Se acordó en Bangkok celebrar reuniones cada dos años alternativamente en Asia y en Europa. La segunda reunión tuvo lugar en Londres en 1998 y la tercera acaba de tener lugar en Seúl a finales del año 2000. Está previsto que la siguiente sea en España o bien en Dinamarca en 2002.

También Japón es país observador en el Consejo de Europa, ya que no puede ser Estado miembro ni invitado al no ser Estado europeo (37). Son países observadores también EEUU, Canadá, Israel, México y Marruecos. Su estatuto de observador en el Consejo de Europa desde 1996 (38) le permite nombrar un observador permanente ante esta organización, enviar observadores a los comités de expertos del Consejo creados bajo el artículo 17 del Estatuto en los que todos los Estados miembros tienen la facultad de designar participantes, enviar, bajo reserva de invitación del país receptor, observadores a las Conferencias de Ministros especializados y participar en las actividades de acuerdos parciales, ampliados o parciales ampliados bajo invitación, conforme a las reglas aplicables a tales acuerdos.

Ryutaro Hashimoto, Primer Ministro japonés, señalaba ya la relevancia de que Japón comparta con los países europeos valores fundamentales como la democracia y los derechos humanos, en los cuales el Consejo de Europa está totalmente involucrado. Por ello, es natural que este país colabore con Europa, y así lo ha venido haciendo en la crisis de la ex-Yugoslavia, por ejemplo. Es de resaltar también el hecho de que hay problemas comunes en los que esta cooperación se presenta como factor indispensable de solución de problemas como el envejecimiento de la población, la defensa de un medio ambiente sano, la lucha contra la toxicomanía y el crimen organizado, etc. En esta perspectiva Japón ha aportado al Consejo de Europa no sólo contribuciones de naturaleza humana o intelectual sino también una contribución financiera de 1,7 millones de francos franceses

(37) Sobre los requisitos para la adhesión como miembro del Consejo de Europa *vid.* S. SALINAS, *El Consejo de Europa. Su protagonismo en la construcción de la gran Europa y sus aportaciones al progreso del Derecho internacional público*, Biblioteca Diplomática Española 6, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1999, p. 22 y ss., y sobre el estatuto de país observador *vid.* la misma obra, p. 19.

(38) *Vid.* Resolución (96)37 relativa al Estatuto de observador de Japón ante el Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 20 de noviembre de 1996, durante su reunión de Delegados de Ministros, así como la Resolución estatutaria (93) 26.

(39) para el presupuesto de esta organización, fundamentalmente para la realización de reuniones conjuntas de funcionarios del Consejo de Europa y funcionarios del Gobierno japonés, además de programas relacionados con la educación y el intercambio de estudiantes.

La cooperación entre Europa y Japón toma mayor relevancia en el nuevo milenio y prueba de ello son las declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores japonés en el Instituto francés de relaciones exteriores de París el 13 de enero de 2000 (40), en las que el Sr. Yohei Kono destacaba los tres pilares de esta cooperación:

1. compartir valores respetando la diversidad cultural, teniendo en cuenta que la Asamblea General de Naciones Unidas designó el año 1995 como año de la tolerancia, el 2000 como año de la cultura de la paz y el 2001 el año del diálogo entre civilizaciones;
2. fortalecimiento de la cooperación política entre Japón y Europa, sobre todo en lo referente a los países de la Unión Europea (en este sentido fue muy importante el viaje del Ministro de Asuntos Exteriores japonés a Bruselas, donde se reunió, entre otros, con Javier Solana, Alto representante de Política Exterior y de Seguridad Común, así como la última cumbre Unión Europea-Japón que tuvo lugar en Japón). En este punto destacan la prevención de conflictos, temas de discusión tanto en Naciones Unidas como en el G7, G8 u otros foros, el desarme y la no proliferación y la reforma de Naciones Unidas y
3. compartir los beneficios de la globalización, para lo que serán necesarias nuevas reglas para el comercio internacional (en este punto es indispensable la colaboración en la OMC).

La cooperación entre Japón y Europa se ha visto protagonizada del lado europeo por las Comunidades Europeas (41) y ha culminado en una

(39) *Vid.* el discurso de Ryutarô Hashimoto en la Segunda Cumbre del Consejo de Europa habida en Estrasburgo los días 10 y 11 de octubre de 1997, Communications écrites des Gouvernements des Etats ayants le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe (www.coe.fr/summit/discours/fjapon.htm).

(40) *Vid.* www.mofa.go.jp/region/europe/fmv0001/speech0113.html

(41) Estas relaciones comenzaron en 1959 cuando el Embajador japonés en Bélgica fue acreditado como representante de este país antes las tres Comunidades y se consolidaron cuando en 1974 se instaló en Tokio una delegación de las Comunidades (*vid.* la cronología de estas relaciones en www.europa.eu.int/comm/external_relations/japan/intro/index.htm).

serie de cumbres que comenzaron en 1991 en La Haya y que se han ido sucediendo en diferentes lugares desde entonces. En ellas se intentan reforzar las relaciones entre estas dos potencias económicas mediante el diálogo y la elaboración de proyectos comunes, no sólo de tipo económico. Se reúnen el primer ministro japonés, el presidente en ejercicio del Consejo europeo y el presidente de la Comisión. El 19 de julio de 2000 comenzó en Tokio la novena cumbre, con la participación por parte japonesa, de Yoshiro Mori, Primer Ministro, y de Jacques Chirac como presidente en ejercicio del Consejo Europeo asistido de Javier Solana como secretario general del Consejo y Romano Prodi, presidente de la Comisión. Se recuerda en esta cumbre la importancia de la colaboración entre Japón y la Unión Europea, unidos no sólo por su interés por la paz sino también por una serie de valores comunes como la libertad, el respeto de los derechos humanos, el imperio de la ley, etc. por lo que se proclama el año 2001 como el comienzo de la Década de la cooperación Japón-Europa: Los cuatro objetivos que se señalaron para lograr una cooperación más intensa fueron promover la paz y la seguridad (donde se trató el tema de la reforma de Naciones Unidas), el reforzamiento de las relaciones económicas y comerciales utilizando el dinamismo de la globalización en beneficio de todos, el enfrentarse a los desafíos globales y reconciliar a los pueblos y culturas, en particular con el respeto mutuo (42). Además de lo dicho, hay que destacar que en esta cumbre se han logrado llevar a buen término las negociaciones para el Acuerdo bilateral de reconocimiento mutuo, que ya se nombraba en la octava cumbre entre la Unión Europea y Japón, celebrada en Bonn el 20 de junio de 1999 (43).

Por otra parte, Japón es uno de los países integrantes del llamado G7 o G8 (G7+Rusia), grupo de los países más industrializados del planeta, en el que también están incluidos Estados Unidos, Canadá, Francia, Italia, Rusia, Reino Unido y Alemania siendo invitada también la Comisión

(42) Vid. sobre esta cumbre del año 2000 la página del Ministerio de Asuntos Exteriores del Japón www.mofa.go.jp/regio/europe/eu/summit/joint0007.html. así como *Bulletin Quotidien Europe* n° 7762, 20 juillet 2000, p. 5; también sobre la cumbre y sobre las relaciones de la Unión Europea y Japón la página de la Unión Europea www.europa.eu.int/comm/external_relations/japan/intro/index.html.

(43) Vid. el Informe General sobre la actividad de la UE. 1999, punto 817, pp. 286 y ss.

(44) Concretamente el presidente de la Comisión ya antes de la cumbre resaltaba los aspectos de mayor interés de esta reunión para la Comisión, entre los que destaca la noción de responsabilidad de los países industrializados respecto de los países en desarrollo en lo que se refiere a la difusión de las tecnologías de la información y a la salud (*Bulletin Quotidien Europe* n° 7762, 20 juillet 2000, p. 6.)

Europea (44). De hecho, la cumbre del año 2000 ha tenido lugar en Japón, en la isla de Okinawa (45).

Para terminar hay que señalar que las disponibilidades del Ministerio de AAEE japonés son más pequeñas que las de cualquier servicio exterior de una gran potencia, los propios partidos políticos se encuentran divididos en cuanto a la postura común a tomar en temas de carácter internacional; a pesar de ello el peso exterior del país va creciendo imparablemente y su petición de pertenecer como miembro permanente al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es ilustrativa de este proceso.

4. EL TRATADO DE SEGURIDAD MUTUA ENTRE ESTADOS UNIDOS Y JAPÓN

4.1. LAS VICISITUDES EN EL ESTABLECIMIENTO DEL TRATADO Y SU CONTENIDO

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, Japón se encontraba ocupado militarmente por los Estados Unidos y no podía tener una relación normal con el resto de países de la comunidad internacional. Estados Unidos quiso organizar en esa zona un sistema de autodefensa colectiva (Asia-Pacífico) similar a la OTAN, donde este país fuera la fuerza principal. Sin embargo, esta iniciativa no tuvo éxito por diferentes razones. En su lugar se estableció una red de alianzas bilaterales mediante tratados internacionales relativos a temas de seguridad, entre ellos el Tratado de Seguridad Mutua entre Estados Unidos y Japón (46), firmado en 1951 con ocasión de la firma del Tratado de Paz de San Francisco y revisado después en 1960. Este Tratado fue el resultado de la época en que se redactó y responde, por tanto, a los principios que regían en esos momentos de guerra fría:

(45) *Vid.* la página específica que el Gobierno japonés ha abierto con ocasión de esta cumbre en Internet: <http://www.g8kyushu-okinawa.go.jp/> Aprovechando la oportunidad de esta cumbre numerosos grupos de ciudadanos tanto japoneses como de otros países del mundo protestaron contra los efectos nocivos de la globalización y concretamente incluyeron entre sus protestas la existencia de bases norteamericanas en territorio japonés, en la isla de Okinawa.

(46) La política americana en relación con esta alianza se expresa en una frase atribuida generalmente al antiguo Embajador norteamericano en Japón, Mike Mansfield, quien decía que la relación nipo-americana es la “relación más importante del mundo sin ninguna excepción”.

- en primer lugar, se establece un sistema de colaboración en materia de defensa entre los dos firmantes, en el caso de que haya un ataque armado contra uno de ellos, pero la defensa se limita al ataque verificado en territorio japonés
- en segundo lugar, se reconoce el derecho de los Estados Unidos a mantener fuerzas armadas en territorio japonés, las cuales tendrán como objetivo el mantenimiento de la paz y de la seguridad en Extremo Oriente y la defensa de Japón como parte integrante del territorio afectado por el concepto de seguridad mutua a que se refiere el apartado anterior, en caso de ataque contra este país.

Aunque en el siguiente apartado valoramos el contenido de estos principios en relación con el artículo 9 de la Constitución japonesa, es necesario adelantar aquí que, en una primera aproximación tales preceptos implican una contradicción total con el mandato constitucional de renuncia a la guerra y a la posibilidad de tener fuerzas armadas.

En aquel entonces era inimaginable una situación internacional sin guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, y el Tratado se hace eco de ella. También se tuvieron en cuenta las posibles situaciones de emergencia en Taiwan y en la península de Corea. Sin embargo, al acabar la situación de guerra fría surge la pregunta de por qué es necesario continuar con este Tratado de Seguridad Mutua.

A esta situación sería aplicable la cláusula del Derecho internacional *rebus sic stantibus* o cambio fundamental en las circunstancias del Tratado como causa de terminación, retirada o suspensión del Tratado (47). De

(47) Tal cláusula se encuentra recogida y regulada en el artículo 62 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

- a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y
- b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

(...)"

Vid. J.A. PASTOR RIDRUEJO, "La doctrine "rebus sic stantibus" à la conférence de Vienne de 1968 sur la droit des traités", A.S.D.I., vol. XXV, 1968, pp. 90 y ss.; E.B. IMPALLOMENE, *Il principio "rebus sic stantibus" nella convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Milano, 1974; G. HARASZTI, *Treaties and fundamental change of circumstances*, R. des C., n° 146 (1975-III), pp. 1 y ss. así como A. VAMVOUKOS, *Termination of treaties in International Law. The doctrine of rebus sic stantibus and desuetude*, Oxford, 1985.

hecho, algunos autores japoneses han aventurado la opinión de que podría llegar a suprimirse la vigencia de tal sistema (48) porque, además de la desaparición de la amenaza soviética, que resta cohesión a la alianza, los Estados Unidos comienzan a sentirse frustrados por el desequilibrio comercial existente con Japón y, por otra parte, los peligros actuales (armas nucleares, biológicas, químicas) necesitan más de una respuesta a nivel multilateral que bilateral; por último, Japón se está acercando más a Asia, distanciándose, por tanto, en sus relaciones con Estados Unidos.

Pero también hay razones para mantener tal sistema (49), como el hecho de que aún existan intereses comunes entre los dos países, que Japón haya tomado ya medidas para compensar el desequilibrio comercial con Estados Unidos, que la diversidad de amenazas pueda tener su respuesta en el núcleo que forma la cooperación americano-japonesa o que los elementos proasiáticos en Japón sean todavía muy minoritarios.

El profesor Tanaka (50) destaca algunos factores que han de tenerse en cuenta para entender el mantenimiento de esta alianza: el hecho de que un socialista fuera primer ministro en aquel momento (Murayama Tomiichi), el que Bill Clinton y el Embajador norteamericano en Japón, Walter Mondale, formularan excusas oficiales por el incidente de la violación en Okinawa, también los actos cometidos por Corea del Norte (en 1993 Corea del Norte hizo ensayos con misiles sobre el Mar del Japón) y, por último, el factor chino ha supuesto que desde el incidente de la plaza de Tienanmen en 1989 Japón se preocupe de que este país no entre en el caos, lo que llevaría a millones de refugiados al exilio, con los subsiguientes problemas para Japón por su cercanía a China.

Incluso el Ministerio de Defensa norteamericano apuntaba un argumento cínico para mantener las bases norteamericanas en Japón: como Japón se hace cargo del 70% de los gastos relativos a estas fuerzas, ello

(48) Vid. H. MATSUSHITA, "Nuevo sistema de seguridad y estado actual del problema de Okinawa", *Cuadernos del Japón*, vol. IX, nº 4, otoño 1996, pp. 23 y ss. y H. INA, "La alianza de seguridad Japón-EUA en una nueva era de relaciones internacionales", *Cuadernos del Japón*, vol. IX, nº 4, otoño 1996, pp. 26 y ss.

(49) Vid. H. INA, "La alianza de seguridad...", *op. cit.*, p. 27. Sobre todo desde el desafortunado incidente de septiembre de 1995 (la violación de una joven estudiante de Okinawa por soldados estadounidenses de la base norteamericana sita en la isla). Sobre este tema en general vid. Y. OKAMOTO, *En busca de una solución para el problema de Okinawa*, *Cuadernos de Japón*, vol. IX, nº 4, otoño 1996, pp. 44 y ss. así como H. MATSUSHITA, "Nuevo sistema de seguridad...", *op. cit.*, pp. 23 a 25.

(50) Vid. "Le triangle Japon, Chine, Etats-Unis et la sécurité en Asie de l'Est, Compte rendu de Symposium", *Cahiers du Japon*, nº 81, automne 1999, pp. 35 a 40).

resulta más barato para Estados Unidos que reubicarlas en su propio territorio (51).

Esta última tendencia es la que ha tenido mayor importancia en los dos países. De hecho, en la visita del presidente Clinton a Japón en abril de 1996 se firmó la Declaración conjunta sobre seguridad entre Estados Unidos y Japón (52), que ratifica el contenido del anterior Tratado suscrito ya hace más de cuarenta años. Este documento tuvo su origen en una serie de procesos de negociación e información (53) llevados a cabo por iniciativa japonesa, principalmente, y que nacieron de la tensa situación existente en Asia-Pacífico, muy preocupante para Japón (54).

(51) 朝日現代用語知恵蔵 1996年・「防衛」(295頁)から抜粋。田岡俊次著、株式会社朝日新聞社発行、東京、1996年。(Extraído del apartado titulado “Defensa”, por Sh. TAOKA, en *The Asahi Encyclopedia of Current Terms 1996*, ed. Asahi Shimbunsha, Tokio, 1996, pp. 295 y ss.): En 1995 el Gobierno japonés sufragó gastos de las tropas estadounidenses afincadas en su territorio por valor de 475.700 millones de yenes, además de cederles gratuitamente 97 instalaciones y bases (teniendo en cuenta el valor del alquiler del suelo en Japón, sólo esto último podría significar un monto anual de unos 150.000 millones de yenes). Repartir esta cifra entre los 45.000 militares norteamericanos residentes en Japón, supone que la subvención japonesa sea de 14 millones de yenes por cada militar. Además, Japón adquiere armamento y piezas de fabricación norteamericana por un valor anual de 200.000 millones de yenes.

(52) Por parte de Bill Clinton y Ryutarō Hashimoto.

(53) *Vid.* al respecto los datos aportados por el politólogo H. INA sobre la iniciativa Nye en “La alianza de seguridad...”, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

(54) Actualmente, Corea del Norte y Corea del Sur tienen estacionados unos dos millones de efectivos armados en los trescientos kilómetros de la línea de demarcación militar, la mayor concentración de fuerzas armadas de su historia. Además, la mitad de los coreanos del norte en edad militar están reclutados y sirven en el ejército y, por otra parte, el sistema de distribución de alimentos en ese país parece haberse colapsado. Esta situación parece una copia de la habida en Japón durante la última parte de la Segunda Guerra Mundial, cuando se movilizó a los estudiantes en edad militar para luchar contra las fuerzas estadounidenses en territorio japonés. Sin embargo, parece estar cambiando, con el nuevo acercamiento de las dos Coreas: recientemente han firmado un acuerdo de no-agresión con ocasión de la segunda ronda de conversaciones entre los dos líderes coreanos. “*This is tantamount to a declaration by the two Koreas that they will renounce war on the Korean peninsula and to pursue unification through dialogue. The two leaders clearly recognize the importance of preventing war and establishing peace on the peninsula*” dice un informe de prensa gubernamental de Pyongyang. En estas conversaciones se ha hablado incluso de suspender el programa de desarrollo nuclear norcoreano y normalizar las relaciones diplomáticas con los países vecinos, incluyendo Estados Unidos y Japón (*vid.* Korea Times Acuerdo de no-agresión entre las dos Coreas, 19.6.2000). La postura de Japón acerca del anuncio de la reunión citada fue muy favorable: “Se anunció hoy que se llevará a cabo una reunión cumbre entre Sur-Norte en Pyongyang del 12 al 14 de junio. El gobierno de Japón ha dejado claro en numerosas ocasiones nuestro reconocimiento acerca de que el diálogo entre las autoridades de ambas partes es muy importante e indispensable para la paz y la estabilidad de la Península Coreana. El anuncio de la futura reunión cumbre se ha considerado como una expresión de la gran disposición de ambas partes hacia el diálogo Sur-Norte y, en virtud de que es la primera en la historia, tendrá una repercusión significa-

La importancia del tema de la seguridad en Japón se plasma en el Plan sobre defensa japonés (55), modificado por el Nuevo Plan sobre defensa, aprobado por el gobierno en noviembre de 1995. Estas nuevas directrices indican como “nuevo papel de la defensa” el afrontar problemas como la seguridad del tráfico marítimo, las violaciones del espacio aéreo, las ocupaciones ilegítimas de una parte del territorio nacional, las entradas de refugiados armados, los diversos tipos de acciones terroristas, etc.

También estipulan el desarrollo y mantenimiento de las relaciones de cooperación en materia de seguridad con Estados Unidos (el Plan de Defensa de 1995 contiene trece referencias específicas a las disposiciones de seguridad entre Estados Unidos y Japón), la cooperación en las diversas acciones de Naciones Unidas, la ayuda en los casos de catástrofes, etc. El Nuevo Plan se convierte en el marco de trabajo básico para la organización de la defensa, contiene el desarrollo de las Fuerzas de Autodefensa dentro de un contexto más amplio de seguridad, en el que tienen un papel fundamental las disposiciones de seguridad entre Estados Unidos y Japón.

4.2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 9.

Queremos centrarnos en el problema de la constitucionalidad de estas disposiciones con relación al artículo 9, sobre todo en dos puntos: la acción conjunta de defensa USA-Japón ¿es incardinable en las conductas prohibi-

tiva. El gobierno de Japón recibe con agrado este hecho y expresa su total apoyo a la reunión, la cual se ha concretado de conformidad con la “política de compromiso” del presidente de la República de Corea, Kim Dae Jung. Japón espera que la reunión se lleve a cabo como se ha planeado y que tenga lugar un intercambio de puntos de vista significativo. Japón espera también sinceramente que esta reunión conduzca a un desarrollo mayor del diálogo Sur-Norte en el futuro, así como a la mitigación de las tensiones en la Península Coreana”. Declaraciones del ministro de Relaciones Exteriores Yohei Kono 10.4.2000 *Vid.* <http://www.embjapon.com.mx/>

China, por su parte, sigue teniendo un comportamiento conflictivo en el ámbito internacional (sirvan de ejemplo sus ejercicios militares con misiles llevados a cabo en el estrecho de Taiwan en 1996) y su importancia para la seguridad japonesa queda plasmada en el artículo 2 del Nuevo Plan sobre defensa, el cual se refiere a la existencia de “arsenales nucleares a gran escala en zonas cercanas a Japón” en clara alusión, aunque indirecta, al caso de China (*vid.* la opinión del profesor de la Universidad de Keio, R. KOKUBUN en *La posición de China en la Comunidad Internacional*, Cuadernos del Japón, vol., IX, n° 4, otoño, 1996, pp. 40 y ss).

(55) Era un conjunto de directrices trazadas por el gobierno japonés para el mantenimiento del poder defensivo de este país, a fin de que el mismo pudiera rechazar por sí mismo una invasión limitada y de pequeña escala, teniendo en cuenta la amenaza soviética.

das por el artículo 9.1º de la Constitución? Y, por otra parte, las tropas norteamericanas que tienen su base en territorio japonés ¿deben considerarse *senryoku* y, por lo tanto, estar vedada su existencia en territorio japonés?

Respecto a la primera cuestión, es decir, si el artículo 9 de la Constitución japonesa prohíbe la acción conjunta de defensa americano-japonesa basada en el Tratado de 1951 y sus modificaciones posteriores, hay que tener en cuenta distintas circunstancias.

En principio, la interpretación del gobierno es que un ataque contra las bases estadounidenses afincadas en Japón lo es también contra la integridad del territorio japonés. La acción de defensa en cooperación con el ejército americano residente en Japón es uso del derecho a la autodefensa y, por lo tanto, es constitucional siguiendo las teorías gubernamentales. La autodefensa colectiva implica considerar el ataque armado a un país que mantiene estrechas relaciones con el propio como un ataque a éste y posibilita el contraataque y, además, en el caso concreto de Japón, un ataque a las tropas estadounidenses allí situadas vulneraría también la integridad territorial japonesa por lo que, en principio nada obstaría la defensa japonesa de su propio territorio.

Los sucesivos gobiernos japoneses no sólo han mantenido que Japón tiene derecho a su propia autodefensa, sino que también tiene derecho a la autodefensa colectiva, aunque no le está permitido hacer uso del mismo por la Constitución; tampoco se permite, según la interpretación del gobierno japonés, “el apoyo en retaguardia que va ligado al uso de la fuerza militar por parte del ejército estadounidense” (56).

Sin embargo, Japón podría intervenir en muy diversas situaciones siempre que el derecho a la autodefensa colectiva se interpretara con flexibilidad, aunque podrían darse casos en que Japón no pudiera responder a los requerimientos norteamericanos aún con esta interpretación flexible de la autodefensa colectiva (57), lo que provocaría una grave crisis en las

(56) Sh. TAOKA, *The Asahi Encyclopedia...*, op. cit., p. 296.

(57) No fue este el caso de la primavera de 1994, en que Japón declinó la solicitud estadounidense de que enviara un dragaminas a la península coreana en caso de crisis en esa zona, puesto que el uso de un dragaminas en mar abierto podría interpretarse como defensa individual de Japón para garantizar la navegación segura de sus buques. El problema en este caso no fue tanto la imposibilidad de respuesta de Japón por la prohibición constitucional, sino el hecho de que la VII Flota norteamericana enviara la solicitud de manera informal a las Fuerzas de Autodefensa japonesas, por lo que el personal marítimo de estas Fuerzas no tenía ni autoridad ni competencia suficiente para acceder a la solicitud aunque quisieran.

relaciones bilaterales (pero, en nuestra opinión, probablemente Japón daría preferencia al mantenimiento de las mismas). Por ejemplo, si un barco de guerra estadounidense fuera atacado en el mar territorial del Japón, este país debería ayudar a las fuerzas USA, por lo que no siempre podrían cumplirse los principios básicos del ejercicio del derecho a la autodefensa.

También provoca problemas el hecho de que las tropas norteamericanas que residen en Japón con base en el Tratado de seguridad Mutua puedan estar comprendidas en el concepto de *senryoku*. La jurisprudencia japonesa se pronunció en el caso Sunagawa sobre este tema, aunque no se puede decir que la sentencia zanjara el debate teórico ni que sea totalmente clarificadora: el Tribunal regional de Tokio, el 30 de marzo de 1959, indicó en su sentencia que el ejército norteamericano residente en Japón no está sólo para defender a ese país de un ataque militar, sino que también es posible, en caso de que los Estados Unidos lo considerasen necesario, que su ejército sea utilizado para el mantenimiento de la seguridad y la paz internacionales en el Lejano Oriente.

Existe pues la posibilidad de que Japón se vea involucrado en un conflicto militar sin relación directa con Japón. La existencia en dicho país de fuerzas militares estadounidenses está fundada en el acuerdo entre ambos países, de modo que ello es también algo fundado en la voluntad del gobierno japonés. Estas fuerzas norteamericanas, según el Tribunal, son *senryoku* y, aunque no son japonesas, como el gobierno japonés ha dado su consentimiento para que se establezcan allí, son inconstitucionales porque la Constitución habla solamente de "tenencia de fuerza de guerra", sin especificar que deba tratarse de fuerzas japonesas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de diciembre de 1959, revocó el fallo anterior diciendo que, si de lo que se trata es de lograr el mantenimiento de la paz y de la seguridad nacionales, Japón puede elegir para ello, evidentemente, cualquier medida que siendo idónea para tal fin pueda además entenderse apropiada en el contexto de la realidad internacional. El artículo 9 de la Constitución no prohíbe en absoluto que Japón, para mantener su paz y su seguridad internas, pida a otro país que le proteja. Las fuerzas armadas (*senryoku*) que la Constitución prohíbe, son aquellas propiamente japonesas. Por ello, hay que entender que las fuerzas militares extranjeras residentes en Japón no son *senryoku* (fuerzas armadas en el sentido en que la Constitución las prohíbe).

A nuestro parecer, sin embargo, esta sentencia es criticable porque la interpretación que hace de los términos de la Constitución no sigue ni la letra ni el espíritu del artículo 9, que lo que pretende evitar es que Japón

tenga la posibilidad de intervenir en un conflicto internacional utilizando la fuerza armada (58).

5. LA LEY JAPONESA PARA LA COOPERACIÓN EN LAS OPERACIONES INTERNACIONALES DE PAZ.

5.1. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS RELACIONES ONU-JAPON

El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas regula las acciones en caso de: “amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, pero estas acciones se han mostrado en la práctica de poca utilidad. Sin embargo, la ONU ha sabido encontrar en el desenvolvimiento de su actividad una nueva vía de acción: las llamadas operaciones para el mantenimiento de la paz, basadas en resoluciones de la Asamblea General y que CARRILLO SALCEDO (59) caracterizaba con las siguientes notas:

- acrecentamiento de la diplomacia preventiva y mayor importancia de las funciones del Secretario General de la Organización
- consenso de las grandes potencias, que aceptan no intervenir de forma directa en la operación de mantenimiento de la paz (como tales potencias)
- colaboración especial de Estados no directamente comprometidos en el conflicto
- establecimiento de un sistema de neutralización internacional que pretende dejar fuera de la guerra fría a tales conflictos armados
- *consentimiento del Estado territorial que soporta la intervención de la ONU para el mantenimiento de la paz* (60)

(58) A este respecto deberían tenerse en cuenta los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que hacen referencia a la interpretación de los mismos. Concretamente estos artículos señalan que para la interpretación de los tratados internacionales habrá de contarse con la buena fe conforme al sentido corriente que tengan los términos en el contexto de estos, el objeto y fin del tratado, las circunstancias de su celebración, etc. Así, entendemos que no puede considerarse a las fuerzas norteamericanas en territorio japonés como algo distinto de fuerzas armadas.

(59) J.A. CARRILLO SALCEDO, *La crisis constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1966, p. 80.

(60) Sobre las operaciones de mantenimiento de la paz por parte de la ONU existe una abundante bibliografía referida a cada una de ellas, aunque con carácter general *vid.* S.C.KHARE, *Use of Force under United Nations Charter*, Nueva Delhi, 1985; A. MAN-

Las pioneras entre estas operaciones son las que nacen con dos resoluciones del Consejo de Seguridad en 1948 (61). Ya antes de la adhesión de Japón a las Naciones Unidas (62) se debatía en la Dieta japonesa hasta qué punto podía Japón participar en las actividades de la ONU teniendo en cuenta el mandato constitucional contenido en el artículo 9. Dos meses después de la entrada en vigor del Tratado de Paz, Japón solicitó su incorporación a la ONU al Secretario General, incluyendo en el documento adjunto a la carta de solicitud la siguiente Declaración a través del Ministerio de Asuntos Exteriores:

“Japón acepta las obligaciones enumeradas en la Carta de las Naciones Unidas y se compromete a cumplirlas por todos los medios disponibles a partir del día de la adhesión de Japón a las Naciones Unidas.”

En aquel momento, en el Ministerio de Asuntos Exteriores mismo se planteaba la posibilidad de reserva en cuanto a la participación de Japón en las actividades militares basadas en el Capítulo VII de la Carta, ya que se consideraba esa obligación incompatible con el artículo 9 de la Constitución japonesa. Por ello, se había incluido la expresión “por todos los medios disponibles”.

El 2 de junio de 1954, el Senado japonés adoptó la resolución de no enviar a las Fuerzas de Autodefensa al extranjero, aunque Japón, aquel mismo año, había firmado el Tratado de Seguridad Mutua con Estados Unidos, que le obligaba al envío de fuerzas militares fuera de Japón en

GAS, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990; M. FLORY, “L’ONU et les opérations de maintien et de rétablissement de la paix”, *Politique Etrangère*, n° 3, automne 1993, pp. 633 y ss.; J. CARDONA, “La aplicación de medidas que implican el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad para hacer efectivas sus decisiones”, *R.E.D.I.*, vol. XLVII, 1995, n° 1, pp. 9 y ss.; L.I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ, “Las operaciones de mantenimiento de la paz: aspectos actuales”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, BOE/Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pp. 189 y ss. y J.L. GÓMEZ DE PRADO, *Operaciones para el mantenimiento de la paz*, Bilbao, 1998.

(61) El 29 de mayo de 1948 se puso en marcha UNTSO por resolución 50 del Consejo de Seguridad, para la vigilancia de la tregua en Egipto, Jordania, Líbano, Israel y otros; el 21 de abril de 1948 comenzó a actuar UNMOGIP por resolución 47 del Consejo de Seguridad, para la vigilancia militar de la tregua en la frontera de Pakistán y la India (en Cachemira). La primera que se da por resolución de la Asamblea General (AG 1.000 de 5 de noviembre de 1956) es la que intenta solucionar el conflicto que surge por la nacionalización del Canal de Suez por el Gobierno egipcio.

(62) Japón ingresó en la ONU en 1956.

caso de que fuera necesario, según el propio Tratado. Por efecto de dicho tratado, Japón se vio obligado a adaptarse a la nueva situación y en ese año se adoptaron las leyes referidas a las Fuerzas de Autodefensa y a la Agencia de Defensa.

Tras la adhesión de Japón a las Naciones Unidas, la discusión sobre la cooperación japonesa en las actividades de la ONU se convierte en un tema más real. En las discusiones parlamentarias el Ministerio del Interior defendía que no era necesario cambiar de postura respecto al envío de Fuerzas de Autodefensa fuera de Japón, a la vez que se recalca la posibilidad de que este país contribuyera con medidas no militares, sino de tipo económico. Además, se decía que Japón no había concluido con la ONU ningún convenio especial de los recogidos en el artículo 43 de la Carta (63) por lo que, en principio, no estaba obligado a contribuir con fuerzas armadas. Sin embargo, esos argumentos del Gobierno no excluían la participación de Japón en las tropas de la ONU.

En 1958 Japón formó parte por vez primera del Consejo de Seguridad como miembro no permanente y esto aumentó el interés del país en el tema del envío de las Fuerzas de Autodefensa: el Gobierno comienza a barajar la posibilidad de participar en las operaciones militares de la ONU diciendo que había distintos tipos de éstas y que no convenía analizar esta cuestión a la luz de la Constitución sin examinar también los distintos tipos de operaciones en los que Japón debería intervenir. Además, como se ha dicho, el Gobierno japonés ha afirmado siempre que la Constitución permite el derecho de defensa del país para impedir la invasión del mismo por parte de fuerzas extranjeras.

Pero el problema se convirtió en urgente cuando, en 1958, el Secretario General de la ONU solicitó la cooperación japonesa mediante el envío de 10 personas al Grupo de Observadores de la ONU en el Líbano (UNOGIL). En la Dieta se enfrentaron dos posturas: una estaba a favor del envío de esas personas puesto que la misión era de supervisión y, como tal, tenía por objeto pacífico el de prevenir la guerra, de modo que el envío de las

(63) Como señala O. SHACHTER ("Authorized Uses of Force by the United Nations and Regional Organizations", en *Law and Force in the New International Order*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.), esta disposición no ha sido nunca aplicada, el Consejo de Seguridad no ha tomado nunca la iniciativa de negociar este tipo de acuerdos, por lo que este autor es de la opinión de que este precepto se ha convertido en letra muerta puesto que no ha sido necesario para tomar acciones armadas cuando las circunstancias lo han requerido, por ejemplo, en la Guerra de Corea.

Fuerzas de Autodefensa era normal siendo miembro de la ONU y, además, no contrario a la Constitución.

La otra postura era contraria al envío de tropas, ya que esto conllevaba el empleo de la fuerza, el uso de las armas, cosa prohibida por el texto constitucional; sin embargo, otro tipo de envíos sin armamento podrían estudiarse al no ser considerados prohibidos constitucionalmente. Finalmente no fueron enviadas esas personas siguiendo la segunda postura de las comentadas.

En los años 70 Japón volvió a formar parte del Consejo de Seguridad y entonces propuso la formación de una Comisión de revisión de la Carta, junto a otros países, como Colombia. En aquellos momentos se volvió a hablar en la Dieta de la colaboración de Japón en las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU. Entonces se decía que para ello había que estudiar previamente los diferentes tipos de misiones, formación de las fuerzas multinacionales, etc. Sin embargo, poco a poco la opinión del Gobierno se fue haciendo más clara y en 1978 el Ministerio de Asuntos Exteriores ya comentó en la Cámara abiertamente que, aunque existían ciertas limitaciones para enviar tropas fuera de Japón por la Ley del *Jieitai*, si se pudiera conseguir el consenso del pueblo, se podría modificar la misma para enviar contingentes.

Finalmente, el 28 de octubre de 1980, el Gobierno japonés publicó su opinión oficial acerca de este tema. En este comunicado se distinguía entre operaciones para el mantenimiento de la paz mediante la mera vigilancia y otras mediante el uso de la fuerza armada. En cuanto a la participación de Japón en estas operaciones, si el objetivo conllevaba el uso de la fuerza armada, a las Fuerzas de Autodefensa japonesas no se les permitiría participar; en cambio, si el objetivo no conllevaba el uso de fuerza armada, constitucionalmente no habría ningún impedimento (64). Además, se expresó la voluntad de Japón de colaborar en las operaciones de mantenimiento de la paz mediante ayudas financieras, envío de materiales, etc. como venía haciendo ya desde hace tiempo.

Por último, el comunicado hacía referencia a que la ejecución del derecho a la autodefensa colectiva de que trata el artículo 51 de la Carta no está permitida en Japón por el artículo 9 de la Constitución: Japón debe limitarse a defender el territorio japonés propiamente dicho, sin exceder de

(64) Textualmente, el Gobierno decía que “envío de tropas al extranjero” es “el hecho de enviar al espacio terrestre, marítimo o aéreo de otro país, un contingente armado con la finalidad de usar la fuerza”.

estos límites (65). A partir de 1988 el Gobierno japonés comenzó a mandar civiles a las operaciones de mantenimiento de la paz (66), pero tras la Guerra del Golfo, la necesidad de que Japón contribuyera en mayor medida en las actividades internacionales, especialmente mediante envíos de personal, fue puesta de relieve en el seno de las Naciones Unidas.

En respuesta a tal situación, en Japón se puso en marcha una Ley tendiente a permitir que el *Jieitai* pudiera participar en las actividades de mantenimiento de la paz internacional a condición de que éstas no supusieran “uso de fuerza militar”.

El proceso de elaboración de esta Ley fue largo y controvertido, principalmente por la fuerte respuesta de la opinión pública interna, puesto que esta normativa se presentó en la misma época en que la Cámara deliberaba sobre la posibilidad de participar en la guerra del Golfo; esto hizo que se creara una gran confusión identificando la colaboración en la ONU con la participación en los ejércitos multilaterales formados con ocasión de la guerra del Golfo (67), por tanto, la Ley fue entendida en un principio por muchos como una medida para participar en aquel conflicto armado concreto, cosa que no era, y no como un instrumento de política exterior general de Japón en relación con esta organización internacional.

(65) En este sentido se expresa H. OWADA, “Japan’s constitutional power to participate in peace-keeping”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 29 (1997), afl.3, p.281, donde el autor señala que Japón puede participar constitucionalmente en operaciones para el mantenimiento de la paz no como unidad de un Estado soberano (el japonés no tiene derecho de beligerancia, ni ejército...) sino como contingente japonés de las fuerzas de la ONU, formando parte de un cuerpo de carácter internacional y no nacional de un Estado en concreto.

(66) Mandó un oficial a UNGOMAP (Pakistán, junio de 1988 a noviembre de 1989), otro a UNIMOG (Irán-Irak, agosto de 1988 a noviembre de 1989), 31 civiles como observadores a UNTAG (Namibia, octubre-noviembre de 1989), 6 observadores con un grupo de apoyo a ONUVEN (Nicaragua, febrero de 1990), 22 a UNOMSA (Sudáfrica, abril de 1994), 59 civiles y 18 parlamentarios de ambas Cámaras a Palestina (enero de 1995) y 36 a Bosnia-Herzegovina (septiembre de 1996).

(67) H. OWADA destaca en este sentido la importancia del impacto causado por la televisión en el público en general durante este conflicto y, más concretamente en los miembros de la legislatura que eran los que debían tomar las decisiones en aquel asunto (vid. “Japan’s constitutional power...”, *op. cit.*, p. 283). Sobre la guerra del Golfo vid. A.M. WEISBURD, *Use of Force...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss. donde se la clasifica como una guerra de invasión clásica; así como J. YAMAGUCHI, “The Gulf war and transformation of Japanese Constitutional Politics”, *Journal of Japanese Studies*, 18:1, 1992, pp. 155 y ss.

5.2. LAS PECULIARIDADES DE LA LEY

Finalmente se redactó la Ley de Cooperación en las Operaciones internacionales de Paz, que resultó aprobada en junio de 1992 (68). En ella se indica que, para que Japón pueda intervenir en las operaciones de mantenimiento de la paz, tienen que cumplirse cinco requisitos que están establecidos de la siguiente forma (69):

1. Los países en conflicto deben dar su consentimiento en lo relativo al cese de las hostilidades.
2. Las partes en conflicto, incluido el país en cuyo territorio se realizan las operaciones, deben consentir el despliegue de las fuerzas de mantenimiento de la paz y la participación de Japón en ellas.
3. Neutralidad: las fuerzas de mantenimiento de la paz deberán mantener una estricta imparcialidad y no favorecer a ninguna de las partes en conflicto.
4. En caso de que alguno de los tres requisitos anteriores dejara de ser cumplido, Japón podría retirar su contingente.
5. El uso de las armas deberá restringirse al máximo, quedando limitado a casos extremos (necesidad de protección de vidas humanas o similares).

La Ley define así no sólo las condiciones en que Japón podrá intervenir, sino también lo que se entiende en aquel país por “operaciones para el mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas”, indicando además que son operaciones dirigidas por las Naciones Unidas sobre la base de resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, tendentes a asegurar la observancia del acuerdo para prevenir los conflictos entre las Partes, para ayudar al establecimiento del sistema democrático después de la terminación de conflictos armados o para mantener la paz y la seguridad internacionales solucionando las controversias.

(68) (國際平和協力法) Ley 7/1992, de cooperación para la paz internacional. Dicha Ley consta de 27 artículos divididos en 5 capítulos dedicados, respectivamente, a Disposiciones generales, Jefatura de la cooperación para la paz internacional, Misiones de cooperación para la paz internacional, Cooperación material, Otras disposiciones y también hay una serie de Disposiciones adicionales.

(69) Son los denominados “cinco principios básicos de la participación de Japón en las fuerzas de mantenimiento de la paz de la O.N.U.” (国連平和維持活動・PKO・5原則) en el artículo III.1º de la Ley.

Uno de los problemas de esta Ley es que parece definir la total competencia japonesa en el mando del personal enviado, tanto en cuanto al uso de las armas por parte de este personal como por su posibilidad de retirada sin contar con el mando de la ONU, etc., lo que contraría el principio consuetudinario en este tipo de operaciones de “integración de la dirección y del control del Secretario General”.

Además, según la misma Ley se prohíbe el uso de la fuerza en el extranjero a las Fuerzas de Autodefensa pero intencionadamente se distingue “la ejecución del uso de la fuerza” y “el uso de las armas”; así, a las Fuerzas de Autodefensa se les permite el uso de las armas para protegerse en caso de ataque personal (70), pero no se permite la ejecución del uso de la fuerza. Es decir, que el uso de la fuerza para las Fuerzas de Autodefensa japonesas está muy restringido y, en la práctica, no es suficiente para asegurar la vida del personal que se envía a estas misiones internacionales de paz.

Pero lo fundamental, a nuestro parecer, es que, para la participación en estas operaciones de mantenimiento de la paz se crea una sección especial dentro de las Fuerzas de Autodefensa que, si bien se sigue rigiendo por la Ley de las Fuerzas de Autodefensa, se distingue claramente del cuerpo ordinario de las mismas ya que se forma por el llamamiento de Naciones Unidas, se entrena según el manual de esta organización y está supeditada al mando de la ONU, según se indica en la propia Ley de 1992 (71) (aunque ya hemos visto que el mando de Naciones Unidas sobre estas fuerzas es muy relativo, por las especiales características de los cinco principios básicos que deben cumplir estas tropas). Desde que la Ley que comentamos fue aprobada Japón ha participado en las operaciones de mantenimiento de la paz no sólo mediante civiles (personal sanitario, observadores electorales, parlamentarios, etc.), como ya había ocurrido en otras ocasiones, sino también con miembros de las Fuerzas de Autodefensa pertenecientes a la sección especial creada en 1992.

En el cuadro siguiente se contienen los datos más relevantes respecto de estas operaciones en cuanto a la participación japonesa en las mismas (personal, funciones, período de actuación, etc.):

(70) *Vid.* artículos XXIII y XXIV de la Ley.

(71) *Vid.* Artículos X, XI y XII de la Ley.

**PARTICIPACIÓN JAPONESA EN LAS OPERACIONES DE MANTE-
NIMIENTO DE LA PAZ BAJO LA LEY DE COOPERACION INTER-
NACIONAL PARA LA PAZ (1 DE ABRIL DE 1996)**

	Area of Cooperation	Period of operation	Number of Personne	Total Number of Personnel	Primary Duties
United Nations Angola Verification Mission II (UNAVEM II)	Electoral Observers	September to October 1992	3	400	Monitoring to ensure the fair conduct of presidential and legislative and legislative elections Monitoring the storage
United Nations Transitional Authority in Cambodia (UNTAC)	Cease-Fire Observers	September 1992 to September 1993	8	16	of collected weapons and cease-fire observance Monitoring the observance of cease-fires in border conflicts
	Civilian Policy	October 1992 to July 1993	75		Advising and training police in administrative work and monitoring police administrative work
	Self-Defense Forces units engineering	September 1992 to September 1993	600	1200	Repairing roads and bridges. Supplying fuel and water to UNTAC divisions. Providing medical care, provisions, lodging, and work facilities for UNTAC division personnel
	Electoral Observers	May to June 1993	41		Monitoring to ensure the fair conduct and management of elections for the national assembly to establish a constitution Formulating the
United Nations Observer Mission in El Salvador (ONUSAL)	Staff Officers	May 1993 to January 1995	5	10	medium- and long-term operation plans at ONU-MOZ headquarters, planning and coordinating transportation
	Movement Control Units	May 1993 to January 1995	48	144	Monitoring to ensure the fair conduct of presidential and legislative elections

	Electoral Observers	October to November 1994	15		Technical coordination of transportation, including customs clearance and allocation of transportation
United Nations Operation in Mozambique (ONUMOZ)	Electoral Observers	March and April 1994	15		Monitoring to ensure the fair conduct of presidential and legislative elections
	Japanese Relief Team for Rwandan Refugees (Ground Self-Defense Force)	September to December 1994	260		Medical treatment sanitation, and water supply operations
International relief cooperation assignments for Rwandan refugees (Air Self-Defense Force)	Air Transport Activities	September to December 1994	118		Air transport of personnel and supplies of the Japanese Relief Team for Rwandan Refugees between Nairobi, Kenya and Goma, Zaire. Using surplus air-transport capacity for personnel and supplies of international humanitarian organizations conducting refugee relief activities
	Liaison and coordination personnel	September to December 1994	10	22	Liaison and coordination activities between related organizations and Self-Defense Forces contingents
United Nations Disengagement Observer Force (UNDOF)	Staff Officers	January 1996 to the present	2		Public relations for UNDOF at UNDOF Headquarters; planning and coordination of transport and maintenance work
	Transport Units (Ground Self-Defense Force)	January 1996 to the present	43		Transport of Food Supplies, etc. Storage of supplies in supply storage areas, road repair, maintenance of heavy equipment, fire fighting, snow removal

En Japón aumenta día a día el interés y el apoyo hacia este tipo de operaciones tan importantes para la paz internacional, incluso se extiende la opinión entre muchos ciudadanos japoneses de que su país debería contribuir más activamente en la comunidad internacional mediante la participación en estas operaciones, aunque sigue existiendo una corriente de opinión (sobre todo entre las personas de cierta edad, que sufrieron la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias) que prefiere que la contribución japonesa se haga mediante la prestación de asistencia sanitaria, los servicios de transporte, los equipos de comunicaciones, el envío de tecnología, más que con el envío de personal militar puesto que, de este modo, no se corre el riesgo de contravenir la Constitución.

La opinión que se considera mayoritaria en Japón, o al menos así se trasluce en las intenciones del poder legislativo japonés, es la que considera fundamental la participación de Japón en estas operaciones de mantenimiento de la paz, por lo que la Ley que estamos analizando probablemente va a ser modificada por el Congreso japonés y las modificaciones que están previstas dejan mayores posibilidades de actuación armada a los miembros del Cuerpo de Autodefensa destinados a estas operaciones con la ONU, puesto que su nivel de seguridad actual (teniendo en cuenta las circunstancias en que pueden hacer uso de armas de fuego) no es el más idóneo.

Es de señalar, por último, el interés del Gobierno japonés en que este país forme parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, al igual que lo está intentando Alemania, así como otros propugnan una reforma total de este órgano de Naciones Unidas.

6. LA POSICIÓN DE JAPÓN COMO POSIBLE MIEMBRO PERMANENTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS

Como ya hemos señalado anteriormente nos proponemos analizar también las posibilidades de Japón para llegar a ser miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y los obstáculos que surgen para ello, sobre todo el hecho de que la Constitución prohíba la existencia de ejército y, por tanto, la imposibilidad de este país de contribuir con personal militar en las operaciones de mantenimiento de la paz que aprueba este órgano de Naciones Unidas. Así, se plantea la cuestión de si es o no fundamental que un miembro permanente del Consejo de Seguridad contribuya con personal que pone en riesgo su vida, o si, por contra, es más

importante que estos países hagan contribuciones económicas de mayor importancia que los que no tienen ese carácter de miembros permanentes. Para responder a estas preguntas analicemos la situación actual del Consejo de Seguridad:

La reforma del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es un tema que ha suscitado multitud de reflexiones y de iniciativas por parte de casi todos los países miembros de esta organización. Desde 1945, en la Conferencia de San Francisco, muchos pequeños Estados empezaban a criticar el derecho de veto (72) reconocido en la propia Carta (artículo 27.3) a los cinco miembros permanentes y ya se avanza en aquellos momentos la necesidad de modificar las reglas de voto.

Sin embargo, los debates sobre esa posible reforma y sobre el reforzamiento del papel de la organización no vuelven a surgir hasta 1969 en el cuadro de las discusiones en el Comité especial de la Carta de Naciones Unidas, aunque a pesar de lo que dicen los artículos 108 y 109 de la Carta sobre la revisión y posibles enmiendas a la misma ésta es prácticamente intocable (73) salvo en lo que se refiere a reformas menores que, en lo relativo al Consejo de Seguridad han sido, por una parte, en 1963 el paso de once a quince miembros y, por tanto, el cambio en las reglas de voto pues la mayoría requerida ha pasado de siete a nueve votos y en segundo lugar, en 1965 la reforma del artículo 109 de la Carta.

La reforma del Consejo de Seguridad fue sugerida otra vez en 1979 por los siguientes Estados: Argelia, Bangladesh, Argentina, Bután, Guayanas, la India, Maldivas, Nepal, Nigeria y Sri Lanka, por lo que la Asamblea General decidió entonces incluir este tema como orden del día a pesar de la oposición de los cinco miembros permanentes (74), sin embargo, no es una materia abordada hasta la XLV sesión, en 1992, momento en que la Asamblea adopta sin votar una resolución en la que pide a los Estados que transmitan sus observaciones al Secretario General y a éste que presente un informe.

(72) A.C. AREND & R.J. BECK (*International Law and the Use of Force...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.) analizan el derecho de veto como obstáculo para la acción del Consejo de Seguridad y señalan como soluciones la posibilidad de acudir a otras instituciones internacionales (como la Asamblea General de Naciones Unidas, acuerdos regionales) y el uso del "mantenimiento de la paz" como alternativa para lograr la seguridad colectiva.

(73) Como indica P. TAVERNIER, "La réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies. État de la question de la représentation équitable au Conseil de sécurité et de l'augmentation du nombre de ses membres", *Polish Yearbook of International Law*, n° 21, 1994, pp. 41 a 54, concretamente pp.42.

(74) *Vid.* Documento A/34/246 y P. TAVERNIER, "L'Année des Nations Unies. Questions juridiques", 25 A.F.D.I. 464 (1979)

A raíz de las observaciones de los Estados y del informe del Secretario General la Asamblea decide constituir en 1993 un grupo de trabajo de composición no limitada para examinar todos los aspectos de la reforma del Consejo de Seguridad, no solo el aumento del número de sus miembros (75), y tras el informe de este grupo se abre un periodo de debates en la Asamblea General (76) en el que aunque no se llega a ninguna decisión definitiva se marca un antes y un después, puesto que el principio de reforma parece algo admitido incluso entre los cinco miembros permanentes que siempre habían sido hostiles a estas ideas. En este grupo de trabajo se plantearon varias opciones (77) de modo informal:

- la propuesta 2+3, que incluiría como miembros permanentes a Alemania y Japón y los puestos no permanentes nuevos serían uno para el grupo asiático, otro para el africano y otro para el latinoamericano.
- la opción 2+6, similar a la anterior, con los dos permanentes antedichos y con dos puestos para cada uno de los grupos citados como no permanentes.
- la propuesta de los no alineados que implica un aumento de once miembros no permanentes como mínimo (cuatro para Africa, cuatro para Asia y tres para Latinoamérica)
- la propuesta italiana de ampliación de diez puestos nuevos para no permanentes pero en dos categorías distintas: de una de ellas formarían parte por rotación los integrantes de una lista de veinte o treinta Estados, seleccionados según diversos criterios objetivos.
- la propuesta australiana con dos modelos: un Consejo de Seguridad de veinte miembros (los quince actuales más otros cinco permanentes que no tendrían derecho de veto y que se atribuirían tres a Africa y Asia, uno al grupo occidental y otro al grupo de América Latina y Caribe). El segundo modelo australiano tendría un Consejo de Seguridad con veintitrés miembros, los quince actuales más ocho miembros casi permanentes, alterando el número y la distribución de los actuales grupos regionales.

Dos son las principales razones para que la reforma se haga: primero el aumento considerable del número de miembros de la organización,

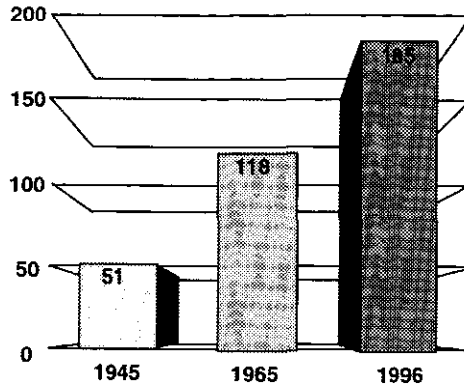
(75) A/48/264 y Add.

(76) *Vid.* A/48/47 y A/49/PV.29-30 de 13 y 14 de octubre de 1994.

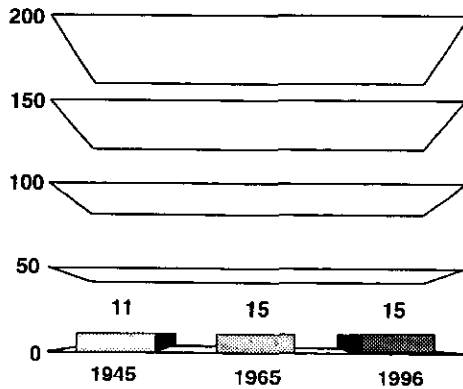
(77) *Vid.* F. VILLAR, *Las Naciones Unidas ante los retos actuales*, Fundación CIDOB, 17/02/00, www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/villar.html.

que no se ha visto compensado por un aumento en el número de puestos del Consejo de Seguridad, como puede verse en estos gráficos:

NUMERO DE ESTADOS MIEMBROS DE NACIONES UNIDAS



NUMERO DE PUESTOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD



Fuente: Página del Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón (<http://www.mofa.go.jp/un/pamph96/reform.html>)

Y en segundo lugar, la evolución de las relaciones internacionales en estos últimos años, puesto que el reparto de poder y la significación de unos países y de otros en la escena internacional ha variado de manera digna de tener en cuenta.

Por ejemplo, la caída del muro de Berlín y la consiguiente democratización de los países del Este y Centro de Europa -lenta pero progresiva- y la desaparición de la URSS han cambiado la situación internacional de una manera inimaginable hace algunos años, mientras que el crecimiento, no sólo económico, de Alemania, Japón, la India, Brasil o México son algunos de los factores que han implicado la creación de una nueva situación, como la describe BERNAD ALVAREZ DE EULATE (78) :

« ...es evidente que, en la nueva situación, existe un Superpotencia y una constelación de Potencias fuertes, de manera que no me atrevería a hablar de una multipolaridad en sentido propio.»

y, por otra parte, en relación a la reforma del Consejo de Seguridad señala que :

« ...Japón, en efecto, reclama un puesto permanente en el Consejo de Seguridad ; Alemania no tardará en hacerlo ; los países del Sur no admitirían que nuevos países del Norte se sumen a ese privilegio sin contrapartidas, y esto plantea graves problemas, puesto que no parece fácil encajar tantas pretensiones, en un mundo en el que el número de países casi cuadriplica al de los que constituyeron las Naciones Unidas hace tan sólo cinco décadas.»

Además hay que tener en cuenta que la representación de las diferentes regiones del mundo en el Consejo de Seguridad no es coherente con los puestos existentes en este órgano de Naciones Unidas para los miembros permanentes, y que hay algunos Estados que no tienen la posibilidad de verse representados por no formar parte de ninguna de las regiones previstas en el reparto geográfico de Naciones Unidas .

Así se puede apreciar en el siguiente gráfico que muestra la distribución por zonas en el mundo de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y de los puestos asignados a los no permanentes :

(78) Vid. M. BERNAD Y ALVAREZ DE EULATE, *El Derecho internacional en la nueva situación*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1993, pp. 49 y 54.

DISTRIBUCIÓN POR REGIONES DE LOS PUESTOS EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE NACIONES UNIDAS

Región	Número de miembros de N.U.	Número de miembros no permanentes del Consejo de Seguridad	Número de miembros permanentes del Consejo de Seguridad
Asia	51	2	1 (China)
Africa	53	3	0
América Latina	33	2	0
Europa occidental y otros	27	2	3 (U.S.A., Reino Unido y Francia)
Europa oriental	20	1	1 (Rusia)
Total	184	10	5

Fuente: Página del Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón (<http://www.mofa.go.jp/un/pamph96/reform.html>)

Frente a esta situación, las preguntas que pueden plantearse son si será necesaria una reforma total de la ONU o sólo del Consejo de Seguridad (cambiando, no sólo su composición, sino también el estatuto de los miembros y su derecho de veto, los métodos de trabajo, etc.), o bastará con una reforma menos ambiciosa de pequeños cambios “a la carta”. Pero esta cuestión no es el tema central de este trabajo, por lo que nos vamos a centrar en el caso japonés: a este respecto, un dato a tener en cuenta es que Japón es el segundo contribuyente al presupuesto de la ONU (79), tanto en lo que a gastos para operaciones de mantenimiento de la paz se refiere, como en lo relativo a gastos generales y hay propuestas presentadas por algunos países en el sentido de no admitir como miembros permanentes en el Consejo de Seguridad a los Estados que no

(79) Teóricamente es el segundo contribuyente aunque en la práctica es el primero puesto que, como se sabe, Estados Unidos es un deudor persistente en lo que se refiere al presupuesto de esta Organización mientras que Japón paga todos los años su contribución sin retrasos notables.

cumplan con sus obligaciones financieras (80). En este sentido parece importante tener en cuenta cuáles son los mayores contribuyentes al presupuesto de Naciones Unidas:

LOS 12 MAYORES CONTRIBUYENTES AL PRESUPUESTO ORDINARIO DE LAS NACIONES UNIDAS

PAIS	1999	2000
EEUU	304.395.555\$	*
JAPON	207.651.846\$	*
ALEMANIA	101.913.996\$	*
FRANCIA	67.956.519 \$	68,846,089 \$
ITALIA	56.443.396\$	57,191,167 \$
REINO UNIDO	52.889.706\$	*
CANADA	28.616.552\$	28,737,588 \$
ESPAÑA	26.902.053\$	27,254,426 \$
HOLANDA	16.947.566\$	17,166,817 \$
RUSIA	15.451.275\$	11,328,837 \$
AUSTRALIA	15.339.321\$	*
BRASIL	15.274.631\$	*

(Porcentajes sobre el presupuesto total de NN.UU, fijados en una escala de cuotas aprobada en Diciembre de 1997)

*Pendiente de pago a 21 de Marzo de 2000

Fuente: Página de la Misión Permanente de España ante Naciones Unidas (<http://www.spainun.org/index.cfm>)

(80) Esta modificación sería molesta para algunos miembros permanentes actuales, sobre todo para EEUU que, de aprobarse esta reforma, tendría que cambiar su actitud frente a Naciones Unidas puesto que su situación habitual es de deuda con dicha organización. En ese sentido se pueden citar las declaraciones de Abel Matutes, Ministro de Asuntos Exteriores de España, ante la Asamblea General en el 54º periodo de sesiones. Misión de España en la ONU, <http://www.spainun.org/index.cfm>: «Los atrasos en los pagos de algunos Estados son injustificables y ponen en peligro el funcionamiento mismo de la Organización, precisamente en un momento en que se le pide que lleve a cabo tareas cada vez más complejas. Para decirlo en pocas palabras, no se puede mantener el actual nivel de impagos y al mismo tiempo exigir a las Naciones Unidas que pongan en pie MINUK, organi-

Además, Japón ostenta la vicepresidencia del Comité especial para las operaciones de mantenimiento de la paz y ha tenido siempre un papel muy activo en las discusiones en torno a estos temas. Incluso propuso el establecimiento de un Fondo de reserva para estas operaciones, fondo que se creó y funciona desde 1992, y que ha contribuido a desarrollar cada una de las operaciones en su fase inicial. También este país continúa en sus esfuerzos como líder de las iniciativas tendentes a reformar el Departamento de operaciones para el mantenimiento de la paz en Naciones Unidas, sobre todo en el sentido de mejorar la capacidad para una reacción más rápida en la prevención de conflictos y mantenimiento de la paz en África.

Así, la posición japonesa respecto a esta reforma del Consejo de Seguridad es ampliar el número de puestos permanentes para los países que sean capaces de asumir una responsabilidad global en esta organización, así como ampliar también el número de puestos no permanentes, teniendo en cuenta, en los dos casos, que hay regiones infrarrepresentadas, Asia, África y América Latina, a las que se debe guardar una especial consideración (81).

7. CONCLUSIONES

Para concluir, en nuestra opinión, es necesario responder en primer lugar a dos cuestiones: la primera es si Japón tiene derecho o no a disponer de fuerzas armadas y, en segundo lugar, si un cambio en la Constitución japonesa es necesario.

Japón, considerando el hecho de que es un Estado tal y como el resto de los que componen la sociedad internacional, desde el punto de vista del Derecho internacional y abstracción hecha de sus problemas de constitu-

cen la transición hacia la independencia de Timor Oriental, establezcan Tribunales Penales Internacionales, hagan frente a la tragedia de los refugiados, envíen fuerzas de pacificación a diversas regiones del mundo o asignen suficientes recursos para sus múltiples programas de desarrollo. Quisiera que se entendiera bien la posición de mi gobierno sobre este asunto. España es el octavo contribuyente al presupuesto ordinario de la Organización, y como tal tiene un interés muy directo en cuestiones como la disciplina presupuestaria o el uso eficaz de los recursos. Asimismo, España considera que todos los problemas que puedan preocupar a los Estados miembros en relación con esta cuestión pueden y deben discutirse a fondo. Pero lo que no resulta aceptable es condicionar el pago a exigencias unilaterales ».

(81) Vid. en este sentido la información contenida en www.un.org/MoreInfo/pubvs.html.

cionalidad internos, tiene derecho a disponer de fuerzas armadas en la misma medida en que los demás Estados disponen de ellas, siempre que éstas respeten, en su tarea, los límites que se consideran admitidos en las normas internacionales relativas a la materia. Partiendo de esta idea, hay que contar con la prohibición de la guerra contenida en la Constitución japonesa y relativizarla, puesto que el pacifismo japonés, que nació tras la Segunda Guerra Mundial como forma de supervivencia de ese Estado y con unas circunstancias muy específicas, debe ser mantenido pero a la vez debe adaptarse a la nueva situación internacional actual en la que Japón es un miembro relevante de Naciones Unidas, es una gran potencia económica, ha desaparecido la situación de guerra fría entre bloques, hay nuevas amenazas para las que sería importante contar con la ayuda japonesa (por ejemplo, nos hemos referido ya a la situación en China o en Corea), etc.

Todas estas circunstancias han de tenerse en cuenta para modificar la situación existente, en la que el tenor literal del artículo 9 de la Constitución japonesa es un impedimento para que Japón pueda desarrollar plenamente el papel que le corresponde en la actual comunidad internacional, aquél que debe desempeñar por su situación en Asia, su alto nivel económico, etc. Para ello, en nuestra opinión, lo ideal sería modificar la Constitución japonesa, en el sentido de declarar, sin ambages, el derecho a la autodefensa del país y la tenencia conforme a Derecho de unas Fuerzas de Autodefensa que, se diga lo que se diga por parte del Gobierno, deben considerarse como un ejército en toda regla.

También se debería incluir en la Constitución alguna expresión que diera la posibilidad de que este ejército pudiera participar en las operaciones de mantenimiento de la paz sin trabas, como cualquier otro país. Por otra parte debería revisarse, teniendo en cuenta las modificaciones constitucionales citadas, el Tratado de Seguridad Mutua entre Estados Unidos y Japón, así como la situación de las bases americanas en territorio japonés resultantes de tal Tratado para adaptar la regulación contenida en la Constitución y en las leyes a la realidad internacional, que pide de Japón un compromiso mayor en lo que se refiere a su propia defensa.

Se puede afirmar, sin embargo, que ya se está realizando en la práctica una reforma "interpretativa" de la Constitución (o "reforma sumergida" como la llaman los críticos de esta tendencia), esto es, sin cambiar el texto de la misma dado lo difícil que esto resultaría en la práctica. Por la vía de la interpretación, se ha admitido ya desde los años cincuenta la potenciación de las Fuerzas de Autodefensa o el reforzamiento de la cooperación militar por el Tratado de Seguridad Mutua entre Estados Unidos y Japón.

Hay que tener en cuenta que en Japón no existe un Tribunal Constitucional que pueda dirimir las controversias sobre las posibles interpretaciones de la Constitución, son los tribunales ordinarios y, en última instancia, el Tribunal Supremo, los que realizan esta labor que, como ya hemos visto en la jurisprudencia citada, no es todo lo clara que sería necesario, quizá porque no se quiere que lo sea. Tampoco el Congreso, como órgano legislativo, tiene facultades para resolver estos problemas interpretativos.

También hay teorías en Japón acerca de la posibilidad de, eludiendo una reforma directa de la Constitución, concretamente de su artículo 9, promulgar una "ley fundamental" que completara y desarrollara el texto constitucional en estos temas de seguridad. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que la adecuación de esta posible "ley fundamental" al texto constitucional, tal y como ahora se encuentra redactado, resultaría un problema de muy difícil solución.

Por ello, como hemos señalado ya, nos inclinamos por una reforma del artículo 9 de la Constitución como vía más conveniente, aunque también más complicada, para solucionar este problema, ya que, como se ha podido comprobar, la existencia del *Jieitai*, constituye un caso de "inconstitucionalidad legal" (82) que no es conveniente mantener.

En lo referente a la posibilidad de entrada de Japón como miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, creemos que tal posición es algo merecido por este país -al igual que en otros casos de países solicitantes-, teniendo en cuenta el cambio de circunstancias que se ha producido desde el final de la Segunda Guerra Mundial, su potencia económica, su compromiso dentro de Naciones Unidas, como primer contribuyente efectivo al presupuesto de esta organización, pero no sólo esto, sino también la relevancia que lenta pero paulatinamente ha dado a su participación en las operaciones de mantenimiento de la paz, no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista político (aunque en este punto hay que admitir que su contribución en número de personas sigue siendo ínfima) y, sobre todo, su importancia progresiva en

(82) Este concepto proviene de la doctrina japonesa que denunciaba la contradicción existente entre el texto constitucional y el hecho de que el *Jieitai* exista y funcione. Es decir, la existencia del *Jieitai* es inconstitucional (puesto que no se ajusta a la prohibición contenida en el artículo 9 de la Constitución) pero legal a la vez (pues su existencia se apoya en una ley japonesa aprobada por las Cámaras). En los años 70 se planteó esta teoría con vistas a deshacer la contradicción y en 1983 el Partido Socialista japonés intentó adoptar esta argumentación para su política, levantando con ello una gran polémica.

la política internacional como miembro del G8, sus vínculos con Europa y sus vínculos con los países de su entorno asiático.

Por ello, en nuestra opinión, ya no es cierta en absoluto la afirmación clásica de hace algún tiempo de que Japón es “un gigante económico pero un enano político”, sino que Japón sigue siendo, a pesar de su reciente crisis (que no fue una sorpresa en aquel país y que estaba ya prevista en los círculos gubernamentales japoneses), un gigante económico pero también lo será en el ámbito político en un futuro próximo, si continúa prestando la atención que merece a su política exterior, sustituyendo su dependencia de Estados Unidos por los vínculos que ya ha comenzado a tener con otras zonas del planeta.

2. NOTAS

**EL NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR.
REFLEXIONES EN TORNO A LA OBRA “COMENTARIOS A LA
LEY DISCIPLINARIA DE LAS FUERZAS ARMADAS”. (*)**

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

I. La protección y el mantenimiento de la disciplina ha constituido en los Ejércitos un objetivo consustancial a la propia Institución. No es extraño por lo mismo que en “la regla moral de la Institución Militar”, esto es, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las FAS) la disciplina sea considerada (artº 11) como un factor de cohesión que obliga a todos por igual y que ha de ser practicada y exigida como una norma de actuación, teniendo su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución.

Las trascendentales misiones que el artº 8.1 de la Constitución encomienda a las FAS explican que constituya un interés de singular relevancia 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. A tal efecto, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización, como ha reconocido el Tribunal Constitucional (ATC 375/1983, de 30 de julio), 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.

La singularidad del régimen disciplinario militar encuentra su sustento en la propia Norma Suprema. Como es doctrina constitucional reitera-

(*) José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coordinador), “Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”. (Ley Orgánica 8/1998). Con Jurisprudencia y Formularios, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, 1295 págs.

da desde la STC 21/1981, de 15 de junio, del artº 25.3 CE se deriva “a *sensu contrario*” que la Administración castrense puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad.

En el régimen disciplinario castrense, la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las FAS, que entró en vigor simultáneamente con el Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, vino a suponer un importante punto de inflexión al lograr por vez primera una efectiva separación en el ámbito normativo entre la esfera penal y la esfera disciplinaria, acomodándose con ello nuestro ordenamiento al modelo de otros códigos disciplinarios europeos y desde una perspectiva teórica al principio de intervención mínima del Derecho Penal, de forma que, como señala *Mozo Seoane* en la obra que comentamos (Pág. 38) se sancionen disciplinariamente todos aquellos comportamientos que no presenten entidad claramente criminal, pero sin que ello lleve a una desvalorización por vía aplicativa de conductas legalmente incriminadas.

Diversas razones de política legislativa aconsejaron acometer la reforma de la citada Ley Orgánica 12/1985, pese a su entrada en vigor tan solo desde una fecha tan relativamente cercana como es la del 1º de junio de 1986. A algunas de esas razones se refiere en el Prólogo del libro el responsable desde el ámbito del poder ejecutivo del impulso del Proyecto que finalmente se había de convertir en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS (LORD) esto es, el en aquel momento Subsecretario de Defensa, *Adolfo Menéndez*.

Entre las circunstancias impulsoras de la reforma del régimen disciplinario, de muy dispar naturaleza, cabe incluir desde aspectos organizativos de los Ejércitos, como el acelerado proceso de cambio de las FAS fruto de la incorporación a la milicia de una tropa profesional, hasta cuestiones estratégicas como la reorganización y redespiegue de los Ejércitos, y de modo muy especial del Ejército de Tierra, orientado al logro de su mayor operatividad, sin olvidar las nuevas misiones realizadas al amparo del derecho-deber de injerencia humanitaria.

Y a todo lo anterior, como es lógico, habría que unir razones técnica-jurídicas, como la necesidad de reformar algunos tipos disciplinarios con vistas a eliminar conceptos jurídicos indeterminados, fortaleciendo el inexcusable principio de seguridad jurídica; la conveniencia de reducir el límite máximo de la sanción de arresto por falta grave, y la potenciación del régimen de garantías al habilitar el cauce procesal del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario contra las resoluciones que pon-

gan fin a la vía disciplinaria por falta leve y que afecten al ejercicio de derechos fundamentales de la persona.

Basta con esta somera enunciación de argumentos coadyuvantes de la reforma para captar la trascendencia de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1998, circunstancia que explica que se entendiera más ajustado a la entidad de las modificaciones introducidas en el régimen disciplinario castrense, la elaboración de una nueva norma legal antes que el recurso a la técnica legislativa de la reforma de la precedente.

II. Cuanto acaba de señalarse justifica sobradamente el importante proyecto científico que ha impulsado y coordinado el General Consejero Togado (R) *José Luis Rodríguez-Villasante*, y que ha plasmado en la monumental obra que da su razón de ser a estas reflexiones.

No es en modo alguno la primera vez que *Rodríguez-Villasante* dirige una obra de esta naturaleza (1), tarea culminada, al igual que en las anteriores ocasiones con el mismo rigor y acierto.

Al coordinador se suman un total de once destacadísimos autores (2), plumas especializadas en la tratadística del Derecho Militar, y a todos ellos se une el anterior Subsecretario de Defensa, que prologa el libro, y el actual Ministro de Defensa, *Federico Trillo-Figueroa* y *Martínez-Conde*, cuyas agudas palabras de presentación abren la obra.

Como el propio título del libro ya anticipa, la obra se estructura sobre la base del comentario artículo por artículo, e incluso, en ocasiones, apartado por apartado de cada precepto de la norma legal. No obstante la pluralidad de autores, el coordinador ha logrado una notable homogeneidad en la sistemática seguida por los mismos al abordar el análisis de cada precepto, logro desde luego muy meritorio.

Los comentarios están apoyados en un amplio repertorio bibliográfico y, lo que aún resulta de mayor interés en el caso, en un exhaustivo repaso de la jurisprudencia en la materia tanto la proveniente del Tribunal Constitucional como la ya abundantísima y profunda procedente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Especial utilidad práctica presentan, por lo

(1) Recordemos, entre otras obras, los "Comentarios al Código Penal Militar" libro coordinado conjuntamente por José Luis Rodríguez-Villasante y Ramón Blecua Fraga, Civitas, Madrid 1988, y los "Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil", Ministerio del Interior, Madrid, 1993.

(2) Son ellos: Luis B. Álvarez Roldán, Juan C. Calvo Corbella, Agustín Corrales Elizondo, José L. Domenech Omedas, Ricardo Fortún Esquifino, Juan M. García Labajo, Rafael Matamoros Martínez, Antonio Millán Garrido, Antonio Mozo Seoane, Fernando Pignatelli Meca y José Rojas Caro.

demás, las amplias concordancias normativas que abren el comentario de cada uno de los preceptos legales.

Muy oportunos son asimismo los formularios que cierran el libro., incorporados por *Rafael Matamoros* , y reveladores, como bien señala el coordinador del libro (pág. 1165). del carácter práctico que ha presidido la intención de los autores al redactar este libro, finalidad sobradamente alcanzada.

III. Dos ideas rectoras deben presidir todo moderno régimen disciplinario, como bien precisa *Federico Trillo-Figueroa* en sus atinadas palabras de presentación (págs. 23-24). La primera consiste en el propósito de que, a través de una profunda transformación del tradicional Derecho Militar, se alcance el difícil pero imprescindible equilibrio entre la protección de la disciplina y las garantías individuales recogidas en la Norma Suprema. La segunda implica que los principios que presiden la ley disciplinaria, quizás la norma que ha causado mayor impacto en el ámbito castrense de entre las leyes reformadoras de la justicia militar, como más directamente aplicable en el ejercicio habitual del mando, sean conocidos, interiorizados y compartidos por los miembros de las Fuerzas Armadas como parte de los deberes exigibles a todo militar, pues su aplicación inexacta sólo puede redundar en perjuicio de la disciplina misma.

En ambas direcciones camina la nueva norma legal. En la primera de ellas, porque una de sus más relevantes innovaciones se aprecia, como ya avanzamos con anterioridad y posteriormente analizaremos con mayor detenimiento, en el ámbito de las garantías procesales con el ánimo de hacer realidad esa idea rectora de conciliar la salvaguarda de la disciplina castrense y las garantías individuales tan ampliamente recepcionadas por nuestra Constitución, garantías que aunque encuentran su ámbito natural de aplicación en relación con las acusaciones formuladas en el proceso penal, proyectan su eficacia (por lo menos las fundamentales), como es doctrina constitucional reiterada, más allá de ese proceso, a todo acto del poder público mediante el cual se castigue una determinada conducta personal. Dicho de otro modo, las garantías constitucionales fundamentales a que venimos refiriéndonos despliegan sus efectos protectores en el orden administrativo disciplinario.

No se trata en modo alguno, como se encarga de apostillar *Rodríguez-Villasante* (pág. 45), de preconizar un trasplante de todas y cada una de las garantías penales y procesales al ámbito sancionador administrativo. Es necesario buscar un equilibrio entre las garantías básicas del infractor y las prerrogativas de la Administración en el ejercicio de la potestad sanciona-

dora o disciplinaria. Una mimética trasposición en bloque de lo procesal-penal a lo administrativo-sancionador pondría en peligro la eficacia e inmediación que persigue la potestad sancionadora de la Administración, y que es la mejor salvaguarda del interés público frente a la indiscutible menor eficacia de los órganos jurisdiccionales para reprimir los ilícitos más veniales.

La Ley también persigue de algún modo hacer realidad la segunda de aquellas ideas rectoras, pues es obvio que al completar y mejorar el tratamiento legal dado a algunas extremos esenciales del régimen disciplinario, colmando lagunas legales preexistentes, finalizando con la dispersión legislativa producida por las reformas parciales de la Ley anterior, residenciadas a veces en normas por entero ajenas al régimen sancionador, suprimiendo conceptos jurídicos indeterminados antes presentes con excesiva frecuencia en la norma legal, con el déficit de inseguridad jurídica subsiguiente, y, en definitiva, acomodando el nuevo régimen disciplinario a la profunda reorganización en que se encuentran inmersas las FAS, y muy especialmente el Ejército de Tierra, orientada a hacerlas más operativas, la Ley, al proveer como decimos a todas estas necesidades, coadyuva muy positivamente al mejor conocimiento y a la más profunda interiorización de los principios que presiden el régimen disciplinario por los miembros de las FAS.

IV. Nos vamos a referir a continuación, someramente desde luego, a algunas de las principales novedades que incorpora la Ley Orgánica 8/1998, analizadas con todo detalle en la obra que nos ocupa. Las mismas atañen a aspectos muy diversos: orgánicos, sustantivos y procesales, sin olvidar alguna notable innovación en lo que atañe al ámbito subjetivo de aplicación del régimen disciplinario militar (art. 3º de la LORD), detenidamente abordada por *Corrales Elizondo* (págs. 53-67). A esta última cuestión nos referiremos en primer término.

El art. 3º. 3 LORD contempla la aplicación de la Ley a los alumnos de los centros docentes militares de formación, estableciendo al respecto un sistema mixto (disciplinario y académico) que no siendo en rigor novedoso, lo es tan solo, según *Corrales Elizondo* (pág. 62), en la medida en que en esa mixtura adquiere mayor predominio el régimen disciplinario.

Quizá no sea inoportuno recordar al efecto que en la redacción inicial de la Ley Orgánica 12/1985, el párrafo tercero del art. 3º prescribía la aplicación a los alumnos de las Academias y Escuelas de formación de sus reglamentos disciplinarios específicos, exigiendo la adecuación de los mismos a lo regulado por la propia Ley con inclusión de las infracciones

de carácter escolar. La Disposición Adicional tercera de la propia Ley concedía al Ministro de Defensa un plazo no superior a un año a partir de la entrada en vigor de la Ley para la aprobación de aquellos Reglamentos disciplinarios específicos.

La fórmula legal no era nada afortunada. No debe extrañar por lo mismo que con una técnica legislativa harto discutible, se procediese a modificar las normas antes citadas por intermedio de una ley tan poco relacionada con el régimen disciplinario como era el caso de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. En su esencia, las modificaciones consistieron en suprimir toda alusión a los alumnos en el art. 3º, siendo el nuevo texto dado a la Disposición Adicional tercera el encargado de establecer un régimen sancionador mixto para los alumnos de los centros docentes militares de formación que, de un lado, quedaban sujetos a las previsiones de la Ley disciplinaria, mientras que, de otro, quedaban sujetos asimismo a un régimen sancionador académico, no hallándose las infracciones de carácter académico incluidas en el régimen disciplinario castrense. A su vez, el art. 81.2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las FAS, precisaría las sanciones que habían de corresponder a las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación, no incluidas, como acabamos de decir, en el régimen disciplinario militar.

La rotunda formulación del inciso primero del art. 3º.3 LORD (“Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en esta Ley”) creemos que justifica la interpretación antes expuesta de *Corrales Elizondo*, pues es si bien es cierto que tal determinación ya se contenía en la modificación introducida en la Ley Orgánica 12/1985 por la Ley Orgánica 13/1991, no lo es menos que entonces parecía atemperarse por las previsiones subsiguientes, alusivas al lugar de cumplimiento de las sanciones impuestas por infracciones disciplinarias, ahora acogidas por el art. 10.3 LORD. Este predominio del régimen disciplinario se ha tratado de justificar, según *Corrales Elizondo* (pág. 62), señalando que el fin primordial perseguido es que los alumnos conozcan la aplicación habitual de las leyes disciplinarias así como sus principios y procedimientos. Sin embargo, a juicio del precitado autor, tal sistema habría sido rectificado por la Ley 17/1999, afirmación que no podemos compartir por cuanto nada apreciamos en el Capítulo quinto (Régimen del alumnado y del profesorado) del Título V (Enseñanza militar) que pueda interpretarse como una modificación no ya de la letra de la LORD (algo vedado para una ley ordinaria respecto de una orgánica), sino ni tan siquiera

ra de su espíritu en relación con el tema que nos viene ocupando. Ciertamente, la Ley 17/1999, en el referido Capítulo, se ocupa del régimen interior de los centros y de las infracciones de carácter académico, pero esa y no otra era precisamente la materia que debía regular, limitándose a contemplar la imposición de sanción disciplinaria por falta grave en cuanto ésta es motivo para acordar la baja de un alumno en el centro en cuestión.

Digamos por último que el art. 3º. 2º LORD también contempla la aplicación de la Ley a quienes se incorporen a prestar servicio en las FAS, por aplicación de la legislación reguladora de la movilización nacional. Esta previsión no constituye, sin embargo, novedad alguna, pues si bien no se acogía en el texto originario de la Ley Orgánica 12/1985, se incorporó al mismo tras la modificación introducida en el art. 3º de dicha Ley por la Disposición Adicional décima de la Ley Orgánica 13/1991.

V. En el ámbito orgánico, encontramos asimismo algunas innovaciones de indudable interés en lo que atañe a la determinación de la competencia sancionadora.

Especialmente destacable es el art. 39 que, como advierte *Doménech Omedas* (pág. 828), modifica el criterio general de atribución de la competencia en razón de la adscripción del presunto infractor a una cadena orgánica. Recordemos que el citado precepto legal atribuye potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes a los Jefes de Unidades o grupos temporales desplazados fuera del territorio nacional, cualquiera que fuera la denominación que reciban. El ejercicio de la potestad sancionadora, temporalmente circunscrita a la duración de la misión para la que fueran creadas dichas Unidades o grupos, dependerá de la entidad que éstos tengan conforme a las reglas contenidas en los preceptos inmediatos anteriores de la propia Ley.

Aunque la potestad disciplinaria descansa fundamentalmente en el mando militar que se ejerce y habilita para sancionar al personal que se encuentra directamente subordinado tal criterio general, como se señala en la propia Exposición de Motivos de la Ley, viene matizado por un conjunto de reglas especiales destinadas a dar respuesta a determinadas situaciones que, por razón de la persona, del lugar o de la función demandan un tratamiento singularizado. Entre ellas hay que destacar el ejercicio de la potestad disciplinaria en estas Unidades o grupos temporales desplazados fuera del territorio nacional.

Es lógico, pues el ejercicio de la potestad disciplinaria debe adaptarse, cuando ello, como es el caso, sea inexcusable, a las características, organización, dependencias y cometidos de las Unidades y grupos en cues-

ción, pues ni para su formación ni, sobre todo, para la cobertura del personal a ellos asignado, normalmente circunscrita a un plazo de tiempo limitado, se suelen respetar los lazos orgánicos.

Doménech Omedas (págs. 828-829) se ha planteado la relevante cuestión de si el art. 39 LORD abre la posibilidad de conferir facultades sancionadoras a mandos no españoles. Tras repasar la práctica seguida hasta ahora y hacerse eco de los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas, que son los instrumentos legales que regulan los derechos y obligaciones del contingente en el país o países anfitriones, normas que contienen por lo general una cláusula que garantiza que “las autoridades militares de los Estados participantes tendrán derecho a ejercer dentro del país anfitrión toda la jurisdicción disciplinaria y penal conferida a ellas por la Ley del Estado participante sobre todas las personas sujetas a la Ley militar de ese Estado, el autor citado llega a la acertada conclusión de que no parece oportuno cambiar la práctica seguida hasta ahora, contraria a que un mando no español pueda ejercer facultades disciplinarias sobre el militar que se encuentre a sus órdenes, lo que desde luego no quiere decir que no se pueda cambiar de criterio, pudiendo ser factible de igual forma la futura aparición de normas disciplinarias de aplicación general en una fuerza multinacional, independientemente de la nacionalidad de sus miembros, supuesto en el que la Ley Disciplinaria nacional actuaría tan solo con carácter subsidiario, si así se estableciese. Esta última norma creemos que con el tiempo es muy posible que se termine imponiendo en algunas casos.

También en relación con la competencia sancionadora, el art. 41 LORD introduce una importante novedad que *Rodríguez-Villasante* (pág. 840) considera como de las más positivas de la nueva Ley Disciplinaria.

El art. 32 de la derogada Ley Orgánica 12/1985 disponía que la potestad disciplinaria sobre los miembros de los Cuerpos Jurídicos Militares que ejercieran funciones judiciales sólo podía ser ejercida por el Ministro de Defensa o por los Jefes de los propios Cuerpos de los que dependieran orgánicamente, sin perjuicio de lo que dispusieran a estos efectos las leyes sobre organización de Tribunales Militares. Tales “leyes” se concretaron en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que en su articulado estableció la diferenciación entre sanciones en vía disciplinaria judicial (de la exclusiva competencia del Consejo General del Poder Judicial y de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central) y sanciones disciplinarias militares, respecto de las cuales la misma Ley remitía al régimen de la Ley Orgánica 12/1985, con las salvedades de que para sancionar con pérdida de destino a los

miembros de los Tribunales Militares o a Jueces Togados Militares, se precisaba informe favorable de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, y para las sanciones disciplinarias extraordinarias debía ser oído dicho órgano de gobierno de la Jurisdicción castrense o el Fiscal Togado en el caso de militares que ejercieran funciones fiscales.

Este régimen en materia sancionadora fue considerado, con indudable razón, como insuficiente con vistas a garantizar la inexcusable independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y configurar un “status” satisfactorio desde el punto de vista de las garantías que han de otorgarse a quienes desempeñan funciones judiciales y fiscales.

Como recuerda *Rodríguez-Villasante* (pág. 840), no faltaron voces que, sin excesiva meditación, preconizaron la exclusiva sumisión de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en funciones judiciales al régimen disciplinario judicial, con olvido de que tales personas no pierden su condición de militares y tienen un ámbito de responsabilidad castrense como tales militares que son y cuando no actúen en ejercicio de sus cargos (art. 122 de la Ley Orgánica 4/1987, en la redacción que le da la Disposición adicional tercera LORD).

La solución que finalmente se ha adoptado en la nueva Ley Disciplinaria nació de una propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, como revela quien fuera Presidente del citado órgano (pág. 841). El órgano de gobierno de la Jurisdicción Militar se inclinó en favor de que la potestad para sancionar a quienes desempeñaran funciones judiciales militares debía residir exclusivamente en órganos de la Jurisdicción Militar, circunstancia que, innecesario es decirlo, coadyuvaba muy positivamente a perfeccionar el estatuto jurídico de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en el desempeño de funciones jurisdiccionales, potenciando su independencia en el ejercicio de su función judicial,

La propuesta fue asumida por el Anteproyecto de LORD preparado por el Ministerio de Defensa, plasmándose finalmente en el art. 41 de la Ley, que atribuye la potestad disciplinaria por falta leve sobre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en funciones judiciales a los Presidentes de los correspondientes Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, al Auditor-Presidente del Tribunal Militar Central, al cual corresponderá también sancionar las faltas graves. Tratándose de miembros del Cuerpo en el ejercicio de funciones fiscales, la potestad disciplinaria será ejercida por el Ministro de Defensa o por los Jefes de su propio Cuerpo de los que dependan orgánicamente en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 41,2 LORD).

Complementando la normación precedente, la Disposición Adicional tercera de la LORD da una nueva redacción al art. 123 de la Ley Orgánica 4/1987. en relación con las facultades del Ministro de Defensa en la imposición de sanciones disciplinarias extraordinarias, que pueden llegar hasta la separación del servicio. El Ministro conserva su potestad disciplinaria en este tipo de sanciones respecto de aquellos militares del Cuerpo Jurídico que ejerzan funciones judiciales; sin embargo, para su sanción se precisa una propuesta favorable de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, fórmula notablemente más satisfactoria que la preexistente.

En definitiva, esta excepción al régimen disciplinario militar general que acoge el art. 41 LORD es un paso notable en el fortalecimiento de la independencia de los órganos jurisdiccionales castrenses. Y a ello no obsta en lo más mínimo la cláusula de escape, como la denomina *Rodríguez-Villasante* (pág. 653), que acoge el art. 41.3, cuando señala que la potestad disciplinaria en los supuestos previstos por los dos primeros apartados del artículo, será ejercida “sin perjuicio de lo que dispongan las leyes sobre organización de los órganos judiciales militares, previsión que conlleva obviamente un reenvío a la Ley Orgánica 4/1987, formalizando así una serie de remisiones cruzadas entre las distintas normas legales aplicables al caso, que aunque puedan tener alguna explicación. son reveladoras de una deficiente técnica legislativa.

VI. En el aspecto sustantivo, son numerosas las modificaciones que incorpora la Ley, mereciendo destacarse, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: la incorporación de nuevos tipos disciplinarios, bien mediante su formulación autónoma, bien a través de una nueva configuración de los preexistentes más acorde con el principio de legalidad; la eliminación de la regulación separada y autónoma de las causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria, y, por último, la modificación de algunas sanciones, siendo de reseñar al efecto la reducción del límite máximo de la sanción de arresto por falta grave, que pasa de tres a dos meses, como también la reducción a un máximo de cuatro meses del período de cumplimiento sucesivo de las sanciones por distintos arrestos.

Repasaremos a continuación con algo más de detalle esas modificaciones, centrándonos en primer término en los tipos disciplinarios, objeto de un exhaustivo estudio en el libro. Baste para constatarlo con recordar que más de un tercio de la obra se dedica al comentario de los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 8/1998, que tipifican las faltas leves y graves.

A) En sus apartados undécimo y vigésimo octavo los artículos 7º y 8º, respectivamente, tipifican la falta leve y grave de ausencia arbitraria del

alumno de centros docentes militares (en el primer caso, ausencia injustificada por un plazo inferior a cinco días; en el segundo, por un período de cinco a quince días), ilícitos cuyo tratamiento normativo autónomo, a juicio de *Millán Garrido* (págs. 166 y 500), carece de cualquier fundamento al ser, siempre según dicho autor, una simple especificidad de la falta (leve o grave) común de ausencia arbitraria contemplada por los artículos 7.10 y 8.27. Sin embargo, el ilícito puede encontrar su sentido en el distinto plazo legalmente establecido para los militares profesionales y los alumnos de los centros docentes militares de formación, y, lo que más importa, en el hecho de que los alumnos de dichos centros, aun teniendo la condición de militares y hallándose sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las FAS y a las leyes penales y disciplinarias militares a partir del momento en que firmen un documento de incorporación a las FAS tras su presentación e ingreso en el respectivo centro docente militar de formación (art. 79 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las FAS), no son “stricto sensu” militares profesionales.

B) La embriaguez es objeto de un tratamiento mucho más casuístico que en la Ley Orgánica 12/1985. En efecto, el apartado vigésimo tercero del art. 7 tipifica como falta leve la que *Rodríguez-Villasante* (págs. 235 y sigs.) denomina “embriaguez indecorosa” cuya acción típica es lógicamente la embriaguez, siendo de destacar como circunstancia novedosa (frente a la anterior Ley Disciplinaria) que desencadena la calificación de la embriaguez como ilícito disciplinario el elemento o circunstancia de la publicidad cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, circunstancia que, a la par, es la que mayores problemas suscita al asentarse en la afectación de un bien tan difícil de aquilatar, pese a su enorme relevancia, como es el de la imagen de la Institución castrense. Las otras dos circunstancias ya previstas por el art. 8.23 de la Ley Disciplinaria anterior (embriaguez vistiendo de uniforme o en lugar militar: acuartelamientos, bases, buques...) y reiteradas por la ahora comentada no plantean la problemática de la precedente.

La LORD no se circunscribe en la materia que nos ocupa al ilícito anterior sino que, en el apartado vigésimo cuarto del propio art. 7 tipifica como falta leve el consumo de bebidas alcohólicas durante el servicio o con ocasión del mismo, como también el mero consentimiento o tolerancia de dicha conducta. Lo novedoso de este ilícito disciplinario reside en que por vez primera se sanciona no la embriaguez sino la simple ingesta de bebidas alcohólicas durante el servicio, aunque la misma no produzca

embriaguez. Como destaca *Rodríguez-Villasante* (pág. 245), esta tipificación, implícita o tácitamente, presupone la prohibición del consumo de alcohol durante el servicio o con ocasión del mismo. La tipificación como ilícita de esta conducta nos parece muy oportuna, y aun más la tipificación del mero consentimiento o tolerancia por un superior de la conducta ilícita, fórmula con la que se trata lógicamente de dar efectividad a la prohibición establecida,

En íntima relación con estas faltas leves, el apartado noveno del art. 8º LORD tipifica como falta grave el consumo de bebidas alcohólicas en acto de servicio de armas o portándolas simplemente, como también el consentimiento o tolerancia de aquella conducta. La Ley Orgánica 12/1985 (en su art. 9.7) consideraba falta grave el embriagarse durante el servicio o con habitualidad. Con la nueva legislación el ilícito se produce no con la embriaguez sino con el mero consumo de alcohol siempre que se produzca en acto de servicio de armas o en un momento en que se porten armas, Y en sintonía con el art. 7.24 también se tipifica el consentimiento o la tolerancia de la conducta ilícita.

La reforma que introduce la LORD se nos antoja muy positiva por cuanto la insuficiencia de la tipificación llevada a cabo por el art. 9.7 de la Ley Disciplinaria anterior era manifiesta. Tanto, que la misma conducta de embriaguez en acto de servicio mereció la calificación de falta muy grave por el art. 9.8 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Bien es verdad que la actual reforma presenta un flanco débil revelador de una cierta incongruencia legislativa. A ella se refiere una vez más *Rodríguez-Villasante* (pág. 322) cuando pone de relieve que con la nueva Ley la embriaguez durante el servicio que no sea de armas ha dejado de ser falta grave y constituye únicamente (salvo casos de habitualidad) la falta leve del arte 7.24, pues es obvio que la embriaguez es fruto del consumo de alcohol o bebidas alcohólicas. Se produce así la extraña paradoja de que en este aspecto la LORD da un tratamiento más benévolo a esta conducta. No obsta en absoluto a la anterior reflexión la tipificación como causa de incoación de expediente gubernativo a los efectos de la imposición de una sanción disciplinaria extraordinaria (arte 17.3 LORD) de la embriaguez, pues, como antes se ha destacado, la circunstancia que cualifica esta conducta es la habitualidad, entendiéndose por tal la circunstancia de tres o más episodios de embriaguez en un período no superior a dos años.

Por lo demás, resulta de interés destacar el diferente tratamiento dado a este elemento objetivo del tipo como es la habitualidad, si se contrasta con el que al mismo dio el legislador en la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, cuyo arte 9.8, al tipificar como falta muy grave la embriaguez durante el servicio o con habitualidad, procede a dar una definición auténtica de habitualidad, entendiendo que se da esta circunstancia cuando se tenga constancia de la existencia de dos o más episodios de embriaguez. Esta definición legal de la habitualidad disciplinaria, como bien apunta *Pignatelli* (pág. 647), viene a confundir la habitualidad con la reincidencia, pues el segundo episodio de embriaguez integra ya la conducta habitual. Quizá la LORD haya querido obviar la tacha de dureza que mereció la definición de habitualidad del art. 9.8 de la Ley Orgánica 11/1991, aunque, a nuestro entender, la dureza en la represión de conductas tan graves como la que comentamos es preferible a la laxitud por su mucho mayor efecto disuasorio. Quizá por ello, a nuestro juicio, hubiera sido acertado mantener la fórmula legal acuñada en la Ley Orgánica 11/1991, todo ello al margen ya del siempre atendible argumento de la coherencia legislativa.

C) La trascendencia y el reproche social de las conductas relacionadas con el consumo de drogas ha conducido a elevar a la categoría de falta grave la introducción en establecimientos militares, tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 8.9 LORD), tipificándose de igual forma el acto de consentir o tolerar tales conductas, como también el consumo de dichas sustancias fuera de establecimiento militar, cuando se realice vistiendo uniforme o públicamente cuando afecte la imagen de la Institución castrense.

En la Ley Disciplinaria anterior (art. 8.23), el consumo de drogas vistiendo uniforme o en lugar castrense era tipificado como falta leve, salvo que se produjese durante el servicio o con habitualidad, supuesto en el que se tipificaba como falta grave (art. 9.7 de la Ley Orgánica 12/1985).

El endurecimiento en la tipificación de estas conductas llevado a cabo por la LORD (que se manifiesta asimismo en el art.17.3, que considera el consumo habitual de drogas como causa de sanción disciplinaria extraordinaria) se justifica fácilmente no sólo por la alarma social que desencadenan conductas como las expuestas, sino también, como bien dice *Rodríguez-Villasante* (pág. 328), por la especial peligrosidad de las mismas en el ámbito militar por razón tanto de los medios que normalmente manejan los miembros de las FAS como de la incidencia que pueden entrañar sobre el servicio. Por lo mismo, el propio autor (pág. 329) se decanta en favor de

subsana una serie de lagunas en la materia de las que, según él, adolece la actual normativa como, por ejemplo, la tipificación como delito en el Código Penal Militar, del tráfico de drogas cometido por militares cuando se realice en lugar militar o fuera de él, para facilitar el consumo a otros militares o difundirla en Unidades castrenses, por tratarse de una conducta que afecta a la eficacia de la Fuerza y su represión debe pertenecer, siempre a juicio de *Rodríguez-Villasante*, al ámbito estrictamente castrense, juicio desde luego compartido.

D) Otra de las novedades significativas de la LORD es la introducción de una nueva falta grave relativa a la realización de actos que afecten a la libertad sexual. El apartado vigésimo tercero del art. 6º tipifica como falta grave la realización de actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave o delito. En la Exposición de Motivos de la Ley se justifica la inclusión de este nuevo tipo como una demanda tanto de la disciplina de los Ejércitos como de la propia sociedad.

La norma en cuestión se complementa con la contenida en el art. 17.7 LORD, que prevé como causa de sanción disciplinaria extraordinaria toda actuación que afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaleciendo de la condición de superior que se ostente, de la mayor antigüedad en el servicio, en las FAS o en la Unidad o destino, de superioridad física o de cualquier otra circunstancia análoga, norma ésta que encuentra un cierto antecedente en el art. 9.19 de la Ley Orgánica 12/1985, que tipificaba como falta grave la realización de actos deshonestos con inferiores prevaleciendo de su condición.

La comparación entre las dos normas citadas de la vigente Ley Orgánica 8/1998 revela meridianamente que en la falta grave del art. 8.23 ni hay prevalimiento, ni la víctima tiene que ser un militar, pudiendo ser cualquier persona. Por lo demás, como interpreta *Rojas Caro* (pág. 480), ha de entenderse que esta falta grave militar envuelve un acoso mínimo, que se mueve en el terreno de las simples insinuaciones de tipo sexual. Aunque es positiva la tipificación de este ilícito, creemos con *Rojas Caro* (pág. 481) que en la práctica será muy difícil que se dé esta falta, siendo lo más frecuente que el acoso vaya acompañado de prevalimiento constitutivo de la falta muy grave del art. 17 LORD, pues esta última, como con buen criterio señala *Pignatelli* (pág. 719), es una infracción disciplinaria de mera actividad, ya que basta para consumarla que, con prevalimiento de cualquiera de las circunstancias a que se refiere el art. 17.7, el agente solicite del sujeto pasivo cualquier clase de

relación o favor sexual, con independencia de la índole o entidad del acto de que se trate.

Es innecesario significar la gravedad de las conductas comentadas, especialmente de la tipificada por el art. 17.7 que no sólo afecta a la disciplina al incidir muy negativamente sobre las relaciones de mutuo respeto que deben presidir el normal desenvolvimiento de los miembros de las FAS en el seno de éstas, sino que, asimismo, afecta al prestigio de la Institución y a la imagen irreprochable que la misma debe proyectar hacia la ciudadanía.

E) De interés es asimismo la conversión en falta grave de la conducta, tipificada como falta leve en la anterior Ley Disciplinaria (art. 8.17 de la Ley Orgánica 12/1985), consistente en ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenas al servicio (art. 8.16 LORD), cambio que merece un juicio por entero favorable por cuanto como bien argumenta *Rodríguez-Villasante* (pág. 385), el bien jurídico prioritariamente protegido en esta falta disciplinaria es, precisamente, la disciplina militar en sentido estricto, es decir, el concepto de disciplina que obliga al superior a respetar al inferior, desde su posición jerárquica. Y a ese bien se suman otros bienes jurídicos integrados en los derechos del inferior, que como es lógico pueden resultar conculcados por la comisión de esta conducta.

F) Tomando su antecedente en el art. 8.9 de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, el art. 8.29 LORD tipifica como ilícito militar el dejar de prestar servicio, amparándose en una supuesta enfermedad o prolongando injustificadamente la baja para el mismo, cuando no constituya infracción más grave o delito. Sólo tangencialmente conecta esta previsión con el art. 9.2 de la anterior Ley Disciplinaria.

Como señalara *Jiménez Villarejo* en su Voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1996 (Sala Quinta), nos hallamos en realidad en presencia de una dualidad de infracciones contra el servicio, con cuya tutela se pretende garantizar la imprescindible eficacia en el cumplimiento de las altas misiones que la Constitución encomienda a las FAS. Bien es verdad que ambas infracciones, como se señalara en la Sentencia del Tribunal Militar Central de 2 de febrero de 1999, comparten un mismo denominador común, que no es otro que la conducta fraudulenta del sujeto activo para evitar la prestación del servicio al que está obligado. En realidad, ambas infracciones, como apostilla *Millán Garrido* (págs. 503-504), se diferencian tan sólo en el medio a través del cual se incumple el deber de prestación del servicio: la su puesta enfermedad o la prolongación injustificada de la baja.

VII. Otro de los aspectos sustantivos en que la Ley Disciplinaria vigente es innovadora respecto de la anterior es el relativo a la regulación de las causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria. La nueva norma legal abandona la regulación separada y autónoma de dichas causas en perfecto acomodo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. A la par, el nuevo texto es más respetuoso en el diseño de los tipos con las exigencias dimanantes del principio de legalidad penal que el de 1985.

La Ley Orgánica 12/1985 dedicaba un Título “ad hoc”, el Título V, a la regulación del llamado expediente gubernativo, procediendo su Capítulo primero a tipificar las sanciones disciplinarias extraordinarias y sus causas, mientras dedicaba el Título III a las faltas y sus sanciones, compendiando dentro del Capítulo primero los ilícitos sancionados como faltas leves y graves. Ello significaba dotar de una autonomía sustancial a las causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria,

La Ley cuyo comentario nos ocupa, por el contrario, ubica en un mismo Título (el tercero, relativo a las Faltas y sanciones) la normación tanto de las infracciones disciplinarias, respecto de las que mantiene la distinción tradicional entre faltas leves y graves (Capítulo primero), y de sus correlativas sanciones (Capítulo segundo), como de las causas de las llamadas sanciones disciplinarias extraordinarias (Capítulo tercero).

La Ley Disciplinaria vigente sigue, sin embargo, la pauta marca da por la Ley Orgánica 12/1985 en lo que hace a la denominación acuñada para este tipo de sanciones (sanciones extraordinarias), tildando a las infracciones integrantes de este tercer grupo o género, simplemente, de causas de la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias. Obvia de esta forma la Ley de 1998 el criterio, creemos que mucho más nítido y clarificador, de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que en su art. 9º denomina faltas muy graves a las que generan la incoación de expediente gubernativo.

En definitiva, el rasgo innovador de la Ley Orgánica 8/1998, en lo que ahora contemplamos, reside en la asimilación a las infracciones disciplinarias de las causas de responsabilidad disciplinaria extraordinaria, con la subsistente pérdida por parte de éstas de la amplia autonomía sustancial de que gozaban en la Ley Disciplinaria anterior. A ello habría que añadir una delimitación de los tipos mucho más acorde con las exigencias materiales del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, soslayando en la medida de lo posible algunos conceptos jurídicos indeterminados que anidaban en determinados apartados del art. 59 de la Ley precedente, como, por ejemplo, el apartado tercero del citado precepto.

La reforma introducida en la nueva norma legal tiene mucho que ver con la importante doctrina constitucional sentada al efecto por el Tribunal Constitucional, destacando en este punto la Sentencia 270/1994, de 17 de octubre.

En la citada Sentencia, el Juez de la Constitución, a partir de su reiterada doctrina de que del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el art. 25.1 CE no sólo se deriva la exigencia de reserva de Ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, lo que, en principio, se opondría a toda definición de dichas conductas en términos que, por su amplitud o vaguedad, dejen a las mismas en la más absoluta indefinición. tales como “forma de vida”, “actividades que desarrollen”, “conductas que observe”, “relaciones que mantengan” u “otras causas análogas”, llega a la conclusión (fund. jur. 6º) de que a la luz de la Constitución habría que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta tipología de autor”, fundamento que no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, principios que han de caracterizar al Derecho penal y administrativo sancionador en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro.

En definitiva, a juicio del intérprete supremo de la Constitución, para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esa forma de organización del Estado no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido.

En coherencia con esa doctrina, el Tribunal entendió que cuando el art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985 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, al servicio o a la dignidad militar. Otra interpretación contrariaría los mandatos constitucionales. Dicho de otra modo, el citado art. 59,3 no podía interpretarse en el

sentido de entender que lo que con él se pretendía era sancionar una conducta de vida caracterizada por una genérica tendencia a la indisciplina. El Alto Tribunal concluye en el sentido de que sólo desde la interpretación por él dada al precepto, el tipo en cuestión no se opondría a la exigencia de taxatividad derivada del derecho reconocido por el art. 25.1 CE.

Pese a ese esfuerzo de reconducir el referido precepto a una interpretación conforme a la Constitución, el Tribunal pondría especial énfasis (STC 270/1994. fund. jur. 7º) en la conveniencia de que toda sanción extraordinaria obedeciese a la protección de un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones ordinarias, debiendo además ser la sanción proporcionada a esa necesidad de protección adicional, de tal forma que si un mismo hecho fuera a un tiempo considerado como parte integrante del elemento “sanciones impuestas por falta grave” y como elemento autónomo, ello supondría una evidente vulneración del principio “non bis in idem”, implícitamente consagrado en el art. 25,1 CE.

Esta doctrina sería a la postre decisiva para que el legislador orgánico, en 1998, procediera a regular este “tertium genus” de ilícitos disciplinarios de conformidad con las innovaciones implícitamente sugeridas por la doctrina constitucional.

Complementando las reflexiones precedentes, cabe significar que el art. 18 LORD, que se ubica en el propio Capítulo tercero del Título III, enumera las que llama “sanciones disciplinarias extraordinarias” coincidentes con las que ya previera el art. 61 de la Ley Orgánica 12/1965. Como indica *Pignatelli* (pág. 613), el carácter extraordinario de estas sanciones, contrapuesto a las que pueden imponerse por faltas leves y graves, que aún carentes de adjetivación o denominación alguna, hemos de entender que se consideran “ordinarias”, radica, obviamente, en su entidad y gravedad y en las consecuencias que, por ello, su imposición comporta, es decir, que el carácter extraordinario deriva de la sustantividad de las mismas, y no del procedimiento exigido legalmente para su imposición.

Por lo demás, conviene subrayar con el propio *Pignatelli* (pág. 613), que ese carácter “extraordinario” que se predica de las sanciones no puede tampoco atribuirse a las causas que son origen de éstas, ya que aquéllas vienen perfectamente concretadas por el art. 17 LORD, con mucho mayor acomodo que en la legislación anterior, como antes advertimos, a las exigencias materiales dimanantes del derecho a la legalidad de la sanción administrativa acogido en el art. 25.1 CE. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de octubre de 1989 (Sala Quinta. Ponente: *Jiménez Villarejo*), al hacer hincapié en que el hecho de que “se denominen extraordinarias, no

significa naturalmente que las causas que las originen sean igualmente extraordinarias, puesto que dichas causas son exactamente las especificadas”.

VIII. En el ámbito sustantivo, hemos finalmente de hacernos eco de una última cuestión novedosa de indudable trascendencia. Nos referimos a la modificación de algunas sanciones y, particularmente, a la reducción del límite máximo de la sanción de arresto por falta grave.

Las principales divergencias que se aprecian entre el art. 10 de la Ley Disciplinaria anterior y el art. 9º de la hoy vigente (preceptos que contemplan las sanciones que pueden imponerse por la comisión de faltas leves o graves) son éstas:

1ª) Supresión por la Ley Orgánica 8/1998 de la sanción de privación de permisos discrecionales hasta un mes, contemplada por la Ley anterior para las faltas leves, innovación que resulta coherente con la normativa reguladora del servicio militar.

2ª) Previsión de la específica sanción de baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación como consecuencia de la comisión de una falta grave (art. 9.2, in fine, LORD).

3ª) Reducción del período al que puede extenderse el arresto por la comisión de una falta grave, pues el art. 9.2 LORD fija el período máximo de arresto en establecimiento disciplinario militar en dos meses, frente a los tres meses a que podía llegar de acuerdo con la norma disciplinaria precedente. En esta trascendente innovación nos centraremos a continuación.

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley se alude a ella, justificándola en argumentos de Derecho comparado, pues son pocos los países de nuestro entorno occidental que prevén sanciones de arresto de dos meses de duración y en ninguno se supera ese plazo. Esta reducción permitirá, además, que el límite mínimo de la pena de prisión prevista en el Código Penal Militar pueda bajar en determinadas circunstancias sin que ello entrañe confusión con la sanción disciplinaria.

La sanción de arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento militar es una auténtica privación de libertad. El propio art. 14 LORD la tilda incluso de tal. Por lo demás, como advierte *García Labajo* (pág. 593), el carácter privativo de libertad viene dado a esta sanción tanto por consistir en un físico confinamiento del arrestado en un lugar cerrado en el que se le interna, como por suponer para el mismo una alteración de sus condiciones normales de vida en el seno de la Institución Militar, desde el momento en que se le aísla de su Unidad, sin permitirle continuar desarrollando sus funciones y quedando excluido del cumplimiento de sus deberes ordinarios del servicio.

Ciertamente, del art. 25,3 CE deriva, “a sensu contrario”, que la Administración Militar pueda imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad, bien es cierto que con respeto, en todo caso, de las exigencias materiales dimanantes del art. 25.1 CE. Y entre ellas, del principio de proporcionalidad, que exige, como ha dicho el Tribunal Constitucional (entre otras, STC. 136/1999. de 20 de julio, funds. jur. 20 y sigs.). que no se produzca, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que se priva a través de una sanción disciplinaria. Y aunque el principio de constitucionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo, como es doctrina constitucional reiterada (entre otras, SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999), y aunque tampoco haya sido enjuiciada constitucionalmente la cláusula normativa en cuestión, esto es, la sanción de arresto de un mes y un día a tres meses acogida por el art. 10 de la Ley Orgánica 12/1985, es lo cierto que la misma suscitaba serias dudas acerca de su acomodo a las exigencias constitucionales, tanto las dimanantes del derecho a la legalidad de las sanciones administrativas (art. 25.1 CE), como las derivadas de las garantías procesales del debido proceso (art. 24.2 CE), como ya tuvimos oportunidad de exponer tiempo atrás (*Francisco Fernández Segado*: “Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional”, en *Revista de Estudios Políticos*, num. 64, abril-junio 1989. págs. 93 y sigs). Por todo ello y sin abundar más en esta cuestión, en la que quizá debiera haberse profundizado más en el comentario del art. 14 de la Ley, consideramos un notabilísimo acierto del legislador la reducción de este plazo de máximos a que se refieren los artículos 9.2 y 14 de la LORD, de tres a dos meses.

La Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en sus artículos 10.2 y 13.2. en línea con las previsiones de la Ley Orgánica 12/1985, expandía el plazo de arresto por falta grave hasta los tres meses. La Disposición Adicional cuarta de la LORD, con excelente criterio, y entre otras modificaciones introducidas en la Ley Orgánica 11/1991, reforma los dos preceptos anteriormente citados en el sentido de fijar el plazo máximo de arresto en tan sólo dos meses. No haber operado así habría supuesto una intolerable incongruencia legislativa disconforme, a nuestro entender, con las exigencias constitucionales.

IX. El último ámbito en el que la LORD introduce modificaciones de notable relevancia es el procesal o adjetivo. La más importante es la sujeción al control jurisdiccional de aquellas resoluciones que pongan fin a la vía disciplinaria por falta leve y que afecten al ejercicio de los derechos

fundamentales de la persona. Junto a ella cabe asimismo hacerse eco del fortalecimiento del régimen de garantías del sancionado, la que se manifiesta, por ejemplo, en la incorporación de determinados derechos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, facilitando más al interesado el acceso al expediente sancionador y reforzando la exigencia de motivación de las denegaciones de práctica de pruebas solicitadas por aquél, aspecto éste especialmente subrayado en su Prólogo a la obra por el Subsecretario de Defensa (pág. 29). De estas cuestiones pasamos a ocuparnos ya para finalizar nuestras reflexiones.

A) El control jurisdiccional del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria por parte de la Administración Militar se ha visto sujeto desde antaño a diferentes vaivenes.

Si nos retrotraemos al ordenamiento preconstitucional, podemos recordar que el Código de Justicia Militar no excluía, en principio, de control jurisdiccional la Orden que pudiese fin al expediente gubernativo, pero tal exclusión fue consagrada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, cuyo art. 40. d), disponía que no se admitiría recurso contencioso-administrativo respecto de las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a oficiales, suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al art. 1011 y sigs. del Código de Justicia Militar.

El Tribunal Constitucional (en su Auto 60/1980, de 22 de octubre, fund. jur. 3º) tuvo oportunidad bien pronto de manifestarse al respecto interpretando que en cuanto la excepción del art. 40. d) de la Ley citada dejaría fuera del control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, debía considerarse contraria al art. 106.1 CE. y al impedir que en tales casos algunos ciudadanos puedan obtener la tutela de sus derechos era contraria al art. 24.1 CE. Y como la Disposición Derogatoria tercera de la Norma Suprema deroga a “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, ha de entenderse que el citado art. 40. d) ha quedado derogado, no pudiendo ser invocado por ningún poder público. Esta doctrina, en cierta medida, presuponía una opción en favor del recurso contencioso-administrativo como mecanismo procesal de reacción frente a las sanciones disciplinarias.

El Tribunal Constitucional iba, sin embargo, a reconducir esa doctrina en ciernes muy poco tiempo después. En efecto, en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio, el Tribunal, tras entender (fund. jur. 15) que “el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar

alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 CE”, llega a la conclusión de que “para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa”.

Esta doctrina se concreta en el razonamiento subsiguiente (fund. jur. 16) al considerar el Juez de la Constitución que el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no había sido vulnerado en el caso concreto, al tener acceso el recurrente a un órgano de la jurisdicción militar (la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar), obteniendo de la misma una resolución fundada en derecho sobre el contenido de su pretensión.

Poco tiempo después, en su Sentencia 22/1982. de 12 de mayo, el Tribunal corroboraba de modo inequívoco la doctrina anterior al interpretar (fund. jur. 3º) que el control jurisdiccional de actos ubicables dentro del “ámbito estrictamente castrense”, exigido por el art. 106.1 CE, puede mantenerse de acuerdo con el art. 117,5 de la propia Constitución, dentro de la jurisdicción militar, quedando excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A partir de la doctrina general antes referida, la Ley Orgánica 12/1985 estableció un régimen de recursos de acuerdo con el cual, contra las resoluciones por las que se impusiera sanción por falta grave podía interponerse el recurso administrativo previsto por su art. 50. dirigido por conducto reglamentario a la Autoridad o Mando superior al que impuso la sanción (cuando la sanción hubiere sido impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso procedente sería el de súplica). La resolución de este recurso administrativo ponía fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse en el plazo de dos meses recurso contencioso-disciplinario militar. El control jurisdiccional, pues, quedaba salvaguardado.

La Ley iba, sin embargo, a inclinarse en una dirección bien distinta cuando de sanciones por falta leve se trataba. En efecto, sólo se posibilitaba el citado recurso administrativo del art. 50, con alguna salvedad en la que el art. 51 habilitaba procesalmente al sancionado para interponer un segundo recurso administrativo. La resolución administrativa última cerraba la vía de los recursos, no cabiendo contra ella recurso alguno. Ello, lógicamente, significaba la exclusión de todo control jurisdiccional de los

actos administrativos sancionadores por falta leve, independientemente de que se viesen o no afectados derechos fundamentales.

Como recuerda *Millán Garrido* (en "Los Recursos", en *J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto*, coord., *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, op. cit., pags. 759 y sigs.; en especial, pags. 774-777), esta opción legal se justificó en aquel momento en base a una más que discutible interpretación de la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 8 de junio de 1976, *Caso Engels y otros*), de acuerdo con la cual, el control judicial de este tipo de actos administrativos sancionadores no era preceptivo más que cuando la sanción se tradujese en una privación de libertad, circunstancia que, supuestamente, no se daba en estos casos, pues se entendía, de modo harto discutible, que la sanción mas grave que podía imponerse por falta leve (el arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad) no entrañaba privación de libertad sino, tan sólo, restricción de libertad, en sintonía además con la discutibilísima dicción del art. 14 de la propia Ley Orgánica 12/1985.

Las críticas a esta extensión de control judicial de la actividad administrativa sancionadora fueron generales, como recuerda *Corrales Elizondo* (pag. 1087), que se remite a diferentes autores. Traeremos tan sólo a colación la rotunda opinión de *Rodríguez-Villasante* (expresada en el *Prólogo a la obra de José Rojas Caro: Derecho Disciplinario Militar*, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, pag.24): *Siempre hemos creído que el último párrafo del art. 51 de la Ley Orgánica 12/1985 — que excluye el control jurisdiccional — vulnera el derecho del sancionado a obtener del tribunal competente la tutela judicial efectiva.*

A nuestro juicio, la cuestión no ofrece duda. Independientemente de que el arrestado por falta leve se entienda o no privado de su libertad personal, cuestión a la que además creemos habría que responder positivamente, pues si el arresto domiciliario impuesto a un militar, en aplicación de su régimen disciplinario, sí ha sido considerado por el Juez de la Constitución (STC 31/1985, de 5 de marzo) como una sanción privativa de libertad, aún cuando se impusiere sin perjuicio del servicio, con más razón aún debiera entenderse en igual sentido el arresto en establecimiento disciplinario militar por treinta días. Sin embargo, con independencia de lo anterior, como antes decíamos, y partiendo de la consideración de que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales de la Institución castrense, que justifican que el procedimiento disciplinario no pueda quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales del artº 24.2 CE, pues su razón de ser estriba

en la prontitud, inmediatez y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina castrense con la subsiguiente ejemplaridad que ello entraña, se ha de tratar de llegar a una armonización de aquellos valores con los derechos de todos los ciudadanos que, en cuanto derechos inherentes a la propia personalidad, exigen que las limitaciones a su ejercicio basadas en la “relación de sujeción especial” en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles como señalara el Tribunal Constitucional (STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 15), en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y a nuestro modo de ver, no creemos que sea indispensable en aras de la salvaguarda de las trascendentales misiones que la Constitución encomienda a los Ejércitos la privación de todo control en sede jurisdiccional castrense de las sanciones disciplinarias impuestas por la comisión de un ilícito calificado como falta leve, independientemente ya de que se vean involucrados o no derechos fundamentales, pues con este control no sólo se satisfacen las exigencias del art. 24.1 CE, sino también las del art. 106.1 CE, que impide que en un Estado de Derecho como el nuestro haya actos administrativos inmunes frente al control jurisdiccional.

Retornando al ordenamiento jurídico militar, ha de recordarse que la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en una interpretación sistemática de sus artículos 468. b) y 518, iba a posibilitar la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, de las sanciones recaídas por ilícitos tipificados como faltas leves, que tuvieran carácter definitivo en vía administrativa disciplinaria, cuando las mismas afectaren al ejercicio de derechos fundamentales. Ello no obstante, la referida Ley Procesal mantenía la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, sin duda por estimar, como se razonaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1º de octubre de 1990 (Sala Quinta), que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas legalmente.

Con ello, como bien significa *Millán Garrido* (en *Los Recursos*, op. cit., págs. 773-774), y concordamos con él, se establece, como regla general, la exclusión del control jurisdiccional de los actos administrativos sancionadores por falta leve, viniendo dada la excepción por la posibilidad de impugnar dichos actos, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, a través del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario previsto por el artº 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

La Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, optó (artº 64.3) por la misma solución que es, a la postre, la que se ha incorporado asimismo a la LORD, cuyo artº 77.3 dispone que contra las resoluciones administrativas que pongan fin a la vía disciplinaria, fijando una sanción por falta leve, podrá interponerse, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar.

La solución por la que se opta, aunque novedosa respecto de lo previsto en la Ley Disciplinaria anterior, como se ha expuesto, trae su causa de la Ley Procesal Militar y coincide con la solución legal acuñada en la Ley Orgánica 11/1991. Desde luego, se trata de un paso adelante muy positivo, pues así ha de juzgarse siempre cuanto propicia la más exacta vigencia de los postulados constitucionales, más aún cuando se hallan derechos constitucionales en juego. Dicho esto, se comprenderá, por lo que se expuso en un momento precedente, que quizá hubiera sido preferible someter al control jurisdiccional todo acto administrativo sancionador definitivo por un ilícito tipificado como falta leve con independencia de que se viesen o no afectados derechos fundamentales, en el bien entendido de que la afectación de los mismos tendría siempre su influjo en el procedimiento jurisdiccional de control que habría de ser precisamente el del artº 518 de la Ley Procesal castrense.

Esta exclusión del control jurisdiccional de los actos de referencia plantea una problemática que quizá debiera haber sido tratada con mayor detenimiento en el comentario de los artículos pertinentes de la obra que a su vez motiva estas reflexiones. En todo caso, por nuestra parte, coincidimos con *Millán Garrido* (en el "Prólogo" a la obra "Ley Disciplinaria de las FAS", Biblioteca de Textos Legales Tecnos, Madrid, 1999, págs. 18-21) en que la exclusión de control judicial en tales casos conforma un sistema restrictivo materialmente insatisfactorio, y desde luego de más que dudoso encaje en los postulados constitucionales.

Para hacer frente a esta falta de control en sede judicial se ha entendido (*A. Millán Garrido*: "Los recursos", op. cit. págs. 776-777) que contra las sanciones disciplinarias por falta leve que no afectasen derechos quizá pudiera interponerse recurso ordinario ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, esta solución nos parece notablemente disfuncional, pues propiciaría dos recursos diferenciados para conocer de dos sanciones de la misma naturaleza. Además, cuanto atañe al régimen disciplinario cae dentro del "ámbito estrictamente castrense" por lo que debe ser competencia de la jurisdicción militar.

La solución debe ir por otro camino mucho más simple, y partiendo, como creemos inexcusable, de la competencia de la jurisdicción castrense, debiera establecerse un cauce orgánico-procesal idóneo, caracterizado por su simplicidad, que posibilitara el conocimiento del pertinente recurso jurisdiccional por un Juez Togado Militar, pues sería absurdo propiciar al efecto la intervención de un órgano jurisdiccional de composición compleja para el conocimiento de asuntos realmente simples. Como recuerda *Millán Garrido* (en su “Prólogo” al texto de la “Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”, op. cit., pág. 20) y una propuesta análoga —que también dicho autor hace suya— fue sugerida, en su Informe de mayo de 1997, por el Consejo General del Poder Judicial, para el que sería aconsejable “extender las posibilidades en fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la Administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por faltas leves que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, lo qué probablemente llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación sobre organización y competencias de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar, a fin de asegurar la debida atención de estas nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares comunes por los órganos jurisdiccionales más adecuados para hacer frente al incremento de las demandas que, con toda probabilidad, se produciría y evitar la excesiva acumulación de causas menores en tribunales superiores.

B) La otra novedad destacable de la Ley Orgánica 8/1998 en el aspecto procesal, como ya avanzamos, es la potenciación del régimen de garantías mediante la incorporación de determinados derechos previstos en la Ley 30/1992. Vale la pena recordar, entre otras, estas innovaciones:

a/ El reconocimiento específico, como manifestación del derecho de defensa, del derecho del expedientado en un procedimiento por falta grave a contar en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o del militar que designe al efecto (artº 53,1 LORD), norma que contrasta con la mera referencia que en la Ley Disciplinaria anterior se hacía a la posibilidad que el encartado tenía para, una vez que le hubiera sido notificado el pliego de cargos, contestarlo con el asesoramiento que estimara conveniente (art. 40, párrafo último de la Ley Orgánica 12/1985). Del derecho que ahora se reconoce al expedientado se ha de dar cuenta al mismo de modo expreso cuando se le notifique el acuerdo de inicio del procedimiento (art. 53.2 LORD).

Fortún Esquifino (pág. 932) interpreta que esta garantía está prevista para que en el ejercicio de su derecho a la defensa pueda el expedientado

ser asesorado en la tramitación del expediente, mas ello no debe entenderse como un derecho a la asistencia letrada concebida como la presencia física de su asesor en todas las actuaciones a que de lugar el procedimiento. Esta interpretación, que suscribimos, es plenamente conforme con la fijada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 74/1985, ratificada en la STC 229/1993, de 12 de julio. En esta última (fund. jur. 2º), el Tribunal recuerda que la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales. En los procedimientos administrativos sancionadores, la posibilidad de recibir asesoramiento letrado permite al expedientado redactar sus descargos bajo la dirección del Letrado, así como aconsejarse por éste para proponer pruebas, pero no presupone la presencia física del Letrado en todos los trámites del procedimiento.

b/ El reconocimiento del principio de publicidad del expediente disciplinario del que, como de nuevo señala *Fortún Esquifino* (pág. 958), el artº 57 LORD recoge dos de sus principales manifestaciones: el derecho a la información y el derecho a obtener copias. En efecto, de acuerdo con el apartado primero de dicho artículo, el expedientado, si así lo solicitase, podrá conocer, en cualquier momento el estado de tramitación del procedimiento dándosele vista del mismo en los lugares y durante el horario que se señale. A su vez, el apartado segundo faculta al expedientado para obtener copias de los documentos contenidos en el procedimiento. Este precepto viene a trasladar al ámbito disciplinario castrense algunos de los derechos que el art. 35 de la Ley 30/1992 reconoce a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

c/ El reforzamiento de la exigencia de motivación de las resoluciones denegatorias de la práctica de las pruebas solicitadas por el expedientado, resoluciones que, asimismo, habrán de ser notificadas al interesado (artº 58 LORD). El artº 41 de la Ley Disciplinaria anterior aludía tan solo a la práctica de las pruebas que se estimaran pertinentes. Había que presuponer que la impertinencia de la práctica de una prueba debía motivarse, pero ello no quedaba expresamente reflejado en la norma legal. La nueva previsión es inequívoca al respecto y también trae su causa del artº 60 de la Ley 30/1992, cuyo apartado primero determina que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, prescribiendo su apartado tercero que el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes e innecesarias, mediante resolución motivada, previsión que reitera el art. 17.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el

que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Si la inadmisión de una prueba, como es doctrina constitucional reiteradísima, y en el ámbito de la potestad sancionadora disciplinaria ha reconocido la Sala Quinta del Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de mayo de 1999, puede generar una efectiva indefensión, es obvio, más aún después de la previsión legal que comentamos, que la resolución denegatoria de la práctica de una prueba solicitada que careciere de motivación podría, asimismo, causar indefensión.

En definitiva, como queda claro con este breve esbozo de algunas de las innovaciones procedimentales de la nueva Ley Disciplinaria, ésta potencia notablemente las garantías de la persona que sea objeto de un expediente sancionador.

X. Hemos de finalizar. Y lo hemos de hacer subrayando, una vez más, la enorme trascendencia de una obra como la que motiva estas reflexiones, no sólo por suponer un valiosísimo aporte a la dogmática del Derecho Militar, sino asimismo por contribuir de modo muy eficaz a clarificar la interpretación de una norma legal tan viva, tan trascendente en el devenir cotidiano de quienes integran las Fuerzas Armadas, una norma, finalmente, llamada a desempeñar un rol de enorme relevancia en la Institución Militar, dada la extraordinaria relevancia que presenta el mantenimiento de la disciplina en el seno de una organización tan jerarquizada como es la militar.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS, 'CASTILLO ALGAR',
DE 28 DE OCTUBRE DE 1981.**

ANGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura*

De los múltiples aspectos desde los que puede ser analizada esta resolución sólo nos centraremos en este breve comentario en observar el referido a la eficacia de la alegación efectuada por la parte en la instancia de la quiebra del derecho fundamental al juez imparcial sin haber ejercitado para ello la recusación de los Magistrados que presume incursos en un motivo de apartamiento.

El aspecto sustancial de la resolución se centra en examinar si la Sala del Tribunal Militar Central que condenó al militar que da nombre a la Sentencia a una pena de tres meses y un día de prisión por Sentencia del 25 de mayo de 1994, estaba contaminada por haber resuelto anteriormente dos de sus miembros (el 7 de julio de 1992) un recurso de apelación interpuesto contra un segundo auto de procesamiento dictado por el Juez Togado Militar con fecha de 6 de mayo de 1992 (2).

(1) Dicha resolución puede consultarse en el suplemento al núm. 1842 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, de 1 de abril de 1999, págs. 41 y ss; y en el Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, con el número de repertorio TEDH 1998/ 51. Una referencia breve a la misma puede consultarse en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, III época, núm. 1, enero-junio de 1999, págs. 96-7.

(2) Para un análisis pormenorizado de la relevancia de la cuestión debatida a efectos de integrar un motivo de recusación véase mi obra *La abstención y la recusación de Jueces y Magistrados*, Madrid, 1999, págs. 180 y ss, con la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

Contra esta sentencia condenatoria interpuso el condenado un recurso de casación ante el Tribunal Supremo sosteniendo que la Sala que le había juzgado y sentenciado no constituía un Tribunal imparcial.

El Tribunal Supremo entendió, en la sentencia del 4 de noviembre de 1994 (Raj. 1994/9081), en referencia a la alegación de parcialidad del juzgador que hizo el ahora recurrente sin formalizar para ello el incidente de recusación, que “en nuestro ordenamiento jurídico, la abstención y la recusación son los instrumentos legalmente establecidos para dar efectividad al derecho al Juez imparcial, por lo que quienes crean tener alguna razón para dudar de la imparcialidad de un Juez deben atenerse a las normas que regulan el instituto de la recusación. Una de dichas normas es el artículo 56 de la Ley (Militar) Procesal Penal a cuyo tenor la recusación tendrá que proponerse por quienes estén autorizados por la Ley -el Fiscal y las partes- al inicio del procedimiento o tan pronto tengan conocimiento de la causa concurrente, siempre antes de las cuarenta y ocho horas del comienzo de la vista del juicio oral, a no ser que sobreviniese con posterioridad. Interpretada lógicamente esta norma y complementada con el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se llega fácilmente a la conclusión de que las partes legitimadas al efecto pueden formular la recusación -deben hacerlo so pena de preclusión- si antes no hubiesen tenido conocimiento de la concurrencia de la causa, en el momento inmediatamente anterior al comienzo del juicio oral, salvo en el caso de que la causa de recusación sobreviniera con posterioridad. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar la pretensión deducida en este motivo, toda vez que está claro que la Defensa del procesado -hoy recurrente- tuvo conocimiento de los Vocales que iban a integrar la Sala ante la que se iba a celebrar el juicio oral -y que consiguientemente habría de dictar sentencia- en el momento de constituirse el Tribunal y antes del comienzo de la sesión, en cuyo instante debió recusar a los Vocales que estimaba afectados por la alegada tacha de parcialidad, sin que pueda aceptarse, por formalista y sólo amparada en un inverosímil olvido, la objeción de que en tal trance no le podía ser impuesta la carga de verificar si entre los Vocales Togados presen-

Cabe reseñar que con anterioridad a estas vicisitudes se había dictado un primer auto de procesamiento por el Juez Togado Militar Central el 18 de diciembre de 1989, y que, posteriormente, el Tribunal Militar Central revocó dicho auto el 19 de marzo de 1990 y dictó otro de sobreseimiento el 12 de julio de 1992. Contra esta resolución interpuso el Ministerio Fiscal un recurso de Casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que, por Sentencia de 20 de enero de 1992 (Raj. 1992/2519) casó y anuló el auto de sobreseimiento del Tribunal Militar Central. Contra esta resolución se interpuso un recurso de amparo que fue inadmitido el 23 de marzo de 1992.

ten se encontraban los que dictaron el Auto de 7 julio 1992, en que el mismo Tribunal desestimó la apelación interpuesta por la citada Defensa contra el auto de procesamiento. No habiéndose formulado en ese momento la recusación, no es admisible que se pretenda hacer valer ahora, en sede de casación, la pretendida existencia de la causa que en hipótesis la justificaría”.

Contra esta resolución interpuso el condenado un recurso de amparo (resuelto por el Auto 70/1995, de 20 de febrero) exponiendo, con respecto al punto objeto de nuestro comentario, dos argumentos: primero, que a pesar de la existencia objetiva del motivo de apartamiento los Magistrados incurso en el motivo de recusación no se habían abstenido de intervenir en la sentencia condenatoria, y, segundo, que la parte no tuvo ocasión de recusar a los citados Magistrados porque no se les comunicó la composición de la Sala, aunque sí reconoce que tuvo conocimiento de quiénes eran los integrantes del tribunal cuando se inició el juicio oral, aunque éste duró un día únicamente, “sin que en aquel momento pudiera recordar que eran los mismos (Magistrados) que resolvieron cuando se desestimó la apelación contra el Auto de procesamiento”.

Con respecto a la insinuación del recurrente en el sentido de que los Magistrados incurso en un motivo de apartamiento no se abstuvieron de intervenir en el mismo, el Tribunal Constitucional ni siquiera lo toma en consideración, aunque sabido es que no es legítimo tachar de parciales a los Jueces o Magistrados sin formular para ello la recusación.

Debe precisarse que todos los pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido han entendido que el incumplimiento de la obligación de abstención no libera a la parte de ejercitar la recusación en tiempo y forma (3),

(3) Así, por ejemplo, las SS TS (2^a), de 23 de abril de 1992 (Raj. 6783) y de 28 de septiembre de 1992 (Raj. 7384). También la S TC 138 / 91, de 20 de junio y el A TC 168 / 90, de 23 de abril.

Véase también la Resolución (Tribunal de Defensa de la Competencia), de 24 de febrero de 1997 (Raj. 419) observa que “...si alguno de los interesados considera que existen motivos para recusar a alguno o algunos miembros de este Tribunal está en su derecho de hacerlo, pero lo que en ningún caso puede aceptarse es ‘aconsejar’ la abstención, bajo la amenaza de plantear una recusación. Ello es inaceptable de todo punto”.

Con todo, en el asunto que terminó con la S TSJ de Murcia (Social), de 19 de febrero de 1997 (Raj. 929) se adoptaba un criterio más acorde con la protección del derecho fundamental que estamos tratando. En el asunto concreto expone por la parte que los miembros de la Sala que suscribieron otra sentencia (de la que ella hacía depender la causa de recusación de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia) tenía la obligación de abstenerse de conocer del presente recurso. La Sala entiende que “Tal exposición aconsejó requerir a dicha parte, por providencia, para que aclarara si con ella estaba o no planteando la recusación de los citados Magistrados. Por escrito del día 15 de julio se contestó que no se planteaba tal recusación, lo que exoneraría a la Sala de pronunciarse sobre lo que

aunque ello no debe suponer, a mi juicio, que determinados motivos de apartamiento tengan la consideración de *iuris et de iure*, y que, en consecuencia, su efectividad como motivos específicos de nulidad pueda producirse con independencia de su alegación mediante el ejercicio de la recusación.

Con todo, en el primer auto del Tribunal Constitucional que específicamente se ocupó con detalle de esta cuestión, el recurrente en amparo, aun reconociendo que no se formuló recusación contra la Juez instructora argumentó que concurría la causa y que con ello se “conculcaban los derechos constitucionales a la tutela efectiva y al proceso con todas las garantías” (antecedente 3º del A TC 799 / 85, de 13 de noviembre).

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico que desatiende el amparo por falta de contenido constitucional, de manera un tanto sorprendente entra a cuestionarse la posible influencia de la causa alegada, sin desacreditar la argumentación del recurrente en el sentido de que el no planteamiento de la recusación en el momento procesal oportuno impide alegar de otro modo la infracción del derecho al Juez imparcial. Así, indirectamente, da a entender que si la actuación instructora recusable hubiera estado acreditada, y por tanto la consecuencia lógica hubiera sido la abstención, se hubiera otorgado el amparo solicitado.

Esta insinuación, sin embargo, no fue seguida de posteriores resoluciones que dijese claramente que la infracción del deber de abstención supone la nulidad de lo actuado por el sospechoso de parcialidad. Ello, llevado a sus últimas consecuencias, supondría modificar la consideración legal de la recusación, dejándola en menor medida sometida al juego del principio dispositivo, y adoptando, en fin, las consecuencias que impone un sistema caracterizado por la existencia de un elenco cerrado de causas que hacen al Juez inhábil para el ejercicio de su función, y no meramente sospechoso, como el nuestro actual.

Con respecto a la alegación central del recurrente, en el sentido de que le ha sido imposible recusar a los Magistrados por desconocer que eran los

no es un motivo del recurso de suplicación. Mas como quiera que en dicho escrito reiteró la recurrente que lo hacía para exponer una serie de razones que le ‘hacen temer legítimamente una no suficiente efectividad del derecho al Tribunal o Juez establecido por la Ley’, parece oportuno dar respuesta a tal alegato”.

Obsérvese, que, en el fondo, este es el mismo proceder seguido por el Tribunal Supremo en la sentencia condenatoria de su Sala Quinta del 14 de noviembre de 1994 (Raj. 1994/9081) de la que trae causa el posterior recurso de amparo y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, después de rechazar por extemporánea la alegación del recurrente sobre la imparcialidad del juzgador sin actuar la recusación (fundamento de derecho tercero), entra a valorar la eficacia contaminante de la alegación efectuada (fundamento de derecho cuarto).

mismos que con anterioridad había resuelto el recurso contra el auto de procesamiento, el Tribunal Constitucional (en el Auto 70/1995, de 20 de enero) entiende que las alegaciones del recurrente “han sido objeto de una minuciosa, razonada y razonable respuesta desestimatoria por la Sala Quinta del Tribunal Supremo”, y, por ello, “se impone la desestimación, de un lado, porque el actor no recusó a los Magistrados a que se refiere, pese a haber tenido posibilidad de hacerlo, y porque no cabe apreciar pérdida de la imparcialidad en cuanto no hay propiamente intervención en la instrucción de la causa por el hecho de haber resuelto -de acuerdo con los criterios sentados por el Tribunal Supremo previamente- un recurso de apelación, como corroboran las SSTC 145/1988, 151/1991, 113/1992 y 136/1992, entre otras. Carece, por ello, la demanda en este punto de contenido constitucional”.

La argumentación del Tribunal Constitucional sobre esta segunda alegación del recurrente, descansa en dos puntos esenciales. El primero, (que no será objeto de nuestra atención), siguiendo la argumentación del Tribunal Supremo en el mismo asunto, observa que la resolución del recurso contra el auto de procesamiento por la misma Sala encargada de celebrar el juicio oral y dictar sentencia no constituye en sí mismo motivo de recusación, por no integrar la causa de haber sido instructor de la causa (4).

El segundo argumento empleado en esta resolución descansa en el entendimiento, hasta el momento asumido como indubitado, de que la alegación de la quiebra del derecho fundamental al juez imparcial tiene que ir precedida, necesariamente y en todo caso, de la articulación de la recusación en la instancia, instrumento mediante el cual se da cumplimiento a parte de los requisitos exigibles en la admisión a trámite de la demanda de amparo: agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial (arts. 44.1.a) LOTC), e invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional

(4) Sobre este aspecto, y especialmente sobre la interpretación que del mismo realiza la sentencia del Tribunal Europeo que estamos comentando, se han centrado los trabajos habidos hasta el momento a los que me remito para profundizar en él: RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La imparcialidad judicial objetiva”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 376, de 4 de febrero de 1999, págs. 1 y ss.; MUNIZ VEGA, G.: “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo Algar y la jurisdicción militar”, La Ley, núm. 4749, de 8 de marzo de 1999, págs. 1 y 2; J.R. DE PRADA, S.: “TEDH: Palenzuela Contreras y Castillo y Algar contra España”, Jueces para la Democracia, núm. 34, marzo de 1999, págs. 92 a 99; y el artículo de COBO DEL ROSAL, M.: “La ‘contaminación procesal’ en el procedimiento penal”, El País, 15 de abril de 1999, págs. 26.

vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello (arts. 44.I.c) LOTC) (5).

Con respecto al requisito de agotar la vía judicial previa, debe señalarse que aunque la recusación en sentido estricto no puede ser considerada un recurso, con cuyo ejercicio pudiéramos entender cumplida la exigencia que impone el artículo 44 I a) LOTC, el Tribunal Constitucional ha entendido que su ejercicio es requisito necesario -aunque no suficiente- para tener por cumplida esta exigencia (6).

(5) A efectos del constitucional entendimiento del cumplimiento de este último requisito es importante hacer notar que aunque es cierto que el artículo 58 de la Ley Procesal Militar exige que la recusación se presente por escrito, su interpretación teleológica, en relación con el artículo 56 de la LECrim, nos lleva a considerar que es suficiente la recusación “en el momento en que se constituyó el Tribunal y antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, sin que pueda aceptarse, por formalista y sólo amparada en un inverosímil olvido, la objeción de que en tal trance no le podía ser impuesta la carga de verificar si entre los Vocales Togados presentes se encontraban los que dictaron el Auto en que el mismo Tribunal desestimó la apelación interpuesta por la citada defensa contra el Auto de procesamiento” (antecedente tercero del A TC 70 / 1995, de 20 de febrero).

Debe tenerse presente que, en el asunto que nos ocupa, no ha habido cambios en la composición del Tribunal que pudieran hacer viable al caso la doctrina constitucional que entiende que es una carga de los tribunales notificar dichos cambios a la parte con anterioridad del inicio de la vista a efectos de su eventual recusación. Así, por ejemplo, el voto particular discrepante formulado por el Magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer a la S TC 119/1993, de 19 de abril, cuando observa: “A mi entender, exigir, como hace la Sentencia, que el recurrente requiriera al órgano judicial la notificación de la composición de la sala para poder, en su caso, recusar a los Magistrados, supone transformar lo que este Tribunal ha venido considerando un deber de los Tribunales en una carga procesal del justiciable. Esta es una carga que no puede ser exigida ni aún en los supuestos como el presente en los que la composición legalmente prevista de la Sala Especial de Revisión parece propiciar la presencia en esta Sala de Magistrados que formaron parte de la Sala de apelación.../... Tampoco puede sostenerse que, en este caso, a pesar de la falta de notificación, el recurrente podía conocer la presencia de los dos Magistrados... pues ...no les era exigible (a la parte y su Letrado) que identificasen por su fisonomía a todos los Magistrados y que advirtiesen que dos de ellos habían intervenido en la anterior instancia, pues a diferencia de lo que sucede con otras causas de recusación subjetivas, la que ahora nos ocupa no se funda en un conocimiento personal y directo del Magistrado o Magistrados en cuestión, sino que opera por su relación con el objeto del proceso; de ahí que la parte necesite conocer el nombre de los Magistrados que integran la Sala para poder apreciar si concurre o no dicha causa...”

En el mismo sentido la S TC 137 / 94, de 9 de mayo, cuando afirma: “es claro que a los recurrentes no se les puede exigir el cumplimiento de este presupuesto procesal, ya que se vieron impedidos de suscitarse la recusación.../...la Sala de lo social, con manifiesta infracción de lo dispuesto en los arts. 202 y 203 II de la LOPJ, incumplió con su obligación de notificar a las partes la composición de la Sala y designación del Magistrado Ponente, extremos estos que solo fueron conocidos por los recurrentes tras la notificación de la Sentencia, sin que existiera ya posibilidad procesal alguna de provocar el restablecimiento por los Tribunales ordinarios del derecho al Juez legal imparcial”.

(6) Como muestra de claridad FERNÁNDEZ FARRERES, G. (con BORRAJO INES-
TA, I y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.): *El derecho a la tutela judicial y el recurso de*

Así de contundente se muestra el Tribunal Constitucional: “la exigencia de recusación previa para poder considerar agotados los recursos utilizables en la vía judicial previa no constituye una extensión analógica in malam partem del artículo 441 a) LOTC, ni cabe ver en ella la imposición de un puro formalismo en perjuicio del derecho fundamental invocado, sino que, de la misma manera que el requisito contenido en el artículo 44.1.c) LOTC, responde plenamente a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. Por otra parte, de admitirse la pretensión del recurrente en el sentido de que la falta de interposición del incidente de recusación no debe impedir la estimación del presente motivo, se favorecería un indebido uso alternativo por las partes del derecho a la recusación, al no derivarse consecuencia negativa alguna para ellas de la consciente falta de interposición del correspondiente incidente por motivo de una expectativa razonable de obtener un fallo absolutorio” (7).

Ahora bien, con el ejercicio de la recusación en la instancia no se cumple a entera satisfacción el requisito de agotar la vía judicial previa pues, según constante y reiterada doctrina del Tribunal, es necesario, además, haber utilizado la vía del artículo 228 LOPJ para cuestionar ante la jurisdicción ordinaria la decisión denegatoria a la recusación propuesta antes de acceder al amparo constitucional (8).

amparo (Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional), Madrid, 1995, pág. 129 y, en especial, págs. 152 y ss.

En general, por lo que respecta a esta exigencia de utilización de los recursos y los ‘remedios’ SENÉS MOTILLA, C.: *La vía judicial previa al recurso de amparo*. Madrid, 1994, pág. 83 y págs. 125-6 para el análisis de nuestro supuesto.

(7) En palabras de su S TC 384 / 93, de 21 de diciembre. Línea ésta mantenida inalterable por el Tribunal desde sus sentencias más antiguas (v. gr. las SS TC 47 / 82, de 12 de julio y 47 / 83, de 31 de mayo) hasta las más recientes: SS TC 138 / 91, de 20 de junio; 384 / 93, de 21 de diciembre. También los autos se han encargado de puntualizar esta cuestión, V. gr. AA TC 779 / 85, de 13 de noviembre, 219 / 93, de 1 de julio, y 247 / 93, de 15 de julio.

(8) Una de las últimas resoluciones en recordárnoslo es la S TC 196 / 95, de 19 de diciembre cuando afirma que “...la resolución judicial que pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agotamiento de la vía judicial previa, pues el propio art. 228 LOPJ hace posible que la disconformidad de las partes frente a las resoluciones que resuelven una recusación puede hacerse valer a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo, dado que en estos recursos puede la parte aducir cuantas infracciones considere cometidas al resolver el incidente y, por lo tanto, también y muy señaladamente, la que, en su opinión, haya ocasionado la infracción de los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza”. En el mismo sentido las SS TC 94 / 92, de 11 de junio y 32 / 94, de 31 de enero, y los AA TC 460 / 83, de 13 de octubre, 829 / 85, de 7 de noviembre, 929 / 88, de 20 de julio, 168 / 95, de 5 de julio, y 173 / 95, de 6 de junio.

En el ámbito del derecho al juez imparcial, la necesidad de esta regla ha sido duramente criticada (9). Se argumenta, en esencia, que con la exi-

(9) Así, con ocasión de la S TC 138 / 91, de 20 de junio, que desatendía un amparo por incumplir la regla de preclusión RODRÍGUEZ RAMOS y BARJA DE QUIROGA hacen una dura crítica a la subsidiariedad del amparo: "la doctrina que se deriva de la fundamentación manejada por el Constitucional es que los derechos fundamentales no son derechos que deben respetarse en todo caso, sino que el Tribunal transforma su naturaleza en derechos rogados; exigibles, pero a petición de parte..." RODRÍGUEZ RAMOS, L y BARJA DE QUIROGA, J: "El derecho al juez imparcial como derecho rogado." Actualidad Aranzadi, nº 16, 19 de julio de 1992, pág. 2. Insiste en la misma idea LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "El Juez imparcial", en Jurisdicción y competencia penal. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI, Madrid, 1996, págs. 358-60. También sobre esta misma sentencia ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, P. "El procedimiento penal ordinario por delito y la garantía de imparcialidad judicial. (comentario a la S TC 138 / 91, de 20 de junio". "La Ley, núm. 2981, 1992, págs. 1 y ss.

En la misma línea, con ocasión de la S TC 85 / 92, de 8 de junio, ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, P. "El derecho a un Juez imparcial y la Jurisprudencia Constitucional. Un decepcionante paso atrás", Poder Judicial, núm. 26, 1992, pág. 165 y ss. El mismo trabajo de los autores, con el mismo título, en Actualidad Penal, nº 40, 1992.

Muy interesante, con respecto a la subsidiariedad del amparo judicial, es la polémica suscitada en la a S TC 205 / 97, de 25 de noviembre, que deniega un amparo pretendido por haberse denegado en la vía judicial previa una recusación porque "Cuando en una determinada fase del procedimiento judicial, todavía no concluido por sentencia definitiva, cuando ni tan siquiera ha terminado el proceso penal, se produce una violación de derechos constitucionales reconocidos en el art. 24 CE, no es ajustado a la LOTC interrumpir, por así decirlo, dicho procedimiento y acudir per saltum a este Tribunal, sin haber agotado las vías judiciales procedentes en el marco del propio proceso que se encuentra, como acaba de decirse, todavía pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse precisamente, en la sustanciación del proceso mismo. Así las cosas, es obvio que en este caso, no se ha agotado la vía judicial ordinaria..."

A esta sentencia se formuló un voto particular por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, en el que, invocando resoluciones precedentes del mismo Tribunal, observa, en concreto, que debió atenderse la queja del recurrente con respecto a que la denegación de la prueba que pretendía hacer valer para demostrar la relación recusable que le ha causado 'indefensión', y que, como el objetivo del amparo no es sólo proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, sino también 'preservarlos' cuando la no admisión del amparo prematuro consolida la lesión de un derecho fundamental, la admisión del recurso en este momento procesal es una solución oportuna. Argumentan, en concreto, que "El Auto.../...aquí impugnado, declara literalmente: 'No ha lugar a practicar prueba alguna, pues, por las propias causas de recusación esgrimidas, el resultado que pudiera darse para nada influiría en el fondo de la decisión'. El Juez negó cualquier valor al resultado de la prueba no practicada (especialmente la testifical) y el razonamiento que le sigue es incongruente con lo anteriormente manifestado y con las alegaciones del recurrente en su escrito, solicitando la práctica de prueba, a saber: se dice que la causa de recusación por enemistad no puede prosperar, toda vez que 'ese sentimiento no pasa -si es que llega- de un estado de ánimo unilateral del recusante y no puede hacerse bilateral o recíproco porque según cuenta el propio recurrente o puede opinar una columnista se discrepa de una ley en su día patrocinada o prefabricada por el departamento ministerial dirigido por el señor C. No es posible: para que la enemistad

gencia de agotamiento de los recursos en la vía judicial previa se puede llegar a consolidar la lesión de un derecho fundamental, que sólo, eventualmente, adquiriría satisfacción tras el posterior proceso de amparo constitucional, años después de producida la lesión. Las razones que abonan esta crítica son interesantes, aunque las que pueden hacerse a la admisión generalizada de amparos antes de agotarse la vía judicial previa también, pues ello desnaturalizaría al recurso de amparo como forma de protección solamente subsidiaria de los derechos fundamentales que no han sido protegidos en la jurisdicción ordinaria (10).

justifique una recusación es necesario que dimanen de actos o conductas que afecten en su valoración a los dos protagonistas de la relación humana; el plano simplemente subjetivo servirá para otros lances, pero no en el ámbito procesal'. En el escrito proponiendo la recusación se transcribían párrafos literales de artículos periodísticos a través de los cuales se pretendía poner de manifiesto el antagonismo existente entre recusante y recusado. No cabe dudar, en suma, de la trascendencia o relevancia de la prueba propuesta por el recurrente y denegada en la resolución que se impugna", por lo que entienden que debió admitirse la demanda y otorgar el amparo.

(10) En términos más amplios que los trabajos citados en la última nota, vid. CASTILLO RIGABERT, F.: *La admisión del recurso de amparo*. Murcia 1991, págs. 146 y ss. Los términos de este debate, con sus argumentos a favor y en contra de la subsidiariedad, muy bien expuestos por FERNÁNDEZ FARRERES, I.: *El derecho a la tutela judicial...* ob. cit., págs. 5 y ss.

Obligado en este punto es la cita del voto particular del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la S TC 196 / 95, de 19 de diciembre. Su argumentación a favor de admitir amparos prematuros descansa principalmente en que la finalidad del amparo no es sólo 'restablecer' el derecho fundamental vulnerado, sino también 'preservar' su lesión. Por ello, y tomando como base los precedentes de la S TC 128 / 95, de 26 de julio que admitía un amparo constitucional por vulneración del derecho fundamental a la libertad (la sentencia en concreto consideraba que los autos por los que se ordenaba la permanencia en prisión de un determinado inculcado carecen de la justificación y motivación necesarias para la conculcación del derecho fundamental objeto de amparo. También subyace en la resolución que no debe utilizarse la prisión como medio para 'hacer hablar' al inculcado en un proceso penal) entiende que la subsidiariedad del amparo constitucional "no es un dogma que, como tal, resulte intocable, así como tampoco pienso que sea una regla que deba aplicarse inexorablemente, sin dejarse vencer a los ruegos de excepciones.../...no comparto la interpretación del art. 44.1.a) LOTC que ha ganado terreno en la jurisprudencia de nuestro Tribunal y que se recoge fielmente en la Sentencia de la mayoría de mi Sala. Mi contraargumentación es la siguiente: *el requisito para al admisión del recurso de amparo, consignado en el párrafo a) del núm.1 del art. 44 LOTC, no ha de ser un obstáculo insalvable para admitir y, si procede, estimar, aquellos recursos en los que Jueces y Tribunales, teniendo la oportunidad de preservar y restablecer los correspondientes derechos, no llevaron a cabo esa función tutelar, dictándose, por el contrario, unas resoluciones contra las que, de momento (y tal vez durante meses o años), no cabe recurso de clase alguna.../...la distinción a tener en cuenta es, a mi entender, ésta: A) recurso de amparo en los que no ha habido pronunciamientos revisorios en la vía judicial; B) recursos de amparo contra resoluciones de Jueces y Tribunales que pusieron fin a un incidente, o a una petición autónoma dentro de un proceso principal, es decir, aquellos en los que los Jueces y*

Por lo que respecta a la puesta de manifiesto en la instancia de la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, el Tribunal Constitucional ha entendido que el ejercicio de la recusación es suficiente para entender cumplido este requisito (11). Aunque en algunas ocasiones ha entendido que la manifestación de la quiebra del derecho puede realizar por otros medios (12). En especial cuando el ejercicio de la recusación se

los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por un órgano inferior; resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer el derecho violado. Mientras que pueden considerarse prematuros los del apartado A), y en estos supuesto aplicable inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado B), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, como es el caso que estamos considerando, deben ser admitidos”.

Termina el razonamiento proponiendo una correcta interpretación sobre la subsidiariedad del amparo constitucional en los siguientes términos: “Los jueces y tribunales han de ‘tener la ocasión’ para tutelar los derechos fundamentales. No resulta constitucionalmente válido privarles de una parte esencial de su gran misión. Sin embargo, los derechos han de estar a cubierto anticipadamente de cualquier daño o peligro, han de ser preservados, y este contenido esencial de la protección constitucional se vulnera al diferir la tutela a un momento posterior, cuando los perjuicios son frecuentemente irreparables; momento posterior a las fechas de las resoluciones judiciales en las que, pudiendo proteger los derechos, se optó por dejarlos en la mala situación, infravalorados, menospreciados, vulnerados, en que otro Juez o Tribunal inferior los había colocado”.

Se apoya para razonar su voto particular en una sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 16 de mayo de 1995 conocida como ‘sentencia del crucifijo’ (BvR 1087 / 91) que otorga el amparo constitucional sin haber agotado los recurrentes con anterioridad la vía previa. Aunque es oportuno precisar que la Ley del Tribunal Federal Alemán sí permite expresamente otorgar amparos prematuros (art. 90 II).

Similar argumentación en el voto particular formulado por este Magistrado (al que se adhiera el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra) a la S TC 63 / 96, de 16 de abril.

(11) Así, por ejemplo, las SS TC 85 / 92, de 8 de junio; 59 / 94, de 28 de febrero y 206 / 94, de 11 de julio. En el mismo sentido los AA TC 829 / 85, de 27 de noviembre, 168 / 90, de 23 de abril, 112 / 91, de 11 de abril, y el 70 / 95, de 20 de febrero.

(12) Como se insinuaba en el A TC 136 / 92, de 25 de mayo cuando entiende que “...remitida la causa por el Juzgado para la sustanciación del recurso de apelación, la Sala acuerda su tramitación, resolución y designación de Ponente, y en ese proveído figura como uno de los componentes del Tribunal el Ilmo. Sr. T. T., es decir, el mismo magistrado que instruyó el sumario inicial y cuya actuación en la apelación ha motivado la actual queja del recurrente. Por ello, conocida por el actor la composición de la Sala que decidirá el recurso, debió en tal momento procesal invocar los derechos fundamentales cuya lesión denuncia ahora. Al demandante se le abrían en ese momento procesal varias posibilidades de actuación para cumplir el presupuesto previo, que comprendían desde la simple denuncia por escrito ante la Sala de los derechos vulnerados, pasando por la petición de abstención del Magistrado instructor, hasta la promoción del correspondiente incidente de recusación,... Pero en ningún momento procesalmente hábil ni en ninguno otro posterior ha acreditado el actor la denuncia de la infracción constitucional que ahora da lugar a su queja de amparo”.

ha visto impedido por cambios inopinados en la composición del Tribunal, o cuando la vulneración del derecho se ha descubierto en la sentencia (13).

En resumen, y como conclusión a las exigencias constitucionales para admitir el recurso de amparo en la vulneración del derecho fundamental al Juez imparcial: “el ejercicio diligente del derecho de recusación es, a su vez, presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello, y simultáneamente agotar los recursos utilizados dentro de la vía judicial” (14).

Con el ejercicio de la recusación y la utilización de la vía que proporciona el artículo 228 de la LOPJ, en el sentido de permitir la subsanación de la quiebra del derecho fundamental producida al recurrir contra la decisión adoptada por el órgano a quo, se cumplen a entera satisfacción con las exigencias de subsidiariedad del recurso de amparo.

La exposición del *status questionis* sobre la necesaria utilización de la recusación como medio de denunciar la vulneración del derecho al juez imparcial ha sido, al menos en apariencia, matizada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos objeto de nuestro comentario.

En sede de excepciones preliminares, el Gobierno mantiene (§ 30) “que el demandante ha sido informado, en el momento de la constitución de la Sala, de la identidad de los tres Jueces militares llamados a formar parte de la misma” y que, en consecuencia, “con anterioridad a la apertura del procedimiento, el demandante pudo impugnar la imparcialidad de los dos Jueces en cuestión basándose en que habían formado parte de la Sala que había dictado el Auto de procesamiento el 6 mayo 1992”. Entiende, por tanto, que no se han agotado las vías de los recursos internos como exige el artículo 26 del Convenio, y que su queja debería, por esta razón, declararse inadmisibile.

(13) Como ocurre en la S TC 136 / 92, de 13 de octubre. En él, el Ministerio Fiscal argumenta que la parte no alegó la vulneración del derecho fundamental. El tribunal sin embargo afirma que “...el solicitante de amparo si denunció expresamente la vulneración constitucional ahora aducida durante la sustanciación del recurso de apelación por él interpuesto ante la Audiencia Provincial, momento procesal hábil para ello, máxime cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, la lesión constitucional, de existir, sólo tendría lugar tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en la primera instancia”.

(14) En palabras de la S TC 180 / 91, de 23 de septiembre. Es relativamente frecuente que el Tribunal una ambas exigencias, así, por ejemplo, los AA TC 194 / 89, de 17 de abril, 168 / 90, de 23 de abril, 419 / 90, de 28 de noviembre, 112 / 91, de 11 de abril, 195 / 91, de 26 de junio y 219 / 93, de 1 de julio.

El Demandante (§ 31), insiste, por su parte, en que la actuación de los Magistrados sobre los que se sospecha de la parcialidad es realmente constitutiva de ésta, y, a los efectos que nos interesan, que no se le debería reprochar el no haber impugnado la imparcialidad de los dos Magistrados con anterioridad al procedimiento, pues, en su opinión, “la identidad de los tres Jueces militares que debían formar parte de la Sala no podía deducirse de las firmas que figuraban en la Providencia de 6 abril 1994 (que es la que fija la fecha de la vista para días después), ya que la composición de la Sala que fija la fecha del procedimiento, no es necesariamente la misma que la de la Sala que conoce el asunto”. Insiste, a su vez, que “corresponde en primer lugar a los jueces abstenerse, obligación que no pueden eludir con el pretexto de que el demandante no recurrió su imparcialidad”.

La Comisión (§ 32) entiende que como la recusación fundada en la imparcialidad de los dos jueces en cuestión no hubiera tenido ningún efecto, ya que “el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han declarado ambos que la decisión de rechazar el recurso de apelación del demandante no podía considerarse como una intervención en la instrucción del asunto ni como una medida susceptible de atentar contra la imparcialidad objetiva del Tribunal de primera instancia”, la demanda no puede ser denegada por falta de agotamiento de los recursos internos (15).

El Tribunal recuerda (§ 33), con respecto a la falta de alegación en la instancia del derecho fundamental al juez imparcial mediante el ejercicio de la recusación, que: “la finalidad de la exigencia del agotamiento de las vías de recursos internos es facilitar a los Estados contratantes la ocasión de prevenir o corregir las violaciones alegadas contra ellos antes de que estas alegaciones sean sometidas a los órganos del Convenio. Esto signifi-

(15) La efectiva potencialidad del recurso interno para el objetivo que pretende conseguirse, esto es, la reparación del derecho vulnerado, es una de las exigencias que impone el artículo 26 del Convenio para acceder al Tribunal. Sobre este punto véase LEZERTUA, M.: “La problemática de la admisibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. BIMJ, núm. 1586-7, de 15 de enero de 1991, págs. 281-4. El agotamiento de los recursos internos impone además: que el recurso judicial interno sea accesible al demandante directamente, sin la intervención de intermediarios (fiscal, defensor del pueblo, etc.); que éste no esté, antes de interponerse, desprovisto de toda posible efectividad; que no hay necesidad de utilizar recursos repetitivos (suplica) ni otras medidas indirecta no estrictamente jurisdiccionales (petición de indulto, intervención del Defensor del Pueblo); que sólo es exigible se agoten los recursos ordinarios, ello supone que quedan exceptuados, desde la óptica de la Comisión, la utilización de los recursos extraordinario (revisión), y, por último, que el potencial demandante ante el TEDH demuestre que ha sido diligente en la utilización de todas estas reglas anteriores.

ca que la queja por la que se ha apelado a la Comisión debe primero ser planteada, al menos en sustancia y en las formas y plazos establecidos por el derecho interno, ante las jurisdicciones nacionales apropiadas”.

Señala, más concretamente (§ 34) “que en su recurso ante el Tribunal Supremo, el demandante sostuvo que la Sala del Tribunal Militar Central constituida para conocer su caso no podía considerarse un Tribunal imparcial, ya que dos de sus miembros habían formado parte anteriormente de la Sala que se había pronunciado sobre su recurso de apelación contra el Auto de procesamiento de 6 mayo 1992”, insiste, además, que “el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando una vulneración de su derecho a que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial”, es decir, entiende cumplidos los requisitos exigibles por el artículo 26 del Convenio para poder plantear la demanda ante el Tribunal, en tanto que la parte se ha quejado, reiterada y fehacientemente, de la parcialidad del juzgador.

Su último argumento en este sentido es contundente: (§ 35), “en estas condiciones, a pesar del hecho de que el demandante o su abogado no hayan solicitado la recusación de los dos Jueces con anterioridad a la apertura del proceso, los Tribunales del Estado demandado no carecieron de ocasiones para corregir la violación alegada del artículo 6.1 (Con cita de las Sentencias del Mismo Tribunal Gasus Dossier-und Fordertechnik GmbH, y Botten contra Noruega de 19 febrero 1996”.

En conclusión, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es requisito previo imprescindible que se haya formulado la recusación para poner de manifiesto la quiebra del derecho al juez imparcial, sino que basta con que la alegación con respecto a este punto se realice por cualquier medio que permita entenderla planteada sin ambages, como se hizo, sin ningún género de dudas, en el caso que nos compete (16). Como puede apreciarse, la regla prevista en el artículo 26 del Convenio, similar a la prevista en el artículo 44.1.a) de la LOTC, debe interpretarse de manera flexible, no entendiéndola incumplida cuando el ejercicio de la recusación no va a tener ningún efecto práctico por la interpretación que se ha dado en el derecho interno al supuesto de hecho expuesto por la parte. Ello no supone, aunque pudiera parecerlo, hacer depender la admisión a trámite de la demanda de protección ante el TEDH del problema de fondo tratado y de la eventual estimación de la demanda, sino, más bien, entender que la exi-

(16) En este sentido COBO DEL ROSAL, M.: “La ‘contaminación procesal’...”, ob. cit., pág. 26.

gencia de agotar los recursos internos no se incumple cuando se tiene una cierta seguridad, porque así se ha interpretado en el derecho interno, en que la articulación de estos 'recursos internos' no van a proteger el derecho fundamental, es decir, el cumplimiento de este requisito no exige articular remedios inútiles para la protección pretendida.

¿Qué consecuencias procesales cabe extraer de esta sentencia para nuestro derecho procesal con respecto a la falta de alegación en la instancia mediante el ejercicio de la recusación de la vulneración del derecho al Juez Imparcial?

En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, una interpretación excesivamente textual de su doctrina pudiera conllevar la inutilidad del ejercicio de la recusación, en tanto que, siguiendo su literalidad, su no ejercicio en tiempo y forma no reporta ningún perjuicio a la parte. Ello supondría, en la práctica, dar al traste con las normas previstas en las leyes procesales para hacer valer las dudas sobre la imparcialidad del juzgador, y, en una interpretación extrema, considerarlas derogadas por su no uso.

Esta consecuencia, en los términos planteados, es inadmisibles con carácter general para todos los supuestos de parcialidad judicial en todos los procesos, pues la mera invocación informal en un proceso de la vulneración de un derecho fundamental no debe servir de excusa para la inactividad procesal, máxime cuando existe en la propia ley un trámite específicamente previsto para hacer valer la protección del derecho fundamental.

A mi juicio sólo hay dos supuestos en los que dicha consecuencia sería del todo aplicable.

En primer lugar, cuando las dudas sobre la parcialidad del juzgador se refieran a motivos de parcialidad objetiva, en el buen entendimiento de que estos deberían ser considerados como motivos de inhabilidad, y no meramente de recusación, es decir, como motivos *iuris et de iure* de apartamiento (17). Estos supuestos de apartamiento producen *-rectius*: deberían producir dos consecuencias: su apreciación de oficio, con independencia de que las causas de recusación hayan sido puestas de manifiesto por las partes mediante el ejercicio de la recusación, y, como efecto asociado a su real concurrencia, generar la nulidad de todo lo actuado, pues nos encontramos ante auténticos óbices de enjuiciamiento jurisdiccional (18). Con

(17) Véase, en este sentido, *La abstención...* ob. cit., págs. 411 a 418.

(18) Esta es la idea de RODRÍGUEZ RAMOS cuando observa "que la recusación no es una 'conditio sine qua non' para después pretender el reconocimiento de la parcialidad objetiva del juez, tanto ante el TS como ante el TC, al margen de la necesidad de acreditar en el recurso de amparo que se invocó ante la jurisdicción penal tal lesión del derecho fundamental". RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La imparcialidad judicial...", ob. cit., pág. 5.

todo es bastante cuestionable esta consecuencia cuando se acude al proceso defendido por letrado, en tanto que la presunta indefensión en que quedaría la parte por la no apreciación de oficio del motivo de apartamiento podría achacarse al abogado de la parte que no ha ejercitado el trámite procesal específicamente previsto para ello.

En segundo lugar, cuando nos encontremos ante un proceso en el que la parte no tiene la obligación de ir al mismo defendido por Letrado y efectivamente no se acompaña de éste. En estos supuestos es claro que no puede exigirse de la parte un dominio técnico cualificado del incidente de recusación, debiendo bastar para tener cumplida la invocación de la sospecha de parcialidad cualquier alegación informal que realice la parte en este sentido. La distinción entre causas de inhabilidad y causas de recusación es indiferente para este supuesto.

En estas dos hipótesis, con los matices expuestos en la primera, y más claramente en la segunda, cualquier alegato medianamente verosímil de la parte referido a la parcialidad del juzgador debería entenderse suficiente para obligar al órgano jurisdiccional a pronunciarse motivadamente sobre la sospecha de parcialidad expuesta por la parte.

Para la admisión a trámite del amparo constitucional es necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 44 de la LOTC, en sus apartados 1.a) y 1.c), únicos dignos de mención a los efectos que estamos tratando.

Por lo que respecta a la invocación formal en el proceso del derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello (art. 44.1.c) LOTC), la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos poco va a influir, pues, como observamos anteriormente, ya el propio Tribunal Constitucional entiende que la queja sobre la imparcialidad del juzgador puede manifestarse en el proceso judicial por otros medios que no sean el ejercicio de la recusación, aunque sin duda éste es el más adecuado. Téngase presente, además, que la parcialidad del juzgador es el único derecho fundamental, para cuya denuncia en la instancia judicial está previsto un cauce específico de protección: la recusación. La alegación de la vulneración de los demás se realiza, por norma general, a través de las vías alegatorias ordinarias del proceso, sin necesidad de articular incidente específico alguno (19).

(19) Excepción hecha de la alegación de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que, en los aspectos en que se relaciona con la competencia, la jurisprudencia constitucional exige para tener por cumplido el requisito de admisión que estamos observando, la articulación en la instancia de los medios técnicos por los que se denuncia la presunta incompetencia.

El problema principal se centra en el obstáculo que supone la interpretación jurisprudencial del cumplimiento del requisito observado en el artículo 44.1.a) LOTC cuando impone, en el derecho fundamental que estamos tratando, la necesidad, de un lado, de ejercitar la recusación diligentemente en la instancia, y, de otro, reiterar la queja sobre la parcialidad del juzgador al recurrir la decisión final adoptada por el juez sospechoso de parcialidad (art. 228 LOPJ).

Con respecto al cumplimiento del segundo de estos requisitos en nada influye, me parece, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues sería contrario a todo régimen procesal permitir que una única alegación, por ejemplo, en la primera instancia, permitiese la estimación del recurso de amparo si antes no se ha reiterado la queja sobre la imparcialidad ante el órgano superior ad quem, ya que en estos supuestos no se le ha dado a los órganos jurisdiccionales la efectiva posibilidad de proteger los derechos fundamentales procesales, cometido que también a ellos, y primeramente, les compete.

El incumplimiento del ejercicio de la recusación se presenta más peliagudo, pues la jurisprudencia constitucional ha entendido que no puede entenderse cumplida esta exigencia si no se ha ejercitado en la instancia con la debida diligencia. Se argumenta que aunque la recusación no es un 'recurso' en sentido estricto sí es un 'remedio' con cuya utilización se da por cumplida dicha exigencia (20).

Es claro, me parece, que si no se dispusiera en la ley de un mecanismo técnico de alegación específica de la sospecha de parcialidad en el juzgador, cualquier alegación informal efectuada por la parte sería suficiente para entender cumplido el requisito de admisión a trámite que exige el artículo 44.1.a) de la LOTC. El cumplimiento de este requisito para el derecho fundamental que estamos tratando no sería diferente de lo que acontece cuando se alega la vulneración de la quiebra de otro derecho fundamental que no dispone de un incidente específico para ello.

Ahora bien, la alegación de la quiebra de la imparcialidad del juzgador sí tiene un cauce específico de protección: la articulación en la instancia del incidente de recusación. Por ello, una interpretación estricta del cumplimiento del requisito nos llevaría a una inadmisión a trámite del recurso de amparo en todos aquellos supuestos en los que no se formuló el incidente en tiempo y forma.

(20) Así, por ejemplo, MUÑIZ VEGA, G.: "La sentencia del Tribunal..." ob. cit., pág. 2.

Si, por el contrario, entendemos que cualquier alegación de la parte efectuada en la instancia sobre la parcialidad del juzgador es suficiente para tener por cumplida la exigencia que estamos tratando, ello conllevará, cuanto menos, la desnaturalización del incidente de recusación, pues su articulación no es requisito para el planteamiento de las dudas sobre la parcialidad del juzgador, haciéndolo además electivo para la parte, que puede plantearlo o no dependiente de su propia voluntad y sin que su no planteamiento le produzca perjuicio alguno.

Esta última posibilidad no puede admitirse con carácter general, y no sólo porque exista un trámite específico en la Ley para la alegación de la quiebra de este derecho fundamental, que también, sino porque su no ejercicio revela una falta de diligencia de la parte en el cumplimiento de la alegación en la instancia de la quiebra del derecho fundamental vulnerado, lo que supone que sólo a él puede achacarse la eventual indefensión producida por la vulneración del derecho fundamental.

No cabe duda de que en los supuestos en que se acuda al proceso sin asistencia de letrado puede excepcionarse el cumplimiento del requisito a efectos de la admisión a trámite del recurso de amparo. Pero, qué ocurre cuando se acude al proceso asistido de letrado. ¿Puede, en estos supuestos, entenderse correctamente planteada en la instancia las dudas sobre la parcialidad del juzgador sin el ejercicio efectivo de la recusación?

La respuesta en estos supuestos ha de ser negativa. En efecto, la falta de actividad procesal de la parte no puede convertirse en causa de una mejor protección de los derechos procesales. A de tenerse presente, en todo caso, que la Sentencia del TEDH es, en su más profunda esencia, una resolución de fondo, no de forma, pues solamente excepciona el cumplimiento del requisito de alegación en la instancia del derecho fundamental al juez imparcial mediante el ejercicio de la recusación, desoyendo las argumentaciones del Gobierno en este sentido, porque, según las explicaciones del mismo gobierno, el ejercicio de la recusación hubiera sido inútil al fin al que se orienta, pues la doctrina de los tribunales españoles no entendían como causa de apartamiento el supuesto de hecho que se discutía. Es decir, la parte queda excepcionada de plantear el incidente no porque no sea éste el cauce más lógico para plantear la quiebra de la imparcialidad del juzgador, sino porque el Convenio no entiende necesario ejercitar estos cauces (u otros similares) cuando se tiene la seguridad, porque así se ha interpretado anteriormente, de que su ejercicio va a ser inocuo para la pretendida protección.

Desde esta perspectiva el ejercicio de la recusación era indiferente al ejemplo discutido, lo que no puede abonar, antes al contrario, una interpretación generalizada que pueda excepcionarse su ejercicio en todos los supuestos a los efectos de tener cumplida la exigencia del artículo 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco para tener por cumplida la exigencia prevista en el artículo 44.1.a) LOTC. Debe entenderse, además, que el ejercicio de la recusación es el correcto cauce para exponer la limitada interpretación que se efectúa de determinados motivos de apartamiento, con lo que, con su inteligente ejercicio, puede variarse una tendencia doctrinal o jurisprudencial.

LAS CUESTIONES DE PERSONAL EXCLUIDAS DEL RECURSO DE CASACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

Emilia Giménez Yuste

Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo-

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Requisitos formales de admisión del recurso. III.- Cuestiones de personal: supuestos concretos. IV.- Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de recurrir ante el Tribunal Supremo las sentencias dictadas en materia de personal, ha quedado tradicionalmente restringida en las leyes reguladoras del proceso contencioso-administrativo, a los casos de nacimiento y/o extinción de las relaciones de servicio, quedando excluidas las restantes cuestiones de posible recurso ante el órgano jurisdiccional superior.

Así, el artículo 94.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, exceptuaba del recurso de apelación las *cuestiones de personal* al servicio de las Administraciones públicas o de particulares, con excepción de los casos de "separación de empleados públicos inamovibles"; posteriormente, el artículo 93.2.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada por la Ley 10/92 de 30 de abril, exceptúa de la posibilidad de recurrir en casación las sentencias que se refieran a *cuestiones de personal* al servicio de la Administración Pública, "salvo que, estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos"; y, en la actualidad,

el artículo 86.2.a) de la Ley jurisdiccional (Ley 29/98 de 13 de julio), exceptúa también de la posibilidad de recurrir en casación las sentencias que se refieran a *cuestiones de personal* al servicio de las Administraciones públicas, “salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera”.

El denominador común en todos los casos es que, salvo las excepciones referidas, las sentencias que resuelvan “*cuestiones de personal*”, no pueden ser recurridas ante Tribunal Supremo. La vigente Ley de la Jurisdicción, que permite la posibilidad de recurrir en casación no sólo las sentencias que afecten a la extinción sino también al nacimiento de la relación de servicios de los funcionarios de carrera, ha abierto la posibilidad de recurrir un buen número de situaciones que hasta ahora quedaban excluidas; pero la finalidad del presente trabajo no es estudiar “las excepciones a la excepción” del recurso de casación en materia de personal, es decir, qué supuestos configuran el nacimiento o la extinción de la relación de servicio, sino que se trata de perfilar el concepto jurisprudencial de las “*cuestiones de personal*” y, concretamente, las que se refieren al personal militar, a tenor de las resoluciones (Autos y Sentencias) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en cuanto declaran que el caso examinado constituye una cuestión de personal y, en consecuencia, se encuentra excluida del recurso de casación.

II. REQUISITOS FORMALES DE ADMISIÓN DEL RECURSO

Con carácter previo a la determinación del concepto objeto de estudio y de acuerdo con lo que tiene declarado el Tribunal Supremo, en relación con los requisitos formales para la admisión del recurso de casación, pueden extraerse las siguientes reglas:

- a) A los efectos de inadmisibilidad del recurso de casación, es irrelevante que el órgano jurisdiccional correspondiente haya tenido por preparado el recurso en la instancia o el ofrecimiento del mismo al notificarse la resolución impugnada; en este sentido, es doctrina reiterada y constante que, en cuanto presupuesto procesal, la exclusión de las cuestiones de personal es materia de orden público cuyo examen y control corresponde en último término al Tribunal, de forma que cuando en el trámite de admisión del recurso se aprecie que la resolución impugnada no es susceptible de recurso, procede declarar la inadmisión del recurso de casación.

- b) Dado que se trata de un recurso de carácter extraordinario, el escrito de interposición del recurso de casación debe tener por objeto la impugnación de la resolución de instancia, no el acto administrativo sobre el que ésta se ha pronunciado, y ello desde la limitada perspectiva que suponen los motivos tasados de casación, que se manifiesta en la exigencia de precisar cuales sean las normas cuya violación se imputa a la resolución impugnada para justificar su posible anulación. Y esto es así no sólo porque tal exigencia, propia del escrito de interposición del recurso de casación, viene ordenada legalmente, sino porque es inherente al significado de este recurso extraordinario, cuya genuina finalidad se encuentra en someter al conocimiento del Tribunal el examen de la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia efectuadas por el Tribunal de instancia, por lo que no puede articularse como si de una apelación se tratara.
- Con arreglo a esta doctrina, resulta que la reiteración de los argumentos expuestos en la demanda es causa suficiente para declarar la inadmisión del recurso, por lo que siempre debe recordarse que todas las críticas deben dirigirse contra la resolución recurrida (Auto o Sentencia), poniendo de relieve las infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido, y no contra el acto administrativo del que trae causa la resolución impugnada.
- c) La invocación de lesión de derechos fundamentales no altera el régimen general de los recursos, de forma que es indiferente que el proceso se haya seguido por el cauce especial de protección de los derechos fundamentales, toda vez que debe estarse a las reglas generales sobre la admisibilidad de la casación, con relación a la *índole material del asunto*, pues la invocación de los derechos fundamentales para fundar la pretensión, juega solo a efectos de motivación jurídica, pero no varía la naturaleza del asunto, tampoco alterada por el cauce procesal elegido por el actor.
- d) Respecto a la cuantía del pleito, es indiferente que se haya fijado como de cuantía indeterminada o que ésta supere el límite establecido para el acceso al recurso, pues a los efectos de exclusión de las cuestiones de personal del recurso de casación, se considera irrelevante que la cuantía del asunto fuera superior a la indicada cifra o que la cuantía se fijara como indeterminada, ante la tajante excepción de las cuestiones de personal, que prevalece frente a la regla general de recurribilidad de las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía excede del límite previsto.

Es de señalar que en la actualidad, el artículo 86.2.b LRJCA prevé la posibilidad de recurrir en casación, aunque la cuantía del asunto no alcance el límite de los 25 millones de pesetas, cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales. No obstante y habida cuenta que por la índole material del asunto, continúan exceptuadas del recurso de casación las cuestiones de personal, a tenor de lo previsto específicamente en el apartado 2.a) del precepto, la ampliación del recurso no alcanza a estas cuestiones, en que será de aplicación con carácter específico la excepción contenida en el apartado a) del citado artículo 86.2 LRJCA. En este sentido se ha pronunciado el Auto de 18 de octubre de 1999, que resuelve un recurso de queja, y que al analizar la excepción prevista en el artículo 86.2.b) in fine, que abre el recurso de casación, cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso, respecto de las sentencias recaídas en el procedimiento especial de defensa de los derechos fundamentales, dice que “en este último inciso se está enervando la virtualidad del motivo de inadmisión por cuantía, pero no se explicita en el mismo que la casación queda abierta “cualquiera que sea la materia” porque la sentencia se produzca en este procedimiento especial”. [...] “En conclusión, respecto de las resoluciones dictadas en el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, no opera la excepción del apartado b) del número 2 de este artículo -la referente a la cuantía, pero sí las demás, limitándose la virtualidad de la excepción contenida en el artículo 86.2.b), in fine, a la exigencia de la “summa gravaminis”; por tanto, no se ponen ya condicionantes de carácter económico a la admisión de los recursos de casación cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, pero los asuntos de personal se rigen estrictamente por lo previsto en el artículo 86.2.a)”. En definitiva, la naturaleza objetiva del proceso, prevalece a la cuantía del mismo.

- e) Son asimismo numerosos los Autos de inadmisión del recurso de casación por manifiesta falta de fundamento, en los casos en que se aduce como motivo casacional la infracción de la jurisprudencia aplicable, invocando al efecto doctrina general sobre determinada materia o sentencias dictadas por Tribunales distintos al Tribunal Supremo; a este respecto, la Sala Tercera tiene declarado que solamente pueden traerse a colación, como término de contraste, resoluciones del Tribunal Supremo en las que coinciden las circunstan-

cias de hecho iguales o similares a las del caso debatido y que se pongan en relación con el caso, y no declaraciones generales.

- f) La posibilidad de recurso de casación en los casos de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general, ha exigido que la impugnación del acto recurrido ante el Tribunal de instancia viniera fundamentada en la contradicción a derecho de una norma reglamentaria de la que aquél sea acto de aplicación, de forma que no basta a efectos del trámite de admisión del recurso de casación, la invocación genérica de ilegalidad de una determinada disposición. En este sentido la alegación genérica sobre la ilegalidad de una norma se ha considerado una cuestión de personal, encuadrable dentro de la excepción al recurso de casación, cuando la “ratio decidendi” de la sentencia impugnada no se encuentra en la pretendida ilegalidad de la norma, sino en la interpretación de su incidencia en el caso concreto. Sólo las sentencias dictadas en virtud de un recurso indirecto contra una disposición reglamentaria se han considerado susceptibles de recurso de casación; si de las actuaciones seguidas en la instancia no se desprende la existencia de un contenido concreto que revele que la impugnación del acto recurrido ante el Tribunal de instancia venía fundamentada en la contradicción a derecho de una norma reglamentaria de la que aquél sea acto de aplicación, se considera una cuestión de personal no susceptible de casación.

Debe tenerse en cuenta en la actualidad, como señala el Auto de 26 de junio de 2000 (rec. n° 3054/2000) que la Ley 29/98 ha realizado un cambio en el régimen jurídico de la impugnación de las disposiciones generales con la introducción de la cuestión de ilegalidad, pues “la comparación del vigente artículo 86.3 y de su precedente normativo -artículo 93.3- revela que su diferencia no es de matiz, por el contrario, esta modificación es un claro exponente del cambio en el régimen jurídico de la impugnación de las disposiciones generales que ha realizado la Ley 29/98. A estos efectos, conviene precisar que el artículo 86.3 solo faculta para acceder a la casación cuando la sentencia recurrida ha declarado “nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”, mientras que el artículo 93.3 hacía expresa alusión al recurso indirecto, en la línea que ahora establece el artículo 81.2.d) de la Ley 29/98 para acceder al recurso de apelación”.

g) Por último, la improcedencia de cuestionar en casación la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, (lo que viene siendo habitual en los procedimientos en que existen dictámenes médicos emitidos por los Tribunales médicos militares), ha determinado la inadmisión de los recursos por su carencia de fundamento; en este sentido es jurisprudencia reiterada que el recurso de casación no puede fundarse en el error en que hubiese podido incurrir el Tribunal “a quo” al apreciar las pruebas, salvo que se alegue, como motivo casacional, que aquél ha incurrido en infracción de normas o jurisprudencia sobre el valor tasado de una concreta y determinada prueba, en los contados casos en que la apreciación de la prueba no es libre, sino tasada; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1218, 1225 y 1232 del Código Civil, únicamente tienen el carácter de prueba tasada los documentos públicos, los documentos privados reconocidos legalmente y la confesión judicial, por lo que carecen de este carácter el resto de medios probatorios. Debe recordarse a estos efectos que la prueba pericial queda sometida a la libre apreciación del juzgador según las reglas de la sana crítica, conforme a los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que cualquier discrepancia respecto de dicha valoración conlleva irremisiblemente la inadmisión del recurso de casación.

Sin perjuicio de lo anterior, y como novedad de la LRJCA de 1998, el artículo 88.3 prevé la posibilidad, en el caso de que el recurso de casación se funde en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables, de que el Tribunal Supremo pueda tomar en consideración los hechos probados y omitidos por el Tribunal de instancia, cuando así resulte necesario para apreciar la infracción alegada, incluida la desviación de poder.

III. CUESTIONES DE PERSONAL: SUPUESTOS CONCRETOS.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, son “cuestiones de personal” no susceptibles de ser recurridas en casación, las materias que se relacionan en los siguientes apartados; todas ellas han sido dictadas en asuntos referidos a personal militar.

1º. - En primer término interesa poner de relieve el cambio jurisprudencial producido en torno a la *declaración de inutilidad física para el ser-*

vicio y consecuente pérdida de la condición de militar de carrera, que en un principio se encuadraba dentro de la excepción a la regla general de inimpugnabilidad de las sentencias dictadas en materia de personal, por entenderse que era un supuesto de extinción de la relación funcionarial, y que en la actualidad ha pasado a ser una cuestión de personal que, por tanto, queda excluida de la posibilidad de ser recurrida en casación.

Así, mediante Auto de 13 de octubre de 1997, dictado en el recurso nº 833/97, se desestima un recurso de queja interpuesto contra un auto del Tribunal de instancia, que acordaba no haber lugar al recurso de casación preparado, por considerar que la sentencia que se pretende impugnar, desestimatoria del recurso interpuesto contra una Resolución del Ministerio de Defensa, que acuerda no haber lugar a declarar la inutilidad física del interesado derivada de acto de servicio, está exceptuada del recurso de casación por referirse a una cuestión de personal que no afecta a la extinción de la relación de servicio. En el caso examinado el recurrente pretendía la obtención de la “exclusión del servicio”, es decir, la declaración de inutilidad física y el pase a la situación de retirado, exclusión total que a su juicio supondría la extinción de la relación de servicio con la Administración, de quien tiene la condición de militar de carrera, razón por la que debía entenderse que la cuestión era susceptible de recurso de casación.

No obstante la Sala entiende que si bien es cierto que en asuntos similares se había dicho que la cuestión era susceptible de recurso de casación, “sin embargo, un examen más ajustado a las estrictas exigencias legales, abandonando un criterio excesivamente flexible y poco acorde, no sólo con el sentido general de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, sino respecto al propio tenor del artículo 93.2.a) de la LRJCA, exige dar una respuesta distinta a la cuestión planteada.” En su fundamentación, el Auto se refiere al marco en que debe interpretarse la regla general de inadmisibilidad, recordando la finalidad del recurso de casación, “-la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes, mediante, y esto es especialmente relevante, un instrumento de “acceso limitado”-, del que quedan excluidas con carácter general las sentencias que se refieran a cuestiones de personal; señala asimismo que el legislador ha querido restringir el número de asuntos que debían acceder al Tribunal, de forma que además de las rigurosas exigencias formales y técnicas que rodean el recurso de casación, es de resaltar “el importante número de Autos de inadmisión dictados por esta Sala en los últimos años en aplicación de aquella reforma, una vez suprimido el antiguo recurso de apelación, de carácter ordinario y

típica muestra de segunda instancia”. De este modo, concluye, “sólo las sentencias que, ‘estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos’ son susceptibles de recurso de casación”, siendo la regla general la única instancia, y el conocimiento del Tribunal Supremo se limita a aquellos temas que, aún siendo de personal, revisten una especial gravedad por estar en juego el mantenimiento o la extinción de la relación de servicio.

Pero no toda extinción de la relación de servicio es, a juicio del TS, relevante, pues incluso “en los supuestos de extinción de la relación de servicio debe huirse de la interpretación amplia y generosa que había adoptado este Tribunal, con arreglo a la legislación vigente antes de la Reforma de 1992, para acoger en su lugar, y como ordena el texto legal, una interpretación estricta del término en el sentido de admitir el recurso sólo en los supuestos en que por decisión administrativa desaparezca la relación de servicio y no aquellos otros en los que el funcionario siga siendo tal o pase a una situación en la que pese a no haber una prestación efectiva de servicios, la relación funcional perdura”, con lo que la nueva Ley “ha reducido los supuestos en que cabe recurso de casación a aquellos que, sea como consecuencia de una sanción de separación del servicio, sea por otras causas como la jubilación, afecten a la extinción de la relación de servicio de los ya funcionarios”, lo que conlleva la no recurribilidad de las cuestiones de personal al servicio de la Administración pública.

En consecuencia, habrá que estar al *contenido del acto administrativo* cuya impugnación resuelve la sentencia, para determinar si nos encontramos ante una cuestión que afecte a la extinción de la relación de servicio, para abrir el acceso a la casación, de forma que únicamente cuando es el acto administrativo, y posteriormente la sentencia que lo revisa, el que acuerda la extinción de la relación de servicio, podrá la sentencia recurrirse en casación; cualquier otra pretensión que al socaire de la actividad administrativa pueda construir la parte recurrente, queda excluida de la posibilidad de recurrir. En definitiva, *la extinción de esa relación ha de configurar el propio contenido del acto y no la solicitud de extinción de la relación de servicio* que constituye la pretensión de la parte. La solución contraria “dejaría en manos del recurrente la apertura de la vía casacional por la propia configuración de su pretensión”. Sólo serán susceptibles de recurso de casación los supuestos “en que la Administración imponga al funcionario la extinción de la relación de servicio”, pero no juega cuando se trata de una situación radicalmente contraria y es el funcionario el que pretende, por las razones que sean obtener la exclusión del servicio, como

es el caso en que se solicita de la Administración militar una pensión extraordinaria por invalidez ocurrida en acto de servicio.

Criterio éste que ha seguido la Sala con arreglo a una línea ya consolidada de la que son muestra, entre otros, los Autos de 27 de octubre (recaídos en los recursos 3329/97 y 4287/97) de 1997 y 9 de febrero (recurso n° 7219/97), 23 de febrero (recurso n° 6172/97), 13 de abril (recurso n° 5783/97), 27 de abril (recurso n° 1080/97), 8 de junio (recurso n° 6308/97) de 1998, 5 de julio de 1999 (recursos n° 7455/98 y 8386/98) y 27 de julio de 1999 (recursos n° 4692/98 y 8961/98), a los que se remite el de 9 de junio de 2000 (recurso 1212/99). De ahí que se declare la inadmisión del recurso de casación en los casos en que la cuestión debatida se centra en determinar las consecuencias y condiciones del apartamiento de la Administración Pública, en especial cuando están en juego las consecuencias económicas que ello conlleva, como es el caso de la determinación, a efectos de reconocimiento de haberes pasivos, si la inutilidad física se produjo o no en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

El Auto de 4 de febrero de 2000 (recurso 11375/98) declara que son las sentencias y por ello los actos administrativos cuya impugnación aquellas revisan, los que por su propio contenido determinen o “afecten a la extinción de la relación de servicio”, para abrir el acceso a la casación; insiste en el criterio mantenido de que la excepción a la regla general de inadmisibilidad debe reservarse para aquellos supuestos en que la Administración imponga al funcionario la extinción de la relación de servicio, porque el recurso contencioso-administrativo se constituye como una *garantía del administrado, pero no juega cuando se trata de una situación radicalmente contraria y es el funcionario el que pretende, obtener la exclusión del servicio, porque nada impide, por lo general, abandonar la función pública, impedimento que sería el único posible supuesto de relevancia similar, a sensu contrario, a la exclusión, mientras que en el caso examinado -en que se pretendía el pase a la situación de Reserva Activa por pérdida de Aptitud Psicofísica- únicamente lo que está en juego es la incidencia que la enfermedad del recurrente pueda tener en su relación de servicios con la Administración y más concretamente una determinada situación administrativa, como es la de Reserva Activa, “que no supone el retiro y que sería, en su caso, el motivo legal de pérdida de la condición de funcionario, según lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, (derogada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas) vigente al tiempo de dictarse la resolución impugnada en la instancia”.*

2º. - Este mismo criterio ha sido de aplicación en los casos de reincorporación al servicio activo y escalafonamiento militar, en que la Sala recuerda que debe estarse al *acto administrativo*, y no a la *pretensión* que al socaire de la actividad administrativa pueda construir la parte recurrente, declarando la inadmisión del recurso de casación.

Así, por ejemplo, cuando lo que está en juego son las consecuencias y condiciones del apartamiento efectuado de manera voluntaria -por aplicación de la legislación en materia de *incompatibilidades*- del recurrente del Cuerpo Militar al que perteneció y del cual se retiró por el ingreso en otro Cuerpo de la Administración Pública, y no la extinción de la relación de servicio del recurrente, toda vez que la misma no ha sido en modo alguno objeto de controversia en la instancia, sino únicamente determinar el empleo desde el cual se le considera por renunciado en su condición de militar (Auto de 11 de septiembre de 1998, dictado en el recurso nº 7658/97).

De igual modo, cuando lo discutido es el contenido concreto del acto administrativo impugnado, como es una resolución que declara la no aptitud del recurrente para el ascenso, cuyo contenido no afecta a la extinción de su relación de servicio. (Auto de 9 de febrero de 1998, recurso nº 6216/97)

Tampoco se trata de la extinción de la relación de servicios, sino que constituye una cuestión de personal, excluida, por ello, del ámbito de la casación, el caso analizado en la sentencia de 27 de junio de 2000, (recurso 4/96), en el que el recurrente pretendió que se le declarase militar profesional con las inherentes consecuencias, sobre la base de entender superada la diferencia entre personal permanente (militares de carrera) y personal no permanente (militares de empleo) —mantenida incluso en el art. 3.º de la Ley 17/89, de 19 de Julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional— pues ese elemento determinante de la falta de permanencia en quienes tenían la condición de militar de empleo, produce la *ineludible consecuencia de la finalización o extinción de su compromiso* con el Ejército cuando concurren las circunstancias legales previstas, de modo bien distinto a la misma extinción, pero en supuestos exclusivamente aplicables a los militares de carrera; no es de aplicación la excepción prevista para los casos que “estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos”, al ser la extinción de la relación con la Administración Militar de militares de empleo, por conclusión del compromiso, no incluíble en dicha excepción, inequívocamente referida a funcionarios de carrera, y no a los de empleo, eventuales o interinos, al faltar la nota de permanencia.

3º. - La *permanencia y desalojo de viviendas militares* es una cuestión que también ha originado numerosos recursos y que, salvo alguna resolución discrepante (v. gr., sentencia de 6 de julio de 1992, recurso núm. 8912/1990) la Sala ha fijado como criterio definitivo el declarar inadmisibile el recurso, por constituir una cuestión de personal, ya que el Tribunal debe atender a la pretensión objeto del mismo, que en los supuestos de desalojo de viviendas ocupadas por militares se configura como una cuestión de personal, pues se cuestiona la permanencia en la vivienda militar como contenido de su relación funcional.

Así, el Auto de 7 de junio de 1999, (recurso nº 3829) que cita a su vez los de 12 de julio y 21 de septiembre de 1993, 20 de diciembre de 1996 y 29 de enero de 1998, mantiene que lo debatido en el proceso es la permanencia en la vivienda militar, lo que constituye un contenido de la relación funcional y de ahí que la cuestión debatida merezca la consideración de cuestión de personal, encuadrable dentro de la excepción al recurso de casación prevista en la LRJCA.

La misma conclusión sienta el Auto de 14 de diciembre de 1998, dictado en el recurso 138/98, en que se cuestionaba la legalidad de la resolución que denegó al recurrente el derecho de uso vitalicio de la vivienda que venía ocupando por su condición de Coronel de Aviación, y de aquella por la que se pretende ejecutar el desahucio.

El Auto de 5 de febrero de 1999, recurso nº 2042/98, que cita los de la Sección Séptima de 8 y 13 de octubre y 7 de noviembre de 1997 y de la Sección Primera de 14 de abril, 21 de julio, 6 de octubre y 3 y 24 de noviembre de 1997, señala que es reiterada la Jurisprudencia de la Sala que califica como “materia de personal” exceptuada del recurso de casación, las cuestiones relativas a la utilización por militares profesionales de viviendas militares calificadas como logísticas y, en general, el desalojo de las viviendas militares, pues los problemas suscitados con tal motivo derivan de la relación de servicio, por lo que la sentencia que se intenta recurrir no es susceptible de casación. En igual sentido el Auto de 4 de diciembre de 1998, recurso nº 7884/97.

También ha sido catalogada como cuestión de personal, (Auto de 8 de junio de 1998, recurso nº 7249/97) el posible derecho de una recurrente - tras haberse dictado Sentencia de separación, en la que se otorgaba el uso del domicilio familiar a la recurrente e hijos comunes del matrimonio- a continuar en el uso de la vivienda militar como consecuencia del contrato de arrendamiento suscrito por su ex-esposo (entonces Teniente de Infantería de la Escala Auxiliar) con el Patronato de Casas Militares, por ser rei-

terada la jurisprudencia de la Sala que las cuestiones relativas al uso y disfrute de viviendas asignadas por la Administración a funcionarios en atención a esta condición, en este caso viviendas militares, se califican como materia de personal, a lo que debe equipararse el caso resuelto pues la vivienda fue arrendada al ex-esposo de la recurrente precisamente como consecuencia de la relación que mantiene con la Administración Militar, y lo que se cuestiona es la permanencia en una vivienda militar, y *aunque la relación arrendaticia tenga su propio perfil no se puede negar que deriva del vínculo funcional que es su presupuesto y de ahí que se englobe en éste como uno más de sus contenidos.*

El Auto de 29 de mayo de 2000 (recurso de queja 3117/1999), sobre la impugnación de la Resolución del Director General Gerente del INVIFAS por la que se acordó el desalojo de la vivienda militar que fue adjudicada en su día al padre de la recurrente por su condición de militar -Capitán de Navío-, vuelve a insistir en que “es claro que se trata de una cuestión de personal, pues lo debatido en el proceso es la permanencia en la vivienda militar, lo que constituye un contenido de la relación funcional y de ahí que las cuestiones relativas al uso y disfrute de viviendas asignadas por la Administración a funcionarios en atención a esta condición -lo mismo cuando quien ocupa la vivienda es un familiar del titular fallecido-, merezcan la consideración de cuestión de personal (por todos Autos de 3 y 23 de febrero de 1997 y 29 de enero de 1998), sin que sea de aplicación la excepción recogida en el propio artículo 86.2.a) de la LRJCA pues no afecta al nacimiento ni a la extinción de la relación de servicio de funcionario de carrera”.

La sentencia de 31 mayo de 2000 (rec. 5908/1996) recuerda la doctrina consolidada y uniforme de la Sala acerca de que los litigios sobre declaración de viviendas militares como “de apoyo logístico”, promovidos por quienes los ocupan, son, a efectos procesales, cuestiones de personal, excluidas del recurso de casación, por cuanto que los problemas que se suscitan derivan de una relación funcional, al cuestionarse el disfrute u ocupación por un militar profesional, en atención a su calidad de tal, de la vivienda afectada por la calificación de logística.

De igual modo, (sentencia de 23 de mayo de 2000, rec. 2068/94) en el caso del desalojo o desahucio de una vivienda militar cuyo uso se cedió por razón del cargo o condición de militar y también por razón del estatuto funcional, estamos ante una sentencia en materia de personal al servicio de la Administración Pública que no afecta estrictamente a la extinción de la relación de servicio, por lo que el recurso de casación es inad-

misible por concurrir dicha causa de inadmisión, que en sentencia se convierte en causa de desestimación del recurso.

4°. - En materia de *ascensos*, la Sala entiende que esta es una materia claramente catalogable como cuestión de personal, entendida ésta como toda pretensión relacionada con el nacimiento, desarrollo o extinción de la relación de servicio con las Administraciones Públicas, que no cabe incluirla en la excepción prevista para los casos que, estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos, pues el objeto del recurso se refiere al *derecho de ascenso del recurrente, en situación de reserva activa*, a Comandante Médico, y la excepción a que se contrae el artículo 93.2.a) de la Ley Jurisdiccional, (en la actualidad, artículo 86.2.a), inciso segundo LRJCA) viene referida exclusivamente a la extinción de la relación de servicio (Auto de 5 de Julio de 1999 que resuelve el recurso de queja nº 7637/98).

5°. - Los actos que versan sobre *percepción de haberes pasivos -lo mismo si litiga el propio funcionario, en los casos de jubilación o retiro, o un familiar suyo cuando se trata de pensiones de viudedad u orfandad-* son cuestiones de personal por ser la relación funcional presupuesta del derecho a la percepción del haber pasivo. También son cuestiones de personal las que se refieren a la *Seguridad Social de los funcionarios públicos y en particular al Instituto Social de las Fuerzas Armadas*. Este es el caso resuelto por Auto de 6 de abril de 1999, (que cita los de 18 de septiembre de 1992, 17 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1995) dictado en el recurso nº 1785/98, que declaraba al recurrente Gran Inválido sin derecho al percibo de pensión por inutilidad para el servicio, por incompatibilidad con la que percibe desde su ingreso en el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, lo que se califica de cuestión netamente de personal, porque se trata de un acto que trae causa de la relación de servicio que el recurrente mantuvo con la Administración militar, como Sargento de la Guardia Civil, y lo pretendido fue una compatibilidad de pensiones.

6°. - El Auto de 13 de octubre de 1998, recurso 3/98, que a su vez cita los Autos de 18 de septiembre de 1992, 17 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1995, incluye dentro del concepto "cuestiones de personal" *los actos que se dictan en aplicación del sistema de retribuciones y de derechos pasivos del personal militar y asimilado*, y que la pretensión formulada por los recurrentes sobre la aplicación de los beneficios otorgados por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 28/94, incide en la revisión del señalamiento del haber pasivo, lo que deriva exclusivamente de la relación

de servicio o dependencia con la Administración que mantuvieron quienes ahora solicitan el referido haber pasivo, que es el dato definitorio de las cuestiones de personal. Lo que está en juego es la determinación de que cierto período temporal en el que se encontraban en situación de retiro, se deba entender que estuvieron en situación de reserva activa, a los efectos de la revisión del señalamiento de los haberes pasivos, sin que, por tanto, afecte en sentido estricto, a la extinción de la relación de servicio. En igual sentido el Auto de 25 de enero de 1999 (recurso n° 1824/98).

En el Auto de 17 de mayo de 2000 (recurso 1250/2000), se declara la inadmisión del recurso, pues la denegación de la solicitud sobre reconocimiento del derecho a percibir indemnización por residencia eventual durante la realización de la segunda fase del Curso de formación para el acceso a la escala básica del Cuerpo de Especialistas de la Armada y Cuerpo de Infantería de Marina (Escuela de Transmisiones y Electrónica de la Armada de Vigo -Pontevedra-), es una cuestión de personal que determina la irrecurribilidad de la sentencia impugnada.

7º. - Finalmente, se han considerado también cuestiones de personal las siguientes:

- a) Denegación de la solicitud de expedición de copia certificada del Informe motivado de prelación e idoneidad emitido por la Junta Superior del Cuerpo Militar de Sanidad y del Informe emitido por el Secretario de Estado de Administración Militar, referidos al ciclo de ascenso a General de Brigada del Cuerpo de Sanidad veterinaria, en los que figuraba incluido el recurrente sin que finalmente resultara promovido para dicho cargo. La cuestión objeto de debate se califica como cuestión de personal, ya que la pretensión deducida por el recurrente estaba directamente relacionada con el denominado Ciclo de Ascenso a General de Brigada del Cuerpo de Sanidad Militar (Auto de 20 de abril de 1998, recurso n°23/98)).
- b) Cambio de denominación de Damas Auxiliares de Sanidad Militar por el de Enfermeras de Sanidad Militar, y solicitud de que se constituya en cada Hospital Militar una Plantilla especial dentro del personal civil debidamente retribuida y a la que se acceda con aquel título o diploma (Auto de 16 marzo de 1998, recurso n° 4605/97).

IV.- REFLEXIÓN FINAL.

De lo anterior puede concluirse en primer término que el recurso de casación, como recurso extraordinario que es, exige el estricto cumplimiento de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad; en este sentido, el importante número de Autos de inadmisión del recurso dictados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Asimismo, el recurso se configura como un instrumento de acceso limitado, lo que en el caso que aquí interesa ha dado lugar a que la interpretación jurisprudencial del concepto "cuestiones de personal", se haya ido *ampliando progresivamente, de forma que la posibilidad de acceder a la casación se ha visto considerablemente restringida*: cuanto más amplio es el concepto, menores posibilidades de recurrir en casación. Sin duda alguna, la carga de trabajo de la Sala Tercera y los pleitos masivos en materia de personal son datos a considerar en la adopción de los criterios jurisprudenciales tendentes a filtrar el acceso a la casación.

ACUSACION PARTICULAR Y ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL MILITAR EN TIEMPO DE PAZ:

UNAS CONSIDERACIONES CRITICAS

PEDRO J. FERNÁNDEZ DOTÚ
Coronel Auditor.
Juez Togado Militar Central n° 2

Es evidente, tal y como pone de manifiesto ANDRES DE LA OLIVA (1) que “los sujetos de derecho han de estar protegidos en el orden penal”, esto es “tutelados frente a las transgresiones jurídicas”, y que esta tutela la proporcionan dos elementos: el Derecho Penal objetivo en su conjunto, de un lado, y la Jurisdicción de otro. “Pero estos elementos o piezas -continúa ANDRES DE LA OLIVA- sólo necesitan, por regla general, de una tercera pieza, el Ministerio Fiscal, que obviamente, no significa la concesión de ningún verdadero derecho a los sujetos jurídicos particulares, sino que personifica e instrumenta el interés público absolutamente predominante, de ordinario, en el ámbito penal”.

Una de las peculiaridades, sin embargo, de nuestro sistema procesal penal estriba, cabalmente, en que concede a todos (art. 101 LECr.) en determinadas condiciones (arts. 102 y 103 LECr.) un derecho al que se denomina legalmente acción, para ejercitar la acusación, estribando la cuestión en dilucidar si este supuesto derecho es idéntico o semejante al derecho en que consiste la acción civil, y cuál es su contenido y naturaleza.

En tal sentido resulta evidente que la acción atribuida al Ministerio Fiscal no presenta igual naturaleza que la ofrecida al particular ofendido por el delito o a los ciudadanos en general, pues mientras en el primer caso más que ante un “derecho”, de por sí inexistente, nos encontramos ante un

(1) D° Procesal Penal (1977) Editorial de Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 177 y ss.

deber de instar la persecución de las infracciones de naturaleza penal, en el segundo sí nos encontramos ante un “derecho” de configuración legal cuyo contenido, a pesar del tenor del art. 100 LECr. -”de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”- no estriba tanto en obtener del órgano jurisdiccional un concreto pronunciamiento de condena, cuanto conseguir del mismo una determinada actuación en orden a la averiguación de unos hechos, su posible relevancia delictiva y atribución a uno o varios sujetos determinados, como presupuesto todo ello de ejercicio del “ius puniendi” que solo al Estado compete.

La acción penal del particular no presupone pues, una relación jurídico material entre partes ni consecuentemente la preexistencia de un derecho de quien acciona frente a la parte pasiva, cuya tutela o salvaguardia se pretenda mediante el ejercicio de la acción, y en tal sentido no se configura como un verdadero y propio derecho sino más bien como un poder o facultad, una potestad, que legalmente se atribuye al perjudicado u ofendido por el hecho presuntamente delictivo o a cualquier ciudadano, en el caso de la acción popular, en orden a instar la apertura del proceso o proseguir el mismo, personándose en el ya iniciando, como cauce de ejercicio de un “ius puniendi”, ajeno a quien ejercita dicho poder o facultad.

Así, mientras la acción en el proceso civil es un derecho subjetivo público que los sujetos jurídicos tienen para instar del órgano jurisdiccional y eventualmente obtener del mismo una concreta tutela judicial, mediante una resolución con un concreto contenido, en el ámbito penal no puede hablarse de un derecho subjetivo público a que se condene al delincuente.

La acción en el ámbito civil está ligada a una situación previa jurídico-material, relación esta que justifica y da razón no solo del derecho del sujeto a dirigirse a los órganos jurisdiccionales, sino además el que estos le dispensen la concreta tutela que, en relación con dicha previa relación jurídico-material, solicita; la acción no es por tanto, ni puede confundirse con, el derecho subjetivo que se da en el presupuesto jurídico-material, ni constituye tampoco un mero derecho procesal, sino que constituye un propio y verdadero derecho subjetivo público del que se es titular frente al Estado, para que a través del órgano jurisdiccional, otorgue la concreta tutela jurídica que se solicita.

En la acción penal, en cambio, no puede hablarse de derecho subjetivo público alguno, sino solo de un poder, de una potestad -el ejercicio de

un deber en el caso del Ministerio Fiscal- de realizar un acto por el que se ejercita un “derecho” a ser parte acusadora en el proceso penal.

“El concepto de potestad, afirma GARCIA DE ENTERRIA (2) siguiendo a SANTIROMANO, se perfila a través de su contraste dialéctico con el de derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género poderes jurídicos, en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos”. Pero a partir de este núcleo común todas las demás notas son diferentes entre la potestad y el derecho subjetivo. Así, el derecho subjetivo, continua GARCIA DE ENTERRIA, se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es, en este sentido, un sujeto obligado. Por el contrario la potestad no se genera en relación jurídica alguna, -ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento; de otra parte no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas; no consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir relaciones jurídicas particulares; en fin a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. ...En definitiva la potestad, es una mera facultad de actuación de atribución legal, legalidad que define sus límites y condiciones o presupuestos de ejercicio.

En tal sentido y si concebimos la acción penal, en cuanto referida a los particulares como una mera potestad de origen y contenido legal habríamos de concluir que su reconocimiento no es necesario, en cuanto, al no suponer la previa existencia de una relación jurídico material, no exigiría, de por sí, un reconocimiento y amparo por la norma jurídica.

Es evidente, no obstante que el sistema acusatorio que caracteriza nuestro proceso penal se estructura en un triple frente: la acusación del Ministerio Fiscal que representa los intereses generales; la del acusador particular -y como especialidad la del actor privado- que defiende los “derechos” del ofendido, y la del acusador popular, referida a todos los ciudadanos “hayan sido o no ofendidos por el delito”. Así el ordenamien-

(2) Curso de Dº Administrativo - CIVITAS 4ª Ed., pág. 419 y ss.

to jurídico español, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, no reconoce en exclusiva el ejercicio de la acción penal al M° Fiscal, sino que tal función acusadora la comparte con cualquier ciudadano en determinadas condiciones, e incluso en algunos supuestos -delitos privados- es al propio ciudadano ofendido por el delito a quien se concede la acción para perseguirlo, y con exclusión del M° Público (art. 104 LECr.).

En concreto nuestra LECr. concede el ejercicio de la acción penal a todo ciudadano español (art. 101) haya sido o no ofendido por el delito (art. 270.1) y a los ciudadanos extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes; o las personas o bienes de sus representados (art. 270 II en relación con los arts. 280 y 281), reconocimiento o concesión que ha sido elevado a rango de Derecho Constitucional (art. 125 CE). En el mismo orden de cosas, la L.O.P.J., desarrollando el precepto constitucional precisa en su art. 19.1 que “los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidas en la ley”.

Ciertamente acusación popular y acusación particular presentan evidentes diferencias. Partiendo de la base de que aquella se produce por el ciudadano no ofendido por el delito, mientras que ésta comprende los supuestos en que es el ofendido o perjudicado por el delito el que ejercita la acción, la doctrina (3) tiene establecidas algunas particularidades en el ejercicio de la acción penal, dependiendo de si el particular es o no el ofendido por el delito. “Entre ellas se pueden destacar las siguientes:

- 1° El acusador popular debe comparecer en la causa por medio de Procurador con poder especial y Letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio, mientras que el ofendido por el delito tiene derecho a que se designe de oficio cuando no le hubiese nombrado por sí mismo (art. 118.111).
- 2° El acusador popular debe constituir fianza de la clase y cuantía que el Juez determine para responder de las resultas del juicio (art. 280) mientras que el acusador particular está exonerado de cumplir tal deber (art. 281).
- 3° El acusador popular tiene unas limitaciones en su legitimación (art. 102 y 103) que no se aplican al acusador particular.
- 4° Un sector doctrinal (MONTERO AROCA), además, añade que el fundamento constitucional de las acciones popular y particular es diferente, puesto que mientras el acusador popular tiene una legiti-

(3) JULIO MUERZA ESPARZA. D° Procesal Penal, pág. 140 y ss.

mación extraordinaria, en cuanto se la reconoce el art. 125 CE, no precisando afirmar que es el ofendido por el delito para que se la reconozca el derecho al ejercicio de la acción penal, el acusador particular tiene una legitimación ordinaria apoyada en el art. 24.1 CE (STC. 34/94 de 31 de enero)”.

Ahora bien al margen de tales diferencias tanto la acción popular como la acusación particular coinciden en constituir meras potestades que el ordenamiento jurídico atribuye al particular, y no un verdadero derecho subjetivo público, pues tanto uno como otro, al igual que el M^o Fiscal, que ejercita o cumple con el deber de acusar, carecen de poder dispositivo sobre el proceso, puesto que no son sujetos de la relación jurídica objeto del mismo. La acusación, como presupuesto del proceso lo único que afirma en el mismo es el “ius puniendi” del Estado, el derecho subjetivo de penar del Estado, primera consecuencia que se deriva de la comisión del hecho punible.

Ciertamente cuando el ordenamiento jurídico reconoce una potestad, lo hace en función de algo; y ese “quid”, en el supuesto de la acción penal, no es otro que el interés que el ciudadano tiene en que frente a una infracción de naturaleza penal el Estado ejercite el “ius puniendi” que le viene atribuido, a través del cauce establecido para ello, que no es otro que el proceso penal. Bien es cierto que este interés, adquiere distinta configuración en el caso del ciudadano directamente ofendido o perjudicado en sus bienes o derechos y el que no lo ha sido, pues el primero tiene un interés directo y específico, mientras que el segundo lo tiene de carácter genérico. De ahí la distinta configuración legal de la acción penal y la posición de un cierto sector doctrinal, que la enmarca en el ámbito constitucional del art. 24.1 cuando de la acción particular -y en todo caso de la privada- se trata, o en el del art. 125 cuando lo que afirma es la acción popular.

Ya hemos dicho que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que nos son próximos, como el francés o el italiano, que no conocen más acusación que la del Fiscal, el sistema en que se inspira nuestro proceso penal común, asume la posibilidad de existencia de una pluralidad de partes del lado de la acusación y hemos intentado dar razón del por qué nuestro ordenamiento atribuye esta potestad al particular.

Precisamente esta caracterización de la acción penal particular, en sentido amplio, como mera potestad que el ordenamiento reconoce al ciudadano, para instar la incoación del proceso o la prosecución del mismo en orden al ejercicio del “ius puniendi” del Estado, sobre la base del interés directo o genérico que tal ciudadano ostenta en que efectivamente se ejer-

cite ese "ius puniendi" frente a los hechos y conductas que revisten naturaleza penal, ha de servirnos para enfrentarnos a la regulación que de esta materia se hace en el proceso penal militar.

Tradicionalmente la Jurisdicción Militar en el Ordenamiento Jurídico Español ha otorgado el monopolio de la acusación al Ministerio Fiscal. Tanto el C.J.M. de 1890 (art. 343) y en lo procesal su antecedente inmediato de la Ley de Enjuiciamiento de 1884, como la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina de Guerra de 1894 (art. 7) desconocían la posibilidad de intervención en el proceso penal como parte acusadora a cualquier persona que no fuera el M^o Fiscal.

Tal criterio fue el mantenido por el C.J.M. de 1945 que lacómicamente establecía en su art. 452 que "...en ningún caso se admitirá la acción privada" (4). Fue la L.O. 9/80 de 6 de diciembre la que, al reformar el C^o de 1945 tanto en aspectos organizativos y de competencia, como sustantivos y procesales, introdujo por primera vez la acusación particular en el proceso penal militar; no así la popular que continuó ajena y extraña a nuestro ordenamiento.

La nueva redacción dada a determinados artículos, como el 452 -que substituyó la prohibición del ejercicio de la acción privada por la mera prohibición de ejercicio de la querrela (5)-, o los arts. 491 y 728 -que aluden expresamente a la acción privada y la acusación particular-, no establecieron ninguna limitación al ejercicio de estas acciones, en el sentido de impedir la personación en el procedimiento ya iniciado del perjudicado u ofendido por el delito, para ejercitar, tras el oportuno ofrecimiento de acciones, la acusación particular o privada a la que se abría cauce, si bien del propio contenido del punto 2 del art. 452 se desprendía que el momento de la personación era tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el Instructor, que había de producirse tras el procesamiento del presunto responsable, lo que de otra parte estaba en clara concordancia con el hecho de afirmar, con exclusividad, la incoación de oficio y la proscripción de la querrela.

Pues bien, la L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como la Ley Procesal Militar, aprobada por L.O. 2/89 de

(4) Entendido el término "privada" como opuesto a "pública", monopolio del M^o Fiscal, y por tanto comprensiva tanto de la acción particular como de la privada en sentido estricto.

(5) En tanto en cuanto forma de inicio del proceso, no en todo caso como cauce formal, para mostrarse parte en un proceso ya iniciado.

13 de abril, aun manteniendo la posibilidad de ejercicio de la acusación particular e introduciendo en determinados supuestos la posibilidad de la querrela, han modificado en aspectos destacables el sistema introducido por la L.O. 9/80.

En primer término, el art. 130.5 de la L.O. 2/89 Procesal Militar introduce la querrela como forma de inicio del proceso penal militar, si bien reducida al supuesto del art. 108 de la L.O. 4/87, esto es, cuando sea formulada por el particular lesionado en sus derechos o bienes. Además, el art. citado limita el ejercicio de la querrela al particular no militar, pues a pesar de la referencia al art. 108 de la Ley Orgánica 4/87, el tenor literal del art. 130.5 de la Ley Procesal, es claro al establecer "...salvo que perjudicado e inculpado sean militares", con lo que restringe aún más el tenor del art. 108. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar, cuando sea perjudicado u ofendido por el delito, si entre ambos no existiera relación jerárquica de subordinación, pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querrela, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación si no existiera entre el mismo y el denunciado la referida relación jerárquica de subordinación. Dicha redacción es similar a la del art. 127 de la Ley Procesal Militar en su párrafo primero.

Por su parte, el art. 168 de la LOCOJM excluye en tiempo de guerra la posibilidad de ejercitar en todo caso la acusación particular y la acción civil.

Tal limitación de los arts. 108 y 127 antes citados, que se extiende asimismo al ejercicio de la mera acción civil, no estaba en modo alguno prevista en el C.J.M. tras la reforma operada en aquel por la L.O. 9/80, y de hecho su introducción en la L.O. 4/87 (art. 108) suscitó cierta oposición en la discusión parlamentaria y la presentación de tres enmiendas -una del Grupo Parlamentario del PNV, otra de IU y una tercera del diputado del CDS Sr. DON LEON BUIL- en las que esencialmente se argumentaba, a la par que una presunción de posible inconstitucionalidad del precepto, la negativa a aceptar que un derecho constitucionalmente reconocido pudiera ser excluido en un ámbito profesional concreto por la mera existencia de una relación jerárquica.

Sin embargo, curiosamente, el citado precepto, de cuya constitucionalidad se dudaba, venía amparado por la doctrina sentada por nuestro máximo intérprete constitucional, en auto 121/84 de 29 de febrero en el que

afirmaba que el principio constitucional por el que se concede acción penal directa al interesado sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que la impida la naturaleza de la materia regulada o la impidan intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, cual es la disciplina militar; esta doctrina se mantiene y amplía en la Sentencia 97/85 de 29 de julio en el sentido de afirmar que el art. 452.2º del Cº. de J.M. "...está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la Constitución les asigna, una especial e idónea configuración en la que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial, no resultando fácil compatibilizar tales exigencias con litigios entre quienes pertenecen a la Institución Armada en sus diferentes grados". ..."Sin embargo -prosigue la sentencia- cuando tales principios y valores no se ven afectados, se hace forzoso buscar una interpretación que la cohoneste con aquel derecho (tutela judicial en su manifestación de acceso al proceso)" y en consecuencia concluye que estará prohibida la acción privada "que pretenda ejercitar un militar contra otro, estando ambos ligados orgánicamente" y no lo estará aquélla que se intente "...por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas y asistidas de un posible agravio directo". Pero tal doctrina, entiendo, no justifica plenamente los preceptos que ahora analizamos, o cuando menos no es congruente en su totalidad con el tenor de los mismos.

Efectivamente las resoluciones que acabamos de citar se pronunciaban en relación con el art. 452.2º del C.J.M. tras la redacción dada al mismo por la L.O. 9/80 de 6 de diciembre, redacción esta que, como anteriormente apuntábamos, se limitó a sustituir la anterior prohibición de la acción privada o particular en el ámbito del proceso penal militar por la mera prohibición de la querrela. Pero ya vimos como el C.J.M., tras la indicada reforma, permitía que el ofendido o perjudicado por el delito, una vez que el procedimiento penal se dirigiera contra el presunto responsable, pudiera personarse en aquel, tras el oportuno ofrecimiento de acciones, para ejercitar la acción particular. Consecuentemente, lo único que tras la indicada reforma vetaba el derogado Código de Justicia Militar, era que el proceso se iniciase a instancia de parte mediante el ejercicio de la querrela. Y es sobre esto, y sólo sobre esto, sobre lo que en sentido estricto se pronuncia y podía pronunciarse nuestro Alto Tribunal, en el sentido de afirmar que no sería admisible el ejercicio de la acusación, instando la apertura del proceso mediante querrela, cuando querellante y querellado fueron militares, pues el estar integrados en los Ejércitos, en una Institu-

ción Armada, cuya especial configuración, para cumplir los altos fines que el art. 8.1 de la Constitución les asigna, y en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial, es de difícil conjugación o compatibilización con la presencia de litigios entre quienes la integran; pero que, por el contrario, la querrela sí sería admisible cuando no se diera esa circunstancia en el querellante o en el querrellado. En tal sentido dicha jurisprudencia lo que avalaba era el tenor del nuevo art. 130.5.

El que luego algunos de los razonamientos de dichos fallos fueran utilizados, a la hora de redactar los artículos 108 de la L. O. 4/87, -y así se pone de manifiesto en su Exposición de Motivos- y 127 de la L.O. 2/89, Procesal Militar, es otra cuestión, cuya justificación, entendemos, carece de base suficiente y además incluso cabe entender contradicha por algunos de los preceptos de la propia Ley Procesal Militar. Y ello sin desconocer el hecho de que el Tribunal Supremo (Sala V) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dichos preceptos y, en particular, sobre el art. 108 citado, apoyándose en la doctrina sentada en el auto y sentencia antes citados del Tribunal Constitucional (6).

Preciso será, no obstante, analizar previamente el sentido y contenido de las limitaciones establecidas.

Estas se refieren de una parte (art. 130.5 L.P.M.) a la prohibición de la querrela cuando querellante y querrellado sean militares -al margen del tipo de relación que exista entre ambos- aun exigiendo en todo caso que el querellante sea perjudicado u ofendido por el delito. De otra a la imposibilidad de personarse en el procedimiento iniciado para ejercer la acusación particular o la acción civil, cuando dándose la circunstancia de ser tanto el perjudicado como el presunto responsable del delito militares, exista además entre ambos relación jerárquica de subordinación.

Partiendo de la base de que al conceder el art. 24.1 CE. el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales, de cualquier orden que sean, la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (7) y que, en tal sentido, por imperativo del art. 51 de la LOPJ, que nos impone interpretar las leyes "conforme a la Constitución", siendo así que la fuerza expansiva de todo

(6) Autos de la Sala V del T.S. de 2.1.89 y 27.5.92 entre otros.

(7) SSTC 24/87, 93/90 y 285/93, entre otras.

derecho fundamental (8) restringe el alcance de las normas limitadoras que actúen sobre el mismo, es preciso, conforme a una interpretación literal de los preceptos que analizamos, y que utilizan el verbo -"sean" y "exista"- en tiempo presente, llegar a la conclusión que las limitaciones derivadas de dichos artículos sólo pueden tener virtualidad cuando la circunstancia contemplada se de, esté presente, en el momento en que se pretenda interponer la querrela, o personarse al objeto de ejercitar la acusación particular o acción civil, sin que baste consecuentemente que la existencia de la condición de militar, aparejada o no a la situación de relación jerárquica de subordinación, se de en el momento de ocurrencia o perpetración de los hechos -pues en tal caso no cabía nunca, a partir de este momento, el ejercicio de la acción particular-. No obstante, tal interpretación restrictiva de la prohibición no concede mejor fundamento a la misma.

Tampoco la motivación de que la relación jerárquica de subordinación, no ha de ser la genérica -existente siempre entre militares en razón de empleo o antigüedad- sino la concreta y específica derivada de la orgánica y funcional existente entre ambos, pues caso contrario, sería absolutamente superfluo referirse a la misma, bastando excluir el ejercicio de la acusación particular o acción civil entre militares ya que en la Institución militar, siempre se da entre sus miembros una relación de jerarquía y superioridad de unos respecto de otros.

Sentado lo anterior, es exigible, y esto ya hace referencia al concepto estricto de legitimación, que quien pretende ejercitar la acción particular o acción civil, haya sido perjudicado u ofendido en sus bienes y derechos por el delito. Ciertamente no pocos de los delitos militares son infracciones que atentan exclusivamente contra bienes jurídicos de naturaleza pública, como los delitos de desertión, abandono de destino o residencia, desobediencia, delitos contra los deberes del centinela, contra la hacienda en el ámbito militar -cuando menos en la mayoría de sus modalidades- pero es igualmente cierto, que otros muchos son de carácter pluriofensivo y atentan asimismo contra bienes o derechos de los particulares -como la vida o la integridad física, o el honor en los delitos de insulto a superior, o en los de abuso de autoridad, o la propiedad, en los de devastación y saqueo o requisas ilegales...- y en tal sentido la naturaleza del delito y los bienes jurídicos contra los que el mismo atenta o pone en peligro, habrán

(8) Y el derecho a la tutela judicial, y en cuanto a él se incardina el ejercicio de la potestad acusatoria reconocida por las leyes procesales en defensa de derechos e intereses legítimos, lo es.

de ser tenidos en cuenta a la hora de permitir el acceso al proceso en calidad de perjudicado u ofendido.

Pero dicho lo anterior, tenemos que preguntarnos necesariamente si tales limitaciones aún con las matizaciones fijadas, tienen sentido y justificación, y en todo caso, si la propia norma que tales limitaciones ampara es congruente con la postura adoptada. Pues bien, nuestra respuesta ha de ser negativa en ambos casos.

Si la exclusión de la querrela o de la acusación particular y acción civil en el ámbito jurisdiccional castrense pretende apoyarse en las exigencias de la profesión militar, atendida su especial naturaleza, que se enmarca en una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, caracterizada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación para conseguir la máxima eficacia (9), y que se vería afectada por litigios entre militares si, en definitiva, la causa de la excepción es la tutela de la disciplina militar que podría verse gravemente perjudicada (10) por la presencia de estos litigios, no se alcanza a entender que dicha tutela no se dé cuando la controversia se produce en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria por delitos comunes (estafas, apropiación indebida, robo, hurtos, lesiones por imprudencia) en los que sujeto activo y perjudicado u ofendido pueden ser militares, y existir entre ambos relación jerárquica de subordinación. La pretendida tutela de la disciplina, de la Unidad de las Fuerzas Armadas y sus componentes no puede hacerse depender, si efectivamente es imprescindible que se produzca, del ámbito jurisdiccional en que la controversia o litigio entre militares se dé.

La razón esgrimida podía efectivamente tener clara justificación en un tiempo pretérito en que el ámbito de competencia de la Jurisdicción Militar se extendía o abarcaba la totalidad de los delitos, incluso los de naturaleza común -excepción sea hecha de los supuestos de desafuero- cometidos por militares y en que el ejercicio del Mando y el de la Jurisdicción iban indisolublemente unidos, pero carece de sentido en el momento actual en que la Jurisdicción militar tan sólo tiene competencia en tiempo de paz para el conocimiento de los delitos tipificados como militares en el Cº. Penal Militar, escapando de su competencia los delitos de naturaleza común, aun cuando afecten al buen régimen y eficacia del servicio- y es ejercida por órganos judiciales específicos e independientes, sujetos con exclusividad a la Constitución y a las leyes.

(9) Rojas Caro. Dº Procesal Militar.

(10) J. Aparicio Gallego. La nueva organización de la Justicia Militar (RGD 1987).

No tiene sentido, como decimos, esgrimir la tutela o protección de la disciplina y la unidad entre los miembros de la Institución militar, que se afirma podía verse afectada por cualquier litigio que se diera entre militares, máxime en el supuesto de que exista entre los mismos relación jerárquica de subordinación, si acto seguido se reduce exclusivamente el ámbito de dicha tutela al marco de la Jurisdicción Militar, pero no en el más amplio de la Jurisdicción ordinaria, en el que la disciplina y la unidad pueden sufrir idénticos o más graves embates.

Y si a la hora de vetar el ejercicio de la acción particular o en su caso la querrela, carece de suficiente entidad el argumento tutelar esgrimido, menos fundamento tiene si lo que se trata de impedir no es ya la acusación formal entre militares, sino la acción civil en demanda del mero resarcimiento del daño o perjuicio experimentado como consecuencia del delito cometido, agravando dicho perjuicio con la demora impuesta en espera de la finalización del proceso penal, para poder plantear la correspondiente demanda civil y el condicionamiento que este último proceso pueda sufrir derivado del contenido de la sentencia penal, en cuyo proceso -el penal- ninguna intervención se ha permitido al perjudicado.

Pero es que, a mayor abundamiento, nuestra propia Ley Procesal es incongruente con los principios de defensa y tutela de la disciplina que afirma, y prueba palpable de ello es el tenor del art. 143 de la Ley Rituaria ya citada, que concede entre otros al denunciante recurso de apelación contra el auto del Juez Togado por el que acuerde alguna de las medidas previstas en el art. 141 de la misma ley, y entre ellas y en particular la terminación y archivo del procedimiento -las diligencias previas- si estima que los hechos objeto de investigación no son constitutivos de delito.

Teniendo en cuenta que denunciante puede serlo el perjudicado u ofendido por el delito, que siendo militar no sólo tiene el derecho, sino el deber de denunciar o dar parte de aquellos hechos constitutivos de posible delito militar de que tenga conocimiento, -incurriendo si no lo hace en responsabilidad- y que el mero hecho de recurrir el auto del Juez Togado que pone fin a las D/Previas -si considera que los hechos no son constitutivos de ilícito penal, ni de otro tipo de ilícito, o en su caso lo son de ilícito disciplinario-, ya de por sí supone plantear materialmente una acusación, pues dicho auto se recurre, porque el denunciante recurrente piensa que los hechos si son constitutivos de delito, pudiéndose dar, como de hecho sucede, que entre dicho denunciante de condición militar, y el denunciado, que normalmente será militar, -dada la naturaleza de delitos propios de la mayor parte de los tipos penales militares, -exista una relación jerárquica de subordinación, no se alcanza a

entender que se permita formular, mediante la vía de recurso, dicha acusación, y si aquel prospera y por el Tribunal se resuelve favorablemente ordenando la incoación de sumario y eventual procesamiento del presunto responsable del delito apreciado, acto seguido se impida a quien más allá de la mera denuncia, ha acusado, el personarse para mantener su acusación, en el sumario ya iniciado.

Tal postura resulta aún más incongruente en relación con el veto que se formula -por la simple no mención de la posibilidad- respecto al ejercicio en el proceso penal militar de la acción popular, pues si se da el caso, no infrecuente, de que el denunciante, no sea el perjudicado u ofendido por el delito, al arbitrar a su favor la vía del recurso contra el auto de archivo dictado por el Juez Togado en unas diligencias previas, y con ello la posibilidad de acusar materialmente, y de hecho instar del Tribunal Superior, mediante la revocación del auto recurrido, la incoación del proceso penal, propiamente tal, se está de hecho abriendo una puerta indirecta, no sólo al ejercicio de la acción popular, sino a la propia querrela, pues el recurso puede fundarse incluso en la deficiencia de la prueba practicada y en el ofrecimiento de nuevas pruebas que den razón de la existencia de delito y posible responsabilidad del denunciado.

Que esta "incongruencia" cabe al menos planteársela encuentra apoyo en el tenor del fundamento jurídico segundo del auto de la S.V. del T.S. de 10 de junio de 1993. que sienta la siguiente doctrina: "Los arts. 108 de la LOCOJM y 127 de la LOPM declaran con meridiana claridad que, cuando ofendido e inculpaado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, no puede aquél mostrarse parte como acusador particular o como actor civil... El problema se plantea, sin embargo, cuando se trata de conectar lo dispuesto en aquellas normas y lo que, también de modo claro, dispone el art. 143 de la Ley Procesal Militar, que concede legitimación para interponer recurso de apelación contra los autos dictados al amparo del art. 141, al Fiscal Jurídico Militar, a los Mandos Militares promotores del parte, al denunciante y al perjudicado...; la legitimación para apelar, que en el procedimiento penal ordinario viene condicionada por el requisito previo de haberse constituido el denunciante en parte, no está sometida en el art. 143 de la Ley Procesal Militar a condición alguna, probablemente porque el legislador, a la vista de la limitación definida por los arts. 108 de la LOCOJM y 127 de la LOPM, quiso compensar al denunciante militar con una facultad última de revisión del resultado de su denuncia. Limitar la legitimación al denunciante militar añadiría, a la anómala separación de lo preceptuado por el procedimiento ordinario, la ilógica consecuencia

de denegar a un denunciante militar la legitimación por el hecho de que legalmente nunca podía constituirse en parte y reconocerla al no militar que, pudiendo usar de su derecho de mostrarse parte en el proceso, no la hubiera utilizado. Parece, por tanto, que nos encontramos ante una peculiaridad del proceso militar y que no cabe hablar de una separación entre preceptos específicos -art. 108 de la LOCOJM y 127 LOPM- y preceptos generales -el del art. 143 LOPM- con una prevalencia de aquéllos sobre éste. Cada uno de ellos tiene su propio ámbito y el art. 143 queda constreñido a la legitimación para recurrir en apelación los autos dictados al amparo del art. 141, sin que quepa hacer distinción alguna entre distintas especies de denunciantes y de perjudicados, y sin olvidar que tampoco el Mando Militar promotor del parte precisa ningún plus para estar legitimado para idéntico recurso, indicio claro de la voluntad de la ley, que no podrá ser ignorada sin atentar contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE, vistas las limitaciones que por otra parte afectan a los militares”.

Lo que de dicha exposición se desprende de modo claro, es que la peculiaridad del art. 143 va más allá de la peculiaridad que también supone el art. 327 de la *Ley Procesal Militar en relación con los arts. 111 y 112 de la LOCOJM*, pues no sólo ofrece recurso de apelación -en el supuesto del art. 143- y en este caso al mando promotor del parte, en forma similar y fundado en idéntico motivo, aunque el precepto calle, a como el art. 327 atribuye la posibilidad de formular recurso de casación a los Mandos Militares Superiores, sino que atribuye intervención en el proceso, legitimándole para apelar el auto dictado al amparo del art. 141 a quien es mero denunciante, sea militar o no, y sea o no ofendido por el delito, posibilitándole para formular lo que, se quiera o no, es materialmente una acusación; luego, si dicho recurso prosperara, le niega la posibilidad de personarse en el proceso para ejercer formalmente dicha acusación, si es militar, y entre el mismo y el presunto responsable del delito o cualquiera de ellos, si son varios, existe relación jerárquica de subordinación. Que la contradicción existe resulta evidente, al tiempo que pone en entredicho, al reconocer dicha legitimación al denunciante no perjudicado u ofendido la imposibilidad de ejercicio de la acción popular (11).

(11) En este sentido, el T.C. en Sentencia 64/99 de 26 de abril, ha establecido respecto al ejercicio de la acción popular en el ámbito de la *J. Militar*, que “...se trata de determinar si el silencio de las leyes acerca de la figura del acusador popular supone una negativa legal a la posibilidad de esta figura en dichos procesos, o, por el contrario, si dicho silencio da lugar a la eficacia de la disposición adicional primera de la *Ley Procesal Militar* y,

En definitiva, entiendo que ni el precedente legislativo inmediato -la reforma introducida por la L. O. 9/80 de 6 de diciembre- ni la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que evidentemente afectaba a un precepto de distinto contenido y en un contexto diferente, ni las razones que, buscando fundamento en dicha doctrina, recoge la E. de M. de la LOCOJM 4/87, intentando justificar la exclusión, en determinados supuestos, del ejercicio de la acusación particular y de la mera acción civil, en el ámbito del proceso militar, dan razón suficiente de dicha exclusión, en buena parte además puesta en entredicho por el tenor del art. 143 de la LOPM y por el fácil modo de elusión de la propia exclusión, que sólo precisa de la ruptura de esa relación jerárquica de subordinación concreta entre perjudicado u ofendido y presunto responsable, para que el proceso pueda abrirse al primero.

En tal sentido resultaría, a mi modo de ver, aconsejable eliminar todo tipo de trabas al ejercicio de la acusación particular y acción civil en el proceso penal militar, en tiempo de paz, modificando los arts. 108 de la LOCOJM. y 127 y 130.5° de la LOPM, y modificar asimismo el tenor del art. 143 sustrayendo la posibilidad de recurrir al mero denunciante, cualquiera que sea su condición, pues si es perjudicado por el delito ha podido personarse como parte ejercitando la acusación particular y si no lo es, vendría lógicamente afectado por la imposibilidad de ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar.

Tan solo en tiempo de guerra estaría a mi modo de ver justificado el mantenimiento sin exclusiones del monopolio de ejercicio de la acusación por parte del M° Fiscal, atendidas las especialísimas circunstancias que se dan en esta situación de conflicto armado, y la clara preponderancia de los "intereses públicos" sobre cualquier otro.

por tanto, a la aplicabilidad de los arts. 101 y 270 de la LECr., y, en definitiva, a esta modalidad de acusación en el proceso militar", concluyendo que, tratándose de un derecho de configuración legal, la acción popular sólo existe cuando la ley la establece sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho de tutela judicial efectiva, doctrina esta que reitera en Sentencia 81/99 de 10 de mayo.

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

LEY ORGÁNICA 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas.

(Del BOE número 8, de 10-1-2000)

LEY ORGÁNICA 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(Del BOE número 10, de 12-1-2000)

LEY ORGÁNICA 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

(Del BOE número 239, de 5-10-2000)

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

(Del BOE número 142, de 14-6-2000).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(Del BOE número 148, de 21-6-2000).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

CANJE de notas entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y los Gobiernos del Reino de Dinamarca, el Reino de España, la República Helénica, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de Noruega, la República Portuguesa y la República de Turquía sobre el Estatuto de sus Fuerzas durante las estancias temporales en la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 5 de mayo de 1977.

(Del BOE número 20, de 24-1-2000).

APLICACIÓN provisional del Acuerdo entre España y la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares sobre la realización de actividades relacionadas con instalaciones del sistema internacional de vigilancia del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, comprendidas las actividades posteriores a la homologación, y Protocolo, hecho en Viena el 14 de septiembre de 2000.

(Del BOE número 286, de 29-11-2000).

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

REAL DECRETO 76/2000, de 21 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

(Del BOE número 19, de 22-1-2000).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

REAL DECRETO 991/2000, de 2 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas.

(Del BOE número 133, de 3-6-2000).

MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 1189/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

(Del BOE número 156, de 30-6-2000).

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

REAL DECRETO 1329/2000, de 7 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas.

(Del BOE número 163, de 8-7-2000).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

REAL DECRETO 1687/2000, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

(Del BOE número 256, de 25-10-2000).

REAL DECRETO 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas.

(Del BOE número 253, de 21-10-2000).

ORDEN de 5 de julio de 2000, por la que se amplía el plazo previsto en la disposición transitoria primera de la Orden de 28 de mayo de 1997, por la que se establece el modelo de Informe Personal de Calificación para el Cuerpo de la Guardia Civil (IPEGUCI) y se aprueban las normas para su cumplimentación.

(Del BOE número 166, de 12-7-2000).

MINISTERIO DE DEFENSA

ORDEN 194/2000, de 6 de julio, por la que se establece el modelo de cooperación con otros países en materia de enseñanza militar.

(Del BOE número 232, de 27-9-2000).

Resolución número 24/2000, de 7 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba la «Instrucción sobre Composición y Dimensionamiento de los Establecimientos Disciplinarios Militares».

(Del BOD número 33, de 17-2-2000).

2. DOCUMENTACION

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal: Responsabilidad del Estado-Juez.- II.
Doctrina legal del Consejo de Estado.-

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ

I. PLANTEAMIENTO

El régimen de responsabilidad del Estado ha pasado por diversas etapas. En un primer momento, la norma general era la irresponsabilidad. El Estado, en cuanto sucesor de la Corona y ésta como institucionalización del Monarca, no podía ser demandado ante sus Tribunales. No podía dañar a nadie. Se afirmaba que, actuando el Estado mediante personas físicas, eran éstas las que debían responder. Trabajosamente se fué abriendo paso la idea contraria; la de que el Estado actúa ciertamente a través de personas físicas, quienes le imputan su actuación cuando lo hacen en acto de servicio, desapareciendo de la escena el titular del órgano para aparecer la organización frente a terceros.

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta 1954-1957, el derecho positivo sólo ofrecía algunos casos aislados en los que aparecía prevista la indemnización por daños. No existía una norma que, con carácter general, impusiese a la Administración, como consecuencia obligada, el deber de resarcir los daños irrogados a un particular. Es más, el derecho positivo paralizaba toda posible construcción jurídica de tal responsabilidad, al

contraerla a los límites estrictos del entonces vigente artículo 1903 del Código Civil, según el cual, el Estado sólo era responsable por daños cuando obraba por “mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien corresponda la gestión practicada”, precepto de rigor tan extremado que la jurisprudencia no consiguió establecer sobre el mismo un sólo caso de responsabilidad de la Administración. La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, estableció la responsabilidad estatal por las lesiones y daños patrimoniales causadas por el funcionamiento de los servicios públicos. No quedaban, sin embargo, comprendidas en su ámbito ni las lesiones corporales ni la muerte. La insuficiente cobertura del precepto de la ley expropiatoria motivó una interpretación correctiva por parte de la jurisprudencia que estimó indemnizables los daños físicos y la muerte. Con posterioridad, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado dispuso, en su artículo 40, que la Administración debe indemnizar toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, salvo fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La afirmación de la responsabilidad estatal quedó, sin embargo, limitada al ámbito de la Administración, en sentido subjetivo. Quedaban fuera del supuesto de hecho contemplado por la norma las actuaciones del Estado-Juez y del Estado-Legislador. Sólo alguna voz discrepante sostuvo que los daños causados por los jueces y magistrados, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, eran indemnizables al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

II. SITUACION PRECONSTITUCIONAL

Hasta la entrada en vigor del vigente Código Político, la responsabilidad del poder judicial se configuró como responsabilidad personal de quienes lo integraban; esto es, de los jueces y magistrados. Así se recogía en el artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que disponía:

“La responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los .../... funcionarios de la carrera judicial... será exigible conforme a lo establecido en las disposiciones especiales que las rigen”

Con base en este precepto, era posible distinguir entre:

A) Responsabilidad del juez derivada de delito.

Los jueces estaban personalmente obligados a resarcir los daños y perjuicios causados a los particulares al cometer el delito de prevaricación en cualquiera de sus formas (Código Penal ya derogado, artículos 351 y ss.). Subsidiariamente, se establecía la responsabilidad del Estado en el artículo 22 del Código Penal y en los artículos 206 y 1062 del Código de Justicia Militar.

Este planteamiento se estimó insatisfactorio por la doctrina. Un sector de la misma entendió que, dada la amplitud de redacción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la responsabilidad de ésta era directa. Análogo criterio sostuvo el Consejo de Estado en el dictamen emitido el 11 de abril de 1962, al señalar que:

“En el sistema de responsabilidad actual... existe una cobertura total de las lesiones y daños producidos a través de funcionarios. Tales hechos productores de daños pueden ser delictivos y, en este caso, la instrumentación de dicha responsabilidad puede realizarse de las siguientes formas:

1º Se puede ejercitar la acción derivada del delito... de tal forma que la responsabilidad penal recaiga sobre la persona física actuante y la civil sobre la Administración. El Consejo de Estado llama la atención sobre la sustancial modificación llevada a cabo por las normas vigentes, y es que la Administración responde civilmente de manera directa y no subsidiaria, como estaba previsto por la mecánica de los artículos 22 del Código Penal en relación con los artículos 206 y 1062 del Código Castrense, que deben estimarse derogados en este punto”.

B) Responsabilidad civil por culpa o negligencia

La responsabilidad del juez derivada de actuaciones culposas o negligentes en el ejercicio de las funciones propias era también personal, según se deducía de lo dispuesto en los artículos 260 y 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 y del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algún autor afirmaba que, si el juez responsable era insolvente, podía entrar en juego la cláusula general de los artículos

121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

C) Error declarado en sentencia recaída en recurso de revisión.

Como excepción a la responsabilidad personal, se establecía la directa del Estado en el caso del error declarado en sentencia recaída en un recurso de revisión penal. En efecto, por la Ley de 24 de junio de 1933 - e influjo del llamado error de Tresjuncos-, se incluyó en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una disposición que reconocía el derecho de los interesados y sus causahabientes a ser indemnizados por el Estado si hubieren obtenido una sentencia absolutoria en virtud de recurso de revisión, todo ello sin perjuicio del derecho de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubiere incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.

III. EL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION

La Constitución de 1978 consagró el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9), lo que se proyecta tanto en el ámbito de los servicios públicos (artículo 106) como en la esfera de la Administración de Justicia (artículo 121).

El artículo 121 del Código Político dispone que:

“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”.

Este precepto, si bien con un ámbito distinto, instituye para la específica función de satisfacción de pretensiones el amplio sistema de responsabilidad patrimonial consagrado en el ámbito administrativo.

La promulgación de la Constitución, y hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, suscitó la cuestión de si el artículo 121 del Código Político era de aplicación inmediata o no, habida cuenta la falta de desarrollo legal y reglamentario. El Consejo de Estado afirmó entonces (Dictámen de 30 de abril de 1985) que el artículo 121 de la Constitución no era un precepto meramente programático, sino que, dado el

carácter de auténtica norma jurídica de la Norma Fundamental, tenía plena eficacia; ahora bien, declaró también, rigiendo el sistema de división de poderes, la declaración de si había existido un error judicial o un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia correspondía exclusivamente bien a los jueces y tribunales, bien al Consejo General del Poder Judicial.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, comportó la plena eficacia del artículo 121 de la Constitución, al desarrollar su contenido; en concreto, en los artículos 292 y siguientes.

Con arreglo a estos preceptos, se establece que el Estado indemnizará, salvo en los casos de fuerza mayor, los daños causados en cualesquiera bienes o derechos bien por error judicial, bien por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Los daños deben ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a un persona o a un grupo de personas.

El régimen legal contenido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, distingue tres casos, a saber:

- a) El del error judicial, para el que se prevé que la reclamación de indemnización debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, bien en una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión, bien en virtud de una sentencia recaída en un procedimiento especial, seguido ante el Tribunal Supremo y disciplinado en el artículo 293.
- b) El del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
- c) El de prisión preventiva, contemplado en el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que establece que

“Tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

En todo caso, el procedimiento seguido para obtener la correspondiente indemnización es el mismo en los tres casos. Conforme al artículo 293.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, el interesado debe dirigir su petición al Ministerio de Justicia, tramitándose con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución que ultime la reclamación, cabe recurso contencioso-administrativo.

La petición de indemnización debe formularse en el plazo de un año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

IV. INTERPRETACION Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL EN LA DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO.

La aplicación de las normas reguladoras del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado comporta que el Consejo de Estado intervenga en los expedientes incoados en petición de indemnización por error judicial y funcionamiento de la Administración de Justicia. Y, ello, por así disponerlo el artículo 22.13 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

A lo largo de más de quince años, el Consejo de Estado ha perfilado una acabada doctrina en relación con la responsabilidad de la Administración de Justicia.

A) El concepto de Administración de Justicia.

La primera cuestión abordada por el Consejo de Estado ha sido la de la determinación del ámbito del concepto de "Administración de Justicia", puesto que depende de ello la propia aplicación del régimen contenido en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

El Consejo de Estado ha señalado que sólo pueden considerarse incluidos en la noción de Administración de Justicia los titulares -jueces y magistrados-, inamovibles, de órganos judiciales; esto es, quienes juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, ostentando una posición de independencia, de inexistencia de relación de subordinación, adscripción o incardinación respecto a ningún otro órgano del Estado. Ello ha comportado que se excluyan del ámbito de aplicación del régimen prevenido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, los daños imputables al personal al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes judiciales); al Ministerio Fiscal, por cuanto no forma del poder judicial, al no juzgar ni ejecutar lo juzgado, tratándose de una simple magistratura postulante; al Consejo General del Poder Judicial, órgano constitucional que gobierna al poder judicial pero del que no forma parte; al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Cuentas, que, aun cuando ejerce funciones jurisdiccionales, depende y se integra, con autonomía, en el poder legislativo; a los tribunales económico-administrativos y al Tribunal de Defensa de la competencia, pues forman parte de la Administración activa; a la Admi-

nistración electoral y a los árbitros. Los daños producidos por todos estos órganos no son incardinables en el régimen jurídico que trae causa del artículo 121 de la Constitución.

Cuestión no resuelta con rotundidad por el Consejo es la atinente a los daños causados por la policía judicial. En algunos dictámenes, el Cuerpo Consultivo ha declarado que los daños irrogados a consecuencia del actuar de la policía judicial caen de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 121 de la Constitución (*por todos, dictámenes* núms. 1073/91, de 19 de septiembre; 665/96, de 30 de mayo); en otros, por el contrario, que lo hacen en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*Dictámenes* 603/94, de 9 de junio; 2181/94, de 22 de diciembre; 1189/95, de 27 de julio; 267/96, de 11 de abril). Sin embargo, existe un hilo conductor en tan zigzagueante opinión. El Consejo de Estado incardina en el artículo 121 las reclamaciones de daños por actuaciones de la policía judicial cuando es patente y claro que la acción causante de la lesión estaba bajo la dirección o vigilancia inmediata de los jueces y magistrados y lo hace en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando la actuación dañosa lo es por quehaceres de la policía judicial en los que ésta opera bien con mayor autonomía respecto a los jueces y magistrados, bien por iniciativa propia.

B) Actividades propias de la Administración de Justicia.

En relación con la actividad propia de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado ha señalado la existencia de tres distintas, a saber: una, propiamente jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; otra, administrativa sustantiva, cual es aquélla que desarrollan los jueces y magistrados por encomienda legal expresa, sin juzgar o hacer ejecutar lo juzgado (*caso de la jurisdicción voluntaria o del registro civil*); y, por último, una actividad administrativa instrumental, logística, esto es, de apoyo respecto a las otras.

Todas ellas quedan comprendidas dentro del ámbito del artículo 121 de la Constitución. Incluso la tercera de las indicadas, la relativa a una actividad administrativa instrumental, que, en sus orígenes, ante la falta de una eficacia real del precepto constitucional, había sido reconducida por el Consejo de Estado al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (*Dictamen de 9 de julio de 1981*). Es más, en

relación con la actividad administrativa instrumental, el Cuerpo Consultivo ha señalado que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se refiere especialmente a lo que cabe calificar de “*vertiente administrativa*”, “*entendiendo por tal las actividades instrumentales para el correcto ejercicio de las funciones jurisdiccionales y debe apreciarse teniendo en cuenta las circunstancias de distingán a cada caso, entre las que figuran la índole de los procedimientos jurisdiccionales en cuestión, el tipo, diversidad y eventual complejidad de las cuestiones que se susciten, las partes personadas y cualquier otro elemento relevante*” (Dictámenes núms. 825/1998, de 25 de junio de 1998 y 814/1998, de 9 de julio de 1998).

C) Error judicial

La intervención del Consejo de Estado en los casos de reclamaciones de indemnización por error judicial es muy limitada, por cuanto se ciñe a verificar la concurrencia de determinados requisitos formales. Y, es que, conforme a la Ley, la declaración de error judicial corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo, de tal suerte que la Administración opera con ese dato como intangible.

No obstante la limitación de la actividad consultiva por parte del Consejo, éste ha señalado que sólo el proceso especial contemplado en el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el recurso de revisión son instrumentos aptos para declarar la existencia de un error judicial. Ello comporta que no lo son ni el recurso de casación ordinario, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que se dan, ni el recurso de casación en interés de la Ley (Dictamen núm. 2540/95, de 7 de marzo de 1996).

En lo tocante a su contenido, el Cuerpo Consultivo ha declarado que no constituye error judicial cualquier desacierto en la aplicación de la norma, sino “*la desatención por parte del juzgador, a datos de carácter indiscutible, con o sin culpa, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico, introduciendo un factor de desorden que es el que origina el deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin que sea declarada la culpabilidad del juzgador*” (Dictamen núm. 2540/95, de 7 de marzo de 1996). Quedan incluidos en el error judicial los errores aritméticos contenidos en una sentencia que produce una suma indemnizatoria equivocada (Dictamen núm. 259/96, de 7 de marzo de 1996).

Ch) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

El segundo título de imputación de responsabilidad reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial es el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Su declaración y reconocimiento corresponde al Ministerio de Justicia, a petición del interesado y, en el caso de la jurisdicción militar, al Ministerio de Defensa. No deja de llamar la atención este extremo, que ha llegado a ser tildado de inconstitucional, por contrario al superior principio de división de poderes, por algún autor. En todo caso, es claro que, en estos expedientes, la intervención del Consejo de Estado adquiere mayor relevancia por cuanto le corresponde pronunciarse sobre la existencia misma de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Las reclamaciones presentadas por un eventual funcionamiento anormal de la Administración de Justicia son muy numerosas. Las consultas emitidas por el Cuerpo Consultivo también alcanzan un número muy significativo. A efectos de exposición se pueden ordenar en:

- a) *Reclamaciones por demora en la tramitación y resolución de procedimientos judiciales.* En relación a estas reclamaciones, el Consejo de Estado ha declarado que no genera responsabilidad la simple demora en la tramitación y resolución de procedimientos judiciales (*Dictamen núm. 2591/95, de 11 de enero de 1996*). Surge entonces la difícil cuestión de deslindar cuándo se trata de una demora admisible y cuándo de un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Para dilucidar tal cuestión, el Consejo de Estado utiliza en su labor consultiva, *mutatis mutandis*, los mismos criterios que el Tribunal Constitucional emplea para determinar si un retraso constituye o no una violación del artículo 24.2 de la Constitución, apelando a unos arquetipos de actuación y plazos generalmente observados. En tal sentido, puede afirmarse que, para el Cuerpo Consultivo, hay tres grados de retraso: la simple tardanza en tramitar y resolver los procedimientos judiciales, esto es, el simple incumplimiento de los plazos; el retraso grave, constitutivo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y, por último, el caso de retraso constitutivo de violación del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas. En este último caso, se presume la existencia de los presupuestos, requisitos y condiciones precisas para generar responsabilidad a cargo del Estado con-

forme al artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el segundo de los casos citados, procede también declarar el nacimiento de la responsabilidad del Estado si concurren los requisitos legalmente establecidos. Por último, en el primero de los supuestos indicados, esto es, la simple tardanza en tramitar y resolver los procedimientos judiciales, no es posible apreciar causa generadora de responsabilidad pública, aunque el Consejo ha declarado que “*a efectos de responsabilidad, no puede eximirse siempre a la Administración de Justicia aduciendo que la demora es algo general en su funcionamiento*” (Dictamen núm. 195/1997, de 11 de noviembre de 1997).

El retraso constitutivo del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia puede producirse en cualquier fase del procedimiento (Dictamen núm. 3173/95, de 7 de febrero de 1996), si bien el causado por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano jurisdiccional no queda comprendido en el artículo 292 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio (Dictamen núm. 1054/95, de 6 de julio de 1995). No basta con la producción del simple retraso, por excesivo que sea; es preciso apreciar la existencia de un daño (Dictámenes núms. 54602, de 5 de julio de 1990; 54601, de 7 de febrero de 1991; 53896, de 1 de marzo de 1990; 714/91, de 20 de junio de 1991; 732/94, de 16 de mayo de 1994; 2175/94, de 16 de enero de 1995 y 2388/95, de 21 de diciembre, entre otros).

Se ha afirmado que la dilación de un juzgado en conocer el desistimiento y en declarar la firmeza de la sentencia representa un dilación indemnizable (Dictamen núm. 659/96, de 11 de abril de 1996). También lo es la demora en la ejecución de un convenio sobre la realización de unas reparaciones, pese al continuo entorpecimiento por el propio demandado y la intervención de varias instituciones (Colegio de Arquitectos y Registro de la propiedad) (Dictamen núm. 1146/96, de 23 de mayo de 1996); el retraso producido en la sustanciación de un juicio de faltas en el que se declaró la prescripción por paralización, motivada en parte por la falta de respuesta judicial a los escritos presentados por la reclamante denunciando la paralización de las actuaciones (Dictamen núm. 379/98, de 12 de febrero de 1998).

La falta de ejercicio del derecho a recurrir la sentencia de instancia no comporta que resulte imposible reclamar en vía administrativa por funcionamiento anormal (Dictamen núm. 905/96, de 18 de abril de 1996).

El Consejo de Estado ha venido sosteniendo, por otra parte, que en materia penal las dilaciones tienen una ambigüedad de efectos sobre el

imputado que, con frecuencia, no tienen ningún cuidado de acelerar el curso de procedimiento penal, también porque el retraso puede llevar a la prescripción del delito o a una menor presión de las presuntas víctimas, de ahí que no puedan sentarse criterios generales en este concreto extremo (*Dictamen núm. 4303/1998, de 12 de noviembre de 1998*).

b) *Otros casos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. Como caso arquetípico y, por tanto, indemnizable, el Consejo de Estado ha señalado la pérdida de objetos a disposición judicial - joyas, muebles, cheques, dinero, vehículos, etc.- (*Dictámenes núms. 1109/1993, de 23 de septiembre de 1993; 1601/1993, de 13 de enero de 1994, entre otros muy numerosos*). Pero los supuestos presentados son muy variados: la pérdida de las propias actuaciones judiciales (*Dictámenes núm. 588/1995, de 11 de mayo de 1995 y 13/1996, de 28 de marzo de 1996*), de algunos documentos (*Dictamen núm. 2654/94, de 19 de enero de 1995*) o incluso su sustracción por un tercero (*Dictamen núm. 1910/1995, de 21 de septiembre de 1995*); la indemnización de los gastos causados al secuestrador judicial que no puede cobrarse tras cumplir su cometido (*Dictamen núm. 55744, de 7 de febrero de 1991*); los daños producidos a quien no es deudor y, sin embargo, ve embargados sus bienes por una confusión del juzgado, debida a la identidad de sus apellidos con el auténtico deudor (*Dictamen núm. 898/1995, de 18 de junio de 1995*); los daños irrogados a consecuencia de la omisión de diversos embargos en una certificación expedida por el secretario judicial (*Dictamen núm. 1249/1994, de 21 de julio de 1994*); los perjuicios producidos al encontrarse el reclamante cerrado el juzgado de guardia el último día en que podía interponer un recurso (*Dictamen núm. 1604/1993, de 3 de febrero de 1994*) y aquéllos otros en los que se produce una pérdida de la oportunidad procesal; la omisión en que incurrió un juzgado al no notificar a los interesados un oficio de la Autoridad Portuaria en el que se comunicaba al juzgado el hundimiento de un buque previamente embargado, con lo que la ignorancia de tal circunstancia impidió a los interesados toda posible reacción y frustró definitivamente la posibilidad de ejecutar la sentencia que reconocía su derecho de crédito (*Dictamen núm. 1145/1996, de 30 de mayo de 1996*); y la comunicación telefónica del fallecimiento de una persona a su madre diez días después de hallado el cadáver y puesto a disposición del juzgado, cuando los datos de identificación y domicilio obraban en el documento nacional de identidad y pasaporte que el fallecido llevaba consigo

(Dictamen núm. 4112/98, de 22 de diciembre de 1998).

No se reputan imputables al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y, en consecuencia, no son indemnizables al amparo del artículo 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los daños irrogados a los particulares a consecuencia de la entrada en domicilio o lugar cerrado. En tal sentido, el Consejo ha declarado que *“de la autorización de entrada en el domicilio, en los términos previstos en el artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como acto autorizativo ordenada a la preservación del derecho al domicilio, tal como resulta del artículo 18.2 de la Constitución, no se desplaza a la autoridad judicial la eventual responsabilidad por los daños que se causen en el domicilio objeto de entrada y registro. Que, en la realización de la entrada y aún de registro en el domicilio, asista el Secretario o funcionario con fé pública judicial, no se deriva la responsabilidad de la Administración de Justicia”*, de tal suerte que los daños producidos deben ser reclamados e indemnizados conforme al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*Dictamen núm. 1163/1996, de 18 de abril de 1996*).

D) Prisión preventiva.

El último supuesto contemplado en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, es el daños irrogados a consecuencia de sufrir prisión preventiva. Su análisis será objeto de consideración en el próxima sección de Doctrina Legal del Consejo de Estado.

III. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

“Este Cuerpo Consultivo ha declarado que en el caso de procedimientos en los que se inste la declaración de nulidad de una resolución administrativa dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 4/1999, de 13 de enero, debe de hacerse atendiendo a las causas prevenidas en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción originaria. Ello sin perjuicio del procedimiento que deba seguirse, en atención a la fecha de su iniciación.

La resolución de 16 de diciembre de 1993, del Director General de Administración y Servicios del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente es, a juicio de este Consejo, nula de pleno derecho, por estar incurso en la causa prevenida en el apartado f) del número 1 del artículo 62 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Conforme a este precepto son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas “expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

La noción de “requisitos esenciales” para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye lo que la doctrina ha calificado, de una parte, como “presupuestos de los actos” y, de otra, “requisitos de los actos”. Requisitos son las circunstancias coetáneas al acto que deben concurrir para que sea posible y eficaz. Presupuestos, por su parte, son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externas al acto mismo, deben concurrir para que el acto sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento, de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos.

La reversión, por otra parte, es una garantía establecida en beneficio del expropiado, consistente en el reconocimiento de un derecho a recobrar el bien objeto de expropiación en los supuestos legalmente previstos; en especial, en el caso de que el beneficiario de la expropiación no cumpla con el destino causal de la expropiación. Cualquiera que sea la naturaleza del derecho de reversión, ora civil, bien real, bien de eficacia real, ora administrativo, lo que es indudable es que es transmisible.

Para el ejercicio en interés propio del derecho de reversión sobre unos bienes expropiados y para poder readquirirlos, es preciso ser titular del mencionado derecho. Tal titularidad es presupuesto ineluctable para que la Administración pueda acordar la reversión de los bienes en su favor y para que dicho derecho de reversión pueda ejercerse incluso frente a terceros, conforme previene el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Sin la citada titularidad, la Administración no puede disponer los bienes antes expropiados en favor de una persona y, si lo hace, al faltar un presupuesto esencial -o un requisito esencial en la terminología del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-, el acto es nulo de pleno derecho por así disponerlo la Ley.

La aplicación de lo expuesto tiene consecuencias claras en el caso sometido a consulta. La Administración acordó la reversión de unos bie-

nes expropiados, mediante resolución de 16 de diciembre de 1993, en favor de Don José, en la creencia errónea de que ostentaba los derechos de reversión sobre los terrenos a la sazón expropiados. Con posteridad, se ha puesto de manifiesto que el citado Sr. I. no era titular único del derecho de reversión sobre los terrenos afectados, de tal suerte que faltaba el presupuesto legal que justificaba la resolución de 16 de diciembre de 1993. En consecuencia, ésta ha de calificarse de nula al otorgar al Sr. I. un derecho para que el que le faltaba el presupuesto de adquisición o requisito esencial, en la terminología legal. Todo ello conforme previene el artículo 61.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción originaria”
(*Dictamen número 2563/99, de 11 de noviembre de 1999*)

2. Contratos administrativos

A) Modificación

“El Consejo de Estado emite su consulta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, al que se remite el artículo 11 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, disposiciones que resultan de aplicación al contrato sometido a consulta por la fecha en que se celebró.

La tramitación del expediente ha sido correcta. Se trata de una modificación del objeto de un contrato de consultoría y asistencia técnica, limitándose el dictamen a lo que sobre la modificación contractual estricta supone la redacción y aprobación de un nuevo proyecto.

El presente dictamen resulta preceptivo dado que la modificación proyectada comporta una variación superior al 20% del precio del contrato, que se concreta en la aprobación de un adicional de 130.149.982 pesetas, que representa un 22,98% sobre el precio de adjudicación y del 47,55% si se computa la modificación número 1, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, aplicable al presente contrato.

En cuanto al fondo, la modificación sometida a consulta puede dar lugar a resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley de Contratos del Estado. Al haberse producido la aceptación del contratista, la cuestión que debe abordarse es la de si existen razones que justifiquen la modificación propuesta. Estas concurren en el caso presente y están debidamente justificadas. Así se desprende de los

informes emitidos por los servicios administrativos y, en especial, del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo que expresamente señala en su informe el carácter vinculado de este contrato al proyecto R. y la conveniencia de llevar a cabo las obras previstas en la modificación. En efecto, ésta tiene por objeto permitir asegurar la continuidad de las labores de control y vigilancia técnica de las obras del mencionado proyecto R. y la elaboración de una nueva estación en la capital, obra vinculada a dicho proyecto.

Por ello, entiende este Consejo que puede aprobarse el proyecto modificado. En todo caso, deberán adjudicarse a la unión temporal de empresas, integrada por P y C, incrementándose proporcionalmente en lo que proceda la fianza prestada por la adjudicataria y formalizándose la modificación en documento administrativo.”

(Dictamen núm. 3728/99, de 18 de enero de 2000)

B) Resolución

1. “La cuestión planteada en el expediente se ciñe a determinar si procede o no la resolución del contrato que constituye su objeto, con pérdida de la fianza para el contratista por incumplimiento imputable al contratista. Queda, pues, excluido del objeto de la consulta lo relativo a la procedencia de abonar al contratista los trabajos ejecutados y que no estaban contemplados en el proyecto.

El Consejo de Estado emite su consulta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.11 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y coincide con el parecer de los órganos preinformantes en el sentido de que procede resolver el contrato a que se refiere el expediente.

El problema debe ser examinado a la luz de la legislación de Contratos del Estado, aplicable al contrato, que es la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Con arreglo a esta, el incumplimiento de las cláusulas del contrato es causa de resolución (artículo 52.1). En el caso sometido a consulta, conforme al contrato, el adjudicatario estaba obligado a ejecutar unos los trabajos, lo que no ha hecho, pese a haber sido requerido formalmente para que lo haga, sin obste apreciar tal causa de incumplimiento el que la empresa adjudicataria realizara trabajos ajenos al proyecto, eventualmente por encargo del Ayuntamiento de C., y que no le hayan sido abonados. La falta de terminación de las obras y la renuencia de la contratista a acabarlos constituye un claro incumplimiento de las previsiones contractuales. Procede, por tanto, resolverlo, con los efectos prevenidos en el

artículo 53 de la Ley de Contratos del Estado, al ser imputable al contratista dicha resolución.

La resolución del contrato por causa imputable al contratista comporta la incautación de la garantía provisional, de conformidad con el artículo 160 del Reglamento General de Contratación; la recepción de los trabajos que fueren de recibo; la liquidación del contrato; y la obligación del contratista de indemnizar los eventuales daños y perjuicios causados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía incautada, de acuerdo con el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, para lo cual ha de instruirse el oportuno expediente.

En todo caso, la adjudicataria tiene derecho a que se le abonen los trabajos ejecutados que fueren de recibo, para lo cual, como se ha señalado, las obras deberán recibirse y liquidarse, compensándose, en su caso, hasta la cuantía concurrente, el importe de dichos trabajos con el de la indemnización por los daños y perjuicios producidos que hubiere de abonar el adjudicatario a la Administración.”

(Dictamen número 35/2000, de 12 de enero de 2000)

2. “Perfeccionado el contrato por el concurso de la oferta y aceptación (Código Civil, artículo 1258), las partes están obligadas a su cumplimiento, a su riesgo y ventura (Ley 13/1995, de 18 de mayo, artículo 99), sin que el contratista quede exonerado de ello por errores en la apreciación de los trabajos a ejecutar y en la valoración de sus costes.

La falta de formalización del contrato perfeccionado es una causa de resolución del mismo, conforme a los artículos 55.3, 112.d) y 114.1 de la Ley 13/1995, de 28 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, previa audiencia del interesado y dictamen del Consejo de Estado, trámites éstos cumplidos en el presente expediente.

La resolución del contrato comporta la incautación de la garantía provisional y la obligación del contratista de indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

En el caso sometido a consulta, la Administración ha señalado que la pérdida de la garantía provisional prestada por el contratista compensa los daños y perjuicios irrogados a la Administración, de tal suerte que no procede exigir otros ni por ende tramitar el correspondiente expediente para su determinación.

(Dictamen núm. 3151/99, de 4 de noviembre de 1999)

3. Modificación de planes urbanísticos por afectar a zonas verdes o espacios libres.

“Respecto al procedimiento, en el caso presente, se han observado las prescripciones legalmente establecidas. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 161.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, la modificación de planes de ordenación urbana se sujetará a las mismas normas que se establecen para su formación. Con arreglo a éstas, corresponde al Pleno municipal la aprobación inicial de la modificación, debiendo someterse la misma a información pública, insertándose los correspondientes anuncios en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y en un periódico de gran circulación. Todos estos requisitos y prescripciones se han cumplido en el caso sometido a consulta.

Por otra parte, la Corporación municipal en pleno posee la competencia para la aprobación provisional de la modificación del instrumento de planeamiento urbanístico, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.3 de la citada Ley 7/1985, y ello sin perjuicio de que la competencia para la aprobación definitiva corresponde al órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, en este caso, de la Junta de , a propuesta de la Consejería de Ordenación del Territorio.

En cuanto al fondo, el Consejo de Estado no formula objeción alguna a la modificación proyectada. Tiene esta por objeto permitir la supresión de una zona, actualmente calificada como “espacio libre de uso público”, a fin de permitir la ampliación del museo catedralicio. Es claro que se aprecia un interés público en la modificación proyectada, de tal suerte que el Consejo de Estado no formula objeción alguna a la sometida a consulta, pese a no compensarse el espacio libre suprimido con la creación de otro.”

(Dictamen núm. 3144/99, de 11 de noviembre de 1999)

**Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y Protocolos
adicionales del 8 de junio de 1977: ratificaciones, adhesiones y
sucesiones**

**Cuadro de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en sus
Protocolos adicionales en Mayo de 2000, y comentarios**

La presente lista se basa en las informaciones recibidas por parte del Departamento Federal de Asuntos Exteriores de la Confederación Suiza, que es depositario de dichos Convenios.

PAÍS	CONVENIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I		PROTOCOLO II		D90	R/A/S	R/D
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D			
Afganistán	26.09.1956.	R	-	-	-	-	-	-	-
Albania	27.05.1957.	R	X	16.07.1993.	A	-	-	16.07.1993.	A
Alemania	03.09.1954.	A	X	14.02.1991.	R	X	14.02.1991.	14.02.1991.	R
Andorra	17.09.1993.	A	-	-	-	-	-	-	-
Angola	20.09.1984.	A	X	20.09.1984.	A	X	-	-	-
Antigua y Barbuda	06.10.1986.	S	-	06.10.1986.	A	-	-	06.10.1986.	A
Arabia Saudita	18.05.1963.	A	-	21.08.1987.	A	X	-	-	-
Argelia	20.06.1960.; 03.07.1962.	A	-	16.08.1989.	A	X	16.08.1989.	16.08.1989.	A
Argentina	18.09.1956.	R	-	26.11.1986.	A	X	11.10.1996.	26.11.1986.	A
Armenia	07.06.1993.	A	-	07.06.1993.	A	-	-	07.06.1993.	A
Australia	14.10.1958.	R	X	21.06.1991.	R	X	23.09.1992.	21.06.1991.	R
Austria	27.08.1953.	R	-	13.08.1982.	R	X	13.08.1982.	13.08.1982.	R
Azerbaiyán	01.06.1993.	A	-	-	-	-	-	-	-
Bahamas	11.07.1975.	S	-	10.04.1980.	A	-	-	10.04.1980.	A
Bahrein	30.11.1971.	A	-	30.10.1986.	A	-	-	30.10.1986.	A
Bangladesh	04.04.1972.	S	X	08.09.1980.	A	-	-	08.09.1980.	A
Barbados	10.09.1968.	S	X	19.02.1990.	A	-	-	19.02.1990.	A
Belarús	03.08.1954.	R	X	23.10.1989.	R	-	23.10.1989.	23.10.1989.	R
Bélgica	03.09.1952.	R	-	20.05.1986.	R	X	27.03.1987.	20.05.1986.	R
Belice	29.06.1984.	A	-	29.06.1984.	A	-	-	29.06.1984.	A
Benin	14.12.1961.	S	-	28.05.1986.	A	-	-	28.05.1986.	A
Bhután	10.01.1991.	A	-	-	-	-	-	-	-
Bolivia	10.12.1976.	R	-	08.12.1983.	A	-	10.08.1992.	08.12.1983.	A
Bosnia- Herzegovina	31.12.1992.	S	-	31.12.1992.	S	-	31.12.1992.	31.12.1992.	S
Botswana	29.03.1968.	A	-	23.05.1979.	A	-	-	23.05.1979.	A
Brasil	29.06.1957.	R	-	05.05.1992.	A	-	23.11.1993.	05.05.1992.	A

Brunei	14.10.1991.	A	-	14.10.1991.	A	-	-	14.10.1991.	A	-
Darussalam										
Bulgaria	22.07.1954.	R	-	26.09.1989.	R	-	09.05.1994.	26.09.1989.	R	-
Burkina Faso	07.11.1961.	S	-	20.10.1987.	R	-	-	20.10.1987.	R	-
Burundi	27.12.1971.	S	-	10.06.1993.	A	-	-	10.06.1993.	A	-
Cabo Verde	11.05.1984.	A	-	16.03.1995.	A	-	16.03.1995.	16.03.1995.	A	-
Camboya	08.12.1958.	A	-	14.01.1998	A	-	-	14.01.1998	A	-
Camerún	16.09.1963.	S	-	16.03.1984.	A	-	-	16.03.1984.	A	-
Canadá	14.05.1965.	R	-	20.11.1990.	R	X	20.11.1990.	20.11.1990.	R	X
Chad	05.08.1970.	A	-	17.01.1997	A	-	-	17.01.1997	A	-
Chile	12.10.1950.	R	-	24.04.1991.	R	-	24.04.1991.	24.04.1991.	R	-
China	28.12.1956.	R	X	14.09.1983.	A	X	-	14.09.1983.	A	-
Chipre	23.05.1962.	A	-	01.06.1979.	R	-	-	18.03.1996.	A	-
Colombia	08.11.1961.	R	-	01.09.1993.	A	-	17.04.1996.	14.08.1995.	A	-
Comoras	21.11.1985.	A	-	21.11.1985.	A	-	-	21.11.1985.	A	-
Congo	04.02.1967.	S	-	10.11.1983.	A	-	-	10.11.1983.	A	-
Congo (Rep. Dem.)	24.02.1961.	S	-	03.06.1982.	A	-	-	-	-	-
Corea (República de)	16.08.1966.	A	X	15.01.1982.	R	X	-	15.01.1982.	R	-
Corea (Rep.Pop.Dem.)	27.08.1957.	A	X	09.03.1988.	A	-	-	-	-	-
Costa Rica	15.10.1969.	A	-	15.12.1983.	A	-	02.12.1999	15.12.1983.	A	-
Côte d'Ivoire	28.12.1961.	S	-	20.09.1989.	R	-	-	20.09.1989.	R	-
Croacia	11.05.1992.	S	-	11.05.1992.	S	-	11.05.1992.	11.05.1992.	S	-
Cuba	15.04.1954.	R	-	25.11.1982.	A	-	-	23.06.1999	A	-
Dinamarca	27.06.1951.	R	-	17.06.1982.	R	X	17.06.1982.	17.06.1982.	R	-
Djibouti	06.03.1978.	S	-	08.04.1991.	A	-	-	08.04.1991.	A	-
Dominica	28.09.1981.	S	-	25.04.1996.	A	-	-	25.04.1996.	A	-
Ecuador	11.08.1954.	R	-	10.04.1979.	R	-	-	10.04.1979.	R	-
Egipto	10.11.1952.	R	-	09.10.1992.	R	X	-	09.10.1992.	R	X
El Salvador	17.06.1953.	R	-	23.11.1978.	R	-	-	23.11.1978.	R	-
Emiratos Arabes Unidos	10.05.1972.	A	-	09.03.1983.	A	X	06.03.1992.	09.03.1983.	A	X
Eritrea	14.08.2000	A	-							
Eslovenia	26.03.1992.	S	-	26.03.1992.	S	-	26.03.1992.	26.03.1992.	S	-
España	04.08.1952.	R	-	21.04.1989.	R	X	21.04.1989.	21.04.1989.	R	-
Estados Unidos de América	02.08.1955.	R	X	-	-	-	-	-	-	-
Estonia	18.01.1993.	A	-	18.01.1993.	A	-	-	18.01.1993.	A	-
Etiopía	02.10.1969.	R	-	08.04.1994.	A	-	-	08.04.1994.	A	-
Fiji	09.08.1971.	S	-	-	-	-	-	-	-	-
Filipinas	06.10.1952.	R	-	-	-	-	-	11.12.1986.	A	-
Finlandia	22.02.1955.	R	-	07.08.1980.	R	X	07.08.1980.	07.08.1980.	R	-
Francia	28.06.1951.	R	-	-	-	-	-	24.02.1984.	A	X
Gabón	26.02.1965.	S	-	08.04.1980.	A	-	-	08.04.1980.	A	-
Gambia	20.10.1966.	S	-	12.01.1989.	A	-	-	12.01.1989.	A	-

Georgia	14.09.1993.	A	-	14.09.1993.	A	-	-	14.09.1993.	A	-
Ghana	02.08.1958.	A	-	28.02.1978.	R	-	-	28.02.1978.	R	-
Granada	13.04.1981.	S	-	23.09.1998	A	-	-	23.09.1998	A	-
Grecia	05.06.1956.	R	-	31.03.1989.	R	-	04.02.1998	15.02.1993.	A	-
Guatemala	14.05.1952.	R	-	19.10.1987.	R	-	-	19.10.1987.	R	-
Guinea	11.07.1984.	A	-	11.07.1984.	A	-	20.12.1993.	11.07.1984.	A	-
Guinea-Bissau	21.02.1974.	A	X	21.10.1986.	A	-	-	21.10.1986.	A	-
Guinea	24.07.1986.	A	-	24.07.1986.	A	-	-	24.07.1986.	A	-
Ecuatorial										
Guyana	22.07.1968.	S	-	18.01.1988.	A	-	-	18.01.1988.	A	-
Haití	11.04.1957.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Honduras	31.12.1965.	A	-	16.02.1995.	R	-	-	16.02.1995.	R	-
Hungría	03.08.1954.	R	-	12.04.1989.	R	-	23.09.1991.	12.04.1989.	R	-
India	09.11.1950.	R	-	-	-	-	-	-	-	-
Indonesia	30.09.1958.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Irak	14.02.1956.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Irán	20.02.1957.	R	X	-	-	-	-	-	-	-
Irlanda	27.09.1962.	R	-	17.05.1999	R	X	17.05.1999	17.05.1999	R	X
Islandia	10.08.1965.	A	-	10.04.1987.	R	X	10.04.1987.	10.04.1987.	R	-
Israel	06.07.1951.	R	X	-	-	-	-	-	-	-
Italia	17.12.1951.	R	-	27.02.1986.	R	X	27.02.1986.	27.02.1986.	R	-
Jamahiriya	22.05.1956.	A	-	07.06.1978.	A	-	-	07.06.1978.	A	-
Arabe Libia										
Jamaica	20.07.1964.	S	-	29.07.1986.	A	-	-	29.07.1986.	A	-
Japón	21.04.1953.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Jordania	29.05.1951.	A	-	01.05.1979.	R	-	-	01.05.1979.	R	-
Kazajistán	05.05.1992.	S	-	05.05.1992.	S	-	-	05.05.1992.	S	-
Kenya	20.09.1966.	A	-	23.02.1999	A	-	-	23.02.1999	A	-
Kirguizistán	18.09.1992.	S	-	18.09.1992.	S	-	-	18.09.1992.	S	-
Kiribati	05.01.1989.	S	-	-	-	-	-	-	-	-
Kuwait	02.09.1967.	A	X	17.01.1985.	A	-	-	17.01.1985.	A	-
Lao (Rep. Dem.Pop.)	29.10.1956.	A	-	18.11.1980.	R	-	30.01.1998	18.11.1980.	R	-
Lesoto	20.05.1968.	S	-	20.05.1994.	A	-	-	20.05.1994.	A	-
Letonia	24.12.1991.	A	-	24.12.1991.	A	-	-	24.12.1991.	A	-
Libano	10.04.1951.	R	-	23.07.1997	A	-	-	23.07.1997	A	-
Liberia	29.03.1954.	A	-	30.06.1988.	A	-	-	30.06.1988.	A	-
Liechtenstein	21.09.1950.	R	-	10.08.1989.	R	X	10.08.1989.	10.08.1989.	R	X
Lituania	03.10.1996.	A	-	13.07.2000	A	-	13.07.2000	13.07.2000	A	-
Luxemburgo	01.07.1953.	R	-	29.08.1989.	R	-	12.05.1993.	29.08.1989.	R	-
Macedonia	01.09.1993.	S	X	01.09.1993.	S	X	01.09.1993.	01.09.1993.	S	-
Madagascar	13.07.1963.	S	-	08.05.1992.	R	-	27.07.1993.	08.05.1992.	R	-
Malasia	24.08.1962.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Malawi	05.01.1968.	A	-	07.10.1991.	A	-	-	07.10.1991.	A	-
Maldivas	18.06.1991.	A	-	03.09.1991.	A	-	-	03.09.1991.	A	-
Mali	24.05.1965.	A	-	08.02.1989.	A	-	-	08.02.1989.	A	-
Malta	22.08.1968.	S	-	17.04.1989.	A	X	17.04.1989.	17.04.1989.	A	X

Marruecos	26.07.1956.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Mauricio	18.08.1970.	S	-	22.03.1982.	A	-	-	22.03.1982.	A	-
Mauritania	30.10.1962.	S	-	14.03.1980.	A	-	-	14.03.1980.	A	-
México	29.10.1952.	R	-	10.03.1983.	A	-	-	-	-	-
Micronesia	19.09.1995.	A	-	19.09.1995.	A	-	-	19.09.1995.	A	-
Mónaco	05.07.1950.	R	-	07.01.2000	A	-	-	07.01.2000	A	-
Mongolia	20.12.1958.	A	-	06.12.1995.	R	X	06.12.1995.	06.12.1995.	R	-
Mozambique	14.03.1983.	A	-	14.03.1983.	A	-	-	-	-	-
Myanmar	25.08.1992.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Namibia	22.08.1991.	S	-	17.06.1994.	A	-	21.07.1994.	17.06.1994.	A	-
Nepal	07.02.1964.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Nicaragua	17.12.1953.	R	-	19.07.1999	R	-	-	19.07.1999	R	-
Níger	21.04.1964.	S	-	08.06.1979.	R	-	-	08.06.1979.	R	-
Nigeria	09.06.1961.	S	-	10.10.1988.	A	-	-	10.10.1988.	A	-
Noruega	03.08.1951.	R	-	14.12.1981.	R	-	14.12.1981.	14.12.1981.	R	-
Nueva Zelandia	02.05.1959.	R	X	08.02.1988.	R	X	08.02.1988.	08.02.1988.	R	-
Omán	31.01.1974.	A	-	29.03.1984.	A	X	-	29.03.1984.	A	X
Países Bajos	03.08.1954.	R	-	26.06.1987.	R	X	26.06.1987.	26.06.1987.	R	-
Pakistán	12.06.1951.	R	X	-	-	-	-	-	-	-
Palau	25.06.1996.	A	-	25.06.1996.	A	-	-	25.06.1996.	A	-
Panamá	10.02.1956.	A	-	18.09.1995.	R	-	26.10.1999	18.09.1995.	R	-
Papua Nueva Guinea	26.05.1976.	S	-	-	-	-	-	-	-	-
Paraguay	23.10.1961.	R	-	30.11.1990.	A	-	30.01.1998	30.11.1990.	A	-
Perú	15.02.1956.	R	-	14.07.1989.	R	-	-	14.07.1989.	R	-
Polonia	26.11.1954.	R	X	23.10.1991.	R	-	02.10.1992.	23.10.1991.	R	-
Portugal	14.03.1961.	R	X	27.05.1992.	R	-	01.07.1994.	27.05.1992.	R	-
Qatar	15.10.1975.	A	-	05.04.1988.	A	X	24.09.1991	-	-	-
Reino Unido	23.09.1957.	R	X	28.01.1998	R	X	17.05.1999	28.01.1998	R	-
República Árabe Siria	02.11.1953.	R	-	14.11.1983.	A	X	-	-	-	-
República Centrafricana	01.08.1966.	S	-	17.07.1984.	A	-	-	17.07.1984.	A	-
República Checa	05.02.1993.	S	X	05.02.1993.	S	-	02.05.1995.	05.02.1993.	S	-
República de Moldova	24.05.1993.	A	-	24.05.1993.	A	-	-	24.05.1993.	A	-
República Dominicana	22.01.1958.	A	-	26.05.1994.	A	-	-	26.05.1994.	A	-
República Eslovaca	02.04.1993.	S	-	02.04.1993.	S	-	13.03.1995.	02.04.1993.	S	-
Rumania	01.06.1954.	R	X	21.06.1990.	R	-	31.05.1995.	21.06.1990.	R	-
Rusia (Fed. de)	10.05.1954.	R	X	29.09.1989.	R	X	29.09.1989.	29.09.1989.	R	X
Rwanda	05.05.1964.	S	-	19.11.1984.	A	-	08.07.1993.	19.11.1984.	A	-
Saint Kitts y Nevis	14.02.1986.	S	-	14.02.1986.	A	-	-	14.02.1986.	A	-
Salomón (Islas)	06.07.1981.	S	-	19.09.1988.	A	-	-	19.09.1988.	A	-

Samoa	23.08.1984.	S	-	23.08.1984.	A	-	-	23.08.1984.	A	-
San Marino	29.08.1953.	A	-	05.04.1994.	R	-	-	05.04.1994.	R	-
San Vicente Granadinas	01.04.1981.	A	-	08.04.1983.	A	-	-	08.04.1983.	A	-
Santa Lucía	18.09.1981.	S	-	07.10.1982.	A	-	-	07.10.1982.	A	-
Santa Sede	22.02.1951.	R	-	21.11.1985.	R	X	-	21.11.1985.	R	X
Santo Tomé y Príncipe	21.05.1976.	A	-	05.07.1996.	A	-	-	05.07.1996.	A	-
Senegal	18.05.1963.	S	-	07.05.1985.	R	-	-	07.05.1985.	R	-
Seychelles	08.11.1984.	A	-	08.11.1984.	A	-	22.05.1992.	08.11.1984.	A	-
Sierra Leona	10.06.1965.	S	-	21.10.1986.	A	-	-	21.10.1986.	A	-
Singapur	27.04.1973.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Somalia	12.07.1962.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Sri Lanka	28.02.1959.	R	-	-	-	-	-	-	-	-
Sudáfrica	31.03.1952.	A	-	21.11.1995.	A	-	-	21.11.1995.	A	-
Sudán	23.09.1957.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Suecia	28.12.1953.	R	-	31.08.1979.	R	X	31.08.1979.	31.08.1979.	R	-
Suiza	31.03.1950.	R	-	17.02.1982.	R	X	17.02.1982.	17.02.1982.	R	-
Suriname	13.10.1976.	S	X	16.12.1985.	A	-	-	16.12.1985.	A	-
Swazilandia	28.06.1973.	A	-	02.11.1995.	A	-	-	02.11.1995.	A	-
Tailandia	29.12.1954.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Tanzania	12.12.1962.	S	-	15.02.1983.	A	-	-	15.02.1983.	A	-
(Rep.-Unida)										
Tayikistán	13.01.1993.	S	-	13.01.1993.	S	-	10.09.1997	13.01.1993.	S	-
Togo	06.01.1962.	S	-	21.06.1984.	R	-	21.11.1991.	21.06.1984.	R	-
Tonga	13.04.1978.	S	-	-	-	-	-	-	-	-
Trinidad y Tobago	24.09.1963.	A	-	-	-	-	-	-	-	-
Túnez	04.05.1957.	A	-	09.08.1979.	R	-	-	09.08.1979.	R	-
Turkmenistán	10.04.1992.	S	-	10.04.1992.	S	-	-	10.04.1992.	S	-
Turquía	10.02.1954.	R	-	-	-	-	-	-	-	-
Tuvalu	19.02.1981.	S	-	-	-	-	-	-	-	-
Ucrania	03.08.1954.	R	X	25.01.1990.	R	-	25.01.1990.	25.01.1990.	R	-
Uganda	18.05.1964.	A	-	13.03.1991.	A	-	-	13.03.1991.	A	-
Uruguay	05.03.1969.	R	X	13.12.1985.	A	-	17.07.1990.	13.12.1985.	A	-
Uzbekistán	08.10.1993.	A	-	08.10.1993.	A	-	-	08.10.1993.	A	-
Vanuatu	27.10.1982.	A	-	28.02.1985.	A	-	-	28.02.1985.	A	-
Venezuela	13.02.1956.	R	-	23.07.1998	A	-	-	23.07.1998	A	-
Viet Nam	28.06.1957.	A	X	19.10.1981.	R	-	-	-	-	-
Yemen	16.07.1970.	A	X	17.04.1990.	R	-	-	17.04.1990.	R	-
Yugoslavia	21.04.1950.	R	X	11.06.1979.	R	X	-	11.06.1979.	R	-
Zambia	19.10.1966.	A	-	04.05.1995.	A	-	-	04.05.1995.	A	-
Zimbabwe	07.03.1983.	A	-	19.10.1992.	A	-	-	19.10.1992.	A	-

COMENTARIOS

Contenido

1. Abreviaturas y notas
2. Fechas
3. Entrada en vigor
4. Nombres de los Países
5. Modificaciones introducidas desde el 31.12.96
6. Apuntes
7. Totales
8. Lista cronológica de los Estados que han hecho la Declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I

1. ABREVIATURAS Y NOTAS

R/A/S = Ratificación : un tratado está generalmente abierto para la firma durante cierto tiempo, después de la conferencia en que se aprueba. Sin embargo, la firma sólo obliga a un Estado tras la ratificación. Finalizados los plazos respectivos, los Convenios y los Protocolos ya no están abiertos para la firma. Los Estados no signatarios pueden siempre llegar a ser Partes por vía de adhesión o, en su caso, de sucesión.

Adhesión : en vez de firmar y ratificar ulteriormente, un Estado puede obligarse por un acto único llamado adhesión.

Sucesión (declaración de) : un nuevo Estado independiente puede declarar que seguirá estando obligado por los tratados que le eran aplicables antes de la independencia. Puede también hacer una declaración de aplicación de los tratados (dapt), por la que se compromete a continuar aplicando dichos tratados durante el tiempo que considere necesario para examinar detalladamente sus textos y decidir a cuáles de ellos adherirse o suceder. Actualmente, esta declaración no concierne a ningún Estado.

R/D = Reserva/Declaración : declaración unilateral, sea cual fuere su texto o su designación, hecha por un Estado en el momento de ratificar, adherirse o suceder a un tratado, para que se excluya o se modifique el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (siempre que tales reservas no sean incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado).

D90 = Declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I (Aceptación previa de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta).

2. FECHAS

Las fechas indicadas son las del día de recepción, por el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores, del acta oficial transmitida por el Estado que ratifica, se adhiere, sucede o hace la declaración según el artículo 90 del Protocolo I. No se trata, pues, ni de la fecha de aprobación del acta oficial relativa a la ratificación, adhesión, sucesión o declaración, ni de la fecha del eventual envío.

N.B.: Las fechas consignadas con respecto a la sucesión a los Convenios de CONGO, JAMAICA, MADAGASCAR, MAURITANIA, NIGER, NIGERIA, RUANDA, SENEGAL, SIERRA LEONA Y ZAIRE, eran las de aprobación del acta oficial pertinente. Se reemplazaron por las fechas de recepción de esas actas por el Depositario.

3. ENTRADA EN VIGOR

Salvo las excepciones que figuran en una nota al pie del cuadro, los Convenios y los Protocolos entran en vigor para cada Estado seis meses después de la fecha en el presente documento; para los Estados que hagan una declaración de sucesión, entran en vigor retroactivamente el día de proclamación de la independencia.

Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.
Los Protocolos adicionales entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

4. NOMBRES DE LOS PAÍSES

Los nombres de los países que figuran en la lista siguiente pueden, a veces, diferenciarse de la denominación oficial de los Estados.

5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS DESDE EL 31.12.96

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones a los Convenios

Eritrea : 14.08.2000

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional I

Chad : 17.01.1997
Libano : 23.07.1997
Camboya : 14.01.1998
Reino Unido : 28.01.1998
Venezuela : 23.07.1998
Granada : 23.09.1998
Kenya : 23.02.1999
Irlanda : 19.05.1999
Nicaragua : 19.07.1999
Mónaco : 07.01.2000
Lituania : 13.07.2000

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional II

Chad : 17.01.1997
Libano : 23.07.1997
Camboya : 14.01.1998
Reino Unido : 28.01.1998
Venezuela : 23.07.1998
Granada : 23.09.1998
Kenya : 23.02.1999
Irlanda : 19.05.1999
Cuba : 23.06.1999
Nicaragua : 19.07.1999
Mónaco : 07.01.2000
Lituania : 13.07.2000

Declaración del artículo 90

Tayikistán : 10.09.1997
Paraguay : 30.01.1998
Lao (Rep. dem. pop.) : 30.01.1998
Grecia : 04.02.1998
Reino Unido : 17.05.1999
Irlanda : 19.05.1999
Panama : 26.10.1999
Costa Rica : 02.12.1999
Lituania : 13.07.2000

6. EXCEPCIONES

República de Corea. Los Convenios entraron en vigor el 23.09.1966, ya que la República de Corea invocó el artículo común 62/61/141/157 (efecto inmediato) de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente.

Filipinas. Filipinas ratificó el I Convenio el 07.03.1951.

Francia. Cuando Francia se adhirió al Protocolo II, hizo una comunicación relativa al Protocolo I.

Ghana. Los Protocolos entraron en vigor el 07.12.1978.

Namibia. El Consejo de las Naciones Unidas para Namibia depositó, el 18.10.1983, un instrumento de adhesión a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos adicionales. Mediante un instrumento depositado el 22.08.1991, Namibia declara suceder a los Convenios de Ginebra, que le eran aplicables por la adhesión, el 31.03.1952, de Sudáfrica a dichos Convenios.

Palestina. Con fecha del 21.06.1989, el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores recibió una carta del observador permanente de Palestina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra informando al Consejo Federal suizo de “que el Comité Ejecutivo de la Organización para la Liberación de Palestina, encargado de ejercer las funciones de Gobierno del Estado de Palestina, por decisión del Consejo Nacional de Palestina, decidió adherirse, el 04.05.1989, a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales”.

El 13.09.89, el Consejo Federal suizo comunicó a los Estados que no puede decidir la cuestión de saber si se trata de un instrumento de adhesión, “debido a la incertidumbre, en el seno de la comunidad internacional sobre la existencia, o no, de un Estado de Palestina”.

Sri Lanka. Salvo el IV Convenio (adhesión el 23.02.1959), Sri Lanka sólo había firmado los Convenios I, II y III.

Suiza. Los Convenios entraron en vigor el 21.10.1950.

Trinidad y Tobago. Trinidad y Tobago se adhirió al I Convenio el 17.05.1963. Yibuti. Yibuti hizo la declaración de sucesión al I Convenio el 26.01.1978.

7. TOTALES

Numero de Estados partes a los Convenios de Ginebra de 1949 : 189

Numero de Estados partes al Protocolo adicional I : 157

Numero de Estados que han hecho la declaración del artículo 90 : 58

Numero de Estados partes al Protocolo adicional II : 150
Numero de Estados miembros de las Naciones Unidas : 189
Estados miembros de la ONU o partes en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia que no son partes en los Convenios de Ginebra de 1949: MARSHALL, NAURU.

8. LISTA CRONOLÓGICA DE LOS ESTADOS QUE HAN HECHO LA DECLARACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I

- 1 Suecia : 31.08.1979
- 2 Finlandia : 07.08.1980
- 3 Noruega : 14.12.1981
- 4 Suiza : 17.02.1982
- 5 Dinamarca : 17.06.1982
- 6 Austria : 13.08.1982
- 7 Italia : 27.02.1986
- 8 Bélgica : 27.03.1987
- 9 Islandia : 10.04.1987
- 10 Países Bajos : 26.06.1987
- 11 Nueva Zelandia : 08.02.1988
- 12 Malta : 17.04.1989
- 13 España : 21.04.1989
- 14 Liechtenstein : 10.08.1989
- 15 Argelia : 16.08.1989
- 16 Rusia (Fed. de) : 29.09.1989
- 17 Belarús : 23.10.1989
- 18 Ucrania : 25.01.1990
- 19 Uruguay : 17.07.1990
- 20 Canadá : 20.11.1990
- 21 Alemania : 14.02.1991
- 22 Chile : 24.04.1991
- 23 Hungría : 23.09.1991
- 24 Qatar : 24.09.1991
- 25 Togo : 21.11.1991
- 26 Emiratos Arabes Unidos : 06.03.1992
- 27 Eslovenia : 26.03.1992
- 28 Croacia : 11.05.1992
- 29 Seychelles : 22.05.1992

- 30 Bolivia : 10.08.1992
- 31 Australia : 23.09.1992
- 32 Polonia : 02.10.1992
- 33 Bosnia-Herzegovina : 31.12.1992
- 34 Luxemburgo : 12.05.1993
- 35 Rwanda : 08.07.1993
- 36 Madagascar : 27.07.1993
- 37 Macedonia : 01.09.1993
- 38 Brasil : 23.11.1993
- 39 Guinea : 20.12.1993
- 40 Bulgaria : 09.05.1994
- 41 Portugal : 01.07.1994
- 42 Namibia : 21.07.1994
- 43 República Eslovaca : 13.03.1995
- 44 Cabo Verde : 16.03.1995
- 45 República Checa : 02.05.1995
- 46 Rumania : 31.05.1995
- 47 Mongolia : 06.12.1995
- 48 Colombia : 17.04.1996
- 49 Argentina : 11.10.1996
- 50 Tayikistán : 10.09.1997
- 51 Paraguay : 30.01.1998
- 52 Lao (Rep. dem. pop.) : 30.01.1998
- 53 Grecia : 04.02.1998
- 54 Reino Unido : 17.05.1999
- 55 Irlanda : 19.05.1999
- 56 Panama : 26.10.1999
- 57 Costa Rica : 02.12.1999
- 58 Lituania : 13.07.2000

**Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas de 1980
sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas
convencionales**

ESTADO	FECHA DE ADHESIÓN*	PROT. I (1980)	PROT. II (1980)	PROT. III (1980)	PROT. IV (1995)**	PROT. II ENMENDADO (1996)**
ALEMANIA	25.11.92	25.11.92	25.11.92	25.11.92	27.6.97	2.5.97
ARGENTINA	2.10.95	2.10.95	2.10.95	2.10.95	21.10.98	21.10.98
AUSTRALIA	29.9.83	29.9.83	29.9.83	29.9.83	22.8.97	22.8.97
AUSTRIA	14.3.83	14.3.83	14.3.83	14.3.83	27.7.98	27.7.98
BANGLADESH	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000
BELARÚS	23.6.82	23.6.82	23.6.82	23.6.82	13.9.2000	
BÉLGICA	7.2.95	7.2.95	7.2.95	7.2.95	10.3.99	10.3.99
BENIN	27.3.89	27.3.89	-	27.3.89		
BOSNIA-HERZEGOVINA	1.9.93	1.9.93	1.9.93	1.9.93		7.9.2000
BRASIL	3.10.95	3.10.95	3.10.95	3.10.95	4.10.99	4.10.99
BULGARIA	15.10.82	15.10.82	15.10.82	15.10.82	3.12.98	3.12.98
CABO VERDE	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97
CAMBOYA	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97
CANADÁ	24.6.94	24.6.94	24.6.94	24.6.94	5.1.98	5.1.98
CHINA	7.4.82	7.4.82	7.4.82	7.4.82	4.11.98	4.11.98
COLOMBIA	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000
COSTA RICA	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98
CROACIA	2.12.93	2.12.93	2.12.93	2.12.93		
CUBA	2.3.87	2.3.87	2.3.87	2.3.87		
CHIPRE	12.12.88	12.12.88	12.12.88	12.12.88		
CHECA, REPÚBLICA	22.2.93	22.2.93	22.2.93	22.2.93	10.8.98	10.8.98
DINAMARCA	7.7.82	7.7.82	7.7.82	7.7.82	30.4.97	30.4.97
ECUADOR	4.5.82	4.5.82	4.5.82	4.5.82	-	14.08.2000
EL SALVADOR	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000
ESLOVAQUIA	28.5.93	28.5.93	28.5.93	28.5.93	30.11.99	30.11.99
ESLOVENIA	6.7.92	6.7.92	6.7.92	6.7.92		
ESPAÑA	29.12.93	29.12.93	29.12.93	29.12.93	19.1.98	27.1.98
ESTADOS UNIDOS	24.3.95	24.3.95	24.3.95			24.5.99
ESTONIA	20.04.2000	20.04.2000	-	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000
FILIPINAS	15.7.96	15.7.96	15.7.96	15.7.96	12.6.97	12.6.97
FINLANDIA	8.5.82	8.5.82	8.5.82	8.5.82	11.1.96	3.4.98
FRANCIA	4.3.88	4.3.88	4.3.88	-	30.6.98	27.7.98
EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA	30.12.96	30.12.96	30.12.96	30.12.96		

GEORGIA	29.4.96	29.4.96	29.4.96	29.4.96		
GRECIA	28.1.92	28.1.92	28.1.92	28.1.92	5.8.97	20.1.99
GUATEMALA	21.7.83	21.7.83	21.7.83	21.7.83		
HUNGRÍA	14.6.82	14.6.82	14.6.82	14.6.82	30.1.98	30.1.98
INDIA	1.3.84	1.3.84	1.3.84	1.3.84	2.9.99	2.9.99
IRLANDA	13.3.95	13.3.95	13.3.95	13.3.95	27.3.97	27.3.97
ISRAEL	22.3.95	22.3.95	22.3.95	-	30.10.2000	30.10.2000
ITALIA	20.1.95	20.1.95	20.1.95	20.1.95	13.1.99	13.1.99
JAPÓN	9.6.82	9.6.82	9.6.82	9.6.82	10.6.97	10.6.97
JORDANIA	19.10.95	19.10.95	-	19.10.95	-	6.9.2000
LAO, REP. DEM. POPULAR DE	3.1.83	3.1.83	3.1.83	3.1.83		
LESOTO	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000		
LETONIA	4.1.93	4.1.93	4.1.93	4.1.93	11.3.98	
LIECHTENSTEIN	16.8.89	16.8.89	16.8.89	16.8.89	19.11.97	19.11.97
LITUANIA	3.6.98	3.6.98	-	3.6.98	3.6.98	3.6.98
LUXEMBURGO	23.5.96	23.5.96	23.5.96	23.5.96	5.8.99	5.8.99
MALDIVAS	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000
MALTA	26.6.95	26.6.95	26.6.95	26.6.95		
MAURICIO	6.5.96	6.5.96	6.5.96	6.5.96		
MÉXICO	11.2.82	11.2.82	11.2.82	11.2.82	10.3.98	
MOLDAVIA	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000
MÓNACO	12.8.97	12.8.97				4.5.97
MONGOLIA	8.6.82	8.6.82	8.6.82	8.6.82	6.4.1999	-
NICARAGUA	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	-	05.12.2000	05.12.2000
NUEVA ZELANDA	18.10.93	18.10.93	18.10.93	18.10.93	8.1.98	8.1.98
NÍGER	10.11.92	10.11.92	10.11.92	10.11.92		
NORUEGA	7.6.83	7.6.83	7.6.83	7.6.83	20.4.1998	20.4.1998
PAÍSES BAJOS	18.6.87	18.6.87	18.6.87	18.6.87	25.3.1999	25.3.1999
PAKISTÁN	1.4.85	1.4.85	1.4.85	1.4.85	05.12.2000	9.3.99
PANAMÁ	26.3.97	26.3.97	26.3.97	26.3.97	26.3.97	03.10.1999
PERÚ	3.7.97	3.7.97		3.7.97	3.7.97	3.7.97
POLONIA	2.6.83	2.6.83	2.6.83	2.6.83		
PORTUGAL	4.4.97	4.4.97	4.4.97	4.4.97	-	31.3.1999
RUMANÍA	26.7.95	26.7.95	26.7.95	26.7.95		
RUSIA, FED. DE	10.6.82	10.6.82	10.6.82	10.6.82	09.09.99	-
SANTA SEDE	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97
SENEGAL	29.11.99	-	-	29.11.99	-	29.11.99
SEYCHELLES	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000
SUDÁFRICA	13.10.95	13.10.95	13.10.95	13.10.95	26.6.98	26.6.98
SUECIA	7.7.82	7.7.82	7.7.82	7.7.82	15.1.97	16.7.97
SUIZA	20.8.82	20.8.82	20.8.82	20.8.82	23.4.98	23.4.98
TAYIKISTAN	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99
TOGO	4.12.95	4.12.95	4.12.95	4.12.95	-	-
TÚNEZ	15.5.87	15.5.87	15.5.87	15.5.87	-	-
UGANDA	14.11.95	14.11.95	14.11.95	14.11.95	-	-

UCRANIA	23.6.82	23.6.82	23.6.82	23.6.82	-	15.12.99
REINO UNIDO	13.2.95	13.2.95	13.2.95	13.2.95	11.2.99	11.2.99
URUGUAY	6.10.94	6.10.94	6.10.94	6.10.94	18.8.98	18.8.98
UZBEKISTAN	29.9.97	29.9.97	29.9.97	29.9.97	29.9.97	-
YIBUTI	29.7.96	29.7.96	29.7.96	29.7.96	-	-
YUGOSLAVIA	24.5.83	24.5.83	24.5.83	24.5.83	-	-
TOTAL	84	83	76	80	56	58
	ESTADOS	ESTADOS	ESTADOS	ESTADOS	ESTADOS	ESTADOS

* Un Estado es Parte en la Convención seis meses después del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o sucesión.

** El Protocolo surtirá efectos seis meses después de que el vigésimo Estado notifique al Depositario su intención de estar obligado por ese Protocolo.

Esta lista se basa, en parte, en información recibida extraoficialmente por el CICR. Mantiene la lista oficial la base de datos de convenios de la ONU, accesible en "Treaty Collection".

Firmas, ratificaciones y adhesiones en la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción, 18 de septiembre de 1997

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión
Albania	8.9.1998	29.02.2000
Alemania	3.12.1997	23.7.1998
Andorra	3.12.1997	29.6.1998
Angola	4.12.1997	
Antigua y Barbuda	3.12.1997	3.5.1999
Argelia	3.12.1997	
Argentina	4.12.1997	14.9.1999
Australia	3.12.1997	14.1.1999
Austria	3.12.1997	29.6.1998
Bahamas	3.12.1997	31.7.1998
Bangladesh	7.5.1998	06.09.2000
Barbados	3.12.1997	26.1.1999
Bélgica	3.12.1997	4.9.1998
Belice	27.2.1998	23.4.1998
Benin	3.12.1997	25.9.1998
Bolivia	3.12.1997	9.6.1998

Bosnia-Herzegovina	3.12.1997	8.9.1998
Botsuana	3.12.1997	01.03.2000
Brasil	3.12.1997	30.4.1999
Brunei Darussalam	4.12.1997	
Bulgaria	3.12.1997	4.9.1998
Burkina Faso	3.12.1997	16.9.1998
Burundi	3.12.1997	
Cabo Verde	4.12.1997	
Camboya	3.12.1997	28.07.1999
Camerún	3.12.1997	
Canadá	3.12.1997	3.12.1997
Chad	6.7.1998	6.5.1999
Chile	3.12.1997	
Chipre	4.12.1997	
Colombia	3.12.1997	06.09.2000
Cook (Islas)	3.12.1997	
Costa Rica	3.12.1997	17.3.1999
Côte d'Ivoire	3.12.1997	30.06.2000
Croacia	4.12.1997	20.5.1998
Dinamarca	4.12.1997	8.6.1998
Dominica	3.12.1997	26.3.1999
Ecuador	4.12.1997	29.4.1999
El Salvador	4.12.1997	27.1.1999
Eslovenia	3.12.1997	27.10.1998
España	3.12.1997	19.1.1999
Etiopía	3.12.1997	
Filipinas	3.12.1997	15.02.2000
Fiyi	3.12.1997	10.6.1998
Francia	3.12.1997	23.7.1998
Gabón	3.12.1997	8.9.2000
Gambia	4.12.1997	
Ghana	4.12.1997	30.06.2000
Granada	3.12.1997	19.8.1998
Grecia	3.12.1997	
Guatemala	3.12.1997	26.3.1999
Guinea	4.12.1997	8.10.1998
Guinea-Bissau	3.12.1997	
Guinea Ecuatorial	-	16.9.1998
Guyana	4.12.1997	
Haití	3.12.1997	
Honduras	3.12.1997	24.9.1998
Hungría	3.12.1997	6.4.1998
Indonesia	4.12.1997	
Irlanda	3.12.1997	3.12.1997
Islandia	4.12.1997	5.5.1999
Italia	3.12.1997	23.4.1999
Jamaica	3.12.1997	17.7.1998
Japón	3.12.1997	30.9.1998

Jordania	11.8.1998	13.11.1998
Kiribati	-	07.09.2000
Kenia	5.12.1997	23.01.2001
Lesoto	4.12.1997	02.12.1998
Liberia	-	23.12.1999
Liechtenstein	3.12.1997	5.10.1999
Lituania	26.2.1999	
Luxemburgo	4.12.1997	14.6.1999
Ex República yugoslavia de Macedonia	-	9.9.1998
Madagascar	4.12.1997	16.9.1999
Malasia	3.12.1997	22.4.1999
Malawi	4.12.1997	13.8.1998
Mali	3.12.1997	2.6.1998
Maldivas	1.10.1998	07.09.2000
Malta	4.12.1997	
Marshall (Islas)	4.12.1997	
Mauritania	3.12.1997	21.07.2000
Mauritius	3.12.1997	3.12.1997
México	3.12.1997	9.6.1998
Moldavia	3.12.1997	8.9.2000
Mónaco	4.12.1997	17.11.1998
Mozambique	3.12.1997	25.8.1998
Namibia	3.12.1997	21.9.1998
Nauru	-	07.08.2000
Nicaragua	4.12.1997	30.11.1998
Níger	4.12.1997	23.3.1999
Niue	3.12.1997	15.4.1998
Noruega	3.12.1997	9.7.1998
Nueva Zelanda	3.12.1997	27.1.1999
Países Bajos	3.12.1997	12.4.1999
Panamá	4.12.1997	7.10.1998
Paraguay	3.12.1997	13.11.1998
Perú	3.12.1997	17.6.1998
Polonia	4.12.1997	
Portugal	3.12.1997	19.2.1999
Qatar	4.12.1997	13.10.1998
Reino Unido	3.12.1997	31.7.1998
República Checa	3.12.1997	26.10.1999
República Dominicana	3.12.1997	30.06.2000
República Eslovaca	3.12.1997	25.2.1999
Ruanda	3.12.1997	08.06.2000
Rumanía	3.12.1997	30.11.2000
Salomón (Islas)	4.12.1997	26.1.1999
Samoa	3.12.1997	23.7.1998
San Cristóbal y Nieves	3.12.1997	2.12.1998
San Marino	3.12.1997	18.3.1998
San Vicente y las Granadinas	3.12.1997	

Santa Lucía	3.12.1997	12.4.1999
Santa Sede	4.12.1997	17.2.1998
Santo Tomé y Príncipe	30.4.1998	
Senegal	3.12.1997	24.9.1998
Seychelles	4.12.1997	02.06.2000
Sierra Leone	29.7.1998	
Suazilandia	4.12.1997	22.12.1998
Sudáfrica	3.12.1997	26.6.1998
Sudán	4.12.1997	
Suecia	4.12.1997	30.11.1998
Suiza	3.12.1997	24.3.1998
Surinam	4.12.1997	
Tailandia	3.12.1997	27.11.1998
Tanzania (Rep. Unida)	3.12.1997	13.11.2000
Tayikistán	-	12.10.1999
Togo	4.12.1997	09.03.2000
Trinidad y Tobago	4.12.1997	27.4.1998
Túnez	4.12.1997	9.7.1999
Turkmenistán	3.12.1997	19.1.1998
Ucrania	24.2.1999	
Uganda	3.12.1997	25.2.1999
Uruguay	3.12.1997	
Vanuatu	4.12.1997	
Venezuela	3.12.1997	14.4.1999
Yemen	4.12.1997	1.9.1998
Yibuti	3.12.1997	18.5.1998
Zambia	12.12.1997	
Zimbabue	3.12.1997	18.6.1998
Totales	133	110

III. BIBLIOGRAFIA

1. RECENSION DE LIBROS

**CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO,
Ciudad Real, Cruz Roja Española en colaboración con la
Diputación Provincial de Ciudad Real, 1999, 375 págs.**

Por Carlos Eymar Alonso
Doctor en Derecho
Coronel Auditor

La lista de méritos acumulados por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja desde su creación en 1863, es lo bastante extensa como para poder llenar por sí sola numerosas páginas. Fuera de su acción sobre el terreno, en su constante lucha por mejorar la suerte de los heridos y enfermos en los conflictos armados y por hacer llegar a las víctimas el socorro médico o la ayuda humanitaria, la Cruz Roja ha desarrollado una no menos importante labor en el campo de las iniciativas legislativas y de la difusión del Derecho humanitario. Los principios fundamentales sobre los que se basa la Cruz Roja: humanidad, imparcialidad, independencia, neutralidad, carácter voluntario, unidad y universalidad, han encontrado cumplido acabamiento en el ámbito del Derecho. El impulso humanizador del Derecho internacional contemporáneo en el terreno de los conflictos armados ha conseguido importantes logros como los Convenios de Ginebra de 1949 y los correspondientes Protocolos de 1977, en cuya redacción la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja ha sido especialmente relevante. En el mismo sentido hay que situar el enorme esfuerzo científico y divulgador del citado Comité para profundizar y dar a conocer el Derecho de los Conflictos Armados. Los Comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja, dirigidos por Jean Pictet, tanto a los Convenios de Ginebra como a los Protocolos, constituyen hoy la obra de referencia para cualquier estudioso del Derecho Internacional Humanitario. El respeto a las disposiciones de los Convenios de Ginebra es una obligación establecida en el artículo 1 de las disposiciones comunes a los cuatro Convenios. Pero es que, además, la difusión del Derecho Internacional Humanitario, en virtud de lo previsto en

los propios Convenios, ha pasado a tener un carácter obligatorio. Conviene citar a este respecto literalmente lo dispuesto en el Art.47 del primer Convenio que sirve de modelo para los demás: “ Las Altas Partes Contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible en tiempo de paz y en tiempo de guerra, el texto del presente Convenio en sus países respectivos, y especialmente a incorporar su estudio a los programas de instrucción militar y, si es posible, también civil, de modo que sus principios sean conocidos del conjunto de la población, especialmente de las fuerzas armadas combatientes, del personal sanitario y de los capellanes”.

En lo que se refiere a España, el cumplimiento de la obligación de difusión del Derecho Internacional Humanitario, ha corrido a cargo de la Cruz Roja Española y más específicamente del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (CEDIH). Creado en 1984, la labor del CEDIH ha estado muy vinculada al Cuerpo Jurídico Militar a través de la acción de sus directores. Inicialmente, el General Consejero Togado y Catedrático de Derecho Internacional D. José Luis Fernández Flores y de Funes, luego el llorado General Sánchez del Río y, ahora, en los últimos años, el General Consejero Togado D. José Luis Rodríguez Villasante bajo cuya inspiración y dirección se ha realizado el libro que ahora comentamos. A lo largo de las dos últimas décadas, la función divulgadora del CEDIH ha sido realmente encomiable, especialmente en lo que se refiere al ámbito de las fuerzas armadas aunque sin olvidar su actividad en el ámbito civil. Como fruto de esta experiencia docente a lo largo de numerosos cursos, ha surgido el presente manual cuyo carácter pedagógico no excluye, sin embargo, su calidad científica.

En el libro pueden distinguirse con claridad dos partes aunque no se hallen estructuradas como tales. Una parte introductoria, a cargo de Rodríguez Villasante y Manuel Ayllón, y otra parte en la que, en diferentes capítulos, se tratan los temas específicos de Derecho Internacional Humanitario. Rodríguez Villasante realiza un estudio de las fuentes del Derecho de los Conflictos Armados, distinguiendo los claridad entre los temas clásicos: *ius ad bellum*., *Ius in bello* o Derecho de la Haya y el Derecho Internacional Humanitario propiamente dicho que comprende el llamado Derecho de Ginebra con los Convenios del 49 y los Protocolos del 77. Su estudio realiza una breve incursión histórica sobre el origen de la normativa vigente en torno a los Conflictos Armados y una descripción de las normas convencionales, consuetudinarias, así como de los principios generales del Derecho de gentes que lo constituyen. Su introducción se cierra con una referencia al sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario

tan criticado normalmente y en el que el Comité Internacional de la Cruz Roja desempeña tan destacado papel. Precisamente el extenso artículo de Manuel Antón Ayllón sobre el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, da cuenta, en cinco temas diferenciados, de la estructura y principales tareas abordadas por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja, Las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, para finalizar con un análisis de la Cruz Roja Española. Especial interés ofrece su análisis de los principios fundamentales a los que ya nos hemos referido: humanidad, imparcialidad, que incluye los conceptos de no discriminación y de proporcionalidad, neutralidad, independencia, carácter voluntario, unidad y universalidad.

En cuanto a los capítulos concretos del Derecho Internacional Humanitario, corren a cargo de José Luis Doménech Olmedas que trata de los sujetos combatientes y de la Protección del prisionero de guerra, de Vicente Otero que desarrolla el tema de la Protección de heridos y enfermos, de Francisco Alonso Pérez : Protección de la Población Civil, Javier Guisández: Conflictos Armados Internos, Juan Manuel García Labajo: Protección de Bienes Culturales y Fernando Pignatelli sobre la protección penal de personas y bienes de los Tribunales Internacionales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda. Todos ellos con un alto nivel de competencia pues normalmente su actividad profesional está ligada al ámbito de la materia que exponen. A modo de ejemplo, ya que no se puede ser exhaustivo, en sus exposiciones se abordan los temas más actuales ligados al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario como son el de los niños soldado, el de los daños colaterales, el principio de no injerencia o las aproximaciones al establecimiento de una jurisdicción universal como son los excelentes análisis del Coronel Auditor D. Fernando Pignatelli sobre los Tribunales ad hoc para Ruanda y ex Yugoslavia. En este sentido, parece apropiado que el libro se cierre con la reproducción del texto del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional cuya inspiración universalista se acomoda tan bien al proclamado principio de universalidad reconocido por el movimiento internacional de la Cruz Roja.

En definitiva se trata de un libro útil y serio, pero al mismo tiempo de un libro vivo que ya marcha por su segunda edición y del que son previsibles nuevas ediciones, que probablemente se beneficiarán de las observaciones y sugerencias de los numerosos alumnos a los que, en virtud del esfuerzo del CEDIH, les resultará mas familiar la noble causa que conlleva el Derecho Internacional Humanitario.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Alicia Gil Gil. Prólogo de José Cerezo Mir. Tecnos. Madrid 1999. Págs. 389.

Por Luis B. Alvarez Roldán
*El libro lleva como subtítulo
“Especial Consideración del delito de genocidio”.*

Como expresa el Catedrático José Cerezo Mir, prologuista de la obra, se trata de la tesis doctoral de su discípula Alicia Gil y Gil; efectivamente es un excelente trabajo monográfico, no exactamente sobre el Derecho Penal Internacional sino más bien sobre el contenido del Derecho Penal Internacional y el principio de la legalidad, siendo asumible el aserto de la “profundidad del análisis y la originalidad de las conclusiones”. La tesis defiende la necesidad de implantar el principio de legalidad, en su concepción en nuestra doctrina más avanzada, en los delitos o crímenes internacionales, lo que, como constata el Profesor Cerezo, se ha llevado a cabo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La mayor extensión del libro versa sobre el delito de genocidio, subrayando, en su prólogo, el Catedrático Sr. Cerezo Mir el acierto de la autora al delimitar el concepto de los delitos o crímenes internacionales más graves; el genocidio no protege bienes jurídicos individuales, sino la existencia de un grupo nacional, social, étnico o religioso, siendo el elemento subjetivo trascendente la intención de destruir el grupo, resaltando la precisión de la Profesora Gil. Cabe el dolo eventual e incluso la tentativa del delito con dolo eventual.

Califica el Profesor Cerezo la originalidad de la Doctora Gil, al exponer su opinión sobre el concurso aparente (diversas modalidades de comisión por concurrir diversas modalidades apropiadas para la destrucción del grupo). Profundiza Gil Gil también con profundidad y acierto en el concurso de concursos al apreciar un concurso ideal entre un único delito de genocidio y el concurso real entre los delitos contra bienes jurídicos individuales.

Concluye el Profesor Cerezo Mir en calificar el trabajo como extraordinaria tesis doctoral, lo que obliga a un examen, aunque sea sucinto, de los apartados del índice.

Derecho Penal Internacional. La autora parte del D.P.I. como un proyecto inalcanzable, casi utópico, pero une su esfuerzo para que paulatinamente se vea aparecer como algo no solo doctrinal sino comentado en normas jurídicas internacionales y aplicables; su estudio más extendido lo ha sido en las esferas internacionalistas, el esfuerzo de la Doctora Gil se dirige a actualizar lo penal en el D.P.I.

La denominación, que entre las múltiples existentes (Derecho Internacional penal, interestatal, universal....) acepta, es la más extendida de derecho penal internacional, subrayando lo vacío del nombre si no se define bien y con precisión el contenido de este derecho penal.

La protección de bienes jurídicos vitales para la comunidad no es sino parte de su contenido, que frente a sus transgresiones más graves y trascendentes se le dota de una sanción personal e intensa (penal); seguidamente distingue los delitos internacionales de los crímenes de Estado, dejando claro la responsabilidad personal única predicable del Derecho Penal.

Otros delitos claramente de trascendencia internacional, afectando a diversos Estados y con impacto en una generalidad de la comunidad internacional, no son a pesar de su gravedad los que son objeto del embrionario Derecho Penal Internacional, que nace a la luz universal más que con un carácter internacional: Son los derechos humanos, los derechos universales fundamentales, los prioritarios en obtener una sanción penal internacional.

Alicia Gil Gil ve su esfuerzo para consolidar el Derecho Penal Internacional hecho realidad; la objeción a la inexistencia de órganos judiciales internacionales para negar al DPI su esencia y existencia, ha dejado de tener validez al firmarse en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de carácter permanente, y sin la crítica y rechazo de ser un Tribunal "ad hoc".

El principio de legalidad. Nos recuerda la Profesora Gil que una de las mayores críticas que se han formulado a los juicios de Nuremberg y Tokio es la vulneración del principio de legalidad de los delitos y de las penas, pues los Tribunales se crean después de los hechos y la tipicidad del delito también.

Algunos propugnaron (Donnadieu de Vabres) que en el Derecho Penal Internacional el principio de legalidad ha de ser interpretado, por razones

morales y de utilidad, de modo no riguroso, otros simplemente negaron la validez del principio en la esfera internacional (Kelsen), y pretenden justificarlo en que el D.P.I. no es derecho escrito donde solo tiene vigencia el principio (Radbruch, Dahm, o Glaser), ya que el principio de legalidad no puede aplicarse en contradicción con su esencia: protección del inocente contra condenas injustas.

Nuremberg y Tokio aplicaron un derecho penal internacional consuetudinario, lo que Gil Gil rebate asegurando que es sólo en las Convenciones de Ginebra de 1949 cuando surge por primera vez la obligación de castigar “los crímenes de guerra”.

Para la Profesora Gil Gil, el principio de legalidad debe ser respetado en el Derecho penal internacional, igual que en los Derechos penales nacionales, como exigencia del principio de seguridad jurídica, como garantía contra el abuso y arbitrariedad, y como expresión del principio de igualdad ante la ley. Hoy, sin duda, el principio de legalidad es fundamental en el Derecho Penal de los países civilizados, y también en la esfera internacional, al menos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. El Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 recoge expresamente el principio de legalidad (garantía criminal y garantía penal).

Antes de la vigencia de la Corte Penal Internacional, el principio de legalidad se respetaba no solo en virtud de Tratados, sino de la interacción de las distintas fuentes del Derecho Internacional y de su consideración del principio de legalidad como parte del “ius cogens”.

Propugna que en España el respeto absoluto del principio de legalidad exige ley orgánica en sentido formal, no entendiéndolo suficiente el mecanismo general de que el Convenio internacional, tras su rectificación por las Cortes, se integra en el ordenamiento jurídico interno.

Antecedentes del delito de genocidio. Surge con autonomía el delito de genocidio con las ideas doctrinales de Rafael Lemkin ante la formulación de los crímenes contra la humanidad, existentes en el Derecho interno de algunos países, y con el cauce internacional de la “cláusula Martens” de la Convención de la Haya de 1907; la criminalización de los hechos contra la humanidad, como crímenes de guerra y crímenes durante y con ocasión de la guerra.

La Doctora Gil Gil examina en detalle el artículo 6.C del Estatuto de Nuremberg, para resumir que los actos delictivos, conexos con la guerra, han de tener como víctimas a la población civil, y realizarse con interés del Estado. No se exige un móvil determinado.

Deslinda los crímenes contra la humanidad respecto de los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra; afirmando que aquellos no requieren la vinculación con un conflicto armado, si bien participa un poder político “de iure o de facto”; la víctima es colectiva aunque el bien jurídico protegido no lo sea sino individual, de otra forma todo sería un delito de genocidio.

Los móviles motivadores del crimen contra la humanidad no son necesarios para consumar este delito, salvo en las “persecuciones” y en “el genocidio”:

La comisión sistemática o generalizada está en el núcleo del delito contra la humanidad: ataque amplio, elevado número de víctimas y modelo o plan metódico de actuación; dentro de este contexto un acto concreto y aislado de una sola persona podría integrar este delito.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional (C.P.I.) en su artículo 7 se define el crimen de lesa humanidad como ataque sistemático contra la población civil, y resultado de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, tortura, violación y esclavitud,....

Para Lemkin la destrucción de una nación supone la pérdida de su futura colaboración al mundo y ofende nuestros sentimientos de moralidad y justicia de la misma manera que el homicidio de un ser humano, propugnando una jurisdicción universal para la represión del genocidio.

Tras dos años de trabajo se logró la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio el 9 de diciembre de 1948.

El bien jurídico protegido en el delito de genocidio. Para Gil Gil, el bien jurídico protegido es colectivo y formas de comisión pluriofensivas.

El bien jurídico es un valor del orden social jurídicamente protegido, como es el grupo, que diferencia del objeto material del delito en que recae directamente la acción del autor, precisando asimismo el objeto de la acción. Se extiende en consideraciones sobre el delito de genocidio como delito de peligro abstracto.

La nueva doctora, considera que la “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, social, étnico o religioso” constituye el elemento subjetivo del injusto. No debe confundirse con el móvil del delito, que es irrelevante, e incluso puede ser diferente; la intención de destruir es el elemento subjetivo del injusto, y el móvil, que no afecta al tipo delictivo, puede ser por motivos políticos, económicos, de venganza, etc.

En esencia se trata de proteger un grupo de seres humanos, y los concretos antes de ataque, son solo un medio para lograr el fin destructivo.

El grupo, atacado como tal, puede ser muy numeroso o no, o tratarse de un subgrupo, o el grupo considerado en un ámbito territorial limitado, pero entiende la Profesora Gil Gil, en contra del Juez Baltasar Garzón, y la Unión Progresista de Fiscales, que no cabe genocidios en los supuestos en que las víctimas son integrantes también del grupo genocida. El destruir a parte de sus nacionales que no se doblegan a las directrices de los delinquentes, no es genocidio, aunque la magnitud y extensión del plan delictivo global puede revestir los caracteres de crimen contra la humanidad.

Los crímenes cometidos por la dictadura chilena y argentina no eran dirigidos a la destrucción de un grupo sino a una parte mínima del grupo nacional chileno y argentino, y no por serlo, sino simplemente por ser disidentes y opuestos al régimen imperante. En definitiva, rechaza, la autora la inclusión en el grupo del tipo delictivo lo que no puede ser considerado ni siquiera grupo, ni tampoco a los que serán grupos o grupúsculos sociales, económicos, o políticos, excluidos expresamente en la Convención.

Igualmente crítica en sus valoraciones, la Doctora Gil Gil rechaza la pretensión del Juez Garzón al calificar los hechos de la dictadura argentina y chilena con intención de “destrucción por motivos religiosos”; para que un grupo de personas cuyo elemento común fuese la no práctica de una religión pudiese ser calificado como grupo a efectos de la Convención sería necesario que los miembros de ese conjunto compartieran algún tipo de nexo más estrecho que permitiese afirmar que su desaparición como conjunto priva a la humanidad de aportaciones culturales o de otro tipo específico y propio de ese grupo. La desaparición de niños tibetanos tenía como finalidad hacer desaparecer la cultura y la religión del grupo, los “secuestros” de niños argentinos no buscaba estos fines.

Valientemente extiende la autora su crítica contra la interpretación “in malam partem” que incluso hizo la Audiencia Nacional confundiendo genocidio y delitos de lesa humanidad, al considerar analógicamente “grupo nacional” y cualquier grupo ó colectivo homogéneo; grupo humano como especie y no cualquier matanza colectiva.

La exclusión de los grupos políticos en la Convención de 1948 fue clara y rotunda, así pues deliberadamente los Estados no quisieron proteger un genocidio político ni tampoco un genocidio cultural.

El tipo del delito de genocidio. El capítulo más extenso y significativo de la obra, que examina el tipo objetivo, el tipo subjetivo, y su estructura en la tentativa, y la comisión por omisión.

El delito del genocidio no es un delito especial; la redacción del tipo delictivo internacional no requiere en el sujeto activo ningún requisito ni

condición para su autor. No se menciona en el tipo delictivo en la Convención ni la intervención del Estado, la tolerancia en los actos genocidas, ni siquiera la intervención expresa de funcionario o agente del gobierno. Sin una intervención, al menos mínima, desde el poder es difícil la comisión del delito, pero no imaginable. Una vez estructurada la política genocida cualquiera puede ser autor de genocidio, si se da el elemento subjetivo del crimen.

El sujeto pasivo del crimen de genocidio es el portador de bien jurídico, es decir del grupo, o conjunto de individuos que forman ese grupo cuya existencia se ataca. No es cualquier grupo sino los nacionales, sociales, étnicos o religiosos y el ataque de una u otra índole permite a la doctrina mayoritaria referirse al genocidio físico y al genocidio biológico.

Gil Gil examina detalladamente el genocidio físico: muerte de miembros del grupo (penalidad, agravantes); lesiones graves a la integridad física o mental de los integrantes del grupo (medio para lograr la muerte y destrucción); el sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial (falta de vivienda y alimentos, trabajos forzados, rigor climatológico, etc...).

El denominado genocidio biológico comprende la medida o actos consistentes en impedir la perpetuación del grupo, negándoles el futuro, imponiéndoles medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo (imposición de esterilización y abortos a todos los miembros del grupo; separación de varones y hembras, etc...) Imponer exige más que planificar y poner en marcha, dar órdenes, sino que exige una implantación obligatoria y comprobar la existencia de tal imposición y control del cumplimiento.

El traslado forzoso de niños del grupo, criticado por superfluo, debe ir acompañado de algún elemento circunstancial que implique la tendencia a la extinción del grupo.

En nuestro Código Penal no limita la tipificación penal al traslado de niños, sino que incluye (C.P. 607.4) los traslados por la fuerza de grupo o miembros del grupo con propósito de destruirlos; la imposición de medidas tendentes a "impedir el género de vida", concepto excesivamente amplio, genérico e incluso ambiguo (¿impedir la ablación de clítoris?); y la sorprendente novedad (C.P. 607.2º) agresiones sexuales (¿es posible destruir un grupo mediante agresiones sexuales?). Al parecer en la ex Yugoslavia las violaciones tendían a que las mujeres enemigas tuvieran hijos de los atacantes pero ... ¿no es algo más próximo a los crímenes contra la humanidad?.

El tipo subjetivo es considerado como elemento volitivo de la intención, tanto desde el aspecto puramente doctrinar como en consideración del resultado. La Profesora Gil se extiende en la explicación del tipo subjetivo de la tentativa, las consideraciones de la resolución delictiva como voluntad de actuar, y la tentativa acabada.

Para ultimar la consideración de autoría con respecto al tipo criminal del genocidio, la Doctora Gil Gil se centra en la posibilidad de la autoría de comisión por omisión, y en las dificultades que en el crimen de genocidio la omisión puede equipararse a la acción que produce el resultado típico.

La omisión sería solo y exclusivamente imputable a quien ocupe una posición de garante; en segundo lugar, el garante debe tener capacidad real para evitar el exterminio del grupo, y conscientemente no realiza la acción tendente a la salvación del grupo. En cierta relación se encuentra el tema de la "responsabilidad de los jefes y otros superiores", que precisa el artículo 28 de la Convención de Roma sobre la Corte Penal Internacional, que la Doctora considera debe interpretarse de forma restrictiva, huyendo del automatismo de la imputación al superior; debe examinarse con extremo cuidado la concurrencia de modalidad de la comisión por omisión.

Las relaciones concursales. La tesis de Alicia Gil contiene una aportación original a la teoría del delito, el descubrimiento de una nueva clase de tipos mixtos, los de concurso aparente, según subraya su prologuista Cerezo Mir.

Detalla la Doctora las relaciones concursales referidas al genocidio, y entre las diversas modalidades de comisión; y, las relaciones concursales del genocidio y otras figuras afines; rechaza la solución de la descomposición: concurso de leyes con uno solo de los delitos contra bienes jurídicos individuales en concurso ideas de delitos con los demás. Y, finalmente se inclina por considerar un delito único de genocidio en concurso ideal con el concurso real de los crímenes contra los bienes jurídicos individuales.

Actos preparatorios, formas imperfectas de ejecución y grados de participación. La profesora Gil Gil examina en este capítulo el artículo III de la Convención del 48, en el ámbito internacional y los artículos 607.2 y 615 de nuestro vigente Código Penal, en la legislación interna.

Se castigan todos los actos de autoría (mediata e inmediata) y todos los grados de participación (instigación directa y pública a cometer genocidio) como inducción y cooperación necesaria; la asociación para cometer genocidio y la tentativa de genocidio.

La asociación, o conspiración (Convención del 48 y Estatuto del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, respectivamente) son, en nuestro derecho interno, la asociación ilícita y la conspiración para delinquir, por traducción literal, pero generadora de problemas, aún alumbrando que la asociación ilícita es simplemente una forma especial de conspiración.

La instigación directa y pública del genocidio, castigado en la Convención, es, a veces, una provocación para delinquir (cometer el delito de genocidio) o bien apología del genocidio, supuestos sobre los que profundiza Alicia Gil, con los límites separadores de la libertad ideológica y de expresión.

La negación pública de la existencia de actos genocidas, mera negación de hechos históricos, no debe combatirse con el Derecho Penal "per se", sino en cuanto incidan en una tipificación clara con un comportamiento despectivo y degradante.

Conclusiones. En 16 párrafos separa sus conclusiones, ya adelantadas en los capítulos que preceden fruto de su esmerada tesis doctoral la profesora Gil Gil.

El Derecho Penal Internacional va consolidándose mediante la estructura de un auténtico bien jurídico de relevancia en la esfera internacional, con un consenso en la necesidad de su protección: "ius cogens". Se consolida doctrinalmente y en convenios internacionales el principio de la responsabilidad penal individual; y resurge el movimiento procodificación que permite extender en la esfera penal internacional el principio de legalidad.

La Corte Penal Internacional, y otros Tribunales "ad hoc", consolidan el intento del Tribunal de Nuremberg, en pro de un principio de jurisdicción universal, que de cierta manera permite a los Tribunales nacionales la asunción de las normas punitivas del Derecho Internacional y las normas de "ius cogens".

El genocidio, crimen internacional, pretende la destrucción física o biológica de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cuya existencia y permanencia como tal constituye el bien jurídico protegido. El tipo delictivo se examina en detalle, y la culpabilidad a través del estudio de la tentativa, acabada e inacabada, y del dolo eventual, con las problemáticas concursales y las de las diversas formas de comisión y de colaboración en la comisión del execrable crimen de genocidio.

CREACION DE UNA JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL

Col. Escuela Diplomática nº 4
Por Javier Aparicio Gallego
Magistrado del Tribunal Supremo

En marzo de 1998, y organizada por la Escuela Diplomática y la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, tuvo lugar una jornada de estudio dedicada a la creación de una jurisdicción penal internacional. Sobre las actas de dicha reunión se ha elaborado el volumen nº 4 de la Colección Escuela Diplomática, coeditado por ambas entidades y el Boletín Oficial del Estado. El volumen recoge en tres partes o bloques los trabajos constituidos por las ponencias y las aportaciones a las Mesas Redondas correspondientes a cada grupo de materias, en los que se estudian el proceso de creación del Tribunal Penal Internacional, la competencia material de los Tribunales Penales Internacionales y el ejercicio de la jurisdicción por estos Tribunales en relación con el que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales.

En el primer gran bloque, la ponencia del Embajador Juan Antonio Yañez-Barnuevo hace un balance de la evolución de la justicia penal hacia su internacionalización, partiendo en sus consideraciones de los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio que, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, fueron creados para juzgar a los principales responsables alemanes y japoneses por el desencadenamiento de la guerra y las atrocidades en ella cometidas. Tras valorar como hito esta creación y apuntar las ventajas e inconvenientes derivados de ella, en un rápido examen de los principales instrumentos penales internacionales, plantea la necesidad de una jurisdicción penal permanente y de ámbito universal, necesidad sentida por las Naciones Unidas que, en su Asamblea General de 1989, reactivaron los trabajos para elaborar un Estatuto de una Corte Penal Internacional.

Se señalan después las diferencias entre los Tribunales consecuentes a la Segunda Guerra Mundial y los creados, en 1993 y 1994, para juzgar las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario en la ex-Yugos-

lavia y Ruanda, y se consideran por el Ponente las ventajas deducibles de la existencia de un Tribunal permanente creado mediante un tratado multilateral, para examinar después el desarrollo de la Conferencia Diplomática de Roma, en la que ciento sesenta delegaciones, acompañadas de treinta y una instituciones internacionales -entre ellas el Comité Internacional de la Cruz Roja- y ciento treinta y tres ONG,s, culminaron un texto consensuado en el que se fijó el ámbito material de competencia del Tribunal Internacional en los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, a los que se adicionó el delito de agresión, analizando los principios de actuación del Tribunal Penal Internacional -entre ellos el de complementariedad-, para concluir que queda en manos de los Estados su operatividad, tanto por la necesidad de que aquellos firmen y ratifiquen el Tratado en número suficiente para su vigencia -sesenta Estados-, como por que han de aportar los medios humanos y materiales para su funcionamiento y darle el apoyo político, jurídico, técnico y financiero que sea preciso.

La ponencia concluye con la duda que suscita la actitud de Estados Unidos -en el momento actual, como es sabido, el Presidente Clinton antes de abandonar la Casa Blanca firmó el Tratado-, la creencia de que la Unión Europea ha de jugar un papel decisivo para su puesta en marcha y con un juicio de valor claramente positivo acerca de los efectos deducibles de la existencia del Tribunal.

El primer bloque se integra, además, con las aportaciones a la Mesa Redonda correspondiente de la Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cantabria, Prof. Dra. Concepción Escobar Hernández, de la Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Santiago de Compostela, Prof. Dra. Isabel Lirola Delgado y del Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona Prof. Dr. Antoni Pigrau Solé. La Profesora Escobar Hernández examina las relaciones del Tribunal con las Naciones Unidas, diferenciando las que tuvieron lugar durante los trabajos preparatorios y que definieron el Tribunal como una institución internacional autónoma y valoraron el carácter de la conexión entre los fines de las Naciones Unidas y del Tribunal, así como el papel del Consejo de Seguridad en la actuación jurisdiccional, y cuyo resultado es la previsión de un acuerdo entre ambas instituciones. Igualmente examina el contenido de la relación respecto al Consejo de Seguridad y al Secretario General, y en cuanto a la participación de la ONU en la financiación del Tribunal, para concluir con la evaluación jurídica del Acuerdo de Vinculación previsto.

La Profesora Lirola Delgado aporta un estudio de la competencia material del Tribunal desde la óptica de la relación de dicha competencia y con el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, ya que, como hace notar, además del órgano jurisdiccional que ha de crearse por el Tratado, con unas reglas relativas a su formación y procedimiento, es precisa la existencia de un Código de delitos y penas preexistentes a los hechos criminales, examinando las primeras iniciativas y el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1.996, resaltando la necesidad de que se definieran en el Estatuto de Roma claramente los crímenes, la posibilidad de que por la vía del Derecho Consuetudinario puedan crearse nuevas figuras y, en atención al carácter complementario de la Corte respecto de las jurisdiccionales nacionales, el establecimiento de criterios de trascendencia y gravedad para la Comunidad internacional, para después examinar comparativamente los crímenes recogidos en el Estatuto y en el proyecto de Código, para concluir que, aunque los resultados del proyecto se hayan incorporado en parte al Estatuto, sigue siendo conveniente disponer de un Código que tipifique las conductas merecedoras de la calificación de delitos sometidos al conocimiento del Tribunal.

El Profesor Pigrau Solé señala en su aportación tres cuestiones que, para la adopción del Estatuto, aun quedan pendientes. En cuanto al catálogo de crímenes, después de señalar que ha quedado reducido a los que se recogen en el Estatuto, indica que la sociedad internacional carece hoy de un sistema de valores universalmente compartido, lo que origina incoherencias que impiden el establecimiento de una relación completa de los posibles crímenes a someter al Tribunal, lo que le afectará negativamente; estudia después la problemática del encaje de la actuación del Tribunal con las atribuciones jurisdiccionales de los Estados y con la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial propio de las Naciones Unidas y, finalmente y en cuanto a los principios del Derecho Internacional Penal, diferencia los que constituyen los principios generales de Derecho Penal trasladados al ámbito internacional -responsabilidad penal individual, legalidad y culpabilidad, fundamentalmente-, de los que denomina principios estructurales del Derecho Internacional Penal- autonomía de tipificación penal del Derecho Internacional, cooperación de los Estados en su aplicación y el de la mínima intervención del Derecho Internacional Penal.

El segundo gran bloque de la publicación se inicia con el estudio que como Ponente presentó el Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad del País Vasco, Prof. Dr. F. Javier Quel López, dedicado

al estudio de la competencia material de los Tribunales Penales Internacionales. La ponencia se inicia con la consideración básica de que el punto de partida de la articulación de un Derecho Internacional Penal es la tipificación penal autónoma de los crímenes susceptibles de ser sancionados desde el orden internacional, expresión del principio de legalidad internacional y núcleo competencial restringido de los crímenes de que pueden conocer los Tribunales Penales Internacionales ad hoc -ex-Yugoslavia y Ruanda- y el futuro Tribunal Penal Internacional, hoy limitados al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la agresión, relación que no excluye la posibilidad de que otras conductas sean consideradas crímenes internacionales.

Seguidamente el Profesor Quel examina los tipos actualmente aceptados, iniciando su estudio por el genocidio, con referencia a la Convención sobre el Crimen de Genocidio, de 1948, y, en el examen del concepto allí elaborado, destaca la dificultad de establecer el elemento intencional, elemento esencial del tipo de compleja determinación y prueba y que, en ausencia de una confesión de los autores, ha de deducirse de los hechos y del contexto en que se producen, infiriendo de las circunstancias concretas de cada caso la intención psicológica del acusado; después estudia la problemática de los grupos protegidos y la de la complicidad e incitación a cometer el delito.

Estudia seguidamente los crímenes contra la humanidad, distinguiendo la existencia o no de conflicto armado, deteniéndose especialmente en las conductas tipificadas en el Estatuto que, a su juicio, representan una notable mejora respecto de las tipificaciones de los Tribunales ad hoc; es muy detenido el estudio realizado de los crímenes de guerra, comparando también el sistema del Estatuto del Tribunal Penal Internacional con los de los Tribunales ad hoc, haciendo notar que la relación de veintiséis conductas que en el Estatuto se consideran graves violaciones de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados, supone un claro avance en el respeto del principio de legalidad, si bien denuncia la paradoja de que no se hayan incluido en la relación de armas prohibidas las de destrucción masiva, con cita expresa de las bacteriológicas y nucleares. En cuanto al delito de agresión, después de puntualizar que aun cuando en el Estatuto se declara la competencia del Tribunal para conocer de él, denuncia la remisión de su tipificación a una posterior revisión, y señala que deberá establecerse como responsabilidad de los dirigentes políticos y militares de los Estados, excluyendo la planificación, preparación y orden de llevar adelante la agresión como conducta punible autónoma; a su juicio, deberá

definirse la agresión como una conducta contraria a la integridad e independencia política de un Estado, establecida por referencia al objetivo perseguido y atendiendo a la realización de actos concretos. Finalmente, examina las complejas relaciones entre las actuaciones del Tribunal Penal y las del Consejo de Seguridad, valorando muy positivamente el diseño de un cauce de dialogo permanente entre el Tribunal y el Consejo para solucionar las dificultades que puedan surgir en la interrelación de sus respectivas funciones.

Figuran en este mismo bloque los estudios aportados a la Mesa Redonda correspondiente por la Catedrática de Derecho Internacional Publico de la Universitat de les Illes Balears, Profra. Dra. Rosario Huesa Vinaixa, el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, Prof. Dr. Francisco Bueno Arús y el Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, Dr. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.

La Profesora Huesa Vinaixa aporta un estudio sobre la incriminación universal y la tipificación convencional, subrayando la paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Partiendo de que la tipificación convencional es, desde que en 1948 se adoptara el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la forma habitual de incriminar internacionalmente las conductas contrarias a ciertos derechos humanos fundamentales, plantea la cuestión de las conductas no tipificadas por esta vía, así como el alcance de tal tipificación frente a los Estados que no son partes en el convenio tipificador, suscitando la cuestión de la obligatoriedad para éstos de tipificar y sancionar en virtud de la vigencia consuetudinaria del contenido del tratado de incriminación. Ante el pronunciamiento de la House of Lords en el caso Pinochet limitando el fundamento de la extradición a los delitos de tortura cometidos con posterioridad a la vigencia en el Reino Unido del Convenio contra la Tortura, apunta a la quiebra de la jurisdicción universal ante los instrumentos convencionales, que llegan a producir el efecto de que su existencia difumina el compromiso no escrito de los Estados hasta el punto de servir en sus manos para negarlo. Expone después la evolución del parecer al respecto, recordando que, en relación con la actuación del Tribunal para la ex(Yugoslavia, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exigía que dicho Tribunal aplicara las reglas del Derecho Internacional Humanitario, que forman parte sin duda alguna del Derecho Consuetudinario, para evitar los inconvenientes derivados de la aplicación de las normas del Dere-

cho Internacional particular, al no ser la totalidad de los Estados partes en los convenios específicos, criterio aceptado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que el principio de legalidad no se opone al enjuiciamiento o condena por actos u omisiones que en el momento de su comisión sean delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, dando a éstos carácter tipificador de conductas y levantando con ello la barrera que supondría la observación estricta del principio de legalidad, aunque la certeza en cuanto a la determinación del contenido de la norma consuetudinaria se garantiza por referencia a diversos tratados internacionales. Con referencia al Tratado de Roma, subraya que la creación de un Tribunal Penal Internacional es respuesta a la firme convicción de la incriminación universal de ciertas conductas, y que la tipificación en el Estatuto ha de interpretarse como la confirmación de la existencia de una tipificación penal consuetudinaria capaz de generar la responsabilidad penal internacional del individuo, definiéndose la competencia del Tribunal sobre determinados crímenes con independencia de la participación de los Estados en los convenios tipificadores, llegando a considerar que la inclusión de determinadas conductas en el Estatuto, solo parcialmente tipificadas en el plano convencional, refleja una opinio iuris generalizada sobre su incriminación, incluso sin existencia de convenio.

También estudia el alcance de la cláusula de inadmisibilidad en función de la actuación investigadora de un Estado que tenga jurisdicción sobre el hecho, considerando las diferentes posibilidades de entender la atribución de jurisdicción a dicho Estado, concluyendo con el examen de la interacción costumbre-tratado, en el que señala que aquella es entendida por parte de la doctrina, -y así lo estima la Audiencia Nacional española-, como medio de modificación de los tipos convencionalmente establecidos, sin que la tipificación contenida en el Estatuto pueda ser interpretada como límite de las reglas vigentes o en desarrollo a efectos distintos del propio Estatuto. Sin embargo, el principio de legalidad es plenamente acogido por el Estatuto, quedando sometida su modificación al mecanismo de revisión del Convenio, lo que dificultará su adaptación a futuras evoluciones del Derecho Internacional general.

El Prof. Bueno Arús hace un detenido examen del Estatuto desde la óptica de la teoría general del delito, partiendo de sus conceptos formal y material, concluyendo que en el Estatuto se acepta la concepción formal al aludirse a las conductas punibles "de conformidad con el presente Estatuto", expresión coincidente con la terminología utilizada en el Proyecto de

Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Esta concepción se refuerza con la alusión a la trascendencia y a los elementos que en la dogmática suponen su contenido material. Examina la acción, en sus aspectos positivo y negativo, señalando que aun cuando la omisión no se recoja en la definición conceptual, se tipifican conductas que consisten en no realizar determinados actos, y significa que el Proyecto del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad emplea una técnica más depurada al declarar responsable de un crimen al que no haya impedido o reprimido su comisión, sancionando a los superiores que no tomaron medidas para impedir o reprimir el crimen de sus subordinados, cuando sabían o tenían motivos para saber que se estaba cometiendo o se iba a cometer. Destaca que los delitos internacionales no pueden consistir en hechos aislados, y examina las formas de ejecución y participación, planteando, además de la comisión directa, la autoría mediata, los problemas de la tentativa y actos preparatorios, la orden, proposición e inducción a la comisión, así como la complicidad y la contribución a la comisión, subrayando que la responsabilidad sólo es atribuible a las personas naturales.

En cuanto a la tipicidad, plantea el problema del valor de los principios y la jurisprudencia del propio Tribunal como fuentes del derecho recogidas en el Estatuto, y su capacidad para la creación de delitos, posibilidad que rechaza. Al examinar la antijuridicidad expone que el bien jurídico protegido, en su opinión, consiste en el peligro para la supervivencia de grandes grupos de personas; la antijuridicidad queda excluida por actuar-se razonablemente en defensa propia o un tercero, o, en el caso de crímenes de guerra, de un bien que fuera esencial para la supervivencia del autor o de un tercero, o que el bien fuera esencial para la realización de una misión militar. En cuanto a la obediencia debida indica que ha quedado radicalmente restringida, considerando que ello es así en atención a la gravedad de los crímenes, y haciendo notar que queda reducida a la impuesta por ley y a la basada en la ignorancia de la ilegalidad de la orden, siempre que esta no fuera manifiestamente ilícita.

En el ámbito de la culpabilidad se señala que la imputabilidad se fija en los 18 años, exigiéndose la intencionalidad en la ejecución, integrada por un elemento intelectual y otro volitivo, cuya concurrencia determina la existencia del dolo. En cuanto a la culpa o negligencia, o imprudencia, no planteada como alternativa, aparece en determinados delitos por formar parte de la descripción típica -no haber ejercido un control apropiado, haber sabido o debido saber que se estaba cometiendo un crimen,...- una expresión ambivalente para una y otra forma de culpabilidad. Su aspecto

negativo acoge la enfermedad o deficiencia metal, la intoxicación no causada voluntariamente a sabiendas de que como resultado de la situación se incurrirá probablemente en un crimen, y la coacción, así como el error de hecho y de derecho.

La pena se caracteriza, según destaca Bueno Arús, por la legalidad e igualdad, con expreso rechazo de las inmunidades, aún cuando se echa en falta la aceptación del principio *non bis in idem*. De las penas en particular -reclusión a perpetuidad, reclusión por menos de treinta años, multa y decomiso del producto, de los bienes y de los haberes procedente directa o indirectamente del crimen-, señala que su relación es más satisfactoria que las de los Tribunales *ad hoc* anteriores, justificando la presencia de la reclusión perpetua como transacción para que los países orientales aceptaran la supresión de la pena de muerte. Se reconoce el principio de proporcionalidad y el abono del tiempo de pérdida de libertad con carácter preventivo, así como la limitación de la pena en el concurso de delitos, y su revisión en orden a su reducción cuando se hayan cumplido dos tercios de la pena impuesta o veinticinco años de prisión en el caso de la cadena perpetua. Subraya Bueno Arús que la ejecución se encomienda a los Estados que hayan manifestado estar dispuestos a recibir condenados, manifestación en la que pueden poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por el Tribunal, y, caso de no aceptarlas, determinarán el traslado del condenado a un Estados distinto, lo que, a juicio del autor, permitiría a España establecer la limitación de la privación de libertad al máximo previsto en nuestra legislación, al no existir en nuestro derecho interno la reclusión perpetua. Examina después el régimen correspondiente a la responsabilidad civil, destacando la creación de un fondo fiduciario para facilitar el pago de las indemnizaciones y el derecho a indemnización reconocido a los ilegalmente detenidos o que hubieran cumplido condena posteriormente anulada por acreditarse error judicial.

El juicio de valor que se realiza en la aportación de Bueno Arús es favorable en general, y muy especialmente en cuanto a la regulación de las cuestiones sustantivas, si bien expresa su parecer desfavorable en relación con la regulación de la omisión, la relación causal, la culpa o negligencia, el error, el sistema de atenuantes y el principio *non bis idem*, para terminar proclamando la esperanza de que las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen, en redacción en la sede de las Naciones Unidas, y la jurisprudencia del propio Tribunal, colmaran estas lagunas o deficiencias.

El Dr. y General Consejero Togado Rodríguez Villasante estudia también los aspectos penales del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, iniciando su aportación subrayando su complejidad, deducible del carácter complementario del Tribunal frente a las jurisdicciones nacionales, de la acumulación en el Estatuto de normas sustantivas, procesales, orgánicas y de cooperación internacional, y su pretendido ámbito universal, que impuso la búsqueda de un equilibrio entre los sistemas continental y anglosajón. Tras exponer las fuentes enumeradas en el Estatuto, el Dr. Rodríguez Villasante examina los principios generales del Derecho Penal proclamados en el Estatuto, iniciando su estudio por el de legalidad, destacando el avance que supone el texto elaborado, en el que se recogen, además, los de irretroactividad de la ley penal internacional, proscripción de la analogía e imputación subjetiva, si bien hace notar que quiebra la garantía penal por ausencia de dosimetría y falta de determinación de la relación crimen-pena y de criterios de individualización; recuerda que la búsqueda del consenso motivó la disposición de transición recogida en el art. 124, que permite a los Estados y durante un periodo máximo de siete años a partir de la vigencia del Estatuto para ellos, la no aceptación de la competencia del Tribunal respecto a crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio, lo que ha motivado numerosas críticas y que el Comité Internacional de la Cruz Roja solicite a los Estados que no hagan uso de esta cláusula al ratificar el tratado. En cuanto a otros principios, destaca Rodríguez Villasante el de igualdad, al aplicarse el Estatuto sin distinción alguna basada en cargos oficiales, quedando rechazadas las inmunidades, y el de imprescriptibilidad de los crímenes competencia del Tribunal.

Señala que la responsabilidad se concreta en la persona individual, a través de la autoría y de la participación en hecho ajeno, diferenciándose la orden, la inducción y la cooperación necesaria, equiparadas a la autoría, de la complicidad y el encubrimiento, efectuando un detenido estudio de la orden, tanto en cuanto a su expresión como a su transmisión, y de la ejecución colectiva, prestando especial atención a la diferencia entre ejecución y tentativa, con el efecto del desistimiento en este último aspecto del iter criminis. Especial atención presta a la responsabilidad de los superiores jerárquicos que consienten o no impiden la comisión de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario por sus inferiores, con examen de su antecedente en el Protocolo Adicional I, de 1977, a los Convenios de Ginebra, y del art. 11 del vigente Código Penal español y de los artículos 137 y 78 del Código Penal Militar y 614 del Código Penal, ambos textos de nuestro país. Igualmente estudia la pre-

visión al respecto en los Estatutos del Tribunales Penales Internacional para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y la doctrina de ambos Tribunales para, finalmente, examinar detenidamente lo dispuesto en el Estatuto diferenciando la figura del jefe militar de la del superior que no ostenta tal cualidad, haciendo notar que la responsabilidad del superior militar abarca la culpabilidad culposa, mientras que los no militares solo son incriminados por conductas dolosas.

Seguidamente estudia el elemento subjetivo de los crímenes, con especial referencia a la fundamentación de la culpabilidad, haciendo notar que la responsabilidad penal se basa en el dolo, con exclusión de la culpa o negligencia, salvo el caso de los superiores militares que ya hemos señalado, y analiza los elementos volitivo e intencional, con puntual consideración del dolo eventual y su relación con la imprudencia temeraria, de difícil diferenciación en el sistema anglosajón, y la culpa consciente con representación del resultado, para después examinar las circunstancias excluyentes de la responsabilidad criminal, significando que no se establece un *numerus clausus*, sino que el Tribunal puede apreciar una eximente distinta de las señaladas expresamente en el Estatuto cuando se desprenda del derecho aplicable, lo que entraña una remisión a las fuentes y que acogen tanto al Estatuto, como a los Elementos del Crimen y Reglas de Procedimiento y Prueba, más los principios y normas de derecho internacional aplicable y los propios del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, en expresión feliz del autor del estudio, si bien su apreciación quedara sometida al procedimiento establecido en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Examina seguidamente el Dr. Rodríguez Villasante las causas de inimputabilidad, de justificación y exculpación, para concluir con dos cuestiones concretas, la obediencia debida y el tratamiento del error; tras un interesante estudio de la obediencia y su eficacia en el ámbito penal, con especial referencia al derecho español, se destaca la excepcionalidad de la virtualidad exculpatoria de la obediencia en el Estatuto, en atención al principio general de que no será causa de exención de la responsabilidad, principio que decae en los supuestos de obligación por ley de obedecer, de ignorancia de la ilegalidad de la orden y de falta de *ilicitud manifiesta de lo ordenado*, puntualizándose que las ordenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad se entienden siempre manifiestamente ilícitas, por lo que considera Rodríguez Villasante que, en la práctica, la eximente solo será aplicable a los crímenes de guerra y al futuro crimen de agresión; por otro lado, apunta que, en un sistema penal culpabilista, no puede admitirse una presunción *iuris et de iure* que nos lleve

a prescindir del elemento intencional, por lo que estima que, pese al tenor literal del texto, debería admitirse la prueba en contrario. El trabajo concluye con una evaluación desfavorable del tratamiento del error, que en el Estatuto se acomoda a la antigua y hoy superada diferencia entre error de hecho y error de derecho.

El tercer gran bloque del libro está constituido por el estudio de los aspectos procesales acogidos en el Estatuto, iniciándose con la ponencia del Prof. Dr. Alejandro J. Rodríguez Carrión, Profesor de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga, que estudia los aspectos más relevantes en el Estatuto referentes a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, y su relación con las jurisdicciones nacionales.

Tras una breve introducción, en la que señala que el texto aprobado en la Conferencia Diplomática de Roma mejora el elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, el Prof. Rodríguez Carrión se adentra en los aspectos procesales más relevantes, comenzando por destacar el carácter complementario de la competencia del Tribunal Penal Internacional en relación con las jurisdicciones nacionales, lo que excluye la idea "de una jurisdicción universal abocada a una justicia penal individual universal". En apoyo de esta opinión recuerda las causas de inadmisibilidad, constituidas por la existencia de una investigación o enjuiciamiento en el Estado con jurisdicción sobre el asunto, por haber sido ya objeto de investigación por dicho Estado con jurisdicción, incluso habiendo decidido no incoar acción penal, y porque la persona ya hubiera sido enjuiciada por dicha conducta no pudiendo el Tribunal ejercer jurisdicción fundada en las causas previstas en el art. 20.3 del Estatuto, que le permitirían valorar si realmente el Estado con jurisdicción está en disposición de sancionar la conducta, o sí, por el contrario, su actitud es incompatible con la intención de someter a un juicio independiente al encausado. Se apuntan problemas al respecto, tales como la heterogeneidad de las concepciones jurídicas y de los sistemas judiciales, que hacen que quede sometida la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales a una valoración por el Tribunal, lo que puede originar el riesgo de que surjan dificultades procesales que impidan la necesaria investigación, en la que será imprescindible la cooperación. Por otro lado, el hecho de que el Tribunal pueda conocer cuando el proceso en el orden interno tiene la finalidad de sustraer el culpable a la acción de la justicia y cuando la actuación jurisdiccional no haya tenido lugar en debidas condiciones de independencia e imparcialidad, la actuación jurisdiccional del Tribunal podría hacerle aparecer como una

instancia superior a las jurisdicciones nacionales, con la posibilidad de que se apreciara una injerencia en las actuaciones de estas; igualmente, la prevalencia de las jurisdicciones internas podría inducir a los presuntos culpables a optar por una autoinculpación ante un Estado que, pudiendo establecer su competencia, en atención a la legislación interna les permitiera esperar un tratamiento penal o penitenciario más favorable.

Se señala que la competencia del Tribunal se establece en virtud de la remisión realizada por el Consejo de Seguridad que, actuando en el marco Capítulo VII de la Carta, considere que en la situación parecen haberse cometido uno o varios de los crímenes sobre los que el Estatuto le atribuye competencia, o cuando el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o sea el de nacionalidad del acusado, sean parte en el Estatuto, así como cuando un Estado que no sea parte y sea en cambio el lugar de comisión o el de nacionalidad del acusado, dé su consentimiento a que el Tribunal ejerza su competencia. Destaca seguidamente la ponencia la figura del Fiscal, ya que, en virtud de la vigencia del principio acusatorio, es a él a quien remiten el Consejo de Seguridad o el Estado los asuntos, correspondiéndole la decisión de adoptar las medidas de inicio del procedimiento, en virtud de una evaluación que le lleve a estimar que hay base suficiente para ello y a solicitar de la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para realizar las investigaciones. Tras la realización de la investigación, el Fiscal puede estimar que hay fundamento para el enjuiciamiento o que no hay base suficiente para ello, que es inadmisibles el asunto por ser competencia de una jurisdicción nacional o que no redundará en interés de la justicia, informando de su decisión a los Estados, al Consejo y a la Sala de Cuestiones Preliminares. El Consejo de Seguridad tiene la posibilidad de pedir al Tribunal la suspensión de las actuaciones por un plazo no superior a doce meses, renovable por otros periodos iguales, formula que supone el equilibrio entre las posturas de quienes propugnaban la preeminencia de uno u otro órgano internacional.

El Prof. Rodríguez Carrión estudia después los aspectos que considera más destacados en el ámbito procesal, designación de Magistrados, actuación de estos en el Tribunal, problemas de su contaminación y pérdida de la imparcialidad, derechos y situación del imputado, audiencia ante la Sala de Cuestiones Preliminares con previa información al imputado de los medios de prueba del Fiscal y, en su caso, confirmación de cargos con constitución de la Sala de Primera Instancia e inicio de la fase de juicio. En éste, con lectura de los cargos al acusado que habrá de hallarse presente, se le reconocen al imputado los derechos establecidos en el art. 67 del

Estatuto, hallándose protegido por la presunción de inocencia que le otorga el art. 66. En garantía de la funcionalidad del principio acusatorio se regula la intervención del Fiscal en la prueba, así como las medidas de protección de víctimas y testigos. Opinión crítica merece para el Prof. Rodríguez Carrión que, en determinadas circunstancias, pueda sustituirse la prueba por un resumen aportado por el Fiscal, así como que pueda prestarse testimonio mediante vídeo o audio, lo que impediría el interrogatorio de la defensa; aún más negativa es la opinión del Prof. Rodríguez Carrión en relación con la posibilidad de que, en protección de información que afecte a la seguridad de un Estado, se prive del acceso a ella al acusado, *aún cuando sea importante para el establecimiento de su culpabilidad o inocencia*. Pese a estas opiniones críticas, el parecer del autor es favorable al Estatuto, destacando que es un gran paso en la protección de los derechos humanos, y que puede suponer el final de la tendencia de algunos Estados a atribuirse jurisdicción universal con quebranto del principio de territorialidad. Finalmente señala que el Estatuto habrá de ser objeto de revisiones de mejora, estando ya prevista la primera de ella a los siete años de su vigencia, y que, por otro lado a través de la cooperación internacional habrán de establecerse las Reglas de Procedimiento y Prueba, los Elementos del Crimen, y la definición de la agresión, con la esperanza de que esta cooperación mejorará las posibles deficiencias del texto inicial.

La ponencia va acompañada de las aportaciones a la Mesa Redonda del Prof. Dr. Antonio Remiro Brotons y de la Prof. Dra. Esperanza Orihuela Calatayud.

El Prof. Remiro Brotóns, Catedrático de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, examina la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y su relación con el principio de jurisdicción universal. La exposición se inicia con el estudio del principio de persecución penal universal de los delitos considerados crímenes internacionales, con independencia del lugar de comisión y del origen y condición de los sujetos activos y pasivos, repasando la evolución de la codificación penal internacional y considerando como tales crímenes a los que se acogen como determinantes de la competencia del Tribunal Penal Internacional -agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad-, en los que resulta obligatorio para el Estado donde se encuentre el presunto criminal entregarlo a solicitud de extradición de Estado competente para conocer o a juzgarlo, a menos que opte por transferirlo a un Tribunal Penal Internacional en los términos que preve a su Estatuto. Partiendo de

estas consideraciones, estudia el caso Pinochet y la actuación del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores en su sentencia de 24 de marzo de 1999, rechazando la opinión sostenida por las autoridades chilenas al propugnar la competencia exclusiva de sus Tribunales por aplicación del principio de territorialidad. Considera después cuales podrían ser los delitos atribuibles a Pinochet, concluyendo no acertada la imputación del crimen de genocidio y mas acorde a derecho la de terrorismo, que justifica por hallarse su contenido típico recogido entre las figuras constitutivas de crímenes contra la humanidad y tortura, estudiando las relaciones entre las Convenciones sobre el genocidio, de 1948, y contra la tortura, de 1984, con la Ley Orgánica del Poder Judicial de nuestro país y con el Convenio europeo para la represión del terrorismo, de 1977; analiza también el efecto de la legislación chilena despenalizadora de las conductas producidas durante el mandato militar, con especial referencia a las Leyes de Punto Final y la prescripción, recordando que la Audiencia Nacional española estimó que su computo no podía iniciarse sino de desde la existencia de una posibilidad objetiva de ejercicio de la acción, lo que no se produjo hasta que Pinochet cesara como Presidente de la República, señalando que las desapariciones forzadas deberían ser consideradas como supuestos de tortura y calificadas de delitos continuados en tanto no aparezcan, vivos o muertos, los desaparecidos. La última parte del trabajo del Prof. Remiro Brotóns se centra en el estudio de los efectos de la creación del Tribunal Penal Internacional, haciendo notar que su existencia, aun en proyecto, supondrá el conocimiento limitado de los más graves crímenes internacionales, condicionado por las exigencias que figuran en el Estatuto y el carácter complementario de su jurisdicción respecto de la de los tribunales internos, por lo que concluye que el principio de persecución universal continúa vigente, siendo la creación del Tribunal la expresión de un reforzamiento de la cooperación internacional en garantía de que las conductas constitutivas de estos graves crímenes no queden impunes; considera que la creación del Tribunal no es un freno al ejercicio de la jurisdicción de los jueces y tribunales que, al amparo del Derecho Internacional consuetudinario o convencional, hagan uso del principio de jurisdicción universal, que se manifestará, por un lado, en relación con los crímenes que no se recogen en el Estatuto, y, por otro, al ser preferente ante el carácter complementario y subsidiario que queda atribuido a la jurisdicción del Tribunal por el Estatuto. Por ello estima que el enjuiciamiento por los tribunales estatales seguirá siendo la norma, concluyendo con una valoración desfavorable de la actuación de las autoridades chile-

nas en el caso Pinochet, y un favorable parecer respecto del ejercicio jurisdiccional en protección de los derechos humanos al amparo del principio de persecución universal.

Por su parte la Dra. Orihuela Calatayud, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Murcia, considera la aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales, partiendo del principio de que la creación del Tribunal no implica que las jurisdicciones nacionales vayan a perder su papel relevante y prioritario en la represión y sanción de los crímenes sometidos al Tribunal, por existir normas de Derecho Internacional convencional y constitucionario que no solo fomentan, sino que, a su juicio, obligan a las jurisdicciones nacionales a perseguir con extraterritorialidad estas violaciones. Señala que hasta ahora han sido las jurisdicciones nacionales quienes han tutelado los derechos que reconoce el Derecho Internacional Humanitario, con las excepciones de los Tribunales ad hoc, y que la adopción del Estatuto del Tribunal es el inicio de un camino para la instauración de una jurisdicción penal permanente de carácter internacional, pero que no significa la exclusión de las jurisdicciones nacionales, que gozan de preferencia frente a la del Tribunal, como resulta de la existencia de las causas de inadmisibilidad y de la obligación para el Fiscal de acordar la inhibición a favor de los Estados que hayan llevado o estén llevando a cabo una investigación sobre el asunto, y cuando lo soliciten en el plazo de un mes desde que fueran notificados de la existencia de fundamentos racionales para iniciar una investigación, si hacen constar que ya la han realizado o la están realizando sobre los mismos hechos, lo que la Dra. Orihuela califica de una especie de derecho de veto que, al conjugarse con el carácter universal de la persecución de estos delitos que faculta a actuar a cualquier Estado, complicará aun mas la posibilidad de actuación del Tribunal. Subraya también la limitación del conocimiento al hecho de que el Estado de comisión o de la nacionalidad del acusado sea parte, salvo la remisión por el Consejo de Seguridad, así como las disparidades resultantes de que ciertas conductas estén tipificadas en las normas internas por aplicación del Derecho Internacional convencional, indicando que el principio de jurisdicción universal se aplica a un reducido numero de crímenes definidos por el Derecho Internacional convencional o consuetudinario, y con apoyo en la trascendencia e importancia de los intereses que para la comunidad internacional se tutelan; la Profesora Orihuela considera que el principio de jurisdicción universal es complementario y subsidiario del de territorialidad, siendo admitido por la inexistencia de una jurisdicción penal internacional y para evi-

tar que queden impunes conductas especialmente lesivas, cuya tipificación tiene su origen en convenios internacionales previos, o se describen en el Estatuto sin el precedente de su regulación convencional anterior. Desde esta diferencia, examina la fundamentación de la actuación de las jurisdicciones nacionales respecto al genocidio, las violaciones al Derecho Humanitario en los conflictos armados internos y, de forma general, en relación con otros crímenes recogidos en el Estatuto y que no figuran en *ninguna norma convencional que habilite a los Estados para ejercer su competencia al amparo del principio de la jurisdicción universal*, estimando que en todos los casos se trata de una evidente evolución de la opinión internacional respecto a la favorable valoración de la ampliación a ellos del principio de justicia universal, y que el hecho de que estén recogidos en el Estatuto manifiesta la existencia de una *opinio iuris* sobre su carácter internacional y la afectación mediante su comisión de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Estudia después la Dra. Orihuela la actuación de las jurisdicciones nacionales en la represión de estas infracciones, que viene condicionada por los compromisos asumidos por los respectivos Estados y el desarrollo de las *disposiciones internacionales convencionales en los ordenamientos internos*, que evidencian una seria diversidad. La cuestión se agrava al ser distintos en los diferentes sistemas y ordenamientos jurídicos internos los procedimientos de incorporación del derecho constitucionario, debiendo añadirse a ello las dificultades resultantes de la posible ausencia del presunto culpable del territorio, los problemas del juicio en rebeldía, el distinto régimen de la prescripción y los condicionantes políticos resultantes de los conflictos armados o golpes de estado en que suelen producirse las infracciones y la influencia negativa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional puede tener en las relaciones internacionales. Por último, considera que la actuación de las jurisdicciones internas, hasta ahora la única posible, plantea aspectos negativos por la *diversidad de los regímenes jurídicos internos*, que se manifiesta tanto en lo sustantivo como en lo procesal, y que conducen a la -imposibilidad de establecer una actuación uniforme y una jurisprudencia que garantice cierta homogeneidad en la represión de las conductas; por ello aboga por el establecimiento del Tribunal Penal Internacional, criticando las limitaciones resultantes del Estatuto adoptado en Roma y de la dualidad de actuaciones jurisdiccionales, del Tribunal y de los órganos judiciales internos de los Estados.

El volumen concluye con un apéndice en el que se reproduce el texto del Estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional, de 17 de Julio

de 1998, un apéndice documental que recoge la documentación oficial de Naciones Unidas y la emanada de otras entidades relativa al Tribunal Penal Internacional Permanente y documentación sobre los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y un apéndice bibliográfico muy completo sobre el Tribunal Penal Internacional y los Tribunales Especiales para exYugoslavia y Ruanda, recogiendo monografías, obras colectivas y artículos de revistas y colaboraciones en obras colectivas.

Lo expuesto acredita, a juicio del suscribe, el interés y la importancia de la extensa publicación que consideramos, que ha de estimarse fundamental para el estudio y valoración del esfuerzo internacional que ha cristalizado en el Estatuto de Roma, y que permite fundar una positiva esperanza, en todo caso prudente, en sus actuaciones, que es de desear se inicien en un futuro no lejano.

Madrid, Marzo, 2001.

2. NOTA A UNA RECENSION

“CIUDADANO Y SOLDADO”
RÉPLICA A FRANCISCO BLAY VILLASANTE

David Blanquer

I. EL MEDIO.

Quiero felicitar a la Dirección de la *Revista Española de Derecho Militar* por haberme dado la oportunidad de descubrir otra utilidad de las publicaciones institucionales sufragadas por todos los contribuyentes. Además de los fines informativos y formativos que les son propios, algunas revistas tienen otra utilidad. En el número 73 de esa Revista (páginas 253 a 258), compruebo la función terapéutica de una publicación que permite aliviar los convulsos espasmos de la bilis de Francisco Blay Villasante.

Ignoro si mi aportación como contribuyente también sirve para sufragar la legítima oportunidad de defenderme como ciudadano que tiene derecho a replicar en el mismo medio de comunicación, pero temperamentalmente inclinado a confiar en la neutralidad ideológica de las publicaciones institucionales de la Administración Pública, envío estas líneas a la Dirección de la *Revista Española de Derecho Militar*.

II. LAS FORMAS.

Aunque el ataque no es racional y de fondo sino exclusivamente emocional y formal, el ciudadano Blanquer quiere replicar a Blay por su intemperancia verbal. El ataque no es sustantivo porque para combatir un razonamiento debe ofrecerse otro, y en las líneas de Blay no hay ni un solo argumento jurídico; hay mucha bilis y ninguna razón fundada en Derecho. Sus palabras, saturadas de adjetivos altisonantes, son los poros por los que transpira su disgusto y su enfado por mis opiniones. Aprovecha una Revista de enorme prestigio jurídico para desahogar una rabieta personal.

Aplaudo su aportación en la medida en que ejerce legítimamente su derecho constitucional a criticarme, y sobre todo a hacerlo huyendo del tedioso lenguaje de “lo políticamente correcto”, que convierte muchas publicaciones en el aburrido lugar de encuentro de los amables halagos a los cofrades que comparten un mismo credo ideológico o un mismo ámbito social. Para eso sirve la libertad de expresión; para enriquecer, a través de la crítica, el pluralismo ideológico en el que respira un Estado democrático. Es constitucionalmente legítimo el tono “algo desmesurado y desabrido” de su desahogo emocional (por utilizar las palabras empleadas por él mismo en la página 257).

Pese a que Blay me imputa “imperdonables excesos dialécticos” (página 255), yo voy a ser más magnánimo y perdonar sus excesos formales, pero no voy a dejar sin respuesta su defensa de actitudes contrarias al pluralismo que la Constitución impone. Como mi trabajo no ha recibido crítica sustantiva alguna de Blay, no voy a malgastar estas líneas en defender desde la Constitución las razones jurídicas de mi trabajo, pero tengo derecho a exteriorizar mis sentimientos sobre los valores constitucionales que destilan sus emocionadas y vibrantes páginas, a partir de las cuales es fácil dibujar su retrato ideológico.

III. EL CONTENIDO.

1. ¿A QUIÉN CRÍTICA?

La crítica no se limita a mi trabajo “Ciudadano y soldado”, publicado por la Editorial Cívitas en el año 1996, sino que se extiende a quienes desde la Administración Pública me otorgaron el Premio Ejército en 1995. Resulta revelador que Blay no atribuya el otorgamiento del galardón al Ministerio de Defensa sino al Ejército (página 253), y que reivindique que el Ministerio es algo que le pertenece, ya que premiar ideas con las que él discrepa equivale a meterle un gol al Departamento. Al afirmar que nadie del Ministerio de Defensa puede discrepar de su parecer, hace una curiosa defensa del pluralismo ideológico que la Constitución garantiza. Sucede que en ese Departamento hay diversidad de opiniones y algunas discrepan del criterio de Blay e hicieron una valoración favorable de mi trabajo.

2. EL PLURALISMO POLÍTICO Y LA HACIENDA PÚBLICA.

Para Blay el erario público debe ser instrumentalmente utilizado por la Administración para premiar unas ideas y castigar o censurar otras. Frente al valor superior del pluralismo político (artículo 1.1 de la Constitución), hay que imponer el dirigismo ideológico. Cuando la Administración convoca el premio Ejército o cualquier otro premio de trabajos sobre humanidades, debe orillar la valoración objetiva y técnica de los méritos argumentales esgrimidos por los candidatos. Según Blay, el Jurado debe dar rienda suelta a sus emociones subjetivas para premiar las ideas que las satisfacen y castigar o censurar aquellas otras que las perturban. Lo importante es mantener prietas las filas de la unidad ideológica y evitar a todo trance el pluralismo que la Constitución impone.

3. EL PLURALISMO POLÍTICO Y EL ESFUERZO DE CONVENCER AL PRÓJIMO CON ARGUMENTOS OBJETIVOS.

Llama poderosamente la atención cómo se irrita y solivianta Blay por el método seguido en mi libro para llegar a las conclusiones que defiendo. En la página 253 dice que mi trabajo, para “fundamentar a toda costa sus criterios ... analiza cada aseveración desde sus orígenes históricos hasta las matizaciones del Derecho comparado, producto de sus muchas lecturas y ayudas bibliográficas”.

Ese método es el habitualmente seguido para exteriorizar el fundamento objetivo de una opinión. A diferencia de lo que hace Blay, asumo que no estoy en posesión de “la verdad”. Ofrezco opiniones, y para evitar que sean puramente subjetivas exteriorizo sus fundamentos objetivos con el legítimo propósito de persuadir al lector del acierto de mis opiniones. Sólo quien asume el pluralismo hace un esfuerzo para convencer a quienes tienen otras opiniones. Por eso agradezco sinceramente a Blay que reconozca mi “vehemente necesidad de convencer” (página 253).

Esa necesidad de convencer al prójimo ofreciendo fundamentos objetivos altera el equilibrio emocional de mi crítico que al estar en posesión de “la verdad” desprecia ese esfuerzo intelectual y defiende la “simplicidad dialéctica” de otros autores (página 254). De esa forma Blay se desnuda ideológicamente al apoyar argumentos simples que bastan para imponer “su verdad”. Las aportaciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública deben ser utilizadas para premiar la “simplicidad dialéctica” de ideas agradables a los sentimientos de quien ostenta el poder.

El simplismo de Blay es estremecedor; el que no está de acuerdo con sus sentimientos es antimilitarista; o se está con quien monopoliza la custodia de la esencia de las Fuerzas Armadas o se es antimilitarista; la paradoja es que quien pretende ser el titular de ese monopolio tiene la desfachatez intelectual de hacer imputaciones de dogmatismo. Sin fundamento alguno parte de una conclusión preconcebida: para Blay el ciudadano Blanquer es antimilitarista. No explica cuáles son las premisas para llegar a esa conclusión. Como él mismo confiesa (página 254), “lo honesto intelectualmente es partir de unas premisas fundamentadas y razonadas de las que se desprenda una lógica conclusión. Pero apriorísticamente aferrarse a una determinada conclusión, que se desea verdadera ... es una proceder fraudulento o trucado”.

En lugar de imponernos la catarata de sus emociones, que le llevan a tildar de “inveraces” mis afirmaciones (página 255), Blay podría hacer un esfuerzo para convencer al prójimo, bien sea demostrando la falsedad de los hechos históricos que utilizo o la falsedad de los datos legislativos o jurisprudenciales que aporto. Imagino que la falta de veracidad la predica de hechos, porque atribuirlos a opiniones o argumentaciones equivale a negar el pluralismo político. Las ideas pueden ser más o menos convincentes pero nunca falsas, salvo cuando se defiende que sólo hay una idea verdadera; pese a ello, en la página 257 se refiere a “juicios de valor erróneos”. También agradecería a Blay que concretase en qué página de mi libro digo o insinúo “que los Ejércitos son inútiles, que sobran, que no hacen falta”. Es una imputación torticera de un hecho falso que él realiza en la página 258.

4. INVITACIÓN AL SOLDADO BLAY.

Ahora espero con impaciencia que asuma el reto del pluralismo político e intente convencer al prójimo de la bondad de sus razones, porque de momento sobra ruido formal de adjetivos descalificativos y faltan nueces jurídicas; menos bilis y más Derecho; menos pasión y más razón.

Aunque Blay haya necesitado 4 años para exteriorizar desordenadamente y a borbotones sus desbocados sentimientos, no hay que perder la esperanza; confío que invierta menos tiempo en exteriorizar sus argumentos jurídicos desde una perspectiva técnica, y espero que no lo haga con “simplicidad dialéctica” sino “analizando cada aseveración desde sus orígenes históricos hasta sus matizaciones del Derecho comparado, producto de sus muchas lecturas y ayudas bibliográficas”.

Ardo en deseos de conocer prontamente sus aportaciones a la supresión de los Tribunales de Honor, la supresión del servicio militar obligatorio, la profesionalización (incluso jurídica) de los militares, o la incorporación de la mujer. Espero conocer en breve sus argumentos a favor de la aparición de los Consejos Asesores de Personal, o los esgrimidos para defender jurídicamente la legitimidad de la opción homosexual en las Fuerzas Armadas.

Blay se ha equivocado de enemigo. Lo que le enfada e irrita no es lo que dice el ciudadano Blanquer. Lo que le descompone es la realidad histórica en la que vivimos. La paulatina evolución de los tiempos viene confirmando uno tras otro mis pronósticos jurídicos. Ahí está el drama de Blay, que podrá seguir criticando a quien quiera, pero no podrá cambiar ni un ápice la dirección que la historia constitucional española está imponiendo a las Fuerzas Armadas.

3. NOTICIAS DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Coronel Auditor D. Carlos Eymar Alonso

ALLI TURILLAS, Juan Cruz, *La Profesión Militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, 680 págs. La presente obra se ha construido a partir de la tesis doctoral presentada por su autor, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra, en febrero de 1998. Dada la fecha de su presentación, la tesis para ser publicada ha tenido que adaptarse a las modificaciones introducidas por la Ley 17/99 de la cual se ofrece una panorámica general. Como señala el profesor Parada en el Prólogo de la obra, el autor no descalifica el modelo general de función militar, antes al contrario lo juzga positivo y ajustado pero no deja de criticar algunos aspectos cruciales de su regulación como el régimen de calificaciones y evaluaciones. En este sentido el autor es partidario de una judicialización plena de las posibilidades impugnativas de los informes de personal militar realizados por los superiores. Aunque trata fundamentalmente desde una perspectiva jurídica, la obra incluye múltiples alusiones y puntos de vista sociopolíticos, históricos o éticos con numerosas referencias a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Si bien se trata de un libro de Derecho Administrativo, no faltan abundantes alusiones al Derecho Penal Militar y al Derecho Disciplinario echándose de menos alguna referencia al tema de la Enseñanza Militar al que la Ley 17/99 dedica todo el Título V. En consecuencia, tanto por la multitud de temas tratados como por las distintas perspectivas desde las que se abordan, el libro, autocalificado por su autor de generalista, puede resultar útil a modo de introducción general al tema de la función militar o como estímulo para abordar sucesivos estudios monográficos. En cualquier caso hay que saludar con entusiasmo la publicación de este libro como la del Doctor Peñarubia comentada en estas mismas páginas como un síntoma de la vitalidad del Derecho Administrativo Militar.

ARTEAGA, Félix, *La Identidad Europea de Seguridad y Defensa. El pilar estratégico de la Unión*, Madrid, Política Exterior, Biblioteca Nueva, 316 págs. Si bien el concepto de Identidad Europea de Seguridad y Defensa (IESD) no tiene una definición jurídica precisa, su importancia para la construcción de la Unión Europea no puede ser soslayada y adquiere un especial interés para todos aquellos que, desde el ámbito de la defensa, desarrollan su actividad en un contexto de creciente cooperación militar en el ámbito europeo, el cual, ciertamente, plantea indudables problemas jurídicos. En la presente obra el autor, de forma muy documentada, ensaya una definición multidimensional de la IESD poniéndola en relación tanto con el proceso general interno de integración europea como en el contexto externo de las relaciones transatlánticas y euroatlánticas, es decir, en sus relaciones con la OTAN y la OSCE. Se describen pues tanto el proceso que ha llevado a definir los rudimentos de una política exterior y de seguridad común, como el intento de determinar unos específicos intereses de seguridad europeos con respecto a los estadounidenses. Se alude a este respecto a la dimensión económica de la IESD y se ofrecen orientaciones para una mayor vinculación entre la economía de la defensa y la economía de la Unión. Si quiere alcanzar mayor fuerza e influencia internacional, la Unión deberá, según el autor, desarrollar la voluntad política necesaria para vincular la economía de la defensa con la defensa de la economía y proceder, por tanto, a una mayor racionalidad en la solución de los aspectos presupuestarios, industriales e institucionales de la IESD.

AZNAR GÓMEZ, Mariano J., *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000, 260 págs. La responsabilidad, como ha señalado Dupuy, constituye el epicentro de un sistema jurídico. Especialmente en el ámbito del Derecho Internacional contemporáneo, la forma de tratar la responsabilidad internacional es indicativa de las tensiones y los cambios que aquejan a esta rama del Derecho. El autor de esta obra a quien ya conocíamos por su excelente libro sobre la problemática de la verificación en los acuerdos de desarme, publicado en esta misma colección, aborda ahora la problemática de la responsabilidad internacional desde la óptica de la práctica del Consejo de Seguridad desde 1945 hasta nuestros días, en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Como base de todo su análisis, el autor toma en cuenta el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 12 de julio de 1996 y modificado el 14 de agosto de 1998, que figuran como anexo documental de la citada

obra. Papel esencial desempeña el artículo 39 de dicho proyecto en el que se realiza una remisión a los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas, y en consecuencia a las competencias del Consejo de Seguridad, para determinar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito.

CANTERO NÚÑEZ, Estanislao, *El concepto del Derecho en la doctrina española (1939 - 1998)*. La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 2000, 792 págs. El autor, Coronel Auditor, que ha orientado sus reflexiones, desde hace muchos años, a temas de filosofía jurídica y política de rancia raigambre católica en artículos publicados en la Revista Verbo, y del que cabe destacar su libro sobre los derechos humanos en Juan Pablo II, nos ofrece ahora, en un grueso volumen, la publicación de su tesis doctoral. La obra se articula en dos partes fundamentales. La primera expone las principales doctrinas sobre el concepto del derecho elaboradas en nuestro país desde 1939, tanto desde la perspectiva de la filosofía del derecho, como de las principales ramas de la ciencia jurídica. El rasgo predominante de esas doctrinas consiste en la apertura al iusnaturalismo, es decir, a un orden natural que trasciende al derecho positivo. La segunda parte consiste en el desarrollo del pensamiento de Vallet de Goytisolo (Barcelona 1917), notario, civilista y filósofo, Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la que sucedió a su amigo Vegas Latapie con quien fundó la editorial Speiro y la revista Verbo. Desde su proximidad personal e ideológica Cantero nos ofrece una rica biografía intelectual en la que se entrelazan catalanismo y españolismo jurídicos, crítica a la tecnocracia, influencia de Montesquieu y Michel Villey, pero, sobre todo, una concepción del derecho natural fundamentada en la fidelidad al magisterio católico expresado en las Encíclicas de los Papas.

CARRILLO SALCEDO (Coordinador), *La Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, 560 págs. La reciente firma por parte de Estados Unidos del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ha contribuido a otorgar mayor credibilidad al proyecto y a suscitar un renovado interés por los estudios consagrados a analizar el Estatuto. En nuestro país, ya se puede contar con algunos estudios aislados y números monográficos de revistas, como la publicada en el año 1998 en el número 4 de la Colección Escuela Diplomática, abordada por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, o el emprendido por el n° 75 de nuestra REDEM de publicación inminente. El presente libro, coordina-

do por el prestigioso profesor Carrillo Salcedo y elaborado en su mayor parte por profesores de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla, mereció en 1999 el premio Rafael Martínez Emperador. En el libro, aunque no de forma expresa, pueden distinguirse dos partes. La primera comprendería una extensa y documentada introducción histórica en el que se estudian las bases del Derecho Internacional Penal del siglo XX y que va desde el Proyecto de Gustave Mainer hasta los tribunales ad hoc de las Naciones Unidas para Rwanda y Yugoslavia. En la segunda parte se aborda el estudio de los principales capítulos del Estatuto: la Estructura orgánica de la Corte, el Derecho aplicable, los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, y aspectos procesales como el principio de colaboración entre Estados y el principio de complementariedad. Introducido por el embajador Yañez Barnuevo, que por su experiencia como representante español, viene siendo habitual en todos los foros, la conclusión que se desprende de todos los análisis viene siendo también unánime: La Corte Penal Internacional es quizás la mejor forma que la humanidad ha encontrado de desearse un feliz milenio.

COMENTARIOS A LA LEY DISCIPLINARIA DE LAS FUERZAS ARMADAS. (Ley Orgánica 8/1998), Madrid, Ministerio de Defensa, 2000, 1295 págs.

Entre la ya respetable bibliografía que está generando la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no cabe duda de que el presente libro constituye, ya desde su reciente publicación, la referencia canónica de todos los comentarios y estudios posteriores que se realicen. Y ello fundamentalmente por el detenimiento y la precisión con la que se realizan los comentarios artículo por artículo. Los doce comentaristas que van desgranando la Ley Orgánica 8/1998, son todos prestigiosos juristas con experiencia práctica en la aplicación de la misma, lo cual confiere una especial autoridad. Salvo D. Juan Carlos Calvo Corbella, Abogado del Estado del Tribunal Supremo y el Coronel de Artillería (DEM) y licenciado en Derecho, Domenech Olmedas, el resto de coautores son conocidos miembros del Cuerpo Jurídico Militar con una gran experiencia docente e investigadora: General Alvarez Roldán, General Corrales Elizondo, Teniente Coronel Fortún, Teniente Coronel García Labajo, Teniente Coronel Matamoros Martínez, Comandante Auditor Millán Garrido, General Mozo Seoane, Coronel Pignatelli Meca, General Rodríguez Villante y General Rojas Caro. La obra, que incorpora a los comentarios, numerosa jurisprudencia y una rica variedad de formularios, será también un instrumento muy útil no solo para los teóricos del Derecho Disciplina-

rio, sino también para quienes tengan que aplicar la Ley. Por último hay que resaltar la labor coordinadora del General Rodríguez Villasante, que, en una obra de las dimensiones de la actual, ha sabido mantener el equilibrio y la estructura de los numerosos comentarios.

CURSOS EUROMEDITERRÁNEOS BANCAJA DE DERECHO INTERNACIONAL (CEBDI, Vol. III, 1999), Navarra, Editorial Aranzadi y Fundación Caja Castellón, 2000, 493 págs. Estos terceros cursos Euro-mediterráneos de Derecho Internacional son una iniciativa del Centro Internacional Bancaja para la Paz y el desarrollo, cuyo Consejo Asesor está presidido por el prestigioso internacionalista D. Manuel Díez de Velasco el cual viene dirigiendo desde 1997 este interesante foro, orientado hacia la promoción del arreglo pacífico de controversias y el desarrollo de los principios, enseñanza y estudio del Derecho Internacional, en especial, aunque no exclusivamente, en el ámbito mediterráneo. En este volumen que recoge los cursos desarrollados en la Universidad de Castellón en el mes de septiembre de 1999, se contienen interesantes artículos del profesor Ahmed MAHIU (Argelia) que realiza una exposición bastante completa tanto del derecho internacional del desarrollo como del derecho al desarrollo, concebido éste como un derecho humano fundamental, cuestión que entronca con el análisis realizado por el profesor CASCADO TRINIDADE sobre el derecho internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. El profesor Carrillo Salcedo en su interesante artículo sobre Permanencia y Cambios en Derecho Internacional subraya esa mutación sufrida en un mundo globalizado de la fase de interestatalidad a la fase de mundialidad caracterizada por un proceso de socialización y humanización del orden internacional. Conclusión que en el fondo es suscrita por el profesor Fernando MARÍÑO cuando aboga por el desarrollo de un sistema constitucional internacional vinculado a la aceptación universal de determinados valores superiores. El profesor DUPUY, alerta contra los peligros de fragmentación del orden jurídico internacional como consecuencia de la multiplicación de jurisdicciones internacionales. El profesor Giorgio GAJA trata de los problemas planteados en Derecho Internacional como consecuencia de la expulsión de los inmigrantes ilegales. Finalmente, el profesor SAHIVIC que efectúa un interesante análisis sobre los problemas planteados y el impulso que para el desarrollo del moderno derecho internacional ha tenido la crisis en la ex-Yugoeslavia.

EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA, AAVV, Madrid, Ministerio del Interior, 2000, 422 págs. El Tratado de Amsterdam que entró en vigor para España el 1 de mayo de 1999 supu-

so un cambio de perspectiva en el tratamiento de los asuntos de libertad, seguridad y justicia. Tradicionalmente los asuntos de justicia e interior se vincularon tardíamente al proceso de integración europea. Pese a ciertos avances como el de el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 sobre supresión gradual de controles en las fronteras comunes, los asuntos de justicia e interior se desarrollaban fuera del pilar comunitario. El Tratado de Amsterdam “constitucionalizó” en su Artículo B el objetivo “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia”. El Consejo Europeo extraordinario celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere (Finlandia) contribuyó a profundizar y a concretizar los medios para el logro de aquel objetivo. El presente volumen colectivo, editado por el Ministerio del Interior, profundiza en una serie de ponencias de suma actualidad sobre los principales temas asociados a este imprescindible requisito de la construcción europea. Control de fronteras, acogida de personas desplazadas de otros países, ejecución de políticas de inmigración, EUROPOL, búsqueda de tipos penales básicos para los delitos de terrorismo y delincuencia organizada, mecanismos de cooperación policial y judicial, constituyen algunos de los principales temas abordados. El libro se cierra con un útil y actualizado apéndice documental.

FERNÁNDEZ ESTRADA, Luis, *Jurisprudencia sobre la Guardia Civil*, Madrid, Ministerio del Interior, 2000, 286 págs. La presente obra constituye una recopilación de las sentencias dictadas en los últimos veinte años por los Tribunales del Estado relativas a la Guardia Civil, entendida tanto en sentido institucional como de régimen de personal. Se incluyen, por tanto, sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo en todas sus Salas y órdenes, excepto el social, y los denominados Tribunales Menores: Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y Audiencias Provinciales. La obra está acompañada de un cuidado índice alfabético que favorece la búsqueda de las sentencias. Dado que una de las actividades asesoras del Cuerpo Jurídico Militar está orientada hacia la Guardia Civil, la presente obra, cuyo autor es Teniente Coronel Auditor con una experiencia asesora en la 11ª Zona de la Guardia Civil (País Vasco), resultará de indudable utilidad a todos aquellos quienes se dediquen a esta actividad. Pero no solo a ellos, sino también a todos los miembros del Cuerpo a quienes suministrará una buena orientación jurídica de su actividad profesional. Especial interés merece todo el ámbito de lo contencioso disciplinario militar en el que la Jurisprudencia producida representa la parte más abundante.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, *El contratista de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 586 págs. La contratación constituye una de los ámbitos de asesoramiento jurídico más destacados dentro de las Administraciones Públicas en general y de las Fuerzas Armadas en particular. No son, sin embargo, muy abundantes las monografías dedicadas al tema. La presente obra que recoge la tesis doctoral presentada por su autor en la Universidad de Córdoba en 1997 y que mereció premio extraordinario, desarrolla un tema de sumo interés tanto para las empresas como para las Administraciones Públicas, cual es el del status subjetivo del contratista público. La diversidad de sujetos privados que pueden convertirse en contratistas de los entes públicos, los que carecen de esa facultad, los principios que informan la actual regulación de las condiciones de aptitud contractual, así como el régimen jurídico de todos y cada uno de los requisitos legales de capacidad que debe reunir el aspirante a contratista, son los capítulos conforme a los que se estructura el libro. En el desarrollo de los citados temas se utiliza abundante doctrina y jurisprudencia y, en especial, la doctrina del Consejo de Estado y los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con una referencia a la doctrina de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía.

INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, *Consideraciones sobre los Estatutos de las Fuerzas Armadas en actividades internacionales*, Cuadernos de Estrategia 94, 1998, 215 págs. En su línea iniciada a principios de la década de los noventa, el Instituto Español de Estudios Estratégicos viene ofreciéndonos en sus Cuadernos de Estrategia unos instrumentos muy útiles para el análisis en profundidad de determinados temas relacionados con la Defensa. El cuaderno que comentamos, tiene además un innegable interés desde el punto de vista jurídico militar. En los últimos años la presencia española en misiones internacionales, ya sea participando en operaciones de mantenimiento de la paz o integrándose en unidades multinacionales como el Eurocuerpo o Eurofor, no ha hecho más que acrecentarse. Ello ha planteado numerosos problemas de tipo jurídico centrados sobre todo en la definición y contenido de los distintos estatutos de tropas.

MONTULL LAVILLA, Eduardo, *Licitud o Prohibición de las armas nucleares, biológicas y químicas en el Derecho Internacional positivo*, Zaragoza, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Zaragoza, 2000, 143 págs. El presente libro contiene el discurso leído el día 11 de febrero de 2000 en el acto de recepción pública como académico de número por

el General Consejero Togado y Doctor en Derecho D. Eduardo Montull Lavilla. La importancia y actualidad del control de las armas químicas, biológicas y nucleares, lo que en términos tácticos se viene conociendo como medios de combate NBQ (Nucleares, Biológicos y Químicos), justifica la atención que en la actualidad se viene prestando a este tema. El libro de Montull constituye un completo repaso a toda la legislación internacional sobre la materia desde las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 hasta las conferencias de examen más recientes del Tratado de 1972 sobre prohibición de armas biológicas, o el Tratado de 1993 sobre prohibición de armas químicas. Especial interés merece la exposición y comentario que el autor realiza sobre la decisión del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya de 1996 a requerimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en relación con la licitud del empleo o amenaza de empleo de las armas nucleares.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 462 págs. Teniendo en cuenta la escasez de estudios sobre Derecho Administrativo Militar, un libro completo y moderno como el de Peñarrubia, Capitán en excedencia del Cuerpo Jurídico militar, tiene que ser saludado con entusiasmo por todos los estudiosos del Derecho militar. La obra aborda el análisis del régimen jurídico del personal militar a la luz de sus presupuestos constitucionales y teniendo en cuenta la legislación más reciente como la Ley 17/1999 de Régimen del Personal militar, ofreciendo un análisis individualizado de cada uno de los derechos constitucionales del personal militar: derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a la integridad y a la vida, libertad de pensamiento, de conciencia y de culto, libertad de expresión, derecho de reunión y asociación, derecho a participar en los asuntos públicos, libertad sindical etc. Lo más destacable del libro es que sus análisis vienen fundamentados en la más reciente jurisprudencia, no solo de nuestro Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, sino de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La perspectiva europeísta de esta obra se completa con una interesante exposición de Derecho militar comparado especialmente en lo que se refiere a Alemania y Francia. Temas de suma actualidad como el del derecho de participación de los militares y el alcance que se ha de dar a los Consejos Asesores de Personal creados en el artículo 151 de la Ley 17/99, encuentran también un tratamiento que puede ayudar a orientar su aplicación futura.

PEREA UNCETA, José Antonio, *La actuación de las Naciones Unidas en el conflicto de la Antigua Yugoslavia*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, 353 págs. Transcurridos ya más de cinco años desde la conclusión de los acuerdos de Dayton, el conflicto en la antigua Yugoslavia continúa siendo una especie de laboratorio para analizar los cambios y posibles tendencias del Derecho Internacional contemporáneo. Aunque la bibliografía sobre el tema va adquiriendo un considerable volumen, el presente libro del profesor Perea constituye una buena síntesis interdisciplinar de aproximación al conflicto. En cuanto a las conclusiones, desde un punto de vista jurídico, son bastante críticas con respecto a la actuación de la ONU. La mayoría de las resoluciones y medidas adoptadas adolecen, según el autor, de una ausencia endémica de referencias al fundamento jurídico concreto de los objetivos que provocan una cierta inseguridad jurídica en los Estados afectados y deja en manos de la doctrina la difícil tarea de su solución.

PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio, *Cooperación para el desarrollo. Legislación y directrices*. Madrid, Trotta, 2000, 934 págs. Cada vez son más las vinculaciones que se están estableciendo en las modernas operaciones de mantenimiento de paz de tercera generación, entre los temas específicamente militares y los temas civiles de gestión de ayuda humanitaria y cooperación para el desarrollo. La Cooperación cívico militar tiene como uno de sus puntos de encuentro fundamentales la de cooperación para el desarrollo en la que intervienen muchas organizaciones no gubernamentales. La obra que comentamos es una valiosa compilación de toda la legislación de cooperación al desarrollo, tanto a nivel internacional como nacional, convenientemente anotada y acompañada de introducciones explicativas. Desde el punto de vista de la formación de organizaciones no gubernamentales e indirectamente como formación del personal militar que pueda verse implicado en tareas humanitarias, constituye un valioso instrumento.

RAMOS PITA, María Inmaculada, *El Delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 613 págs. Lamentablemente, desde una óptica social, el delito de prevaricación judicial ha saltado a las páginas de los periódicos, merced a casos como los de Bardellino (1986), Estevill (1996) y, sobre todo, Liaño (1999) que sigue aún en plena discusión. El que un libro sesudo, bien documentado y estructurado, fruto de una beca de investigación que la autora ha sabido aprovechar en el Instituto Max Plank de Freiburg, aborde un tema de tanta actualidad, no debe ser interpretado sino como una afortunada casualidad que puede ayudarnos a

plantear, *sine ira et studio*, la cuestión trascendental de la responsabilidad judicial. El planteamiento de la autora, siguiendo a Jakobs, es considerar que el delito de prevaricación es un delito de infracción de un deber institucional y en virtud de responsabilidad institucional en el que la responsabilidad se fundamenta no en la lesión de un bien jurídico, sino en la lesión de un deber asegurado institucionalmente que consiste en la vinculación del juez al Derecho. Aparte de la fundamentación del ilícito de la prevaricación judicial, el libro se completa con un análisis exhaustivo de los tipos objetivos y subjetivos, autoría y pena, siempre enriquecido con consideraciones doctrinales y jurisprudencia.

RIQUELME, Rosa, *La Reforma del Consejo de Seguridad de la ONU*, Madrid, Dykinson, 2000, 149 págs. La presente monografía que inicia la colección de Cuadernos Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, cumple con éxito el objetivo declarado de esa colección, surgida con el propósito de ofrecer a un público interesado estudios rigurosos y documentados de temas actuales de *Relaciones Internacionales* y de *Derecho Internacional*. El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, presentado el 3 de abril de 2000 para ofrecer los criterios básicos de discusión en la Cumbre del Milenio en el mes de septiembre, hacía notar que para acometer los desafíos del futuro y hacer frente a las esperanzas que los pueblos del mundo han depositado en las Naciones Unidas se hacía necesario una reforma y modernización de la Organización. La autora de este libro, profesora titular de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia, acomete la tarea de explicar los procesos, obstáculos y posibles desarrollos de esta necesaria reforma, apoyándose en una rica y actualizada documentación.

RODLEY, Nigel S., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 479 págs. La primera edición de este libro fue publicada hace doce años durante los cuales se han producido algunos cambios importantes del Derecho Internacional que justifican la presente edición. No trata el libro de los prisioneros en los conflictos armados, aunque contenga referencias al artículo 3 común a los Protocolos de los Convenios de Ginebra, sino de los instrumentos internacionales que son de aplicación a los detenidos y presos en todas circunstancias. Gran atención se dedica a todas las normas internacionales que proscriben la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes y a evaluar los remedios y garantías para que la tortura no se produzca. También trata de la prohibición de las ejecuciones extra-legales, de las iniciativas legislativas internacionales para la abolición de la pena de muerte y

de concretar la responsabilidad internacional por los desaparecidos. El libro se cierra con un Código ético internacional para todos los profesionales en cuyas manos esté la libertad y el trato de los detenidos, aprobado en 1987 en Viena bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Una de las herencias de Nuremberg y Tokio fue la atribución de responsabilidad individual por crímenes de guerra o contra la humanidad cometidos por funcionarios. Aunque sea bajo la forma de Código ético, no deja de tener interés este recordatorio.

RODRÍGUEZ TEN, Javier, *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Comentarios a la L.O 8/1998*. Legislación y formularios adaptados a la Ley 17/1999. Pamplona, Aranzadi, 2000, 327 págs. Poco a poco, las obras y comentarios sobre la aún reciente Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, comienzan a aflorar, poniendo de manifiesto el interés práctico que el régimen disciplinario adquiere no solo para los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, sino para todos los componentes de las Fuerzas Armadas. El autor, licenciado en Derecho y Alférez de Complemento va desgranando, artículo por artículo, toda la Ley 8/98 acompañándola de comentarios oportunos y de las correspondientes concordancias normativas, si bien, quizá por su vocación práctica, el libro omite cualquier referencia a la jurisprudencia de la Sala Quinta. La obra se cierra con un útil formulario.

XI SEMINARIO DUQUE DE AHUMADA. *Defensa del Patrimonio Cultural y Fuerzas de Seguridad*, Madrid, Ministerio del Interior, 2000, 167 págs. La protección de los bienes culturales y del patrimonio histórico está desarrollada por un importante cuerpo normativo constituido esencialmente por la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español y el Real Decreto 111/1985 que la desarrolla, pero también por un apreciable conjunto de Leyes autonómicas e instrumentos internacionales entre los que cabe destacar entre muchos otros el Convenio para la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 14 de mayo de 1954, el Convenio Europeo para la protección del Arqueológico, hecho en Londres el 6 de mayo de 1969, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Nacional, hecha en París el 23 de noviembre de 1972 y algunas normas comunitarias como el Reglamento 3911/92 de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales o la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro. En la aplicación de toda esta legislación, en la llamada defensa del patrimonio y en la persecución del tráfico ilegal, las fuerzas

de seguridad desempeñan una función de primer orden cuyos contenidos son objeto de investigación en el presente volumen.

UNO SCUDO BLU, PER LA SALVAGUARDIA DEL PATRIMONIO MONDIALE, Milano, Edizioni Nagard, 1999, 211 págs.

La protección de bienes culturales en tiempo de conflicto armado, regulada en la Convención de la Haya de 1954, es una materia que está suscitando un enorme interés. La necesidad de proceder a una mayor protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y de reforzar las sanciones y garantías jurídicas en caso de su violación, se hicieron evidentes a la luz de la experiencia del conflicto en la Antigua Yugoslavia. De esta forma, a lo largo de los últimos años fueron llevadas a cabo numerosas reuniones de expertos tendentes a una revisión de la Convención de 1954. Estas reuniones desembocaron en la Conferencia Diplomática celebrada en la Haya del 14 al 26 de marzo de 1999, en la que se aprobó el Segundo Protocolo a la Convención de La Haya. El presente libro recoge las actas de unas jornadas celebradas en la Universidad de Padova y organizadas por la Società Italiana per la Protezione dei beni culturali, en las cuales se contiene lo esencial de las discusiones habidas durante las sesiones celebradas. Especial atención merece la ponencia del Coronel Auditor D. Fernando Pignatelli y Meca en su calidad de Secretario General de la recién nacida Asociación Española para la protección de los Bienes Culturales en los Conflictos Armados.

URBINA, Julio Jorge, *Protección de las víctimas de los Conflictos Armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario, Valencia, Tirant lo Blanc, 1999, 439 págs. Prueba de la vitalidad y del creciente interés del Derecho Internacional Humanitario, lo constituye el número de publicaciones consagradas al tema que, hoy por hoy, está centrando el interés de la Universidad y de numerosos Centros de Estudios públicos y privados. Urbina, profesor de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela, es una muestra de este interés. Su libro, aborda un tema clásico del Derecho Internacional Humanitario, cual es el principio de distinción. Este principio tiene una doble dimensión: personal, en cuanto que distingue a combatientes y población civil, y material, al hacerlo entre objetivos militares y bienes de carácter civil. Es de esta segunda dimensión de la que se ocupa el libro que comentamos. Al haber sido tratado menos por la doctrina que tradicionalmente ha consagrado más estudios al tema de la distinción personal, el aspecto "material" del principio de distinción, plantea muchos problemas de interpretación. También, desde la práctica, los nuevos con-

fluctos armados son el escenario de un ataque deliberado a objetivos civiles. El libro se plantea pues desde una doble perspectiva: una perspectiva histórica y teórica en la que se analizan los principales textos de Derecho Internacional Humanitario concernientes a la distinción material, y otra perspectiva consistente en resaltar la importancia que este principio tiene para los conflictos armados que se vienen desencadenando en la época de la postguerra fría. El último capítulo aborda precisamente el estudio de la labor desarrollada por el Consejo de Seguridad para proteger a la población y los bienes civiles frente a unos beligerantes que tienden a abandonar cualquier consideración humanitaria.

4. RECENSION DE REVISTAS

**Rassegna della Giustizia Militare, Anno XXIV, n. 3-4,
Maggio-Agosto, 1998**

Un nuevo número de la excelente revista publicada por la Fiscalía General Militar de la República italiana ante el Tribunal de Casación y cuidadosamente elaborada por los Magistrados Militares de Italia.

Esta vez la revista se dedica íntegramente a estudiar la constitución de un tribunal internacional para juzgar los crímenes contra el Derecho Humanitario, con especial referencia a la Conferencia Diplomática de Roma (15 de julio a 17 de julio de 1998), que aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En efecto, la *Rassegna* no podía dejar de dedicar un número especial a tan importante materia, que ha sido justamente calificada como *un paso de gigante* en el progreso del Derecho Penal Internacional y aún de disciplinas como el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. Si además la Conferencia se celebró en Roma (*Todos los caminos conducen a Roma, incluido el de la lucha contra la impunidad*), fue presidida por el profesor italiano Giovanni Conso y, a lo largo de su sesiones, tuvo gran protagonismo la representación de Italia, a la que no faltó el competente asesoramiento de los miembros de la Magistratura Militar de Italia, se comprende la oportunidad de este número monográfico.

Durante la participación de quien escribe esta recensión en la Conferencia Diplomática de Roma, pude comprobar las excelentes aportaciones de Italia, que formaba parte, como España y otros muchos países, del grupo de los *liked minded* (países afines o pilotos), verdaderos impulsores de una Corte Penal Internacional independiente. Puedo recordar los esfuerzos comunes italo-españoles para mejorar la redacción del crimen de guerra que castiga los atentados contra los bienes culturales, tratando que el Estatuto otorgara una protección penal similar a la contenida en el Convenio de La Haya de 1954. Esfuerzos desgraciadamente infructuosos, ante la falta de sensibilidad en esta materia de muchos Estados (incluidos

numerosos países de la Unión Europea) y un afán de consenso que, como en tantas cuestiones, impidió el progreso técnico de una incriminación penal evidente. Se nos paró el reloj, en materia de bienes culturales, en 1907 o en el Pacto Roerich de 1935.

El número que comentamos se inicia, después de unas palabras de presentación, con un interesante trabajo de Antonio Alessandro Bianchi, miembro de la Fiscalía General Militar ante la Corte Suprema de Casación, que realiza una valiosa reconstrucción histórica y una rigurosa valoración jurídica del ordenamiento jurídico italiano en la materia. Expone también sus comentarios sobre el Reglamento del Ministerio de Defensa relativo a la actividad de las Fuerzas Armadas en la Defensa Nacional y en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.

El largo estudio comienza con una síntesis de los antecedentes y desarrollo de la Conferencia de Roma y de los preceptos mas importantes del Estatuto, finalizando con una reflexión sobre la necesidad de los *Consiglieri giuridici* (Legal Adviser) o Asesores Jurídicos del Mando Militar. Se cita el ejemplo de algunos países de la OTAN, como Estados Unidos, el Reino Unido o Alemania (omitiéndose a España, donde este cometido está profesionalizado y confiado al Cuerpo Jurídico Militar). Estos asesores legales en Alemania son funcionarios civiles de la Administración de Justicia, en el Reino Unido son militares con el grado de oficial encuadrados en el Servicio Legal (puede alcanzar el grado de General de División) y en los Estados Unidos existe el Cuerpo de Asesores Legales (*Judge Advocate*) que pueden alcanzar el grado de Mayor General o Almirante de división. Se lamenta el autor de la situación de Italia, donde solo existe un Curso para Oficiales del Ejército en la Escuela de Guerra de Civitavecchia y propone como modelo a imitar el adoptado por los Estados Unidos de América. En definitiva, se trata de “inventar” (a estas alturas) el Cuerpo Jurídico Militar, una vez que los Magistrados Militares han dejado de ser militares. Un buen espejo para los denominados *forenses de la Jurisdicción Militar española*.

El estudio nuclear de este número continúa con el análisis de la “Constitución de un tribunal internacional para los crímenes contra el derecho humanitario”. Después de unas consideraciones introductorias (que arrancan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), el autor estudia las primeras experiencias de la Justicia Universal desde el Tratado de Versalles al Tribunal de Nuremberg y desde la posguerra mundial hasta la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, con especial referencia a los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y

Ruanda. El desarrollo de la propia Conferencia Diplomática de Roma merece un detallado examen, con expresión de los problemas mas espinosos que allí se plantearon.

La parte mas extensa del trabajo que comentamos se refiere a la presentación del Estatuto de Roma, con concreta referencia a todas sus partes. Aunque se trata de una mera descripción de sus preceptos mas relevantes, va seguida de unas “reflexiones y condicionamientos” del mayor interés. *Las primeras se centran en la normativa jurídica italiana y su relación con el sistema establecido en el Estatuto. Se trata de previsiones ante la posibilidad de ratificación del Estatuto por Italia (lo que sucedió en fecha 26 de julio de 1999), pero que pueden servir de modelo para otros países. Finalmente, se analiza la incidencia del Estatuto sobre los Reglamentos del Ministerio de Defensa relativos a la actividad de las Fuerzas Armadas, con especial referencia a su participación en Operaciones de Mantenimiento de la Paz.*

Este número de la *Rassegna* contiene también una cuidada bibliografía sobre Derecho Penal Internacional, Crímenes de Guerra y Corte Penal Internacional en idioma italiano. Asimismo reproduce el Texto íntegro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (traducción no oficial al idioma italiano), aunque no se trata de la versión definitiva del texto del Estatuto, pues éste ha sido modificado en varias ocasiones (la última con fecha 8 de mayo de 2000) para incorporar las correcciones pertinentes.

Se reproduce también el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Roma (con sus Anexos) y un Apéndice de puesta al día, donde se transcribe el texto de la Ley de 12 de julio de 1999, de ratificación por Italia del citado Estatuto de la Corte Penal Internacional.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

Revista de Seguridad Pública. Número XX. Año 1999. 2ª Época.

Se inicia una nueva etapa de Cuadernos de la Guardia Civil, como se expresa en su Editorial, con pretensión de formar una cierta “élite” de miembros de la Guardia Civil, a través de la cualificación profesional de la seguridad. El camino a recorrer para conseguir auténticos especialistas en seguridad se pretende sea la nueva estructura de la Revista: Colaboraciones, Dossier, Estudios, Bibliografía y Documentación.

La sección *Colaboraciones* pretende sentar ideas sobre la seguridad, buscando obtener la plusma de líderes de opinión y de consagrados especialistas.

La primera colaboración sobre “la importancia de la seguridad pública en un Estado de Derecho”, es del Presidente de la Xunta de Galicia, politólogo y político, D. Manuel Fraga Iribarne. El orden público, la seguridad pública y la seguridad ciudadana, exigencias constitucionales, son esencia básica del Estado de Derecho; es en la actualidad el modelo de “servicio” el que prevalece sobre la vigilancia y control, y requiere una mayor profesionalización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, e indudablemente un gran esfuerzo de colaboración e integración de otras instituciones autonómicas y locales, no sólo policiales.

Santiago López Valdivieso, Director General de la Guardia Civil, plasma las ideas básicas de diversos aspectos de la seguridad, cuyo conocimiento y divulgación se pretende para la Revista. A la “seguridad” afectan situaciones político-sociales tan alejadas territorialmente como del Magreb a el Caúcaso, y demás zonas de inestabilidad de nuestro entorno estratégico. Ha de curarse una auténtica enfermedad social propiciada por la falta de sólidos valores, sobre la que inciden los gérmenes de la drogadicción, de un crimen internacional organizado y tecnificado, delitos financieros y corrupción política, y movimientos migratorios descontrolados, entre los factores más actuales e importantes.

La inestabilidad estratégica, fractura social y vulnerabilidad tecnológica son los retos de un nuevo concepto de seguridad, que ha de partir de sólidos cimientos de libertad y justicia, ambos indispensables a la seguridad. Una política de seguridad ha de ser integral, preventiva y participativa.

En este primer bloque de la Revista también se trata el aspecto de la enseñanza en la Guardia Civil, y se reflexiona sobre la violencia en la actualidad vasca.

José Pardos Aldea, General de Brigada de la Guardia Civil, informa a los docentes de la utilidad de la enseñanza para la Institución y para la mejor formación de sus miembros; enseñanza permanente y progresiva: de formación (militar y deontológica) y de perfeccionamiento (especialización), de altos estudios (nivel universitario, post-grado). La eficacia en el futuro de la seguridad dependerá de la calidad de la enseñanza hoy.

¿A menos violencia, mas conflicto?, se pregunta don Fernando Reinares, de la Cátedra Jean Monnet. No hay una respuesta unívoca. ETA es consecuencia ahora de lucha entre demócratas y no demócratas, vascos; y nada, aunque se pretende, entre Euskadi y España. Ante el rechazo del pueblo vasco a la violencia, se pretende con el conflicto (terrorismo de baja intensidad) promocionar las dinámicas conducentes al enfrentamiento civil.

En este número de la Revista, su *Dossier* tiene un marcado ámbito internacional que lo configura con carácter monográfico, a pesar de la diversidad de los temas concretos estudiados.

La proyección exterior de la Guardia Civil, nos recuerda don Ignacio Cosidó Gutierrez, Jefe del Gabinete del Director de la Guardia Civil, no es reciente. En 1894 en Guatemala, la Guardia Civil sale de España para crear en el país hermano una Institución similar, como a principios del siglo XX en El Salvador, Colombia y Perú. Otro aspecto, es su intervención policial en *Órganos de Mantenimiento de la Paz*, y *cumplimiento de embargos internacionales*. Organismos internacionales de carácter policial cuentan con la presencia de la Guardia Civil como *Europea*.

El papel de observador policial, en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, es desarrollado con carácter general y en detalle, por Francisco Díaz Alcaud, Comandante de la Guardia Civil; bajo el imperio de la propia ONU se consignan las reglas y pautas de actuación: lo que "siempre" hay que hacer, lo que no se puede hacer "nunca"; y el "decálogo" de conducta.

Gustavo de Arístegui, Jefe del Gabinete del Ministro del Interior y Diplomático, trata la dimensión estratégica del proceso de paz en Oriente medio en base a la conjunción de bandos bilaterales (jordano-israelí; sirio-israelí) y su consideración multilateral.

Juan Avilés Farré, Catedrático de Historia Contemporánea, examina los conflictos (1978-1996) de América Central, considerando como puntos comunes originadores de los conflictos: el escaso desarrollo económico y la tensión social, las estructuras cauces de participación política, el futuro bajo el prisma de una ideología revolucionaria, el “intervencionismo” USA. Detalla las guerras civiles, el proceso de paz, el camino a la democracia, el Acuerdo de Esquipolas, y la consolidación democrática en paz.

Manuel Coma Canella, Profesor de la UNED, expone de forma amena, aunque no exenta de rigor científico, los conflictos yugoslavos; los denominados “eslavos del sur”; eslovenos, serbios, croatas, búlgaros y macedonios, eran nacionalidades diversas y todas nacionalistas, con lo que la semilla del conflicto no germinó bajo el imperio de Tito, que al fallecer en 1980 quedó libre y deseando revancha cada uno de los pueblos reivindicadores de su nacionalismo, no siempre coincidente con las demarcaciones territoriales. Muy ilustrativa e interesante la postura de los diversos países de la U.E., acuerdo de Dayton, etc.

Tshinparga Matala Kabangu, Redactor Jefe de la Revista “Tiempo de Paz”, nos relata la lucha por el poder en la región de los Grandes Lagos tras un examen de la crisis sociopolítica en Ruanda, Burundi y Zaire, apuntando a la lucha por el poder, con influencias francófonas y anglosajonas, empleando viejos rencores y rivalidades tribales (hutus, tutsis, tutsis banyamulenge etc.) que desencadenaban crueles ataques y represiones a población civil indefensa. El logro del Tribunal Penal internacional para Ruanda es un éxito clamoroso de quienes propugnan el imperio de los derechos humanos en el mundo.

Jesús Nuñez Villaverde, Profesor de la U.A.M., bajo el título “El Magreb en búsqueda del desarrollo y la estabilidad”, nos recuerda la riqueza del Magreb en petróleo, gas, fosfatos y receptividad para empresas españolas, Los intentos de superación de conflictos internos en cada país y del extremismo islamista, son el cimiento para la estabilidad y el desarrollo.

Bajo la rúbrica *Estudios* se agrupan trabajos con marcado carácter profesional para la mejor formación de sus miembros. Se trata de temas muy concretos y específicos como el de Maximiliano Lasén Paz sobre violencia urbanas en Francia; Rafael Matamoros Martínez, acerca de la reforma

de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, trabajo muy ilustrativo, claro y preciso; Benito Salado Muñoz, sobre la organización y las funciones de la Guardia Civil Ayer y Hoy; Juan Luis Pérez Martínez acerca de las actuaciones policiales ante los delitos contra la libertad sexual y malos tratos en el ámbito familiar.

En el cuarto bloque de la Revista se da el primer paso para crear una biblioteca profesional del Guardia Civil, cuyo reto encara López Corral. A la formación teórica se añade la práctica con los *Comentarios de Legislación y Jurisprudencia* que selecciona y realiza García San Pedro.

Finaliza la Revista con una Sinopsis, en idioma inglés, traducción del Sumario, a cargo de Borón Hernández.

Luis B. Álvarez Roldán

CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

Revista de Seguridad Pública. Número XXI. Año 1999. 2ª época.

Presentación, del Director de la Revista, Juan Avilés Farré, de la nueva etapa de Cuadernos de la Guardia Civil resaltando el análisis y debate de los problemas de seguridad bajo el foco de los derechos humanos. No se trata de lo que se ha avanzado desde 1948 (Declaración Universal de los Derechos Humanos) sino del futuro hacerlos vigentes en una sociedad plenamente democrática en su aspecto social, y sin desequilibrios radicales en la actual sociedad del bienestar.

La *Editorial* de este número resalta la vigencia de los derechos humanos plenamente compatibles con la seguridad, al dedicar el "Dossier" de este número de la Revista a este tema monográficamente.

En la sección de *Colaboraciones* se consideran diversos aspectos del nuevo concepto de seguridad, en general, y en el ámbito internacional y autonómico; y del nuevo modelo policial para hacer frente a la delincuencia organizada y tecnificada.

El ex Ministro Alberto Oliart Saussol, considera los valores esenciales de la futura seguridad para el logro de la máxima eficacia sin merma del respeto a los derechos humanos; se inclina por una formación militar en los aspectos de la disciplina, sentido del deber, y servicio y entrega al ciudadano.-

Santiago López Valdivieso, Director General de la Guardia Civil, señala las bases para un establecimiento de un "nuevo" modelo policial, que no es distinto del actual susceptible de perfeccionamiento; la mejora ha de

dirigirse a contrarrestar la internacionalización de la delincuencia (terrorismo, narcotráfico, inmigración).

El surgimiento de delincuencia utilizando las nuevas tecnologías, y la criminalización no tan lejana de los ataques al medio ambiente. La eficacia en seguridad requiere unos mecanismos adecuados de coordinación con los policías de otros países, y de la Guardia Civil con la Policía Nacional y Policías autonómicas y locales.

Ignacio Cosidó Gutierrez, Jefe del Gabinete de la Dirección General de la Guardia Civil, desglosa, detalla, y profundiza en las ideas expuestas en el mismo ejemplar, y precedentemente, por el Director General. La flexibilidad y polivalencia de la Guardia Civil les hace aptos para superar los retos del futuro en el ámbito tanto de la seguridad anti delincuencia, como en su colaboración en la Defensa nacional, y seguridad exterior e interior.

Carlos Rosa nos relata el fruto de sus investigaciones sobre narcotráfico, blanqueo de capitales, tráfico de inmigrantes, señalando que los grupos corruptos tienden a la internacionalización de sus actividades, que son el crimen organizado, que tiene sus orígenes en el contrabando sempiterno.

Ana M^a Vidal Abarca, Presidenta de la Asociación Víctimas del Terrorismo, examina la llamada Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo con un tono de agradecimiento y crítica amable, sin olvidar que tal Ley era ya un borrador elaborado por su Asociación desde 1991, “una Ley para hacer Justicia”.

¿No resulta normal que no te maten por lo que piensas?.

Como adelanta su Editorial la revista dedica su Dossier a los “derechos humanos”.

Gregorio Peces-Barba Martínez, Rector de la Universidad Carlos III, señala como función básica de los derechos humanos el orientar la organización social del Derecho: derecho material y derecho subjetivo.

Eduardo Fungairiño Bringas, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, nos expone, esquemáticamente y con claridad manifiesta, los derechos humanos y los derechos fundamentales, en la Declaración Universal y en la Constitución Española, así como protección legislativa específica.

Diego Jordano Salinas, Diputado del Partido Popular, reserva el término inmigrante “ilegal” para aquellos conectados con actos delictivos, tráfico de droga, armas, personas o prostitución; por el contrario, el inmigrante “irregular” es consecuencia de razones económicas que los impulsa a entrar sin autorización administrativa en un país. Se les reconocen los derechos humanos (nuestros derechos fundamentales), pero no los derechos civiles y políticos, salvo excepciones.

Los derechos humanos y la Guardia Civil, como exigencia primordial de su respeto por el benemérito instituto, son y deben ser objetivos compartidos por las demás fuerzas policiales y órganos judiciales, como un mínimo que proclama José Pardos Aldea, General de Brigada de la Guardia Civil.

José García San Pedro, Teniente Coronel de la Guardia Civil, examina las limitaciones en los derechos fundamentales del policía en razón a las peculiaridades de su estatuto militar y funcional: derecho de petición colectiva, derecho de reivindicación, de reunión y asociación, al sufragio pasivo, libertad de expresión. El derecho a la libertad quiebra ante la posible privación por faltas disciplinarias.

Manuel Manzano Sousa, Coronel de la Guardia Civil, expone el criterio de proporcionalidad en el uso de la fuerza como una conquista de los derechos humanos, y su prevalencia sobre la fuerza. La “proporcionalidad” debe ponderar los bienes enfrentados, el causar el menor daño posible, y el uso de la violencia de forma gradual y apropiada; la eficacia en el servicio no es un fin en sí mismo.

Bajo la rúbrica *Estudios* se contienen interesantes trabajos doctrinales de índole internacional y profesional.

En el primer grupo se encuadran el denominado “derecho de injerencia humanitaria” (Carlos Eymar), el examen de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (Alicia Gil y Gil), y el conflicto de Kosovo (Francisco Díaz Alcahud y Manuel Marión Mainer).

Marcado carácter profesional para la Guardia Civil tienen: los accidentes de tráfico, un grave factor de inseguridad ciudadana (José Antonio López López); la Guardia Civil en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (Gonzalo Robles Orozco); la colaboración de la Guardia Civil con las Comunidades Autónomas (Benito Salcedo Muñoz); el IMESI: Un espacio de debate entre todos los actores de la seguridad (Philippe Melchior); la disputa competencial en torno a la Guardia Civil (Miguel López Corral).

La *Biblioteca* del Profesional, se enriquece adecuadamente en cada número de la revista, y son de gran utilidad también las noticias legislativas y más aún la selección de jurisprudencia comentada por García San Pedro.

Luis B. Álvarez Roldán

CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

Revista de Seguridad Pública. Número XXII. Año 2000. 2ª Epoca.

El presente número de la Revista prescinde de la Editorial que nos tenía acostumbrados y se inicia con el apartado *Colaboraciones*.

José Pardos Aldea, General de Brigada de la Guardia Civil, señala las bases y esfuerzos sobre la captación de recursos humanos en la Guardia Civil y perspectivas de futuro. El mayor colectivo para profesionales, ya acreditaba su formación militar y disciplina; lo mismo puede predicarse de los procedentes de Guardia Civil Jóvenes, en los que los 18 años mínimo para serlo, les supone un handicap para esta Escala y propicia el continuar estudios y acudir a la Escala Superior de Oficiales.

La promoción interna es claramente primada, como selección de recursos humanos, hasta el 100% para acceder a las Escalas de Suboficiales y Oficiales.

Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Dº Administrativo, expone el modelo constitucional de seguridad pública, efectuando algunas consideraciones sobre la seguridad y el orden público como funciones políticas relevantes y fines de una acción administrativa especializada. El riesgo, en su caso, concretado en una situación de peligro, es la clave para valorar la procedencia o no de la actuación policial, y la adecuación de ésta al valor de los bienes amenazados y conducta observada por los perturbadores.

Manuel Silos Pavón, Coronel Jefe del SEPRONA, trata de la investigación, cursos y motivaciones de los incendios forestales. Subraya el valor de los estudios estadísticos sobre los causas de los incendios para evitar su producción e incluso como gran ayuda en la investigación de las causas del incendio producido; el estudio de las motivaciones de los incendios, provocados o no, ayuda a su prevención, así como de extremar la Guardia Civil la vigilancia de las zonas forestales.

El *Dossier* de este número de la Revista se centra en el trato del delito en su expresión de mayor actualidad.

En general la evolución del delito en España (1950-1999) la expresa Jesús Alonso Hernaiz, Comandante de la Guardia Civil, subrayando el incremento de infracciones penales y genéricamente constante en 20 años; la tendencia es a reducirse los delitos graves a la vez que se detecta un aumento de delitos menos graves y de faltas.

Juan Luis Pérez Martín, Comandante de la Guardia Civil, trata de la distribución territorial del delito en España, haciendo hincapié entre lo

urbano y lo rural y separación de grupos de delitos, detallándolos con tamaños de municipios, en múltiples gráficos.

El porcentaje delictual es destacadamente mayor en municipios entre 100.000 y 500.000 habitantes y superior a 1.000.000 de habitantes, siendo similar y menor entre 20.000 habitantes y 100.000 habitantes.

Belén G. Bermejo, Profesora de la Universidad de Salamanca, considera la violencia doméstica y concretamente los malos tratos a la mujer, que han existido siempre, y tal vez con mayor virulencia; hoy la presión social permite la más fácil denuncia y protección de la víctima. Expone desde un parámetro psicológico las causas, modalidades de malos tratos (físicos, psíquicos, y sexuales), las consecuencias de haberlos padecido, y apunta líneas generales de su tratamiento.

Ana Isabel Cerezo Domínguez, Profesora de la Universidad de Málaga, con base a trabajos estadísticos de la última década, estudia los delitos contra la libertad sexual, constatando un incremento debido a la reducción de la cifra negra de estos delitos y aumento de la población; asimismo se amplía el ámbito delictivo de los delitos tipificados como "libertad sexual" y aumento de denuncias fruto de la concienciación social.

Cristina Rechea Alberola, Directora del Instituto de Criminología de la Universidad de Castilla La Mancha, considera la estadística como elemento no válido por los cambios legislativos, lo que cuestiona la amplitud del gran incremento delictual; los delitos contra la propiedad sufren un incremento del 50% y mayor aún los relacionados con los vehículos de motor y el tráfico.

José Pérez Navarrete, Comandante de la Guardia Civil, trata de la delincuencia económica, entendida en cuanto a la intervención del Estado en la economía y al propio sistema económico en sí. Por eso, se centra en el fraude fiscal y aduanero, examinando los fraudes de la llamada "economía sumergida", fraude inmobiliario, de valores mobiliarios y activos financieros, en Aduanas, en impuestos especiales, recaudación ejecutiva. Desarrolla el denominado fraude "Comunitario", ampliamente.

En el apartado *Estudios* se incluyen los que se consideran de marcado carácter profesional; así la Violencia terrorista y conflicto político en el país vasco es trabajado por Juan Avilés Farré, Director de la Revista y Catedrático de Historia Contemporánea, examinando la radicalización del PNV y la crisis de Lizarra.

Ramón D. Ortiz, Investigador de "Ortega y Gasset" y "General Gutiérrez Mellado", examina la guerrilla y narcotráfico en Colombia.

La gestión de calidad en la Guardia Civil es examinada por Benito Salcedo Muñoz, Teniente Coronel del Benemérito Instituto, con amplio trato del principio de eficacia en la doctrina administrativista y en el Tribunal Constitucional, para lograr la implantación de la gestión de calidad en la Guardia Civil. Ramiro Santalices Fernández, Capitán de la Guardia Civil, examina los problemas de droga, contrabando e inmigración irregular en nuestros mares a bordo de embarcaciones de alta velocidad (planeadoras), propugnando una norma que regula adecuadamente la seguridad marítima y la seguridad ciudadana.

Carlos Echevarría, Doctor en Ciencias Políticas, estudia el racismo y xenofobia en Europa y en España, con el antisemitismo que viene del Este y con fuertes connotaciones laborales y merma de la sociedad del bienestar.

Martín Turrado Vidal, Inspector de Policía, nos ofrece un resumen de un recorrido histórico sobre la génesis e historia del Cuerpo Nacional de Policía.

Miguel López Corral, Teniente de la Guardia Civil y Doctor en Historia, concluye su estudio histórico, sobre la disputa competencial en torno a la Guardia Civil, con el triunfo de la supremacía civil sobre la militar desde 1982.

El apartado *Bibliografía* y Documentación continúa con la selección de libros de marcado carácter profesional, pero por su número e importe inasequibles a cada Guardia Civil; ojalá en Unidades de cierta entidad se constituyan las recomendaciones en Biblioteca.

Legislación y Jurisprudencia, sección que con acierto inició y continúa José García San Pedro, Teniente Coronel de Cuerpo y Doctor en Derecho, mantiene su utilidad práctica.

Luis B. Álvarez Roldán

5. NOTICIAS DE REVISTAS

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA (1)

JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ

SUMARIO:

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho procesal; B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

En el número 16 de la *Revue française de droit administrative*, Arnaud Haquet publica un estudio sobre “*L'accès des femmes aux corps de l'armée*” a la vista de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 1999 (asunto C-273/97, Angela María Sirdar) y 11 de enero de 2000 (asunto C-285/92, Tanja Kreil y la República Federal de Alemania).

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En las actas de la nonagésima reunión anual de la Asociación americana de Derecho Internacional (*Proceedings of the 93rd annual meeting*, Washington, D.C. 1999), se publica una comunicación presentada por Julie Merthus, de la Universidad de Hamaica, sobre el “Terrorismo como ideología: bases para una intervención militar” (pág. 78 y ss.). Se da cuenta además de la mesa redonda habida el 27 de marzo de 1999 con ocasión de la asamblea anual en la que se abordó la cuestión relativa a “civilismo

(1) La presente sección tiene por objeto dar cuenta de los trabajos publicados en otras revistas jurídicas sobre temas militares o de interés para la Administración Militar, excluidas las atinentes a derecho penal.

y militarismo y su impacto en el derecho internacional”, recogiendo las ponencias de Michael B. Carucci, Charles J. Dulap, Jr y Deborah D. Avant. En todas ellas se pone de manifiesto cómo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América han reconocido a las Fuerzas Armadas como una “sociedad separada” desde el siglo XIX, lo que justifica que sus miembros estén sujetos a un *status* especial y tengan restringidos determinados derechos (Sentencia *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503-1986).

El número 94 del *American Journal of International Law* (enero de 2000), incluye diversos artículos elaborados con ocasión del centenario de las Convenciones de La Haya de 1899. Destacan los trabajos de David D. Caron (“*War and international adjudication: reflections on the 1899 peace conference*”, pág. 4 y ss.), Detlew F. Vagts (“*The Hague Conventions and arms control*”, pág. 31 y ss.), George H. Aldrich (“*The laws of war on land*”, pág. 42 y ss.), J. Ashley Roach (“*The Law of naval warfare at the turn of two centuries*”, pág. 64 y ss.), George H. Aldrich y Christine M. Chinkin (“*A century of achievement and unfinished work*”, pág. 90 y ss.) y Theodor Meron (“*The Martens clause, principles of humanity and dictates of public conscience*”, pág. 78 y ss.)

IV. INFORMACION

**XV CONGRESO INTERNACIONAL DE LA SOCIEDAD
INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE
LA GUERRA (LILLEHAMMER, NORUEGA,
6 - 10 JUNIO DE 2000)**

Convocado por la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, se celebró en Lillehammer (Noruega) su XV Congreso Internacional, con la participación de ciento cincuenta miembros, pertenecientes a veintiséis países. El Presidente de la Sociedad Internacional Doctor S.B. Ybema, que presidió el Congreso, dirigió un discurso de apertura y el Asesor Jurídico General de Noruega, A.W. Dahl intervino también en la sesión inaugural, que fue abierta con la alocución del Secretario de Estado de Justicia de Noruega.

Entre las relevantes personalidades jurídicas que participaron en las reuniones científicas podemos destacar la presencia de A. Andries, M.Fobe, P. Boutet, R.M.M. Jourdan, D. Fleck, F. Krüger-Sprengel, A. Kossioris, A. Intelisano, J.Crafoord, F. de Mulinen, D. Weber, A. Dörenberg, Ch. Garraway, Adam Roberts, J.A. Burger y M.Noone.

El Grupo español estaba presidido por el Magistrado del Tribunal Supremo Aparicio Gallego e integrado por el Vicepresidente General Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretario General Teniente Coronel Poyatos Ariza y por diversos miembros del Grupo y comisionados del Ministerio de Defensa y Cuarteles Generales de Tierra, Armada y Ejército del Aire.

Después de la aprobación de significativas enmiendas a los Estatutos de la Sociedad, comenzó la primera sesión de trabajo sobre la *Convención Europea de Derechos Humanos y la ley penal nacional*. Seguidamente se analizó la primera parte del Tema del Congreso: *Aspectos Generales y apoyo militar a las autoridades civiles en el territorio nacional*, con la exposición de las respuestas de los diversos Grupos Nacionales.

El empleo de la fuerza para alcanzar la paz ? Kosovo y otros casos, fue el título de un interesante debate con intervención de destacados espe-

cialistas, entre los que destacó la ponencia del Profesor de la Universidad de Oxford Adam Roberts y la ponencia de Grupo Nacional de China.

También fue muy relevante la ponencia del Grupo de Italia sobre *La contribución militar al control del tráfico de emigrantes por mar*.

El apoyo militar a las autoridades civiles en el extranjero ocupó otra mañana de debate, para finalizar el Tema general del Congreso.

Las reuniones de las Comisiones especializadas versaron sobre las materias siguientes. La Comisión para la protección de la vida humana en los conflictos armados sobre *La distinción entre los aspectos militar y civil*. La Comisión de Criminología sobre *Etiología y prevención de las infracciones violentas en relación con la población civil local por los militares en misión de mantenimiento de la paz*. La Comisión de Historia del Derecho militar sobre *Las innovaciones en las normas tradicionales del conflicto armado: La base legal para la intervención humanitaria y la obligación de empleo de armas no letales*. Y la Comisión de Asuntos Generales sobre *La influencia de las decisiones judiciales sobre las Fuerzas Armadas, en particular en el campo de la legislación nacional e internacional de los Derechos humanos*.

En la sesión de clausura se aprobaron las Recomendaciones del Congreso, que fue clausurado por su Presidente S. Ybema, celebrándose a continuación la Asamblea General de la Sociedad Internacional.

Reproducimos, seguidamente, las contestaciones del Grupo Español al cuestionario del XV Congreso Internacional, elaboradas por Luis Bernardo Alvarez Roldan, Agustín Corrales Elizondo, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Federico Bordas Martínez y Javier Guisandez Gómez.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

CONTESTACIONES AL CUESTIONARIO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA PARA EL CONGRESO DEL AÑO 2000, RELATIVO AL APOYO MILITAR A LAS AUTORIDADES CIVILES

PREGUNTA I. ASPECTOS GENERALES

La Constitución española consagra, como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, le justicia, la igualdad y el pluralismo político (Artº. 1), a cuya consecuencia colaboran las Fuerzas Armadas

(Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire), cuya misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (C.E.Artº.8); al propio tiempo las FAS están dirigidas por el Gobierno de la Nación (C.E.Artº.97) con competencias exclusivas al respecto (C.E. Art.º 149-4ª).

En el ejercicio de las competencias estatales el Gobierno, a través de las Cortes Generales, ha estructurado la colaboración de las Fuerzas Armadas con las Instituciones Civiles del Estado con carácter general en leyes de alto rango (Orgánicas) que desarrollan el texto constitucional. Así:

- * Ley Orgánica de criterios básicos de la *Defensa Nacional y Organización Militar* (L.O. 6/1980, de 1 de julio, modificada por L.O.1/1984, de 5 de enero).
- * *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas* (Ley 85/1978, de 28 de diciembre), en lo específico castrense.
- * La reciente *Ley de Régimen de Profesional de las Fuerzas Armadas* (ley 17/1999, de 18 de mayo), que en su Exposición de Motivos (I, párrafo 3) subraya la “ **necesaria cohesión social que haga sentirse al militar íntimamente ligado al servicio de la sociedad a la que pertenece, y, a ésta parte integrante del gran entramado que constituye la defensa nacional**”.

Las reglas jurídicas generales en el **apoyo militar a autoridades** civiles se basan en los **principios siguientes** (conforme al R.D. 1125/76, de 8 de abril):

- 1) Petición de la Autoridad civil.
- 2) No exclusión de actividad alguna de apoyo solicitado
- 3) Ejecución del apoyo solicitado, salvo necesidades militares imperiosas e inexcusables.
- 4) Tipificación como delito de la denegación de auxilio a la Autoridad civil necesitada y peticionaria.
 - a) *Apoyo logístico a las autoridades civiles y a la población (por ejemplo: asistencia humanitaria).*

El apoyo, colaboración o intervención, de los Ejércitos (FAS) en respuesta a la demanda de ayuda de instituciones civiles se concreta en:

- * Asistencia en casos de desórdenes públicos y tensiones de orden interno (por ejemplo, tumultos de personas)

- * Prestaciones de suministros (víveres) y de servicios esenciales durante huelgas (transporte, sanidad, etc.).
- * Situaciones de calamidades públicas, como inundaciones, sequías, terremotos, recolecciones de cosechas; especialmente la asistencia humanitaria (no solo sanitaria) en casos de desastres naturales, o artificiales, que lo exijan (L.O. Defensa nacional ya citada, y Ley 2/1978, de 21 de enero, sobre Protección Civil).

Genéricamente, la colaboración está prevista en la Ley, anteriormente citada, de Protección Civil para cualquier supuesto en que no sea suficiente la eficaz actuación de las instituciones civiles, en cuyos supuestos intervendrán nuestras Fuerzas Armadas.

La asistencia humanitaria en el territorio nacional es inherente a los supuestos de intervención de las FAS, precedentemente expuestos.

b) Apoyo administrativo a las autoridades civiles

Los Ejércitos de España realizan todas las gestiones administrativas derivadas de su apoyo logístico, antes de la ejecución de sus misiones de apoyo, y con exclusividad *durante el apoyo logístico que realicen* (apartado a) precedente).

c) Otras ayudas a las Autoridades Civiles (ejemplo: bomberos, ambulancias en emergencia o en ayuda a la policía en la represión de la droga).

La regla general es la colaboración de nuestros Ejércitos en cualquier situación, o acto concreto, en lo que requieran los organismos civiles, y así, a título meramente enunciativo, las FAS colaboran en asuntos que puedan afectar a :

- Protección civil.
- Medio ambiente y conservación de la naturaleza.
- Protección de bienes culturales.
- Control del tráfico aéreo.
- Ayuda en recolección de cosechas.
- Protección de soberanía costera.
- Tráfico terrestre.
- Tráfico marítimo
- Tráfico aéreo

Las Fuerzas Armadas (Ejército de Tierra, la Armadas y el Ejército del Aire) colaboran con las Autoridades Civiles en **supuestos** concretos de:

- Rescate en el mar (personas, barcos)
- Evacuaciones en accidentes, en tierra, mar y aire.
- Aeroevacuaciones de órganos para trasplantes
- Cirugía aerotransportable, etc.

Los medios de las FAS ayudan prioritariamente en lo que afecta al espacio aéreo, marítimo y terrestre, en ayuda a la vida y bienes, singularmente los comunes: **incendios forestales** (Unidades especiales del Ejército del Aire y del Ejército de Tierra); **heridos en Hospitales Militares**; **campamentos terrestres asistenciales a inmigrantes o refugiados**.

En el supuesto específico de colaboración en **operaciones civiles** antidroga, no existe regulación concreta al respecto, salvo petición expresa, aunque conviene resaltar que pilotos militares, a título particular, trabajan habitualmente en organismos civiles anti-droga, ofreciendo gran experiencia.

d) *Los intentos de mejora de las leyes españolas en conflictos armados no internacionales e internacionales, merecen al menos las siguientes dos consideraciones:*

- En el **aspecto pre-legislativo interno** cabe afirmarse que, con carácter general, no es precisa una Ley nueva,
- En la **esfera internacional**, numerosos convenios plurinacionales deberían concentrarse acerca de: vgr: facultades disciplinarias del mando plurinacional; responsabilidades estatales derivadas de operaciones bélicas plurinacionales conjuntas; actuaciones y responsabilidades derivadas de mandatos U.E., O.N.U., O.T.A.N., U.E.O., etc.

PREGUNTA II.1.

¿En qué medida los contenidos de la normativa para las Fuerzas Armadas en nuestro país referente a su actuación en las fronteras nacionales se encuentra afectada o incluye las normas y principios de Derecho Internacional Humanitario?

España ha ratificado en 1989 los Protocolos I y II, Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, referidos a los Conflictos Armados con o sin carácter internacional. De forma que se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico interno español la distinción entre “bienes de carácter civil” y “objetivos militares” (arts. 48 y siguientes del Protocolo I Adicional).

Así, los Mandos Militares de la zona afectada -en cumplimiento del artículo 58 del citado Protocolo I- se esforzarán por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil y bienes de carácter civil bajo su control, evitarán situar objetivos militares en el interior o proximidades de zonas densamente pobladas y tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil, bajo su control.

El artículo 137 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) dispone: “Los Mandos prestarán la debida atención a proteger la población civil, cuya presencia en las amplias zonas afectadas por las modernas formas de guerra reviste singular importancia”.

Y el artículo 139 de las mismas Reales Ordenanzas establece la prohibición de causar daños inútiles y del saqueo, pillaje o venganza, trato humano de las personas ajenas al combate y respeto, de conformidad con las leyes y usos de la guerra, de hospitales y edificios de carácter religioso, cultural o artístico, siempre que no estén dedicados a fines militares.

PREGUNTA II.2.

¿Hay reglas específicas aplicables a las actuaciones por las Fuerzas Armadas en vuestro país (en los casos en que quede comprendida la asistencia a las víctimas en caso de urgencia?)

La misma Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, que reconoce la necesidad de que se promulgue una Ley de Defensa Civil, atribuye a las Autoridades militares la competencia para asumir en caso de estado de sitio las facultades que correspondan a las autoridades civiles en los correspondientes estados de alarma y excepción, señalándose que en tal supuesto, todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como las restantes policías de las Comunidades Autónomas y Locales pasarán a depender de la Autoridad militar.

La Defensa Civil, como objetivo prioritario de la protección civil en caso de guerra, viene también recogida en la Ley 2/985, en la que se señalan como fines propios de dicha Defensa: la autoprotección, el servicio de alarma, los refugios, la evacuación y dispersión, el socorro y salvamento, etc.

Conforme a lo dispuesto en la indicada Ley de Protección Civil, en los supuestos de declaración de estados de alarma, excepción y sitio, la protección civil quedará sometida en todas sus actuaciones a las autoridades competentes en cada caso, según se recoge en la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, reguladora de los citados estados de alarma, excepción y sitio, siendo las Autoridades militares las competentes cuando se hubiese declarado el estado de sitio, conforme a los criterios fijados en la Ley Orgánica 6/80.

Por último, se recoge también en la Ley 2/85, para el concreto supuesto de movilización por causa de guerra, la plena colaboración entre Autoridades civiles y militares al objeto de obtener una eficaz utilización de los medios de la protección civil.

La misma Ley de Protección Civil de 1985 hace referencia a la protección civil en casos de guerra, señalando que aquélla tendrá por objeto, entre otras cuestiones la evacuación, dispersión o albergue de la población civil.

Señalándose en la misma disposición, que en los supuestos de movilización por causa de guerra, se asegurará en todo caso la colaboración entre Autoridades civiles y militares, sin perjuicio que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 4/81, antes citada, se hubiese declarado el estado de sitio sobre todo, o parte del territorio nacional, en cuyo caso la protección civil quedará sometida en todas sus actuaciones a las autoridades militares.

Al no existir hasta la fecha en nuestro país una Ley de Defensa Civil, habrá de acudirse a la Ley Orgánica 6/80, de 1 de julio, sobre criterios básicos de la Defensa Nacional, así como a la Ley 2/85, de Protección Civil, para conocer el alcance de aquel fundamental componente de la Defensa Nacional. En ambas disposiciones se recoge la colaboración de las fuerzas Armadas en la asistencia humanitaria, aunque sin que exista un claro deslinde entre ambas cuestiones, por tanto en la protección civil se regula, como se ha dicho, la movilización por causa de guerra, así como las evacuaciones, que son materia propia de la defensa civil, en cuanto los primordiales objetivos de ésta son, tanto el mantenimiento de la vida social y económica y asegurar la supervivencia de la población durante las hos-

tilidades bélicas, como la prestación de apoyo civil a las fuerzas militares. Siendo de esperar que la próxima Ley de Defensa Civil deslinde efectivamente ambas materias, atribuyendo las correspondientes competencias en estos campos.

PREGUNTA II. 3

¿De tales normas y principios, cuáles se han integrado en las normas nacionales (comprendidas las reglas de enfrentamiento) para aplicación en el plano nacional.

Conforme a lo establecido en el IV Convenio de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional de 1977, ratificados por España, en todo momento se hará distinción entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, dirigiendo las operaciones militares únicamente contra objetivos militares, a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil.

Y así, la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias.

Se protegen también, de forma especial, los bienes culturales y los lugares de culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Las Autoridades y mandos militares tomarán las precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de las operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control.

En concreto, señalarán adecuadamente estos bienes o lugares protegidos de carácter civil, establecerán y señalarán las zonas y localidades sanitarias y de seguridad localizadas no defendidas, zonas neutralizadas, zonas desmilitarizadas, hospitales y transportes de heridos o enfermos, bienes culturales y lugares destinados al culto, obras o instalaciones peligrosas, servicios de protección civil, acciones de socorro a favor de la población civil y centros de internamiento de civiles.

PREGUNTA II.4.

¿En qué medida y en virtud de qué disposiciones legales las FAS encargadas en tales acciones en el interior de las fronteras nacionales son requeridas para cooperar con las Autoridades civiles?. ¿En quién reside la principal Autoridad?.

El Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que crea la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de "crisis" y el Real Decreto de 6 de febrero de 1987 que establece la dirección de Infraestructura y Seguimiento para situaciones de crisis (órganos de apoyo al Gobierno dentro del Plan General de Defensa Nacional previsto en la Ley Orgánica 6/1980, modificada por Ley Orgánica 1/1984), nos proporcionan la noción de "crisis" o "emergencia".

Y ello porque estos órganos tienen la función de apoyo al Gobierno para la prevención, control y conducción de una eventual situación de crisis de carácter nacional o internacional que pueda atentar a la vida, seguridad o bienestar de los españoles y conseguir una utilización coordinada rápida y eficaz de todos los recursos públicos y privados disponibles.

El término "crisis" guarda estrecha relación con los estados de alarma, excepción y sitio, a los que se refiere el artículo 116 de la Constitución Española de 1978.

Este precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, cuyo artículo 1º dispone que procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hicieren imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

El estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno cuando se produzca alguna alteración grave de la normalidad; tal como catástrofes, calamidades o desgracias públicas (terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud), crisis sanitarias (epidemias y situaciones de contaminación grave), paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio. En virtud de esa declaración, el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas y designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan.

Según la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, profundamente modificada por la Constitución Española, el Gobierno, todas las Autoridades de la Nación y sus agentes velarán por la conservación del orden público, encontrándose comprendidos entre los actos contrarios al mismo los desórdenes, tensiones interiores o tumultos (artículos 1º y 2º).

La Autoridad encargada es la Autoridad civil, salvo las que, de su orden, asuma la Autoridad militar.

TEMA GENERAL: “APOYO MILITAR A LAS AUTORIDADES CIVILES”

III. APOYO MILITAR EN EL EXTRANJERO

1. ASISTENCIA HUMANITARIA

a) En el apoyo militar de la asistencia humanitaria en un territorio extranjero.

Conforme al artículo 97 de la Constitución Española, corresponde al Gobierno la decisión de apoyar con medios personales y materiales de las Fuerzas Armadas una misión de asistencia humanitaria en el extranjero. La iniciativa corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores y la ejecución se confía al Ministerio de Defensa con la colaboración del Ministerio del Interior, por lo que se refiere a la participación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En estos casos de asistencia humanitaria las reglas de intervención relativas al uso de la fuerza, siempre dentro de los acuerdos suscritos con el país anfitrión y la Secretaría General de las Naciones Unidas, se concretan en la defensa con fuerzas militares o de seguridad (normalmente de la Guardia Civil) de la misión humanitaria y sus recursos humanos y

materiales, siendo sus límites los señalados en la norma internacional habilitante.

Así se actuó en la Operación "PROVIDE CONFORT" (transporte de refugiados, construcción de campos, hospital de campaña, seguridad de las instalaciones y distribución de la ayuda humanitaria), UNAMIR (Ruanda, ayuda humanitaria con medios del Ministerio de Defensa en apoyo ONG,s. españolas), UNPROFOR (Bosnia, asistencia y protección de la ayuda humanitaria), ECTF (ayuda humanitaria para la Ex Yugoslavia, distribución de alimentos, transporte, productos higiénicos, asistencia médica y psico-social, vestuario, calzado, trabajos de emergencia, apoyo y coordinación de ONG,s.), EUAM (administración de la Unión Europea en Mostar, desmilitarización y reconstrucción de la ciudad), AGOSCE (Asistencia a Chechenia, facilitar la distribución de ayuda humanitaria, regreso de los refugiados y seguridad pública), Operación ALBA (ayuda a Albania, seguridad y distribución de la ayuda humanitaria internacional) y Ayuda humanitaria dirigida a las personas desplazadas de Kosovo, mediante la construcción de un campo de refugiados.

En las misiones de asistencia humanitaria se atribuye el mando a una autoridad civil (como en la ECTF, EUAM con un Administrador civil de la ciudad de Mostar y AGOSCE) o militar (PROVIDE CONFORT, UNPROFOR, Operación ALBA o Ayuda humanitaria a kosovares en Albania). En consecuencia, puede ser una autoridad civil o militar la autoridad principal de quien dependen todos los integrantes de la misión de asistencia humanitaria.

Las relaciones con otras unidades españolas están reguladas por la decisión del Gobierno que asigna el mando y, se determinan en instrucciones las relaciones entre el personal militar, civil o policial que participa en la misión. Un criterio muy seguido es el de procurar la intervención de las organizaciones no gubernamentales en la asistencia humanitaria e incluso en la gestión de campos de refugiados, sin perjuicio de proporcionar la seguridad adecuada mediante fuerzas de la Guardia Civil.

Tampoco ofrece dificultades la relación con otras unidades de otros países, puesto que el mando de la operación de asistencia humanitaria puede atribuirse a una autoridad militar extranjera (UNPROFOR) o civil (AGOSCE), conservando, sin embargo, el mando español militar el monopolio de sus atribuciones disciplinarias sobre sus subordinados, según el artículo 39 de la Ley Orgánica 8/98, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

b) Alojando a las Fuerzas Armadas de otro Estado empleadas para el apoyo de la asistencia humanitaria.

No existe constancia de una intervención apreciable de tal naturaleza por parte de las fuerzas Armadas españolas.

2. OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ.

Desde 1989 España toma parte activa en numerosas operaciones, de distinto tipo y encuadrándose en diferentes organizaciones, pero con el objetivo final de conseguir la paz.

En la actualidad el Plan Estratégico Conjunto (PEC) contempla como una de las misiones prioritarias de nuestras Fuerzas Armadas, el colaborar en cuantas misiones decida tomar parte España en apoyo de la Comunidad Internacional.

Las más numerosas en cuanto a tipo son las de Mantenimiento de la Paz y el marco más común, el de Naciones Unidas.

La decisión por parte de España de tomar parte en una Operación de Mantenimiento de la Paz, se toma de la siguiente manera:

Al recibirse la petición proveniente del Secretario General de NN.UU. a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, éste la transmite al de Defensa, el cual consulta al Estado Mayor conjunto sobre las posibilidades de tomar parte en ella. Una vez cotejadas las posibilidades y las necesidades, se toma la decisión política de tomar parte en la operación y se ordena a los cuarteles Generales de los Ejércitos implicados, que preparen la participación en las condiciones pactadas.

En cuanto a la legislación interna de cada operación y que España al participar acata, destaca el Acuerdo sobre el Estatus de la Fuerza (SOFA) y las Reglas de Enfrentamiento (ROE,s.). En ambos documentos se establece claramente la misión y condiciones de la intervención.

En las Operaciones de Mantenimiento de la Paz las relaciones entre los mandos militares y las autoridades civiles del país o zona donde se despliega se hacen normalmente a través de oficiales u oficinas de enlace, donde centralizan las necesidades de unos y de otros, y se canalizan las ayudas mediante las unidades de asuntos civiles, si se organizan, o a través de la relación directa con las agencias u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que normalmente apoyan a cualquier Operación de Paz.

La autoridad principal en cualquier Operación de Mantenimiento de la Paz es el representante del Secretario General, normalmente un diplomático de alto nivel designado ex profeso para cada Operación. Esta autoridad coordina y dirige la participación de las distintas divisiones o componentes de la Operación. Normalmente estos componentes o divisiones son: Militar, Humanitario, Policial y electoral, en su caso.

Las relaciones entre las distintas unidades militares desplegadas en una Operación, normalmente de países muy distintos se realiza mediante la integración en Cuarteles Generales Multinacionales de personal de los distintos Ejércitos participantes.

Cuando militares españoles toman parte en Operaciones de este tipo siguen sometidos a la legislación española y protegidos respecto a la aplicación de la jurisdicción y legislación del país anfitrión, conforme a lo acordado en el SOFA sobre tales inmunidades. El artículo 39 de la Ley Orgánica 8/98, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas otorga al mando militar español el monopolio de las sanciones disciplinarias. Es normal que, ante cualquier problema que se produzca en relación con la disciplina o posible conflicto con las autoridades territoriales, se acuerde la repatriación y la depuración de las responsabilidades por las Autoridades y Tribunales españoles.

3. OPERACIONES DE RESTABLECIMIENTO DE LA PAZ.

No existe constancia de una intervención apreciable de tal naturaleza por parte de las Fuerzas Armadas españolas.

4. CONFLICTOS ARMADOS

Las Fuerzas Armadas españolas no han participado como combatientes, durante el período próximo al que se refiere lógicamente el cuestionario, en ningún conflicto armado sin carácter internacional.

Durante la llamada "Guerra del Golfo" o conflicto armado que comenzó con la invasión de Kuwait por Irak, las Fuerzas Armadas españolas participaron en las medidas de fuerzas autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, contribuyendo al control del bloqueo marítimo decretado por las Naciones Unidas mediante la actuación de dos corbetas en el Mar Rojo y de una fragata en el Golfo Pérsico.

Tales buques de guerra se limitaron a cumplir el mandato del Consejo de Seguridad, sin participar en la acción hostil marítima, pero integradas operativamente en las fuerzas que, lideradas por Estados Unidos de América, desarrollaron la ofensiva final que liberó Kuwait mediante el uso de la fuerza armada.

En consecuencia, la toma de decisión correspondió al Gobierno español, cooperando con las Naciones Unidas.

Las reglas de intervención (o, mejor de enfrentamiento) fueron las propias de una operación de bloqueo marítimo en tiempo de conflicto armado, con autorización para el uso necesario y proporcionado de la fuerza, cumpliendo el mandato del Consejo de Seguridad derivado de sus Resoluciones.

Dadas las características de esta operación naval, no existieron relaciones de mando entre autoridades civiles y militares, salvo las derivadas de las atribuciones del Gobierno español sobre sus unidades navales de guerra.

La autoridad principal fue el Presidente del Gobierno a quien corresponde disponer de las Fuerzas Armadas en estos supuestos según la Ley Orgánica 1/1984.

El mando de los buques de guerra españoles estaba coordinado con el mando de la operación en la que participaban todos los Estados que cooperaban para la liberación de Kuwait, según expresa autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

5. RESTABLECIMIENTO DE LA PAZ AL FINAL DE UN CONFLICTO.

5.1. En una misión de Restablecimiento (o Establecimiento) de la Paz, el mayor problema viene dado por la ausencia de consenso por alguna de las partes que intervienen en el conflicto y, por tanto por la necesidad de actuar normalmente sin su consentimiento y, en ocasiones, en contra de la posición de tal parte.

La autoridad capacitada para actuar, una vez decidida la participación por el Gobierno a requerimiento de las Naciones Unidas, será normalmente el Jefe de la Fuerza Militar a cargo de la operación, dirigida a evitar el retorno de las hostilidades.

Se deberá actuar respetando escrupulosamente lo establecido en la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo determi-

nado en el SOFA y en las ROE,s. que, como en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, deben ser dictadas.

Los problemas pueden originarse en el caso de que las Fuerzas Armadas de Establecimiento de la Paz no sean admitidas por alguna de las partes en el conflicto, lo que dificulta su actuación y obliga a reforzar las medidas de seguridad.

Los objetivos están señalados en las normas habilitantes emanadas de los órganos competentes de las Naciones Unidas o en los acuerdos entre las partes para poner fin al conflicto.

Aunque a diferencia de la ocupación bélica no se asumen directamente las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales sobre el territorio delimitado de la operación, en la práctica las Fuerzas para el Establecimiento de la Paz, al final de un conflicto, deben ejercer el necesario control sobre tal territorio y lograr la cooperación de las autoridades locales.

5.2.. España normalmente despliega en todas las operaciones en que participa un contingente policial, basado en la Guardia Civil, Fuerzas de Seguridad que habitualmente se encuadran en la División o Componente Policial de la Misión, donde junto con policías de los demás países participantes, colaboran con la policía local o, en su caso, la supervisan, para el cumplimiento final de la misión encomendada.

6. COOPERACION CIVIO-MILITAR.

La intensidad o grado de cooperación que las Fuerzas Armadas han prestado y siguen prestando a las autoridades civiles en aquellos casos en que ambos organismos se ven involucrados dependen fundamentalmente del nivel y la razón de la implicación. en efecto, las FAS se relacionan con las autoridades civiles por una siguientes razones:

A.

Razón de Dependencia: Porque las FAS están realizando funciones solicitadas directamente por las autoridades civiles.

B.

Razón de Coincidencia: Porque los cometidos de las Fas tienen un grado de solape importante con el cometido desarrollado por las autoridades civiles.

C.

Razón de Proximidad: Porque las tareas de las Fas se desarrollan en el mismo área en el que las autoridades civiles están operando.

Existen unos factores limitativos a la hora de la coordinación entre ambos organismos que dependen no sólo de la misión a desarrollar, sino también del grado de autorización que se disponga desde las Partes involucradas, y que se podrían concretar en tres casos:

1.

Autorización General: en la que el gobierno central y fuerzas disidentes aceptan la participación de FAS extranjeras.

2.

Autorización Parcial: en la que el gobierno central, generalmente, aprueba la actuación de FAS multinacionales en su país, y las fuerzas disidentes no.

3.

Oposición generalizada: ambas Partes, gobierno y fuerzas disidentes se oponen al asentamiento, despliegue y actuación de las FAS multinacionales.

La combinación de estas variables nos podría dar la matriz de actuación siguiente:

	A	B	C	Conceptos
1	Civil	Militar	Militar	Concepción
	Cívico-Militar	Cívico-Militar	Cívico-Militar	Preparación
	Militar	Cívico-Militar	Militar	Ejecución
	Civil	Cívico-militar	Cívico-militar	Coordinación
	Bajo o nulo	Bajo o nulo	Bajo o nulo	Riesgo
2	Civil	Militar	Militar	Concepción
	Cívico-Militar Internacional	Militar Regional	Militar Regional	Preparación
	Militar Regional	Militar Regional	Militar Regional	Ejecución
	Militar-Civil	Militar-civil	Militar	Coordinación
	Medio	Medio	Medio	Riesgo
3	NO PROCEDE	Militar	Militar	Concepción
		Militar Internac.	Militar Internac.	Preparación
		Militar Regional	Militar Regional	Ejecución
		NO PROCEDE	NO PROCEDE	Coordinación
		Alto	Alto	Riesgo

Leyenda y Conceptos:

- * **Concepción:** Nivel o Autoridad a partir de la cual surge la necesidad o voluntad de llevar a cabo una tarea.
- * **Preparación:** Nivel en el cual se desarrollan el planeamiento de las acciones futuras.
- * **Ejecución:** Nivel o Autoridad desde el que se dirigen directamente las acciones.
- * **Militar Internacional:** Nivel militar incluido dentro de un organismo internacional, como UN ó OTAN.
- * **Militar Regional:** Nivel militar que se encuentra en el terreno donde se desarrollan las operaciones.

V. NECROLÓGICAS

IN MEMORIAM

LUIS ORAA RODRÍGUEZ
General Auditor (2ª R)

El 25 de Noviembre de 2.000 fallecía en su domicilio de Madrid, nuestro compañero CARLOS RODRÍGUEZ DEVESA, Coronel Auditor (R).

Pertenecía a la promoción 1.951/52 que recibimos el Despacho de Teniente el 15 de Julio de 1.952, en la vieja Academia del Cuerpo Jurídico Militar, en la calle Bocángel. Desde entonces éramos amigos.

Conservaba un gran afecto a sus compañeros. Más de una vez le oí decir, “presumiendo” de promoción, que de los seis componentes había un nº 1, Secretario de Administración Local de 1ª, y los otros, por orden de escalilla, General, Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Constitucional, y Agente de Cambio y Bolsa. No le importaba omitir sus propios merecimientos.

Él llevaba la iniciativa en la organización de las cenas, luego comidas, con el transcurso de los años, que nos reunían a impulsos de sentimiento, sin obedecer a razón alguna, ni siquiera la de la periodicidad convenida.

También ahora, con solo el sentimiento, que puede llegar a ser más humano que la razón, escribo estas cuartillas, con la prisa que requiere no pase la oportunidad de su publicación en la REDEM.

Desconozco por qué en la esquila no constaba su profesión principal, sino la de Abogado que, desde luego, ejerció brillantemente sobre todo en la especialidad de Derecho del Trabajo. Supongo, pudiera deberse a decisión personal de Carlos, enemigo de toda ostentación y “pompas”, más si éstas son fúnebres.

De recia personalidad, fuerte de ánimo y de carácter, exigente consigo mismo y con los demás. Era austero de vida, muy desprendido de sí mismo y de sus cosas, y honrado a carta cabal.

Trabajador incansable por vocación y por entrega al bienestar de su familia. Veneraba a su hermano mayor, José María, antiguo Coronel Audi-

tor, una gloria del Cuerpo, eminente Catedrático de Derecho Penal, publicista y conferenciante de prestigio internacional. De él tenía Carlos permanentemente a la vista, la fotografía, sobre la mesa de trabajo de su despacho de abogado.

Gustaba coloquialmente denominarse “jurista al servicio del Ejército”, sentido instrumental que avala su humildad personal.

Seguro en las relaciones profesionales con el Mando, recuerdo la anécdota de la repetición verbal a un Director General del Ministerio del Ejército, cada vez que le mandaba llamar, y nada más presentarse, “que no era su Auditor sino Asesor”. Manteniendo su verdadera función frente al persistente criterio del General, de considerarle “su Auditor”, como si de Capitán General con Mando de Región Militar, se tratase.

Poseía, Carlos, sólidos fundamentos de Derecho, que solía recordar era “uno”. Adaptando los principios generales a las especificidades del Derecho Militar, del de Trabajo, ó de cualquier otra forma jurídica, fuese en su aspecto sustantivo ó procesal. Profesional competente, riguroso y hábil en la interpretación y actuación de las normas, no exento de originalidad en sus convicciones.

Que además era práctico y eficaz, lo prueban sus conocidas obras de Derecho del Trabajo, actualizadas periódicamente, donde recogía exhaustivamente la jurisprudencia más reciente. Aprendió sin duda, la pedagogía del a la sazón Teniente Coronel Auditor y Letrado del Consejo de Estado, D. Mariano Navarro Rubio, que profesor de la Academia del Cuerpo nos enseñó que en la práctica profesional, aplicásemos, primero la jurisprudencia, después la Ley y en tercer lugar, la doctrina. Mientras que siendo alumnos, el orden del estudio debía ser a la inversa, doctrina, Ley y jurisprudencia.

De profundo espíritu militar, -él prefería decir “castrense”, que también le venía de padre, Carlos lo vivía con naturalidad, sin alardes ni exteriorizaciones vacías de contenido. Más de una vez se hizo cargo voluntaria y valientemente de Ponencias en Consejos de Guerra, singularmente difíciles por la complejidad de las Causas a fallar y la gravedad de las penas imponibles, invocando el criterio de la antigüedad en el empleo para eludir la impersonal designación por sorteo, al no resultar conveniente por, excepcionales circunstancias, el sistema ordinario de turno rotativo.

Pocas semanas antes del fallecimiento, me pidió un libro sobre la muerte y el más allá y le entregué el titulado “32 de Diciembre”, editado por la B.A.C., del que es autor José M^a Cabodevilla. Gran consuelo y paz le proporcionó su reposada lectura, según me comentó cuando le visité en su domicilio, llamado por él.

Precisamente en tal ocasión, se le administró el sacramento de Unción de los enfermos, que recibió con absoluta entrega, a pié firme, presentando él mismo las zonas correspondientes del cuerpo a los santos óleos, y contestando tranquilamente a las preces del oficiante. Por razón de la amistad, el sacerdote, me encargó leyese el Evangelio propio del ritual. Así lo hice con algún balbuceo consecuencia de la emoción contenida, a los que sacando con esfuerzo la potente voz que le caracterizaba, dijo Carlos: “más alto que no te oigo”.

La Misa “de acción de gracias por su eterno descanso” según la esquila, por expreso deseo de Carlos, tuvo lugar en la espaciosa iglesia parroquial de Santiago el Mayor, rebosante de público, con asistencia de un nutrido de compañeros del Cuerpo.

Concluído el acto, sobrenaturalmente consolador, el párroco concelebrante dio lectura a una breve nota escrita de puño y letra por Carlos. Con sencillez y valor, que le honran, se declaraba hombre de fé religiosa y pedía a los presentes oraciones por su alma.

Este es Carlos, que yo conocía bien. Escribo en propio nombre, pero tengo la certeza de que los compañeros de Cuerpo, que le conociesen en toda la hondura, confirmarán esta “memoria” que conservo.

Moralmente seguro de que vive y es eternamente feliz, sin perjuicio de ofrecerle sufragios, le pido interceda al Señor para que nuestra muerte, siempre cercana, esté tan llena de paz como la suya.

Desde la perspectiva “castrense”, recordada por el párroco en la homilía de la Misa funeral, al referirse a la condición de militar, como influyente en su serenidad en la aceptación cristiana de la muerte, rindo mi último homenaje a CARLOS RODRÍGUEZ DEVESA, amigo y compañero *con la siguiente lacónica leyenda, con valor de epitafio.*

“CUMPLIO LA ORDEN DE
PRESENTARSE ANTE EL SEÑOR
DIOS DE LOS EJERCITOS”.
¡ Gracias por tu ejemplo, mi Coronel !



MINISTERIO
DE DEFENSA



SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES