

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

77

ENERO
JUNIO
2001

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

77 ENERO
JUNIO
2001

IN MEMORIAM
JOSE FRANCISCO DE
QUEROL Y LOMBARDEO

MADRID

Edita:



NIPO: 076-01-008-8

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: junio 2001

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

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 77 ENERO-JUNIO 2001

IN MEMORIAM JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDEO

PRESENTACIÓN

— JOSÉ MARÍA RUIZ-JARABO FERRÁN, Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, “En recuerdo de un buen Juez”	15
— MANUEL ORTIZ CALDERÓN, General Consejero Togado, “José F. de Querol, Auditor de la Armada”	19
— JAIME DAPENA FERNÁNDEZ, Colegio de Abogados de Ferrol, “José Francisco de Querol y Lombardero, abogado”.	23
— EDITORIAL. Por el Director de la Revista	25
— CURRICULUM VITAE de José Francisco de Querol y Lombardero	29
— “Aspectos jurídicos de la vida, proceso y pasión de Jesús”, por J. F. de Querol y Lombardero	33

I. ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL MILITAR

— JOSÉ LUIS BERMÚDEZ DE LA FUENTE, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, y su aplicación a los procesos penales y contencioso-disciplinarios militares	49
— JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “El Derecho Militar del Siglo XXI: Un Proyecto de Código Penal Militar complementario”	91

— AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO, “Aproximación al estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal”	135
— FERNANDO PÉREZ ESTEBAN, “La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad”	173
— LUIS BERNARDO ALVAREZ ROLDÁN, “El abuso de autoridad delito militar”	193
— CARLOS PÉREZ DEL VALLE, “Deslealtad militar, deber de decir la verdad y posición de garante”	231

II. ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

— ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero”	249
— ROBERTO GARCÍA CALVO, “Terrorismo y tipificación penal”	269
— CARLOS EYMAR ALONSO, “Derecho y olvido. Algunas consideraciones en torno a la prescripción del delito”.....	279
— JUAN ANTONIO PÉREZ PARENTE, “El castigo de los delitos patrimoniales continuados”.....	313

III. ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

— MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia”	331
— FERNANDO PIGNATELLI MECA, “El segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999”	357

IV. ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

— JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO, “Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española”	445
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

— FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones sobre su constitucionalidad”	473
— CARLOS GARCÍA LOZANO, “La prescripción en materia disciplinaria. Breve examen de su evolución legislativa y doctrina jurisprudencial”	531
— JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, “Fuerza mayor y contrato de gestión de servicios públicos”	543
— RICARDO FORTÚN ESQUIFINO, “Las situaciones de suspensión en las Fuerzas Armadas”	551

V. ESTUDIOS DE DERECHO MARÍTIMO

— JOSÉ LUIS MESEGUER SÁNCHEZ, “El derecho de persecución en alta mar: ¿derecho del Estado ribereño? o ¿excepción de la libertad de los mares?”	591
— JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA, “El abordaje marítimo. Aspectos penales y jurisdiccionales”	607

**IN MEMORIAN
JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL
Y LOMBARDERO**



PRESENTACIÓN

EN RECUERDO DE UN BUEN JUEZ

Si la muerte de cualquier persona es un hecho que invita a una profunda reflexión trascendente más allá de la propia circunstancia biológica que ello entraña, cuando el fallecimiento es de un familiar o de un amigo próximo, a esa reflexión se une el sentimiento derivado del cariño y el afecto hacia dicha persona, lo que se acrecienta indudablemente cuando la muerte es el resultado de un trágico y despreciable acontecimiento.

Embargado por dicho sentimiento, y todavía con el alma apenada y el corazón de luto, escribo estas líneas en memoria de José Francisco Querol Lombardero atendiendo para ello a la amable invitación de la Dirección de la Revista Española de Derecho Militar, que va a publicar un número de la misma en su homenaje y recuerdo.

Ya ha hecho un año que la demencia criminal de unos terroristas nos arrebató a un gran Magistrado y, en lo que a mí concierne, a un entrañable amigo, con el que he tenido la suerte de trabajar en estos últimos tres años y de quien tanto he aprendido en la aplicación del Derecho Militar en el ámbito de la jurisdicción castrense.

En estas líneas intentaré glosar brevemente la gran personalidad de José Francisco de Querol Lombardero, tan buen Militar antes, como buen Juez después, concretamente a partir de 1992, en que accedió a la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Yo definiría a Querol, sobre todo, como un hombre de bien, con una extraordinaria bondad natural, que vivía totalmente entregado a su familia, a Pepita, su mujer, a sus cuatro hijos, a sus nietos, de lo que soy buen conocedor porque, en los muchos momentos que hemos vivido en común, en las confidencias personales que hemos ido desgranando mutuamente en nuestros despachos, siempre su familia era una constante en su vida.

Pipo, como le llamábamos sus amigos, era un hombre de destacadas cualidades, un inagotable conversador –con gran sentido del humor– y un buen escritor, que guardaba en páginas y páginas sus memorias personales y profesionales –a algunas tuve la suerte de acceder porque el quiso que

conociera a través de ellas su enfoque de la vida—, todo ello acompañado de una exquisita habilidad para el dibujo y la pintura, de lo que muchos en la Sala Quinta guardaremos recuerdo imborrable. Su trato fácil y su talante conciliador, trabajador y discreto, fueron siempre constantes en su hacer profesional.

Profesionalmente, como jurista de recias creencias en el Derecho y en la Justicia, el Magistrado Querol Lombardero destacaba por sus profundos conocimientos y su gran preparación profesional en el marco de la jurisdicción castrense, en la que, siempre con la sencillez que le caracterizaba, nos hacía permanentes demostraciones de ponderación y equidad en la solución de los casos que en la Sala enjuiciábamos. Siempre estuvo en la élite de la Jurisdicción Militar, así como antes lo había estado en el Cuerpo Jurídico de la Armada, en el que, siguiendo una tradición familiar—su padre, Fernando Querol y Durán, Auditor de la Zona Marítima del Mediterráneo, fue un distinguido tratadista, autor de importantes obras sobre el Derecho Penal Militar— ingresó en diciembre de 1953 con el número uno de su promoción, y así desde Teniente Auditor en 1954, hasta General Consejero Togado en 1988, transcurrió su vida militar, prestando servicios en los Departamentos Marítimos de Ferrol y Cartagena, y que culminó como Asesor Jurídico del Cuartel General de la Armada en 1992. Es en este año, exactamente el 30 de junio, cuando pasó a la Sala Quinta del Tribunal Supremo, donde, durante algo más de ocho años, ha venido desarrollando su actividad judicial en el más Alto Tribunal de la Nación, en el que la doctrina que de sus sentencias dimana, permanecerá como recuerdo indeleble de su buen hacer, al igual que las numerosas publicaciones y artículos que sobre Derecho Penal Militar y Derecho Procesal Militar ha escrito.

Muy pocos días antes de jubilarse la barbarie de los que no saben defender sus ideas con las palabras, como se debe hacer en democracia, sino con bombas o tiros en la nuca, impidió que él y su familia pudieran disfrutar en ese día de cumpleaños tan señalado; el dolor que los asesinos han sembrado en los corazones de Pepita y de sus hijos y nietos, será algo imborrable en el decurso de sus vidas, al igual que lo es para todos los que le hemos tratado, admirado y querido, pero al margen de este lacerante sufrimiento que nos han causado, nada han conseguido los que perdiendo la condición propia de la naturaleza humana, y como alimañas que son, necesitan del asesinato cruel para saciar sus instintos criminales, ya que, con tan repulsivas acciones no van a amedrentar jamás a los que administramos Justicia.

En estos momentos, como amigo y compañero, quiero tener para José Francisco de Querol Lombardero este recuerdo entrañable, haciendo patente el agradecimiento por el ejemplo que en vida nos dio. Fue un gran Militar y un excelente Magistrado del Tribunal Supremo, pero sobre todo, fue un hombre bueno, en cuyo recuerdo –con emoción y profundo sentimiento– he escrito estas líneas.

José María Ruiz-Jarabo Ferrán

Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo

JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL, AUDITOR DE LA ARMADA

Cuando el Director de la Revista Española de Derecho Militar me propuso escribir una semblanza del Excmo. Sr. D. José Francisco de Querol Lombardero, General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar y Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo para publicar en un número monográfico dedicado a su memoria, acepté de inmediato la invitación para poder contribuir así, aunque modestamente, a tan merecido homenaje, ya que ha supuesto para mí un legítimo orgullo haber trabajado con él día a día durante más de trece años en Ferrol, tanto en nuestra querida Auditoría de la Zona Marítima del Cantábrico como en su Despacho Profesional de Abogado, lo que sirvió para forjar entre nosotros una entrañable e imperecedera amistad personal y familiar.

En aras de esa gran amistad y confianza me limitaré a señalar los rasgos personales y profesionales que, a mi juicio, más definían su personalidad y que recordé fugazmente y con toda claridad aquella triste mañana del 30 de octubre de 2000 al acudir a su domicilio en la calle Torrelaguna de Madrid para abrazar y acompañar a Pepita, su mujer.

Conocí a Pepe Querol, me permito seguir llamándole así, en el mes de agosto de 1967 cuando me incorporé en Ferrol a mi primer destino como Teniente Auditor de la Armada en la Auditoría del entonces Departamento Marítimo. Él era Comandante Auditor, Auxiliar Jefe de la misma, en la que estaba ya desde Teniente y conocía a la perfección su funcionamiento, lo que le convertía, dados además su competencia, compañerismo y amabilidad, en seguro apoyo de todos.

Aunque de hecho ya lo era desde tiempo atrás, siempre anheló ser el Auditor de la Zona, deseo que vio cumplido en 1980. En diciembre de ese año concluyó nuestra dilatada, y para mí decisiva, vinculación profesional. Me destinaron a Madrid, cosa que a él sucedió años después al ascender a General Auditor. No obstante, tuve la inmensa fortuna de estar nuevamente a sus órdenes e incluso despedirle oficialmente en su último destino en servicio activo en el Cuerpo Jurídico Militar, cuando en el mes de julio de

1992 siendo él General Consejero Togado y Jefe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada de la que yo era General Auditor Segundo Jefe, fue nombrado con todo merecimiento Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Era un hombre fundamentalmente bueno, de profundas convicciones religiosas, servicial, cariñoso, leal, algo tímido, locuaz, excelente amigo y muy familiar. Sabía valorar las cosas pequeñas y ante cualquier novedad agradable disfrutaba con un espíritu infantil que nunca llegó a perder. Su afabilidad le hacía popular allí donde vivía. Tenía muchos amigos y trataba con gran cordialidad y confianza a todas las personas, sin perjuicio de las lógicas exigencias que le imponían los deberes de su cargo, que sabía ejercer con tal naturalidad y sencillez que impedía cualquier tipo de recelo o suspicacia. Le gustaba leer y escribía en sus ratos libres unas “memorias” muy amenas de su vida familiar y profesional; pintaba bastante bien y era buen dibujante, pero su humildad, entendida como virtud, no le permitía exteriorizar estas cualidades que siempre reservó en el ámbito reducido de la intimidad familiar.

Pepe Querol era de escritura fácil y rápida. Habitualmente trabajaba dictando de memoria, sirviéndose a lo más de unas notas escritas en cualquier trozo de papel. Así, hacía tanto una sentencia con la única ayuda del Código de Justicia Militar como una demanda sólo con el Código Civil, textos ambos que casi podía manejar con los ojos cerrados. Nunca utilizó agenda: “*si apunto las cosas en ella me olvidaría leerla*”, solía bromear. Pero tampoco le era de todo punto precisa, pues su gran memoria le permitía retener fechas y datos sin necesidad de constancia escrita.

Sus cualidades profesionales como jurídico-militar y como abogado eran excepcionales. Profundo conocedor de la Ley era muy inteligente y poseía un exacto sentido común y una capacidad de reacción asombrosa, que le permitían encontrar siempre soluciones rápidas y acertadas y que, cuando era preciso, sabía fundamentar posteriormente en adecuado informe. Ni que decir tiene que ello le convirtió en un asesor de auténtico lujo, pues ante cualquier consulta verbal por intrincada y urgente que fuese siempre encontraba una respuesta lógica y coherente que tranquilizaba plenamente al interesado. En los despachos de la Zona Marítima del Cantábrico era frecuente oír “*lo ha dicho Querol y basta*”. En las vistas orales en que intervenía como abogado jamás “perdía los papeles”, y si se producía algún tipo de tensión solía introducir un chiste oportuno o una comparación ocurrente que distendía el ambiente y hacía sonreír al juez y al abogado contrario.

Era un apasionado del Derecho. En 1988 concluyó uno de sus libros que tituló “Abogacía, cuando uno boga otro cía (Experiencias de un Abogado en Galicia)”, libro de “publicación interna” y que debería ser de lectura obligada en la Escuela Judicial y para los abogados que se inician en el ejercicio profesional, según acertada opinión de Magistrados del Tribunal Supremo. Nada mejor, pues, para concluir que transcribir unos párrafos de su “Exposición de motivos”, en que con toda sencillez y claridad se recoge cual era el auténtico sentir de Pepe Querol sobre el decisivo papel del Derecho en el devenir humano:

“Porque quien vive en el mundo del Derecho –y que se me perdone la redundancia– vive la vida. Toda la vida del hombre, en cuanto sale de los límites de su absoluta intimidad es Derecho... Derecho es nacer y morir, y en el crecer y en el alimentarse y en el estudiar y en el enfermar y sanarse está el Derecho presente. Porque todo ello es o crea relación jurídica.

Lo es comprarse una caja de cerillas, alojarse en una vivienda, contratar una empleada de hogar, hacer un viaje, veranear, tener un coche, pararse ante un semáforo... El hombre que no vive aislado en una isla desierta apenas hace algo que no sea de contenido jurídico, tanto en aquello que es voluntario como en lo involuntario, pues todo tiene su regulación en normas, tanto para la propia conducta como por la implicación de las conductas ajenas o consecuencias de hechos accidentales, fortuitos o de fuerza mayor... Todo es Derecho y sobre todo hay leyes, porque, cuando faltan las positivas, elaboradas por el hombre, siguen subsistiendo las de Derecho Natural, que, al proceder de Dios, no contienen ningún fallo, sin que quepa aquí, en esa parcela de la Ley Eterna, el más mínimo resquicio a aquello tan bonito que estudiamos un día en derecho civil de “Las Lagunas del Derecho”...”

Manuel M.^a Ortiz Calderón

General Consejero Togado

JOSÉ FCO. DE QUEROL Y LOMBARDERO, ABOGADO

“...E porque el officio de los Abogados es muy prouechoso, para ser mejor librados los pleytos, e mas en cierto, quando ellos son buenos, e andan y lealmente, porque ellos aperciben a los Judgadores, e les dan carrera, para librar mas ayna los pleytos; por ende touieron por bien los Sabios antiguos, que fizieron las leyes, que ellos pudiesen razonar por otri, e mostar, también en demandado, como en defendido, los pleytos en juicio; de guisa que los dueños de ellos, por mengua de saber razonar, o por miedo, o por verguença, o por non ser vsados de los pleytos, non perdiessen su derecho” (LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY DON ALONSO EL IX, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Tomo II, pág. 101, Madrid, 1829: En la Oficina de D. Leon Amarita).

“Mis títulos no son de sabios, son de enamorados”, alegaba un ilustre jurista para justificar su intervención en el debate sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los mismos títulos exhibo yo para escribir estas líneas acerca de mi maestro y amigo, José Francisco de Querol y Lombardero, abogado en ejercicio durante 25 años, que reconocía, sin ambages, antes y después de cesar en esta actividad profesional, *“Yo amo a la Abogacía, a la que he servido como vocacional y no como mercader”*.

Tuve la suerte de cruzarme con tal excepcional persona con motivo de iniciar yo, en 1956, la carrera de Derecho, como alumno libre de la Facultad de Santiago de Compostela. Licenciado ya, me inicié en la práctica jurídica profesional muy cerca de él. Siempre lo tuve próximo a mí, como amigo, como maestro, como abogado –como otros muchos compañeros–, siendo así testigo de su tarea profesional, de su arraigada vocación y entrega, y, sobremanera, de su bondad, paciencia y comprensión con cuantas personas llamaron a su despacho.

Por haber ejercido la profesión con este talante, dedica, de modo muy especial, y de forma hasta agradecida y emocionada, sus memorias o reflexiones sobre su vida profesional *a todos sus clientes sin distinción; incluso a aquellos –dice– que me han hecho sufrir sus preocupaciones y, en*

cambio, han robado mi tiempo y paciencia y, a la larga, han desaparecido sin haber tenido siquiera el detalle de preguntar por mis honorarios.

Un sentido ético-jurídico presidió siempre su actividad profesional. Era, por ello y precisamente, un espíritu riguroso e integuérri-mo, con sustento en dos singulares pilares: la ponderación y el estudio. Lo que trataba, lo conocía, exponiéndolo con escasas fisuras y llaneza.

En su doble condición de juzgador, dictando sentencias, y de abogado, defendiendo pleitos, Querol apeló, en toda su andadura, a la hondura de la experiencia, a la que él derivaba de *“la observación y el trato humano con las personas, no a lo que muestran los Códigos, los Boletines Oficiales o los tomos de Aranzadi”*. Apreciaba, así, que su campo de actuación superaba la mera legalidad y que debía de ceñirse a los perfiles trazados por el supremo y central valor del acto justo. El llorado Pepe Querol –excelente abogado, general consejero togado y magistrado del Tribunal Supremo–, que rezumaba templanza jurídica, había decidido sumergirse, con menesterosa diligencia y para colmar su tarea forense, en lo que nos lleva al ejercicio y al conocimiento de aquella experiencia, esto es, en la insondable y misteriosa trayectoria de la vida. Vida que, además, le fue arrebatada por el odio y la vesania de un viento inhumano: el terrorismo.

Parafraseando al romanista Juan Iglesias, si *“lo medular y definitivo”* del paradigmático mundo del derecho, en Roma, residió en la noción de *“señorío”*, nuestro amigo y colega, con su personal y profesional quehacer, fecundado por la idea de la solidaridad y el compañerismo, *“señoreó”*, sin mínima duda, su paso por esta tierra su labor de jurisperito. De él pudo decirse que rindió tributo al dicho latino *“advocati temperent se ab iniuria”*, que los abogados se abstengan de la injusticia.

Los que lo conocisteis, asentiréis. Para los demás queden estas líneas como testimonio.

Jaime Dapena Fernández

Letrado del Ilustre Colegio
de Abogados de Ferrol

EDITORIAL

El Consejo Editorial y el Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Militar*, en su primera sesión después del fallecimiento en Madrid (30 de octubre de 2000), víctima de un atentado terrorista, del Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y General Consejero Togado D. José Francisco de Querol y Lombardero, acordaron por unanimidad dedicar un número extraordinario de ésta publicación *in memoriam* de nuestro querido compañero, cuyo recuerdo y ejemplo permanece en el ánimo de todos los que le conocimos.

En el número 75 de la *Revista*, que se publicó inmediatamente después de su muerte, se dejaba constancia en un urgente *in memoriam* del significado del General Querol para los miembros del Cuerpo Jurídico Militar y para las Fuerzas Armadas, para la Magistratura y para la Abogacía. Entonces pudimos escribir:

Hijo del gran jurista militar que fue D. Fernando de Querol y Durán, formaba parte de una numerosa familia vinculada a la Armada desde su asentamiento en Cartagena, con tres hermanos que han llevado el uniforme de la Marina de Guerra y dos de ellos el del Cuerpo Jurídico, ambos prematuramente desaparecidos (Fernando y Manuel), por lo que su relevante trayectoria personal y profesional ha sido en buena medida la continuación y culminación de un ambiente familiar presidido por el culto a los valores morales, una sólida formación intelectual y esa bondad característica que parece inherente al apellido Querol.

Porque José F. de Querol era, ante todo, una persona que reunía grandes virtudes humanas. Poseía una infinita paciencia, una inagotable tolerancia y una gran cordialidad y modestia, que casi ocultaban el brillo de su nada común inteligencia. Por eso, más allá incluso de la indignación que ha producido su asesinato, en el Cuerpo Jurídico Militar lloramos al amigo y compañero excelente.

El General Querol destacó, ante todo, en el desempeño de la función consultiva y en el ejercicio del señero cargo de Auditor. Parecía que aquel

joven Capitán (y no digamos , después, el sabio Coronel) tenía siempre el dictamen certero que precedía al consejo práctico donde se fundían el saber jurídico con el sentido común, generando confianza. Alcanzó, sin duda, como Auditor la auctoritas que distingue a los grandes juristas. Y así, en todos los destinos de la Zona Marítima del Cantábrico (Fiscalía, Juez de Tráfico, Juez Marítimo, Auditoría) fue el hombre imprescindible y, al tiempo, supo ejercer un reconocido magisterio sobre un buen número de compañeros del Cuerpo Jurídico, que tanto debemos a sus enseñanzas.

Tampoco le olvidarán fácilmente sus compañeros del Colegio de Abogados de Ferrol, donde ejerció la profesión con éxito y desempeñó relevantes cargos colegiales.

Ya en Madrid, como General Auditor, fue destinado a la Fiscalía Toga del Consejo Supremo de Justicia Militar y, posteriormente, designado Asesor Jurídico de la Armada al ascender a General Consejero Togado. Finalmente fue nombrado Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en el mes de junio de 1992.

Su obra escrita se caracterizó por la defensa de los valores militares tradicionales, continuando una trayectoria familiar con la que se sentía profundamente vinculado. Destacó su contribución al Derecho penal y procesal militar en trabajos como “Los delitos de deslealtad” (en Comentarios al Código Penal Militar), “Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo” (en Comentarios a la Legislación penal), “Especial legitimación de los Mandos militares superiores en el recurso de casación” y “Recursos de casación y revisión en el proceso penal militar” (en Comentarios a las Leyes Procesales Militares), “Las medidas cautelares personales: Detención y prisión de militares” (en Cuadernos de Derecho Judicial), “Concurso entre los delitos comunes y militares contra la Administración de Justicia” (en Estudios de Derecho Judicial) y “El concepto de acto de servicio de armas en el orden penal” y “El Mando militar ante el recurso de casación” en la Revista Española de Derecho Militar, de cuyo Consejo Asesor formó parte desde 1987 hasta 1994. Su última colaboración fue una nota necrológica con motivo del fallecimiento del General Consejero Togado D. Ignacio Díaz de Aguilar y de Elízaga.

Todos sus compañeros sentimos hoy, al lado de su viuda e hijos, dolor, incompreensión, impotencia e ira. Porque la humanidad de José Francisco de Querol era lo más contrario a la muerte, porque su bondad hace casi increíble el atentado, porque su modestia era lo más opuesto a la resonancia de un funeral de Estado. Conociendo sus principios cristianos estoy seguro que, quien supo poner en muchas ocasiones la otra mejilla,

quien escribió “El proceso de Jesús”, podría también llegar a perdonar incluso a quienes le quitaron la vida.

Justamente publicamos en éste número *in memoriam*, después de las semblanzas necrológicas escritas por el Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, por un fiel compañero del C. Jurídico Militar y por un entrañable Letrado del Colegio de Abogados de Ferrol, el trabajo inédito de José Francisco de Querol y Lombardero titulado *Aspectos jurídicos de la vida, proceso y pasión de Jesús*. Este estudio, que perteneció en su vida a la intimidad del autor, refleja mejor que la fotografía que abre éstas páginas y que el *currículo* que también publicamos, la dimensión humana y jurídica de nuestro compañero, inescindible de sus sólidas convicciones religiosas.

Integran el contenido de éste número extraordinario una veintena de relevantes trabajos jurídicos debidos a la generosa aportación de prestigiosos Magistrados, Catedráticos, Letrados del Consejo de Estado, Profesores, Abogados y miembros del Cuerpo Jurídico Militar, que han querido así sumarse al homenaje que rinde la *Revista Española de Derecho Militar* a nuestro compañero fallecido.

Han sido tan numerosos los estudios recibidos que resultó inevitable agruparlos temáticamente como *I. Estudios de Derecho Penal y Procesal Militar*, *II. Estudios de Derecho Penal*, *III. Estudios de Derecho Internacional Humanitario*, *IV. Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo* y *V. Estudios de Derecho Marítimo*. Materias que, por cierto, en mayor o menor medida marcaron la dedicación profesional de J.F. de Querol y Lombardero.

Sólo nos queda ofrecer a su viuda, hijos y familia tan querida, en nombre de la *Revista Española de Derecho Militar*, éste modesto número de homenaje que rendimos a quien *aequo animo* dedicó su vida al derecho, con serenidad, inteligencia, paciencia y decencia moral, pues el presente *in memoriam* no sólo significa un testimonio de solidaridad con las víctimas del terrorismo sino que expresa también nuestra intención de que el recuerdo del justo permanezca.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Director

CURRICULUM VITAE

DE JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDEO

BIOGRAFÍA

- José Francisco de Querol y Lombadero nació en Cartagena (Murcia) el día 30 de noviembre de 1930.
- En 1953 se licenció en Derecho por la Universidad de Murcia.
- Desempeñó su carrera profesional como miembro del Cuerpo Jurídico de la Armada, Abogado del Ilustre Colegio de El Ferrol, miembro del Cuerpo Jurídico Militar y Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo de Justicia.
- Falleció en Madrid, víctima de un atentado terrorista, el 30 de octubre de 2000.

CUERPO JURÍDICO DE LA ARMADA Y CUERPO JURÍDICO MILITAR

- Ingresó por oposición, con el número uno de su promoción en el Cuerpo Jurídico de la Armada en el mes de diciembre de 1953.
- Fue nombrado Teniente Auditor con antigüedad de 1 de enero de 1954.
- En la Zona Marítima del Cantábrico desempeñó los siguientes destinos:
 - Teniente Fiscal
 - Capitán Vocal Ponente en Auditoría
 - Asesor Jurídico de las Comandancias de Marina de El Ferrol y La Coruña
 - Juez Togado
 - Juez Marítimo Permanente de El Ferrol y Bilbao
 - Segundo Jefe de Auditoría
 - Auditor de la Zona Marítima (con los empleos de Teniente Coronel y Coronel)

- En Madrid desempeñó los siguientes cargos:
 - Teniente Fiscal del Consejo Supremo de Justicia Militar, con el empleo de General Auditor
 - General Segundo Jefe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada
 - Director de Justicia de la Armada
 - Asesor Jurídico General del Cuartel General de la Armada, con el empleo de General de División Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar
- Otros cargos:
 - Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar
 - Vocal Jurídico de la Asociación Mutua Benéfica de la Armada
 - Vocal Jurídico del Patronato de Casas de la Armada
 - Vocal de dos Tribunales de Oposiciones del Cuerpo Jurídico de la Armada

ABOGACÍA

En el campo de la abogacía:

- Colegiado por los Ilustres Colegios de Abogados de El Ferrol, La Coruña y Valladolid
- Fue miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de El Ferrol, donde desempeñó los cargos de Bibliotecario, Contador, Diputado Primero y Decano en funciones.

MAGISTRADO DE LA SALA QUINTA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

- El 30 de junio de 1992 tomó posesión del cargo de Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo de Justicia.
- Durante tres años fue miembro de la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-
- Formó parte, durante dos años, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción
- Fue Vocal de la Junta Electoral Central en la Legislatura 1996-2000
- Presidió los siguientes Tribunales de Oposiciones:

En dos ocasiones: Tribunal de Oposiciones al Cuerpo de Secretarios Judiciales

En una ocasión : Tribunal de Oposición al Cuerpo de Médicos Forenses
En tres ocasiones: Tribunal de Oposiciones a la Carrera Judicial

RECOMPENSAS

- Tres Cruces del Mérito Naval, con distintivo blanco
- Gran Cruz del Mérito Naval, con distintivo blanco
- Cruz, Placa y Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo
- Insignia de Oro del Ilustre Colegio de Abogados de El Ferrol

A título póstumo:

- Gran Cruz del Mérito Naval, con distintivo amarillo
- Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort
- Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo

PUBLICACIONES

Los delitos de deslealtad, en la obra colectiva *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

La función asesora del Auditor en materia administrativa, en *Primeras Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas*, Madrid, 1984.

Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo, en la obra *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XI (*La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*), editorial Edersa, Madrid, 1990.

Especial legitimación de los mandos militares superiores en el recurso de casación, y Recursos de casación y revisión en el proceso penal militar, en la obra *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Ministerio de Defensa, Tomos I y II, Madrid, 1995.

El recurso de casación en el proceso militar, en la obra *Derecho Penal y Procesal Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Las medidas cautelares personales: Detención y prisión de militares, en la obra *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos y procedimientos militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

Concurso entre los delitos comunes y militares contra la Administración de Justicia, en la obra *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

El mando militar ante el recurso de casación, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 53 (enero-junio, 1989).

El concepto de acto de servicio de armas en el orden penal, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 56-57 (julio-diciembre 1990, enero-junio 1991)

In Memoriam: Ignacio Díaz de Aguilar y Elízaga, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 72 (julio-diciembre, 1998)

También ha publicado diversos artículos en la *Revista General de Marina. Aspectos jurídicos de la vida, proceso y pasión de Jesús*, en *Revista Española de Derecho Militar* n.º 77 (enero-junio, 2001).

CONFERENCIAS

- Diversas charlas de divulgación sobre el Derecho y la Jurisdicción Militar para Jefes y Oficiales de la Armada.
- Conferencias en la Escuela Naval Militar y en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos del Ministerio de Defensa.
- Ponencia en las Primeras Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas.
- Ponencias en las Segundas, Terceras y Quintas Jornadas del Consejo General del Poder Judicial sobre la Jurisdicción Militar.
- Ponencias en Las Aulas del Mar de la Universidad de Murcia sobre “Salvamentos Marítimos” y “Accidentes Marítimos”.
- Ponencia en las Aulas del Mar de La Coruña sobre “Asistencias Marítimas”.
- Conferencia en la Escuela Naval Militar sobre “El honor militar”.
- Conferencias en el Ilustre Colegio de Abogados de El Ferrol sobre *El procedimiento penal militar* y *La tutela judicial efectiva en el ámbito castrense*.
- Conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre *El recurso de casación penal militar*.
- Conferencia en los Ayuntamientos de El Ferrol y Orihuela sobre *Aspectos jurídicos de la pasión de Jesucristo*.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA VIDA, PROCESO Y PASIÓN DE JESÚS

JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDEO

*General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar
Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo*

Este trabajo, en sustancia, reproduce la conferencia que impartió el autor el 17 de marzo de 1979, en el Aula Naval de Cultura del Norte, de la Zona Marítima del Cantábrico, en Ferrol.

Es un hecho generalmente reconocido que la Cruz de Cristo partió en dos las etapas de la Historia. La Cronología sitúa los acontecimientos en el año tal antes de Cristo o después de Cristo. En la obra de Pasternok, “El Doctor Zivago”, afirmaba uno de sus personajes que la historia propiamente dicha comienza con Cristo, Y en verdad que con él se inicia la historia de lo que llamamos Civilización Occidental.

Cristo fue un revulsivo social, el cristianismo convulsionó al mundo, en sus costumbres y en su forma de vida individual y social y, por tanto, incidió fundamentalmente en los principios que regían el comportamiento humano: el Derecho.

Todo lo creado se rige por leyes:

— Unas son *leyes físicas*, que están en la propia naturaleza de las cosas, que se cumplen matemáticamente y que el hombre no las puede alterar, como puede ser, por ejemplo, la ley de gravitación universal.

— Otras son *leyes morales*, que rigen la conducta del hombre, y también son emanación de la ley Eterna, impresa en la conciencia de los hombres, y que, cuando se refieren a las relaciones entre ellos, constituyen en el *Derecho Natural*, cuyas normas, son también obligatorias, aunque los hombres, dada su libertad, son capaces de infringirlas.

— Y, por último, otras son *leyes positivas*, impuestas coercitivamente por los poderes socio-políticos, con el fin de conseguir la convivencia y el orden pacífico de la comunidad.

Cristo incide en estas leyes:

— Derogando excepcionalmente la inviolabilidad natural de las leyes físicas, *mediante los milagros*.

— Acentuando la primacía de las normas morales, impresas por Dios en la conciencia de los hombres. ¿Quién –dice Jesús– *en su corazón no distingue lo justo de lo injusto?*

— Sublimando la ley positiva y su utilidad como *medio* y no como *fin*. No se hizo el hombre para la ley, sino la ley para el hombre (Cristo hizo la concreta referencia al “Sábado”, pero el sentido metafórico es evidente). El hombre es *siervo* de la ley pero, al propio tiempo, *su soberano*. Es el *espíritu* y no la *letra* de la ley lo que tiene valor, lo dijo San Pablo: *la letra mata, el espíritu vivifica*”. La ley es o debe ser un medio para la justicia, pero es ésta la que en definitiva importa.

Cuando Jesús vino al mundo, su pueblo, el pueblo judío, gemía bajo la denominación del Imperio Romano... Roma había traído a Judea, como a todas sus Colonias, lo más importante de su bagaje cultural: el Derecho; *El Derecho Romano*, que aún se estudia en las Facultades de casi todos países y que constituye una *irresistible fascinación para las mentalidades jurídicas*. El Derecho Romano, que era definido elegantemente por Celso como *“arts boni et aequi”* y que descansaba en aquella maravillosa *Tria iuris praecepta*” de Ulpiano: *Honeste vivere, naeminen laedere, ius sum quique tribuendi*”.

Parecía imposible perfilar una síntesis mejor de la finalidad del derecho. Es evidente que la convivencia humana carecería de dificultades, si la gente, toda la gente, viviera honestamente, no lastimare a nadie y diere a cada uno lo que corresponde. Pero Cristo lo condensa todo en la más preciosa y completa regla moral: *“ama al prójimo como a ti mismo”*. Si este precepto se cumpliera, sobraría, por supérfluo, todo o la mayor parte del derecho positivo.

Este largo preámbulo es, no obstante, necesario y me sirve de justificante para la elección del tema. El cristianismo, tan entroncado con el Derecho y la figura de Cristo, resulta para el aficionado jurista tan apasionante que pudiera decirse que una de las primeras fuentes tanto para el estudio como para la formación del derecho se halla en los Evangelios.

Pero es que, además, la historia y peripecias de Cristo tienen un hondo contenido jurídico; en efecto:

- Cristo sufrió un proceso penal.
- Cristo fue enjuiciado como presunto reo de un delito.
- Cristo fue sentenciado a pena capital.
- La sentencia fue ejecutada y Cristo murió en la Cruz.

Escribía el Abad Popot, en su obra “*un prisionero llamado Jesús*”, que en el año treinta se crucificó al hijo de María; *un error judicial sirvió en lo sucesivo de lazo de unión entre Dios y sus criaturas*. Analizar si hubo o no tal error judicial en el juicio y condena de Jesús es una encomienda apasionante para un profesional jurista. La cuestión ha preocupado a diversos escritores: y, así, el dramaturgo Diego Fabri, escribió un famoso drama titulado “*El proceso de Jesús*”. El tema de la obra, en síntesis, se centraba en la reproducción que pretendían hacer unos judíos, del siglo veinte, del juicio a que fue sometido Jesús, para intentar decidir si la condena de Cristo resultó o no correcta con arreglo a la legislación positiva vigente en el tiempo del proceso. Ante un Tribunal designado a tal fin van compareciendo en el escenario una serie de testigos, ataviados de chaqueta y corbata, con la vestimenta actual, que representan a distintos personajes evangélicos. Uno representa a Caifás, otro a Pilatos, el otro a Judas o a Pedro, o a Juan, o Lázaro, aquella a la Virgen María, otra a María Magdalena, etc... Todos representan sus papeles con sinceridad y seriedad, como si efectivamente estuvieran testimoniando sobre hechos y cuestiones contemporáneas o recientes.

Pero, he aquí que el proceso no llega a su final. De pronto, con un aparente carácter de espontaneidad, se alzan voces desde el patio de butacas, desde un palco y un proscenio, desde un pasillo por un acomodador, desde la sala de espera por la mujer de la limpieza, desde el propio escenario por un tramoyista que lo invade... Discuten con el Tribunal, gritan y apostrofan a los jueces y defienden apasionadamente al procesado. Todo está previsto y predeterminado en el entramado de la obra; pero surgen también esta vez con espontaneidad verdadera, otras voces de contagio entre diversos espectadores:

- ¡No mateis a Cristo! ¡Jesús es inocente! ¡No nos quiteis al Señor!...

El proceso de Fabri concluye sin sentencia, pero el fallo absolutorio lo pronuncia el público y no el tribunal, es espontáneo y no meditado, y *nace del corazón y no de consideraciones jurídicas*.

Creo, sin embargo, que el tema debe ser abordado desde el estricto punto de vista del Derecho.

Es difícil prescindir, aún dentro del aspecto jurídico, de nuestra fé cristiana y de lo que nos enseña la Iglesia Católica. Si Cristo fue hijo de Dios, el deicidio con él cometido es manifiesto. Pero prescindiendo del aspecto teológico, debemos ceñir este estudio solamente a una objetiva y difícil desapasionada juridicidad, por lo que procuraré atenerme exclusivamente a principios de Derecho. Y, naturalmente, referido todo a la realidad social y jurídica de los primeros años de nuestra Era, en Jerusalén. Porque el proceso de Jesús no se comprende, si no se conoce; *primero*: la realidad sociopolítica de su entorno; *segundo*: los sentimientos e ideologías de sus incondicionales y de quienes se declararon sus enemigos, y, *tercero*: las normas legales referentes a las facultades penales y competencias de quienes con alguna Autoridad juzgaron y sentenciaron a Jesús.

Pero es aún más imprescindible conocer lo que Cristo hizo, y lo que Cristo dijo y lo que Cristo predicó, para deducir de ahí si su conducta pudo o no infringir el derecho vigente y, por tanto, si su condena tuvo o no atisbos de juridicidad y conformidad en el Derecho aplicable.

Problemas éstos que presentan hartas dificultades a la hora de abordarlos objetivamente, las fuentes históricas pueden resultar escasas o insuficientes y contradictorias y no desapasionadas. En el creyente puede más su fé que la realidad contrastada. En cualquier adversario puede haber un fondo de resentimiento en menor o mayor manera disimulado. El cristiano convencido y el anticristiano, el amigo y el enemigo, cuando escriben sobre el tema, ponen más su pasión que su conocimiento.

Creo que debo ceñirme a la única fuente cierta y primordial: *a los Evangelios*; y si acaso a algún dato histórico de autor no sospechoso en materia no discutida y cuya autenticidad no sea dudosa. Por ejemplo, el historiador casi contemporáneo de Cristo Flavio Josefo se refiere a los movimientos independentistas de los llamados “Zelotes” o “Zelotas” que durante un cierto tiempo –unos setenta años– protagonizaron escaramuzas y motines contra los romanos, habiendo enfrentamientos cruentos, asesinatos y mortandades. Sostienen algunos historiadores que, entre los discípulos de Cristo, algunos pertenecían a la secta zelota. Se ha insistido especialmente sobre Judas Iscariote, e incluso sobre los hijos del Trueno, Santiago y Juan.

Es importante constatar que la expresión “Rey de los judíos”, que gustaba a los Zelotes, desempeñó un papel decisivo en la condena de Jesús y en que se le aplicase un género de Condena (la cruz) reservado a los esclavos y rebeldes.

Lo que es evidente es que ningún pueblo había ofrecido a la dominación romana una continuada resistencia política tan obstinada.

No es pues de extrañar que gran parte del pueblo simpatizase con los zelotes, puesto que el romano, como todo opresor, era generalmente odiado. Este pueblo judío que se consideraba el elegido de Dios, deseaba ardientemente el advenimiento del Mesías anunciado por sus Profetas, estaba ansioso de un Rey, fuerte como David y esplendoroso como Salomón, que llevara a Israel a las más altas cimas de su gloria. Así era la mentalidad del pueblo que recibió jubilosamente a Jesús, caminando sobre un pollino por las calles de Jerusalén el Domingo de Ramos, alfombrando el camino y ostentado entusiastamente las palmas: ¡Bendito el que viene en nombre del Señor!.

Es de tener en cuenta que cuando un pueblo con exacerbado deseo de libertad, que se considera el elegido del Señor, y que ha puesto fin a su cautiverio tras innumerables años de tenacidad, librándose de los egipcios después de las doce plagas, cruzando el desierto durante cuarenta años de penalidades, y que sufrió nuevos cautiverios y persecuciones hasta quedar sometido a la soberanía del soberbio romano... cuando este pueblo, repito, cree que ha encontrado su Mesías, un David que les dará poder y gloria, desborda su entusiasmo. Pero cuanto mayor es el júbilo, más grande será después la decepción.

Porque, el que ha sido recibido por los judíos como el Caudillo más glorioso, comete la para ellos imperdonable imprudencia de enfrentarse al poderoso, tildándole de hipócrita y de “sepulcro blanqueado”, expulsar airadamente a los mercaderes del templo, admitir que se deben impuestos a los romanos (“*dad al César lo que es del Cesar*”) y pronosticar la ruina de Jerusalén y de su templo.

¿Es éste nuestro ansiado Mesías, la Esperanza de Israel?, ¿Es éste el Hijo de Nuestro Dios, el Todopoderoso?, ¿Es éste el que hace milagros, cura leprosos, dá vista al ciego, multiplica los panes y peces, convierte el agua en vino y resucita a Lázaro?. Muchos de los que aclamaron a Cristo el Domingo de Ramos, estarán después, el Viernes Santo, ante el palacio del pretor, vociferando a favor de la Crucifixión de Cristo. Mala cosa es no perdonar las ofensas; peor quizás no perdonar el haber sido defraudado.

Frente a éste pueblo ávido del Mesías estaban las clases más conservadoras, la aristocracia judía, fariseos, saduceos, escribas; temerosos de que cualquier innovación diere al traste con sus prerrogativas; cumplidores estrictos de la ley –de la letra de la ley– aparecen, con alguna excepción, enemigos declarados de Jesús. Los príncipes de los Sacerdotes, son quie-

nes urden el proceso legal contra Jesús. Su arma es el Sanedrín, la Asamblea de los dignatarios y de los doctores de la ley. El Sanedrín es el tribunal máximo, presidido por el Sumo Sacerdote, cuya competencia era respetada por el pueblo judío. Le pertenece la jurisdicción civil y le pertenece también la penal, pero no tienen autoridad para pronunciar una sentencia capital sin la aprobación del Gobernador de Roma.

A Cristo le falla el pueblo; *su pueblo*. Le falta también el poderoso: *los fariseos*; y, por último, le fallan *sus incondicionales*. Judas le traiciona, y le entrega con un beso a los esbirros que lo prenden en el Huerto de los Olivos, Pedro por tres veces consecutivas niega ser su discípulo; los demás Apóstoles se dispersan o huyen en un caos colectivo de deserción.

De esta forma, Jesús va a encontrarse absolutamente solo y abandonado a su suerte ante sus acusadores y jueces. Sin posibilidad de defensa, sin testigos de descargo. Ya veremos después cómo quien en cierto sentido es el único que le apoya, es el pretor Póncio Pilatos cuando dijo: —*Yo no hallo culpa alguna en él*.

Este es en líneas generales el ambiente, el que rodea a Jesús en torno a su proceso.

Totalmente desamparado, se enfrente a unos acusadores implacables a un Magistrado romano vacilante que, al final y en definitiva, le va a resultar más fácil contentar al Cesar que actuar en conciencia en la decisión de un caso que le tuvo que resultar muy enojoso.

Fácil es de admitir que Jesús se somete sin queja a un proceso en el que no le cabe la mínima posibilidad de garantía o defensa. El caso de indefensión es palmario. Nada puede, pues, extrañar que la sentencia sea adversa y tenga luego que cumplirse. Ni siquiera le va a valer a Cristo la gracia de la amnistía, cuando el pretor ofreció la opción: ¿a quien suelto, a Jesús o a Barrabás?. La multitud, orquestada por los sumos sacerdotes, clamaba: “A Barrabás ¡Suelta a Barrabás!

Los evangelios dicen que Barrabás había asesinado y que era un malhechor. También aquí la amnistía favoreció al culpable y perjudicó al inocente.

Inocente: He aquí la palabra. Nos encontramos ante un juicio de naturaleza penal, donde la interrogante, “¿inocente o culpable?” es la disyuntiva fundamental.

No me cabe la menor duda de que, conociendo, aunque sólo sea elementalmente, la personalidad e historia de Jesucristo, se *intuye*, sin necesidad de razonamientos y deducciones, su total y absoluta inocencia. Basta participar, aunque sólo sea como testigo, en las Solemnidades de cualquier

Semana Santa española para recoger el clamor popular. Nuestros artistas, pintores e imagineros nos presentan la figura del *Ecce Homo*, del Cristo flagelado, coronado de espinas, con la soga al cuello echada, el cetro de caña entre sus manos amarradas, herido, maltrecho, sangrante y humillado, nos hacen captar que no estamos ante la representación de un delincuente, sino de la de un *mártir*. Porque junto al calvario judicial, existió otro calvario para Cristo, *su pasión* propiamente dicha, el padecimiento físico y moral a que fue sometido, todo ello innecesario para los fines de un proceso y antes de dictarse la sentencia condenatoria que le conduciría al calvario de la expiración.

Esta *intuición de inocencia* es como la de aquel niño, personaje del poema “*La pedrada*” de Gabriel y Galán, que al presenciar una procesión de Semana Santa y observar las figuras de cartón-piedra que representaban la flagelación del Señor, recogió un guijarro y lo lanzó contra el soldado romano que portaba el látigo en su mano (y, “del infame sayón, cayó botando la enorme cabezota de Cartón”). Las gentes que presenciaban el desfile procesional acosaron al niño: “¿porqué, porqué has hecho eso?...

¡Porque sí; porque le pegan sin ningún motivo...!

Aquí, como en la obra de Fabri, también se absuelve a Cristo espontáneamente y de corazón.

Más, volviendo al tema jurídico, hemos de aclarar que el concepto legal de *delito*, como acción u omisión penada por la ley, no tiene necesariamente que coincidir con el de *pecado*. Hay delitos *malos en sí*, y delitos que son tales *porque están prohibidos*. Los Estados no siempre sancionan para retribuir con un mal al mal causado por el delincuente, sino también con un fin de defensa social y defensa de la propia organización política del Estado. ¡Cuántas personas honradas, por *razón de Estado*, han sufrido persecuciones, encarcelamientos e incluso han sido ejecutadas a lo largo de la Historia ...!.

Es decir, el concepto de *culpabilidad moral* no tiene porqué coincidir con el de *culpabilidad penal*. No se ha dicho de Cristo que cometiere acciones perversas (homicidios, hurtos, etc.), por ello, en principio, no elimina el que pudiera ser autor de delito, puesto que éste no siempre supone maldad o perversidad. En el caso de Jesús, su condena ya estaba predestinada Caifás por razones que debió entender como de *defensa social*, cuando dijo aquello de que era preciso que *muera un justo para salvar al pueblo*.

Planteada así la cuestión; hemos de preguntarnos: ¿la conducta y doctrina de Jesús constituía en verdad un peligro para la sociedad organizada

de su tiempo?, ¿provocaba Cristo el incumplimiento de la ley?, ¿excitaba al pueblo a rebelarse?, ¿originaba conflictos frente al dominador romano?

Veamos:

Se imputo a Cristo no obedecer la ley: y es evidente que Jesús, como hemos apuntado, no fue un fanático de la ley, pero, contradictoriamente, a veces la recrudesció:

— La simple ira ya es asesinato.

— El simple deseo adúltero, ya es adulterio; y, en cambio, otras veces aparece Jesús en un estado de laxitud evidente frente valores establecidos en la ley.

— El hijo perdido y disoluto (el hijo pródigo) es aceptado y en la casa paterna mejor que el que ha permanecido en ella.

— Los últimos serán los primeros.

— El que se humilla sea ensalzado

— El amo será servidor de sus criados.

— Para tirar la primera piedra a la adúltera hay que estar libre de pecado.

— El hombre dejará a su padre y a su madre...

Si es verdad que el Jesús histórico vivió enteramente sujeto a la ley, también es cierto que nunca vaciló, llegado el caso, en obrar al margen de ella. Sin abolirla, se situó de hecho sobre ella, lo que hace Cristo, al extremar el rigor de su texto, por una parte, y al escusar por otra, su mera observancia formal, es sublimar la ley, dándole un contenido humano e interpretándola como medio y no como fin. Al fin y al cabo, para Jesús, la ley como el sábado, se ha hecho para el hombre y no el hombre para la ley.

Tampoco fue Jesús un sedicioso o un revolucionario que patrocinase la violencia. Al contrario: Jesús es lo más pacífico que se conoce, su saludo es *mi paz os dejo, mi paz os doy*, y al canto de júbilo que se extendió por los campos de Israel, cuando él nació, era el de *paz a los hombres de buena voluntad*, y, en su sermón de la montaña, bendijo a los pobres de espíritu, a los pacíficos, a los misericordiosos ... ¿Qué mayor promoción de la paz que el *mandamiento nuevo de “amaros los unos a los otros como yo os he amado”*? ¿Qué mayor mensaje de paz que la proclamación de perdón para el enemigo?. Mensajes de paz que se contradicen con cualquier idea de violencia. Cuando Pedro, en el momento del Prendimiento, corta con su espada la oreja de Marco, Jesús cura el herido y recrimina al discípulo, *guarda la espada en su vaina, quien a hierro mata, a hierro muere*.

Cristo no aprobó ni los métodos ni los fines del radicalismo nacionalista zelote. Cristo fue distinto: no predicó revolución no hostilizó el pago de impuesto (Dad al César lo que es del César, pero no deis al César lo que es de Dios)...

Ninguna instigación a una guerra de liberación nacional: Jesús alterna incluso con militares romanos; Jesús cura a los esclavos de los mismísimos centuriones.

Ninguna propagación de luchas de clases.

Cristo amó al pobre, como amó al débil, al enfermo o al desdichado, pues su mansedumbre y misericordia compadeció siempre al infortunio y a la desgracia.

Previno Cristo del peligro del excesivo amor a la riqueza, pero tuvo amigos ricos y hospedaje en casas ricas. Al joven rico que le preguntó: "*Maestro bueno: qué tengo que hacer para salvarme?*" le responde con laconismo: "*guarda mis mandamientos*", la total generosidad y desprendimiento es exigencia para el caso de que *quiera ser perfecto*...

El planteamiento que hace Jesús ante la preocupación por la riqueza es, precisamente, el de la absoluta despreocupación e indiferencia. La riqueza está en la confianza en *Dios proveerá* de Abraham, en el *pan nuestro de cada día*. No vale la pena preocuparse por almacenar bienes, el asegurarse el bienestar es cosa superflua ... *¿Se preocupan las aves del que comerán o los lirios del que vestirán?*. Al hombre le deja Jesús una regla de conducta que es, al mismo tiempo, una promesa: "*Buscad primero el reino de Dios y su justicia y todo se os dará por añadidura*"; añadidura nada despreciable, pues en las parábolas de Cristo suele cifrarse en el *cientos por uno*.

De todo esto se desprende que Cristo no era un violento, ni un subversivo, ni un infractor de la ley. Como a pesar de ello fue detenido, fue acusado, juzgado, condenado y ejecutado, hemos de preguntarnos: *¿Hubo un error judicial o hubo una prevaricación?*. El propio Jesús, en el Calvario, parece indicarnos, en su agonía, que fue tan sólo víctima de un error, al exclamar: "*Padre, perdónales, que no saben lo que se hacen*", y parece disculpar a Pilatos: "*Quién me ha entregado a ti, tiene mayor culpa*".

Esta generosidad de Cristo, que es conforme con su doctrina de perdón y amor al enemigo, no creemos que sea suficiente para aceptar sin más la teoría del error judicial. Porque de la lectura de los Evangelios se desprende con nitidez que tanto los miembros del Sanedrín como el pretor romano Poncio Pilatos, *sí sabían lo que hacían*. Sabían que condenaban a

un inocente. Recordemos: “Es necesario que muera *un justo* (Caifás), “*Yo no hallo culpa en él* (Pilatos). Su ignorancia podría estar o estaba en la trascendencia de esta muerte, en no saber que Jesús era el Mesías, el hijo de Dios, el Verbo encarnado. Ignoraban quizás que ejecutaban un deicidio, y esto es lo que no sabían, porque *carecían de fé*.

Hubo, por tanto, prevaricación dolosa; es decir, consciente e intencionada. Prevaricación que no sólo se consumó con la ejecución de la sentencia, sino que tuvo su principio con el inicio de los trámites procesales.

En efecto, como todo proceso penal, el de Cristo tuvo sus tres fases: el de *investigación* ante el Sanedrín (lo que hoy llamaríamos sumario), el de la *acusación* que es equivalente a lo que hoy llamaríamos plenario), y el *juicio oral*, que se desarrolla ante el Pretor romano.

En las tres fases, los jueces intervinientes, de una forma deliberada, *buscan y propician* una condena de Cristo a la pena capital que los sumos sacerdotes ya tenían predeterminada.

Estas tres fases están tan bien expuestas en los Evangelios, que casi voy a atenerme literalmente a sus concretas palabras.

La primera fase se desarrolla ante el Sanedrín, allí hacen comparecer a Jesús, y allí deponen los testigos. Podemos leer en San Mateo: “*Los Sumos Sacerdotes y el Sanedrín entero buscaban algún falso testimonio contra Jesús con el objeto de darle muerte, y no lo hallaron con haberse presentado muchos testigos*”. Era entonces norma legal que “*en boca de dos o más testigos está la verdad*”. Pues, a pesar de que el propio Tribunal, *prevaricando*, busca e interroga a sabiendas a testigos falsos, no logra obtener ese doble testimonio en que fundamentar una verdad, puesto que los testimonios que se produjeron “*eran contradictorios*”.

La prevaricación es clara: en primer lugar, porque maliciosamente se degrada el fin de la investigación, que debe dirigirse a la búsqueda y averiguación de *la verdad* y, en este caso, se *predetermina* para buscar a todo trance la condena de un inocente.

En segundo lugar, porque el propio tribunal incurre en el delito de traer a sabiendas, para ser examinados por él, a *testigos falsos*; lo dice San Mateo: “*buscaban algunos testigos contra Jesús*”, y *habiéndose presentado muchos*, eran, no obstante, *contradictorios*.

Vemos pues que no fue, no, un error judicial, el que, al decir de Popot estableció un puente de unión entre Dios y los hombres. Jesús fue juzgado con malas artes y, ningún jurista, cristiano o ateo, siguiendo el relato de los Evangelios, puede honestamente sostener otra cosa.

Ante el fallo de los testigos, el Sanedrín terco en su propósito de hallar pruebas contra Jesús, lo acosa, extorsiona y coacciona en confesión. Cristo calla, hasta que exasperado el Sumo Sacerdote le dice: *Te conjuro por el Dios Vivo que me digas si tú eres el Mesías*. Y aquí sí, aquí Jesús responde: *Tú lo has dicho*.

Entonces, el Sumo sacerdote rasga sus vestiduras diciendo:

—“Blasfemó ...! ¿qué necesidad tenemos de testigos? ... ahora mismo oísteis la blasfemia”.

Los asistentes, como obedeciendo a la voz de su amo, clamaban “¡Reo es de muerte, reo es de muerte!

Es necesario detenernos aquí un momento. El Tribunal al fin ha llegado a un veredicto: Jesús ha blasfemado y deber ser condenado a muerte. Más adelante veremos que no es del delito de blasfemia del que después le inculpan cuando presentan a Cristo ante Poncio Pilatos para que confirme la pena capital. Pero debemos analizar la calificación jurídica formulada por el Sanedrín: Jesús se atribuye el carácter de Dios, de Mesías ... Si realmente lo era ¿dónde está la blasfemia?. El problema jurídico no aparece, pues, del todo delegado del teológico. Contemplando a Jesús-Hombre no podemos eludir el tema de si estamos ante Jesús-Dios, pero el Derecho no dá solución alguna; existirán métodos filosóficos, apologéticos, metafísicos y teológicos para demostrar la divinidad de Cristo, pero no existe un método jurídico para investigar o probar tal extremo. El jurista debe conformarse con que Jesús se atribuye el carácter de Mesías, de Hijo de Dios, por lo cual el Tribunal lo considera reo de blasfemia. Pero entonces nos encontramos ante un delito de carácter religioso y el caso sería ajeno a la competencia del Gobernador romano sin cuyo concurso no podía imponerse la pena de muerte.

Había que plantear la cuestión de otra manera a Pilatos; ya que el pretor, cuando pregunta a Jesús: ¿“*Tú eres el Rey de los judíos?*” Y Jesús responde: “*Tú lo dices*”, no halló culpa en él.

Los sacerdotes se inquietan y temen perder su presa, “*si éste no fuera un malhechor no te lo habiéramos entregado*”. Y las turbas orquestadas por escribas y fariseos proferían la acusación: *¡Amotina el pueblo, amotina al pueblo!*.

Nadie se atreve ante el pretor a reiterar la acusación de blasfemia, y el Gobernador que barrunta el problema y pretende desligarse de sus responsabilidades, se desprende del reo: “*Tomadlo vosotros y juzgarlo según vuestra ley*”.

Aquí debería haber concluído definitivamente la intervención romana, convencido el Pretor que el asunto no era de su competencia, como tampoco lo era de la del Rey de Judea, el indumeo Herodes, que tampoco quiere saber nada de responsabilidades, pretendiendo tan sólo regocijarse viendo a Jesús hacer milagros, pues había oído decir muchas cosas de él y *esperaba verle hacer grandes prodigios*, como dicen los Evangelios. Jesús que jamás obró un milagro en su propio y humano provecho, dejó en Herodes a un nuevo defraudado. Y esto lo conduce nuevamente ante Pilatos, y vuelve el interrogatorio, y vuelve a aullar la turba (¡Crucifícale, Crucifícale!), y vuelven los silencios de Jesús.

El vacilante romano se impacienta:

—¿A mi no me contestas, no sabes que tengo potestad para soltarte o crucificarte?

Dícele Jesús:

—No tuvieses potestad alguna sobre mí, si no te hubiera sido dada desde arriba.

Tema éste de honda meditación para el jurista. Sobre ella descansa la teoría tomista de la justificación del poder. El poder, pues, no viene del pueblo, sino de Dios, que ha creado todo lo que es necesario al hombre, y al hombre, necesitado de vivir en sociedad, le es imprescindible el poder. Es la investidura, la elección de quienes lo encarnan, lo que puede venir del pueblo.

Jesús, por tanto (y el cristianismo) siempre ha sido respetuoso con la Autoridad civil; consecuentemente, acepta que se paguen impuestos a Roma, y acepta la Autoridad del pretor, cuya competencia no impugna.

Pilatos interroga y oye y, a consecuencia de esto, como escribe San Juan *pretendía librar a Jesús*. Pero los judíos gritaban: “*Si sueltas a éste no eres amigo del Cesar; el que se declara Rey es enemigo del Cesar*”.

Definitivas palabras que acaban con la duda del Pretor ... ya que no le importa la interrogante: “*¿Qué es la verdad?*”, de nada vale que el Reino de Cristo *no es de este mundo* y que Jesús no ha cometido más delito, si es que ello lo fuere, que *dar testimonio de la verdad*. Lo que importa es el César, el poder absoluto romano, a quien no conviene enojar... y Pilatos capitula, muy a au pesar, y se rinde ante los judíos sin perder su glandielocuencia, con un espectacular lavatorio de manos: “que no caiga sobre mí la sangre de este justo”. Le queda un resto de dignidad y, pese a la oposi-

ción judía, manda poner el INRI en la cabecera de la Cruz de Cristo: *“Jesús Nazareno Rey de los Judíos”*.

Y Cristo, respetuoso con la ley y con sus Jueces, acepta la sentencia, carga con su cruz y se dirige al Calvario para ser crucificado entre dos malhechores.

Posiblemente, *los que han prevaricado ignoran que se está consumando la Redención*.

**I. ESTUDIOS
DE DERECHO PENAL
Y PROCESAL MILITAR**

En recuerdo y homenaje a Pipo Querol, buen procesalista, mejor compañero y excelente amigo, que supo aunar voluntades para el mas estrecho conocimiento y unión entre el Cuerpo Jurídico Militar y la Carrera Judicial.

LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO, Y SU APLICACIÓN A LOS PROCESOS PENALES Y CONTENCIOSO-DISCIPLINARIOS MILITARES

JOSÉ L. BERMÚDEZ DE LA FUENTE
Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, jubilado.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. *1.º Parte general: El Libro I. A) De la comparecencia y actuación en juicio. B) De la jurisdicción y de la competencia. C) De la abstención y la recusación. D) De las actuaciones judiciales: a) Lugar de las actuaciones judiciales. b) Tiempo de las actuaciones judiciales. c) Plazos y términos. d) Inmediación, publicidad y lengua oficial. e) Fe pública judicial y documentación de actuaciones. f) Actos de comunicación judicial. g) Auxilio judicial. h) Sustanciación, vista y decisión de los asuntos. i) Resoluciones judiciales y diligencias de ordenación. j) Nulidad de actuaciones judiciales. k) Reconstrucción de autos. E) Cesación de actuaciones judiciales y caducidad de la instancia. F) Tasación de costas. G) De la buena fe procesal. 2.º Parte especial: Los Libros II, III y IV. A) Disposiciones comunes a los procesos declarativos: a) Presentación de documentos, medios e instrumentos. b) Copias de escritos y documentos, y su traslado. c) Disposiciones generales sobre la prueba. d) Los medios de prueba y las presunciones: 1.1. Medios de prueba. 1.2. Interrogatorio de partes. 1.3. Prueba documental pública. 1.4. Los documentos privados. 1.5. Prueba pericial. 1.6. Reconocimiento judicial. 1.7. Interrogatorio de testigos. 1.8. Reproducción de la palabra, sonido e imagen, e instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso. 1.9. Las presunciones. e) Cuestiones incidentales. B) La revisión de sentencias firmes.* III. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La publicación, en el Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2000, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y la previsión, en su Disposición final 21.ª, de su entrada en vigor al año de su citada publicación en el B.O.E., nos ha situado el día 8 de enero del presente año 2001 ante la aplicación inmediata de una Ley trascendental para el ámbito jurídico nacional, y no solamente para el orden jurisdiccional civil, sino para

todos los órdenes jurisdiccionales, dado que el artículo 4.º de la nueva y ya vigente Ley mencionada dispone que “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y *militares*, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

Aunque hubiera sido de desear un más amplio período de *vacatio legis* para el mejor conocimiento y contraste de opiniones acerca de dicha aplicación, y sobre todo para dar tiempo suficiente a la puesta en práctica de los medios personales, materiales y técnicos imprescindibles que hicieran posible una correcta sustitución de la normativa procesal derogada por la vigente, lo cierto es que, aun sin contar con toda esa serie de medios indispensables, a la Jurisdicción Militar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil le es ya de aplicación, con el carácter supletorio expresado en su artículo 4.º, pero también por aplicación directa de la misma, al existir una remisión a sus preceptos o a sus procedimientos en la Ley Procesal Militar.

El objeto de este trabajo es, precisamente, el de facilitar a los órganos judiciales militares una opinión más sobre esa obligada aplicación de la nueva norma procesal, delimitando su alcance y contenido y sugiriendo soluciones ante la colisión de sistemas procedimentales entre los procesos militares y nuevos procesos civiles de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Y antes de adentrarme en el examen de los nuevos preceptos de la L.E.Civil vigente, quiero destacar aquellas disposiciones de la Ley Procesal Militar(en adelante L.P.M.) que permiten el empleo de otra clase de normas orgánicas, materiales y procesales ,como complemento, suplemento o en sustitución de sus propios preceptos, merced al reenvío, general o específico, que se hace a otras Leyes. Y así, para el proceso penal militar, al que dedica la L.P.M. sus tres primeros Libros, se hacen las siguientes referencias:

Art.º 117. “En lo no prevenido en el presente capítulo, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos se realizarán en la forma y con los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Art.º 153. “El Juez Togado practicará todas las actuaciones sumariales en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en sus disposiciones complementarias, con las particulares determinadas en el presente título.”

Art.º 325. “El recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma se fundamentará en los motivos respectivos que señala la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Art.º 326. "La tramitación del recurso de casación se regirá por lo dispuesto sobre esta materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto sea aplicable a la Orgánica de la jurisdicción militar, con las siguientes salvedades: ..."

Art.º 336. "El proceso de revisión se sustanciará, con citación de los penados y solicitantes, conforme a las normas sobre esta materia contenidas en las leyes comunes".

Disposición Adicional 1.ª "La Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias, serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente Ley."

Para el proceso contencioso-disciplinario militar, objeto de la Parte I, del Libro IV, de la L.P.M., se hacen en esta norma procesal militar las siguientes referencias y remisiones a otras Leyes:

Art.º 457. "La Ley de Enjuiciamiento Civil será legislación supletoria de esta parte primera del Libro IV".

Art.º 485, párrafo segundo. "La prueba se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso civil ordinario, si bien el plazo será de veinte días comunes para proponer y practicar, prorrogables hasta treinta, si el Tribunal lo estima necesario".

Art.º 503. "Contra las sentencias y los autos a que se refiere el artículo 478 dictados por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central o por un Tribunal Militar Territorial cabrá el recurso de casación regulado en la Sección II del Capítulo II del Título IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que se interpondrá ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. El recurso se sustanciará por los mismos motivos y trámites que se señalan en los artículos 93 a 102 de la mencionada Ley, con la salvedad de que no se impondrán costas". (La mención que se hace a la Ley de 27 de diciembre de 1956, habrá de tenerse por hecha a la vigente Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Sección 3.ª, Capítulo III, Título IV, artículos 86 a 95, ambos inclusive).

Art.º 504, párrafo segundo. "En lo referente a términos y procedimientos respecto a este recurso (el de revisión), regirán las disposiciones de las Secciones II, III y IV del Título XXII, Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil". (En este momento, el Título VI del Libro II de la vigente L.E. Civil, artículos 509 a 516.)

II. APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1.º PARTE GENERAL: EL LIBRO I

El Libro I de la vigente L.E.Civil está dedicado a las Disposiciones generales relativas a los juicios civiles, se encuentra dividido en ocho Títulos, subdivididos en Capítulos, y comprende desde el artículo 5.º al 247.º, ambos inclusive. Se trata de preceptos que tratan temas procesales, generales o comunes a todos los procesos, y de ahí su posible aplicación supletoria a los mismos, en todo aquello que no esté regulado específicamente o no se oponga a la especialidad que distingue al orden jurisdiccional en el que haya de servir de legislación supletoria. Señalaremos, con diversos epígrafes, aquellos artículos que puedan suplir el silencio u omisión de ciertas materias en la legislación procesal militar, tanto en el proceso penal como en el contencioso-disciplinario. Veamos su diferente contenido:

A) *De la comparecencia y actuación en juicio*

Esta es la rúbrica general del Título I de este Libro I, y viene a regular cual es la tutela jurisdiccional que cabe recabar de los Tribunales civiles, cual es la capacidad para ser parte, cual la capacidad procesal o para comparecer en juicio, y cual la legitimación para actuar como tal parte; estudia también el litisconsorcio o pluralidad de partes, la sucesión en la condición de parte, y el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones; para terminar con la representación procesal y la defensa técnica en el proceso civil. Ni que decir tiene que, tratándose de la regulación de un proceso civil, en el que se discuten derechos privados de las partes, toda esa normativa es inaplicable al proceso penal, con pretensiones de carácter público, y distinta configuración no solo de las denominadas partes procesales, sino sobre todo de su diferente posición en el proceso. Por ello, para el proceso penal militar, carecen de toda aplicación, principal o supletoria, dichos preceptos de este Título I, a salvo lo dispuesto en los artículos 23 a 35, sobre representación y defensa, que contienen normas sobre formas de apoderamiento a favor de Procurador, de designación de Abogado y Procurador aparte los supuestos de defensa jurídica gratuita, formas de poder, derechos y deberes de los Procuradores, cesación de los mismos, provisión de fondos y cuentas de gastos de Procuradores y de honorarios de Letrados, materias todas que, en su mayor

parte, no aparecen reguladas en la L.P.M. para el proceso penal militar, ni en la normativa supletoria de la L.E. Criminal, pero que regulan situaciones jurídicas que se dan también en el proceso penal militar, y que podrán ser atendidas con esta moderna regulación. No cabe olvidar que tanto la L.O. 4/1987, de 15 de julio (en adelante L.O.C.O.J.M.), en sus artículos 102 a 114, como la L.P.M. en sus artículos 122 a 128, constituyen una normativa específica procesal militar, que es de aplicación preferente, y excluyente a cualquiera otra que se oponga a la misma, y con ese obligado respeto, entiendo que la citada normativa sobre representación y defensa puede ser complementaria e ilustrativa para resolver situaciones similares en el proceso penal militar.

En cuanto al proceso contencioso-disciplinario militar, el Título II de la L.P.M., al tratar de las partes en dicho proceso, regula la capacidad procesal, la legitimación y representación y defensa de las partes, y es obvio que los artículos 458 a 464 que componen dicho Título II son de preferente y exclusiva aplicación sobre cualesquiera otros. Pero en lo no regulado en dicho Título, que no es poco, será legislación supletoria, y por doble referencia, la nueva normativa de la L.E. Civil vigente, al constar esa aplicación de segundo grado en el artículo 457 de la L.P.M. y en el artículo 4.º de la L.E. Civil. Pero, es más, aun contemplados en la L.P.M. otros modos de terminación del procedimiento, distintos a la sentencia, en sus artículos 498 a 501, serán también de aplicación supletoria las normas de la nueva Ley procesal civil que estudian y valoran la renuncia, el desistimiento y el allanamiento, en cuanto no se opongan a la normativa específica, antes señalada.

B) *De la jurisdicción y de la competencia*

Existiendo normas específicas para la Jurisdicción Militar, bien en materia penal, bien en materia contencioso-disciplinaria, para la determinación y extensión de su propia jurisdicción y respectiva competencia de sus órganos jurisdiccionales, así como para el planteamiento y decisión, tanto de los conflictos de jurisdicción como de las cuestiones de competencia, en los artículos 4 y 12 a 21 de la L.O.C.O.J.M. y artículos 7 a 24 de la L.P.M., excusado resulta indicar que los preceptos del Título II de la L.E. Civil vigente que tratan de las materias expresadas en esta rúbrica B), carecen, en principio, de aplicación supletoria en el proceso penal como en el contencioso-disciplinario militar, al regirse dicha jurisdicción especializada por esas específicas normas y la remisión, en su caso, a la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

Respecto a la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, al estar la misma integrada ya dentro de la jurisdicción única, y ser una Sala más del citado Alto Tribunal, le son de aplicación directa las normas sobre conflictos de jurisdicción, conflictos de competencia y cuestiones de competencia, establecidas en el Título III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (en adelante L.O.P.J.).

La única cuestión que podría plantear dudas razonables es la referente a la vigencia de utilización, en las cuestiones de competencia del proceso contencioso-disciplinario militar, de la denominada inhibitoria, cuya aplicación aparece autorizada en el artículo 452 de la L.P.M., al remitirse al Capítulo III, Título I, Libro I de la misma Ley, en el que se reconoce (art.º 17) la posibilidad de empleo por la Fiscalía Jurídico-Militar y demás partes, tanto de la inhibitoria como de la declinatoria. Y decimos que ello puede suscitar dudas, pues es patente que la nueva y vigente L.E. Civil ha suprimido la inhibitoria como medio de plantear la cuestión de competencia, dejando únicamente la declinatoria, y permitiendo la apreciación de oficio, tanto de la competencia objetiva, como de la territorial cuando la misma venga determinada por normas imperativas; apreciación de oficio que también se reconoce, sin diferencia alguna, a los órganos judiciales militares, en el artículo 13 de la L.O.C.O.J.M., lo que haría completamente innecesario el empleo de la inhibitoria, como sucede en el actual proceso civil. Sin embargo, entendemos que mientras no se modifique la L.P.M. en ese aspecto, el empleo de ambos modos de demandar la competencia por las partes, está avalado legalmente.

Dentro de la rúbrica general de este Título II, artículos 40 a 43, trata la vigente L.E. Civil de las cuestiones prejudiciales, cuya regulación entiendo puede ser útil para dar solución a los temas que se plantean en toda prejudicialidad de jurisdicciones. Sobre esta materia, solamente aparece, en el artículo 8.º de la L.P.M., la preferencia de la jurisdicción penal militar sobre la de orden contencioso-disciplinario, y en el artículo 450 de la misma Ley la referencia a la competencia de la jurisdicción militar en materia disciplinaria para resolver las cuestiones prejudiciales e incidentales directamente relacionadas con el recurso contencioso-disciplinario militar, aunque no pertenezcan a dicha materia. Si comparamos la dicción de dicho artículo con la que aparece en el artículo 42 de la vigente L.E. Civil, se apreciará la similitud entre los mismos, y no solamente por la forma de expresión sino por la intención del legislador. Entiendo que esa regulación más amplia de la materia en la vigente L.E. Civil puede ser útil y necesaria en el proceso penal y sobre todo en el contencioso-disciplinario militar.

Al final de este Título II, se trata en el Capítulo V del reparto de los asuntos civiles, cuyos preceptos considero que pueden ser informativos e ilustrativos para el reparto de asuntos en los Juzgados Militares, cuando existiere más de uno en la sede correspondiente, pero que carecerán de aplicación en los Tribunales colegiados, al no existir división de los mismos en Secciones, en este momento.

Y lo mismo cabe decir del contenido del Título III, dedicado a la acumulación de acciones y procesos civiles, inaplicable al proceso penal militar, y únicamente útil para la acumulación de procesos contencioso-disciplinarios militares, en cuanto regulen materias no específicamente tratadas en los artículos 471 y 472 de la L.P.M., y no se opongan a lo expresamente regulado por los mismos. El carácter supletorio de aplicación es más bien ilustrativo y de adaptación, en lo posible, al proceso contencioso-disciplinario militar.

C) *De la abstención y la recusación*

Tratadas ambas materias, para el proceso civil, en el Título IV, del Libro I, de la nueva L.E. Civil (artículos 99 a 128), carecerán de aplicación para el proceso penal militar, al regular específicamente dicha materia la L.P.M. en los artículos 51 a 67, respecto a Jueces, Auditores Presidentes y Vocales, y Secretarios de Juzgados y Tribunales. Como la vigente L.E. Civil desarrolla también el estudio de la abstención y recusación respecto del personal al servicio de los Tribunales civiles, y también de los peritos, es evidente que en lo omitido por la legislación específica militar, será de supletoria aplicación la nueva L.E. Civil.

En lo referente al proceso contencioso-disciplinario militar, dada la falta de regulación de esta materia en la L.P.M., será de aplicación supletoria la L.E. Civil vigente, además de la L.O.C.O.J.M. en lo relativo a los órganos jurisdiccionales militares encargados de resolver los incidentes de recusación.

D) *De las actuaciones judiciales*

Este amplísimo tema de las actuaciones judiciales es el objeto del Título V, del Libro I, de la vigente L.E. Civil (artículos 129 a 235, agrupados en diez Capítulos), y en su desarrollo legal sigue esencialmente las mismas líneas de la legislación procesal civil derogada, con las modificaciones y mejoras que la práctica ha puesto de relieve en más de un siglo de experiencia y aplicación de la normativa anterior. La aplicación suple-

toria de este Título a todos los procesos es obligada, pues en ninguno de ellos, salvo en este civil, se produce un desarrollo legal tan extenso y meticuloso. Respecto a los procesos penales y contencioso-disciplinarios militares, salvando las propias diferencias esenciales entre uno y otro procesos, esa supletoriedad es igualmente predicable. Analizaremos, seguidamente, Capítulo por Capítulo, aquellas diferencias y omisiones a tener en cuenta.

a) Lugar de las actuaciones judiciales

Un solo artículo, el 129, dedicado al tema, entiendo que es de plena aplicación supletoria a todo tipo de proceso militar, en cuanto sus actuaciones normalmente se realizarán en la sede judicial, con posibilidad de desplazamiento dentro del ámbito territorial de la jurisdicción, o mediante el auxilio judicial fuera de aquella sede. La única referencia al tema, en el artículo 119 de la L.P.M., para el proceso penal militar, tiene similar contenido al previsto en el apartado 3, párrafo segundo, del mencionado artículo 129, que se inspira en el artículo 275 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permitiendo la extensión jurisdiccional momentánea a otros territorios fuera de la propia jurisdicción por razones de necesidad y economía.

b) Tiempo de las actuaciones judiciales

Los artículos 130 y 131 de la vigente L.E. Civil, determinando lo que son días y horas hábiles, y sobre la habilitación de días y horas inhábiles, es igualmente de aplicación supletoria a toda clase de procesos, a falta de regulación en los mismos. Para el proceso penal militar, a falta de disposición específica en la L.P.M., y por la supletoriedad de primer grado de la L.E. Criminal, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 201 de esta última Ley procesal, precisamente reformado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que establece, para las actuaciones sumariales, el ser hábiles todos los días y horas, sin necesidad de previa habilitación. Para las restantes actuaciones, será de tener en cuenta esta regulación establecida para el proceso civil.

Para el proceso contencioso-disciplinario militar, el artículo 512, párrafo segundo, de la L.P.M., al declarar los días inhábiles, coincide, a sensu contrario, con la definición de días hábiles del artículo 130 de la nueva L.E. Civil. Y a falta de la restante regulación de esta última Ley en la L.P.M., será la misma de aplicación supletoria plena.

c) Plazos y términos

La práctica de las actuaciones del juicio en los términos y plazos señalados o, en otro caso, sin dilación, que reza en el artículo 132 de la vigente L.E.Civil, coincide, para el proceso penal militar, con lo establecido en el artículo 100 de la L.P.M.- Para el proceso contencioso-disciplinario militar, sobre el que nada indica la L.P.M., será de total aplicación dicho precepto. El contenido del n.º 3 de ese artículo 132, en cuanto dispone la exigencia de responsabilidad disciplinaria, a instancia de parte, para los funcionarios infractores, es de plena aplicación a ambos procesos militares.

La regulación que contiene el vigente artículo 133 de la L.E. Civil, sobre cómputo de los plazos es la más completa que se ha dado sobre ello; sigue las directrices del artículo 5.º del Código Civil, en cuanto al cómputo de días, meses y años, añadiendo el momento exacto de expiración. Contiene, además, la novedad de regular la suma de plazos continuados. El mes de agosto será hábil para actuaciones urgentes, pero no lo serán los domingos y festivos.

Trasladando el contenido supletorio de ese precepto al proceso penal militar, no se planteará contradicción alguna con la habilidad permanente de días y horas para las actuaciones sumariales que es exigible para dicho proceso, pero para otras actuaciones no sumariales que sean urgentes, deberá tenerse en cuenta la habilidad proclamada del mes de agosto pero no la de domingos y días festivos. Para el proceso contencioso-disciplinario militar, será de plena aplicación dicho precepto procesal civil, a falta de regulación específica en la L.P.M. Cabe, sin embargo, advertir, que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente (en adelante L.J.C.A.), al considerar en su artículo 128, n.º 2, la habilidad del mes de agosto para las actuaciones del procedimiento de protección de derechos fundamentales, está marcando una pauta que permitiría también la consideración del mes de agosto como hábil para las actuaciones, en instancia, del procedimiento contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, dada su similitud con aquel proceso contencioso-administrativo y la especial y urgente protección que merecen los derechos que en el mismo se discuten.

La improrrogabilidad general de los plazos procesales civiles que se proclama en el artículo 134 de la nueva Ley, aparece igualmente reconocida en el artículo 101 de la L.P.M. para el proceso penal militar, y en el artículo 512 de la misma Ley para el proceso contencioso-disciplinario.

Sin embargo, existen especialidades en la regulación de la L.P.M. mencionada, que autorizan a suspender términos por justa causa en el proceso penal militar, o admiten prórroga en el proceso contencioso-disciplinario, que son de obligada observancia, frente a la aplicación supletoria de aquel artículo 134.

El artículo 135 de la vigente L.E. Civil introduce la novedad, para la presentación de escritos sujetos a plazo –los denominados escritos de término de la legislación derogada–, de permitir su presentación hasta las quince horas del siguiente día hábil al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del Tribunal o en la oficina o servicio de registro central, donde lo hubiere. Para actuaciones ante Tribunales civiles no se admite la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia. Para otros órdenes jurisdiccionales, no se excluye legalmente, en principio, la presentación de escritos de vencimiento de plazo en el citado Juzgado de Guardia de la población en que tenga su sede el Tribunal, si se hiciera fuera de las horas de audiencia; pero de hecho, esa presentación está siendo rechazada en los Juzgados de Guardia, al amparo de la nueva L.E. Civil.

La puesta de diligencia de presentación en los escritos, el recibo de presentación, la nota de recepción en la copia del escrito, e incluso el empleo de medios técnicos de envío y recepción (fax, telex, etc), son circunstancias previstas y reguladas en este precepto, que entiendo es de general aplicación supletoria a todos los procesos, y entre ellos el militar, en su doble manifestación penal y contencioso-disciplinaria.

Al final de este Capítulo II, el artículo 136 regula la preclusión y pérdida de realización del acto, una vez transcurrido el plazo o pasado el término de su realización. Para el proceso civil, este artículo guarda directa relación con el anterior, y así, transcurrido un plazo perentorio, se produce ese efecto, y si lo es para la presentación de un escrito de término, habrá que esperar hasta las quince horas del siguiente día hábil, para que precluya el derecho.

Sin embargo, la L.P.M., que nada menciona sobre este tema de la preclusión en el proceso penal, sí tiene específica regulación para el proceso contencioso-disciplinario, pues su artículo 512, copiado literalmente del antiguo art.º 121, párrafo primero, de la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declara la caducidad del derecho y la pérdida del trámite o recurso, al transcurso de un plazo improrrogable, pero con la excepción de admitir el escrito que proceda, incluso el de demanda, y producir efectos, si se presenta dentro del día en que se notifique la oportuna providencia. Esta norma es, pues, específica para el

proceso contencioso-disciplinario militar y no ha quedado derogada por la nueva L.E. Civil, pero sí ha resultado modificada, para el recurso de casación, por el artículo 128.1 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio.

Las normas sobre la preclusión establecidas en la vigente L.E. Civil, serán de aplicación supletoria al proceso penal militar, y en cuanto no se opongan a su específica regulación, en el proceso contencioso-disciplinario militar.

d) Inmediación, publicidad y lengua oficial

Conforme al nuevo artículo 137 de la L.E. Civil, y ante la ausencia de toda referencia en las normas reguladoras de otros procesos, los Magistrados del Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar, los Presidentes y Vocales de los Tribunales Militares y los Jueces Togados, *presenciarán* las declaraciones de partes y de testigos, careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente; cuya infracción determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones. El contenido de este precepto no precisa de más comentarios, y es además reiterado posteriormente al tratar de los actos de prueba (art.º 289.2).

De la publicidad de las actuaciones orales trata el siguiente artículo 138, inspirado en el art.º 232 de la L.O.P.J., y que obliga a que se celebren en audiencia pública las actuaciones de prueba, vistas y comparencias. El Tribunal podrá acordar que se celebren a puerta cerrada, por Auto no recurrible, previa audiencia de las partes, por motivos de protección del orden público, seguridad nacional, interés de menores, protección de la vida privada o de derechos y libertades.

En la L.P.M. únicamente se hace referencia a la celebración pública de las sesiones de las vistas penales, en su art.º 295, con posibilidad de acuerdo de celebración a puerta cerrada, por razones de moralidad, orden público, y respeto a la ofendida y su familia. Y también para el proceso penal militar, el art.º 68 de la L.P.M. indica que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales y públicas, y en el art.º 70 que, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones. Por lo tanto, para el proceso contencio-

so-disciplinario militar será de aplicación supletoria el artículo 138 que comentamos.

El secreto de las deliberaciones de los Tribunales colegiados es tratado en el artículo 139 de la nueva Ley siempre mencionada, inspirándose dicho precepto en el artículo 233 de la L.O.P.J. No consta en la L.P.M. ese carácter secreto de las deliberaciones de los Tribunales, y su única referencia es al carácter secreto de las votaciones, a solicitud de sus miembros, en los recursos gubernativos del Tribunal Militar Central, actuando en Sala de Gobierno (art.º 28 de L.P.M.). Por lo tanto este precepto de la vigente L.E.Civil suplirá el vacío regulador, tanto de la L.O.C.O.J.M. como de la L.P.M., y será de plena aplicación a los procesos militares.

Los artículos 140 y 141 de la L.E. Civil tratan de la información de las actuaciones en la Secretaría Judicial a quien acredite interés legítimo y del acceso a libros, archivos y registros judiciales de dichas personas legitimadas para ello; dichos preceptos se inspiran en los artículos 234 y 235 de la L.O.P.J. Como en la L.P.M. ya viene regulado este tema para el proceso penal militar en los artículos 73 y 74, de forma muy concreta y específica, pero similar a la prevista para el actual proceso civil, dichos artículos carecerán de aplicación en dicho proceso. Por el contrario, serán de plena aplicación en el proceso contencioso-disciplinario militar, ante la falta de regulación para el mismo en la L.P.M. Interesa, finalmente, destacar que el carácter reservado de las actuaciones deberá acordarse por medio de Auto del Tribunal.

Los artículos 142, 143 y 144 de la vigente L.E. Civil normatizan sobre el uso del castellano como lengua oficial del Estado por todo el personal jurisdiccional, pudiendo también utilizar la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma donde estuvieren destinados; la documentación judicial en dichas lenguas, su traducción cuando haya de surtir efecto la lengua oficial de una Comunidad Autónoma fuera de ella, la intervención de intérpretes, y la traducción de documentos redactados en lengua no oficial, son también cuestiones tratadas en dichos preceptos. Sobre el mismo tema la L.P.M., pero solamente para el proceso penal militar, regula en el art.º 71 esta materia de forma muy similar a la señalada en los artículos citados de la L.E. Civil, que a su vez, se inspiran en el art.º 231 de la L.O.P.J.

Por lo tanto, sobre esta materia ya hay regulación expresa y similar en la L.P.M. para el proceso penal militar, para el que la nueva normativa procesal civil será complementaria de lo específicamente regulado; mientras que para el proceso contencioso-disciplinario militar y a falta de toda regulación, regirán supletoriamente los mencionados artículos de la L.E. Civil.

e) Fe pública judicial y documentación de actuaciones

Los artículos 145 a 148 de la actual L.E. Civil son desarrollo y en parte reproducción de lo establecido en los artículos 230 y 279 a 291 de la L.O.P.J. sobre las funciones encomendadas al Secretario Judicial y las decisiones y actuaciones que puede y debe practicar. Sobre esas funciones, referidas en concreto a los Secretarios Relatores de los Tribunales Militares ya contienen los artículos 76 a 80 de la L.O.C.O.J.M. una regulación específica, que habrá de ser tenida en cuenta tanto en el proceso penal como en el contencioso-disciplinario, sumándose a esa regulación específica, pero solamente para el proceso penal militar, el art.º 69 de la L.P.M.- Por lo tanto, y en cuanto no se opongan a dichos preceptos específicos orgánicos y procesales, y hayan de cubrir algún vacío regulador, la normativa procesal citada podrá complementar la legislación propia militar.

f) Actos de comunicación judicial

La regulación de dichos actos ocupa todo el Capítulo V, y de ello se ocupan los artículos 149 a 168 de la L.E. Civil vigente. Comparando esta normativa con la derogada, se puede afirmar que, manteniendo esencialmente la misma estructura procesal, se contiene una más completa y sobre todo ordenada reglamentación de los actos procesales de comunicación. Como resumen de esa normativa, reseñamos: El art.º 149 define dichos actos y los clasifica en notificaciones, emplazamientos, citaciones, requerimientos, mandamientos y oficios; el art.º 150 indica a quien o quienes se notifican las resoluciones judiciales y diligencias de ordenación; el art.º 151, cuando se realizan las comunicaciones; el art.º 152, quien hará las comunicaciones, así como las tres formas de efectuarlo: Por Procurador, por remisión postal, telegráfica u otros medios técnicos, y por entrega al destinatario, con especificación de las características de la cédula y de los actos; los artículos 153 y 154 señalan cómo y donde se harán las comunicaciones con los Procuradores; los artículos 155 y 156 regulan la forma de comunicarse con partes no personadas y averiguación de su domicilio; el art.º 157 describe y regula un Registro central de rebeldes civiles; los artículos 158, 159 y 161 desarrollan la forma legal de las comunicaciones por entrega a los destinatarios, con las vicisitudes que puede ofrecer el acto y su constancia; el art.º 160 normatiza las comunicaciones postales, telegráficas y otros medios técnicos semejantes, mientras que el art.º 162 desarrolla los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. Otras formas de comunicación se contemplan así: En el art.º 163, a

través del servicio común de notificaciones; por edictos, según el art.º 164; por auxilio judicial, según el art.º 165; y la forma de cursar oficios y mandamientos, en el art.º 167. Finalmente, se contempla y regula la posible nulidad de dichos actos y su subsanación, así como las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios y profesionales que no respeten estas normas.

Para el proceso penal militar, ya contiene la L.P.M., Libro I, Título IV, Capítulo IV, una normativa específica, y en general directa al interesado, a través del Jefe de su Unidad, que exige una regulación distinta. Como complemento o suplemento de lo expuesto en los artículos 108 a 117 de la L.P.M., se señalan en el art.º 117 las normas de la L.E. Criminal; por ello, el desarrollo legislativo de dichos actos de comunicación civiles tendrá un valor informativo y de complemento o mejor desarrollo de la L.E. Criminal, de la que es legislación también supletoria. En cuanto al proceso contencioso-disciplinario militar, la ausencia de expresa regulación para el mismo en la L.P.M., determina la supletoriedad de la legislación procesal civil, pero siempre sin olvidar la situación de dependencia y relación jerárquica obligacional que tiene el personal militar, que impone el empleo del conducto reglamentario para las comunicaciones y órdenes a los interesados, lo que es de obligada observancia en ambas modalidades del proceso militar.

g) Auxilio judicial

En los artículos 169 a 177, que integran el Capítulo VI, de este Título V, Libro I, de la L.E. Civil vigente, se regula con detalle cuando un órgano judicial puede solicitar el auxilio a otro, tanto nacional como internacional. Se describe con minuciosidad el documento para interesarlo, que es el exhorto, su despacho, cumplimiento y devolución, y la sanción disciplinaria por su retraso en cumplimentarlo.

En la L.P.M., para el proceso penal militar, los artículos 118 a 121, autorizan ese auxilio entre órganos judiciales militares, y, en su defecto, por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Constituye un buen complemento, explicación y desarrollo de lo que es el auxilio judicial la normativa de la L.E. Civil para el proceso penal militar, pues no se disiente de sus normas específicas; y, desde luego, es de aplicación directa para el proceso contencioso-disciplinario, a falta de normativa expresa militar.

h) Sustanciación, vista y decisión de los asuntos

Los artículos 178 a 205, que componen el Capítulo VII, de igual Título antes mencionado, distinguen –para el proceso civil– en tres Secciones,

lo que es el despacho ordinario, lo que son las vistas, y lo que constituyen las votaciones y fallos.

Examinando los artículos 178 a 181, que integran la 1.^a Sección, en los mismos se regula la dación de cuenta que los Secretarios Judiciales han de efectuar a la Sala, a través de su Presidente (cabe entender), al Ponente o al Juez, y contempla la novedad de incorporar a la ley lo que era y es práctica frecuente en los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, como es el poder delegar el Secretario para dicha dación de cuenta en funcionario del Tribunal o Juzgado. Se trata también en esta Sección del impulso procesal de las actuaciones por el órgano judicial, y finalmente se contempla la figura del Magistrado Ponente y de sus funciones. Todos esos preceptos son casi copia literal de los artículos 281 a 286, 237 y 203 a 205 de la L.O.P.J., y representan poca novedad sobre la legislación preexistente, salvo la indicación de delegación antes dicha.

Para el ámbito judicial militar, la L.P.M. únicamente trata de esta materia, para el proceso penal, en los artículos 45 a 47, sobre la figura y funciones del Vocal Ponente de los Tribunales Militares, y además lo hace en forma similar a la nueva L.E.Civil. Respecto a la dación de cuenta de Secretarios Relatores, rige para toda clase de procesos militares, el art.º 76 de la L.O.C.O.J.M., y más específicamente, para el proceso penal militar, los artículos 49 y 103 de la L.P.M. Respecto al proceso contencioso-disciplinario militar, la inexistencia de normativa específica, y aparte la orgánica jurisdiccional militar, determinará la aplicación supletoria de la normativa procesal civil.

El art.º 179 de la L.E. Civil vigente confía al órgano judicial civil el impulso al proceso, de oficio, pudiendo suspenderlo por las causas justificadas que se expresan en la citada Ley. Sobre esta cuestión, y solamente para el proceso penal militar hay referencia en el art.º 106 de la L.P.M. sobre la vigilancia del cumplimiento de plazos por Jueces y Presidentes, y en el art.º 76 n.º 1 de la L.O.C.O.J.M. para el impulso por los Secretarios. En cuanto no se oponga a esa normativa orgánica y procesal específica, el citado art.º 179 será de aplicación complementaria del proceso penal y supletoria del proceso contencioso-disciplinario militar.

La Sección 2.^a de este capítulo, regula las vistas, en los artículos 182 a 193, reproduciendo en parte los artículos 190 a 195 y 249 de la L.O.P.J., pero de forma más completa y desarrollada. Se recogen la mayor parte de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada, pero mejor ordenados, y son materias nuevas, no tratadas anteriormente en normas procesales u orgánicas, el nuevo trámite de solicitud de señalamiento de

vista, cuando la misma hubo de suspenderse, las nuevas formas de documentación de las vistas a través de soportes aptos para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido, y si no fuere posible todo, solo del sonido, el concepto más amplio de las causas para suspender las vistas, el señalamiento de causas de interrupción de las vistas y efectos de la misma, y una mejor comprensión de los posibles cambios en el personal jurisdiccional entre el señalamiento y la celebración de las vistas y garantías para su posible recusación.

En la L.P.M. no hay otra regulación sobre la materia de vistas que la obrante en los artículos 284 y 293 a 300, respecto a la vista del juicio oral, en el proceso penal militar, con expresión de las facultades de los Presidentes, celebración y suspensión de vistas, en forma muy similar a la expuesta en la L.E. Criminal. En todo lo que no se oponga a esa concreta regulación de la normativa militar, será de gran utilidad y complementariedad la regulación de la nueva L.E. Civil sobre la materia, para el proceso penal; y desde luego, de plena aplicación supletoria para el proceso contencioso-disciplinario militar, ante la falta de toda normativa específica sobre ello.

La Sección 3.^a del mismo Capítulo, trata de las votaciones y fallos de los asuntos civiles, dedicándole los artículos 194 a 205. La mayor parte de dichos preceptos reproducen la redacción de la Ley derogada, pero sobre todo del texto de los artículos 206 y 251 a 263 de la L.O.P.J., aunque guardando una mejor sistemática de exposición. No se recogen novedades sobre la materia, ni se cambian los modos de actuar en deliberaciones, votaciones y fallos, que son los tradicionales en los Tribunales colegiados; puesto a señalar alguna novedad, cabe decir que el art.º 205 de la vigente L.E. Civil contempla la posibilidad de formular voto particular no solamente contra sentencias y Autos resolutorios de incidentes de los que disienta el Magistrado discrepante, sino también de todos los Autos y providencias sucintamente motivadas.

Los artículos 47 y 90 a 95 de la L.P.M. regulan la materia de votaciones y fallos de Tribunales colegiados, pero solamente para el proceso penal militar, siguiendo para ello las directrices marcadas por la regulación obrante en la L.O.P.J. Por ello, hemos de entender que no se darán discrepancias entre esa normativa específica de la L.P.M. y la nueva L.E. Civil, que complementará, por su mayor detalle, la propia del proceso penal militar. En cuanto al proceso contencioso-disciplinario militar, la ausencia de regulación en la L.P.M., impone la supletoriedad de la nueva ley procesal civil.

i) Resoluciones judiciales y diligencias de ordenación

Esta es la rúbrica del Capítulo VIII, Título V, Libro I de la L.E. Civil vigente, y comprende los artículos 206 a 224, agrupados en tres Secciones. En una primera Sección, se exponen las clases de resoluciones de los Tribunales, describiéndose cuando se dictarán las providencias, autos y sentencias, qué son las resoluciones definitivas, cuales las firmes y qué efectos se derivan de su firmeza, así como la forma y contenido de dichas resoluciones; la redacción de los preceptos sigue la obrante en los artículos 244 a 248 de la L.O.P.J., y, desde luego, más claramente expuesta y ordenada que la anterior L.E. Civil.

También se contiene en la L.P.M. una regulación de las mismas resoluciones de Juzgados y Tribunales militares, pero está referida solamente para el proceso penal militar (arts. 79 a 89 de L.P.M.), lo que es determinante de la aplicación preferente de esta normativa específica, a la que complementará, en cuanto no se oponga, la nueva reglamentación de la L.E. Civil vigente. Para el proceso contencioso-disciplinario militar no prevé norma alguna sobre esta materia la L.P.M., y actuará supletoriamente la nueva regulación procesal civil, sin perjuicio de la observancia de normas concretas de la L.J.C.A., específicamente citadas en el trámite procesal de la propia L.P.M.

Sin embargo, se contienen en la nueva L.E. Civil innovaciones, con relación a la ley anterior, e incluso con relación a la L.O.P.J., que convendrá tener en cuenta, como de directa aplicación, salvo en lo que se opongan a normas específicas de la L.P.M. También ocurre que, en dicha ley nueva, procesal civil, alguno de sus preceptos, como el que regula el pronunciamiento oral de ciertas sentencias, carece de aplicación tanto al proceso penal como al contencioso-disciplinario, por estar previsto ese pronunciamiento para supuestos de vista, audiencia o comparecencia única, en los nuevos procesos declarativos, no homologables con aquéllos. Hay, sin embargo, otras novedades que sí tendrán aplicación supletoria, pero adaptándola a la actual estructura de los procesos militares; como acontece con la nueva regulación de la publicación y archivo de sentencias (art.º 212 L.E. Civil), en la que se dispone que, una vez extendidas y firmadas las sentencias por el Juez o Magistrados del Tribunal “serán notificadas y archivadas en Secretaría, dándoseles publicidad en la forma permitida y ordenada en la Constitución y las leyes”. No se dispone, en esta nueva ley, lo que establecía el derogado artículo 364 de la anterior, de leer en audiencia pública, el juez o los ponentes, las sentencias; o lo que también dispo-

ne el art.º 160 de la L.E.Criminal de leer y notificar las sentencias definitivas a las partes y a sus Procuradores. Y es evidente, por otra parte, que sigue rigiendo el art.º 120, n.º 3, de la Constitución, ordenando que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. Todo ello nos lleva a la conclusión de haberse omitido una regulación, en la nueva L.E. Civil, sobre la publicación de las sentencias definitivas, quizás –y con razón–, porque esa publicación era de hecho inexistente en la mayor parte de las ocasiones, en los procesos civiles, y no añadía virtualidad alguna publicitaria al conocimiento de los verdaderos interesados en los procedimientos civiles, que son las partes, a través de la directa notificación a las mismas o a sus Procuradores. Quede así patente que la nueva Ley procesal civil no podrá modificar lo dispuesto en la L.E. Criminal para el proceso penal, como supletoria que es de primer grado para el proceso penal militar, en cuanto a la lectura y notificación de las sentencias a las partes y a sus Procuradores, aunque también se ha de reconocer que dicha ley supletoria no dice que esa lectura haya de efectuarse por el juez o el ponente. Para el proceso contencioso-disciplinario militar, será de aplicación supletoria lo dispuesto en cuanto a la notificación y archivo de sentencias en la Secretaría del tribunal, dándoseles publicidad en la forma permitida y ordenada por la Constitución y las leyes. Y cabe preguntarse: ¿Por quien se hará esa publicación en el proceso civil? Y deberemos convenir que lo será por el Secretario, en la Secretaría del Tribunal, pero en audiencia pública, para respetar la Constitución. También cabría, dentro de este mismo tema, distinguir entre el concepto de publicidad y el de publicación, que es más reducido, como una de las varias formas de publicidad, respetando la exigencia de publicidad la publicación que también se efectúa de las sentencias definitivas en las colecciones oficiales en medios gráficos e informáticos.

Se hace referencia, igualmente, en esta primera Sección, al libro de sentencias, que ha de custodiar el Secretario del Tribunal, en vez del Presidente (como aparecía en la ley derogada), respetando con ello lo establecido en el artículo 265 de la L.O.P.J., y prescribiéndose que en dicho libro se incluirán, firmadas, todas las sentencias definitivas, autos de igual carácter, así como los votos particulares que se hubieren formulado, que serán ordenados correlativamente según su fecha, es decir, cronológicamente. Para el proceso penal militar habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el art.º 162 de la L.E. Criminal en cuanto a la obligación de llevar los Tribunales el libro de autos y sentencias, debidamente rubricado en todas sus hojas por el Presidente del Tribunal, pero también, y a falta de

otra regulación, lo establecido en la nueva L.E. Civil, que será de aplicación supletoria obligada en el proceso contencioso-disciplinario militar.

Los artículos 214 y 215 de la L.E. Civil vigente, dentro de esta misma Sección 1.^a, expresan la invariabilidad de las resoluciones judiciales, y su posible aclaración y corrección, siendo ambos preceptos mera transcripción de lo establecido en el art.º 267 de la L.O.P.J., respecto a aclaraciones y rectificaciones de errores materiales y aritméticos de las resoluciones. Pero, además, añaden dichos preceptos un trámite incidental para suplir las omisiones en dichas resoluciones judiciales, desarrollando la simple mención del antes citado art.º 267, y que tendrá una directa aplicación por vía de supletoriedad, en todas las jurisdicciones, incluida la militar, dada su novedad. En la L.P.M. no hay referencia alguna a este tema.

La Sección 2.^a de este Capítulo VIII trata de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos (arts. 216 a 222), y junto a una reproducción –en el art.º 218– del famoso artículo 359 de la antigua ley procesal civil, sobre la congruencia de las sentencias, se añade, y con toda razón, una mas detallada regulación de la precisión de estudio y resolución de dichas sentencias, y describe lo que debe ser una correcta motivación de las mismas. También contiene esta Sección 2.^a, y es novedad, una clara exposición sobre el principio de justicia rogada, sobre la carga de la prueba, sobre las sentencias con reserva de liquidación, o con condena de futuro, o en procesos por asociaciones de consumidores o usuarios que, evidentemente, tienen un contenido aplicativo principalmente civil, y que no tendrá repercusión en el proceso penal militar, pero sí podría tenerlo en el ámbito de los principios procesales de rogación y carga probatoria, en el proceso contencioso-disciplinario militar.

El art.º 322 de esta nueva ley procesal civil trata, en su rúbrica inicial, de la cosa juzgada material, pero también desarrolla su efecto formal, y al ser una regulación nueva en esta ley supletoria general, entiendo que es de directa aplicación a todos los procesos, incluido el militar, en su doble faceta penal y contencioso-disciplinaria.

La Sección 3.^a de igual Capítulo, contiene normas reguladoras de las Diligencias de ordenación, a cargo de los Secretarios, dedicando al tema dos artículos, siendo el primero de ellos mera transcripción del art.º 288 de la L.O.P.J. El art.º 224 desarrolla la revisión de esas Diligencias de ordenación, según la previsión nominal del art.º 289 de la L.O.P.J., incurriendo en nulidad de pleno derecho aquellas Diligencias de ordenación que decidan cuestiones que debieron serlo por medio de providencia, auto o sen-

tencia, con lo cual se viene a remitir al procedimiento de nulidad de actuaciones del siguiente Capítulo IX, mientras que, para las Diligencias de ordenación simplemente anulables, dispone que lo sean a instancia de parte y por el trámite del recurso de reposición civil (que será el de súplica para Tribunales colegiados).

Únicas referencias al tema en la L.P.M. se manifiestan en los artículos 79, párrafo segundo, y 80, y son de carácter general a las Diligencias a dictar por los Secretarios, y solamente referidas al proceso penal militar. Por lo tanto, la nueva normativa en esta materia de la L.E. Civil vigente deberá tenerse en cuenta en todos los procesos, además de los civiles, por el carácter subsidiario de sus normas, y en lo no regulado o que no se oponga a normas específicas.

j) Nulidad de las actuaciones judiciales

Contemplan y regulan este tema los artículos 225 a 231 de la vigente L.E. Civil, dentro del Capítulo IX, siguiendo la pauta marcada por los artículos 238 a 243 de la L.O.P.J., según la última redacción de los mismos en la L.O. 13/1999, de 14 de mayo, pero ampliando los supuestos de nulidad de pleno derecho, y desarrollando de forma más completa, la normativa de la referida ley orgánica judicial.

La L.P.M. no dedica preceptos a la nulidad en el proceso penal, y para el proceso contencioso-disciplinario militar hace referencia, en sus artículos 515 y 516, al trámite de pieza separada para el incidente de nulidad de actuaciones, y al principio de conservación de los actos procesales. Dicho contenido, en nada se opone a la regulación de la nulidad en la L.O.P.J. y a su desarrollo en la nueva L.E. Civil, de forma que esta última norma resulta de supletoria, pero general aplicación, a los procesos penales y contencioso-disciplinarios contemplados en la L.P.M.

k) Reconstrucción de autos

El Capítulo X de este Título I, sobre la reconstrucción de autos civiles en los supuestos de desaparición o mutilación de los mismos, es una de las novedades reguladoras de la vigente L.E. Civil, no contemplada en otras normas procesales. Por é ello, a título orientativo, y para las mismas circunstancias de desaparición o mutilación de procesos militares, bueno será el valerse de lo dispuesto en los artículos 232 a 235 de dicha nueva ley, para lograr dicha reconstrucción. La aplicación directa, por vía de supletoriedad resulta obligada en los procesos militares.

E) *Cesación de actuaciones judiciales y caducidad de la instancia-*

Los artículos 237 a 240, que componen este Título VI, Libro I, de la nueva L.E. Civil, regulan el instituto de la caducidad en los procesos civiles, siendo dichas normas de aplicación supletoria para el proceso contencioso-disciplinario militar, a falta de regulación específica del tema. Adviértase, sin embargo, que el impulso procesal de toda clase de actuaciones judiciales, y también por ello las militares, se producirá siempre de oficio, por así establecerlo el artículo 237 de la L.O.P.J., con carácter general, y reconocerlo de hecho la L.P.M., para el proceso penal militar en el artículo 106, y para el proceso contencioso-disciplinario en el artículo 512, amén de la referencia en el artículo 78 de la L.O.C.O.J.M. al impulso procesal de los Secretarios. Atendiendo al criterio general mencionado, el art.º 236 de la nueva ley procesal civil dispone que la falta de impulso del procedimiento por las partes e interesados no originará la caducidad de la instancia o del recurso, lo que supone una más clara visión de cual sea el nacimiento de toda caducidad, que es el mero transcurso de los plazos procesales, y la constatación de ese paso del tiempo en inactividad procesal.

F) *Tasación de costas*

El Título VII de este Libro I de la vigente L.E. Civil contiene, en sus artículos 241 a 246 una más completa regulación de la tasación de costas que en la normativa procesal derogada, si bien sigue similares directrices. Al no constar regulación alguna en la L.P.M. para el proceso contencioso-disciplinario militar, dicho Título VII será de evidente aplicación supletoria, aun partiendo de la base de la administración gratuita de la justicia militar, que no excluye el percibo de sus derechos y emolumentos por los profesionales del Derecho e intervinientas en los procesos.

Para el proceso penal militar, aunque no haya una normativa específica sobre esta materia en la L.P.M., será de aplicación supletoria preferente la L.E. Criminal, cuyos artículos 236 a 242 analizan la tasación de costas en el proceso penal, y, en defecto de regulación, y como supletoria de la misma, serán también de aplicación los preceptos de la L.E. Civil vigente.

G) *De la buena fe procesal*

El artículo 247, único que compone el Título VIII, último de Libro I, de esta nueva ley procesal civil, es, propiamente, un desarrollo del art.º 11.2 de la L.O.P.J., en el que igualmente se inspira el art.º 5, párrafo cuar-

to, de la L.O.C.O.J.M., que ordenan, bien a los Tribunales, bien a los órganos judiciales militares, rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que entrañen fraude de ley o procesal, o se formulen con manifiesto abuso del derecho. Al disponer dicho art.º 247 que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe, sanciona los incumplimientos de ese principio procesal, por las partes o por los profesionales intervinientes en el proceso, con multa, y además a los segundos con traslado de la circunstancia al respectivo Colegio por si merecieran algún tipo de sanción disciplinaria. Entiendo que dicho precepto es de general aplicación, por supletoriedad y a falta de regulación expresa en la L.P.M. a los procesos militares.

2.º PARTE ESPECIAL: LOS LIBROS II, III Y IV

Tras el Título Preliminar y el Libro I de la vigente L.E. Civil, sobre disposiciones generales a los juicios civiles, que ofrecen una regulación supletoria para toda clase de procesos, y entre ellos los militares, y permiten completar el ordenamiento procesal militar recogido esencialmente en la L.O.C.O.J.M., y sobre todo en la L.P.M., los restantes Libros II, III y IV, tienen ya un específico contenido procesal civil, al regularse en los mismos los denominados procesos declarativos, la ejecución forzosa y medidas cautelares, y los procesos especiales civiles, y cuya regulación, con una nueva configuración procedimental, no ofrece, en general, perspectivas de aplicación supletoria a los procesos penal y contencioso-disciplinario militares, por ser distinta la filosofía que inspira unos y otros procesos, responder a distinta finalidad y prevalecer en cada uno de ellos principios procesales, en parte, diferentes.

Partiendo, pues, de esa consideración general de esta parte especial de la nueva L.E. Civil, y para no hacer excesivamente extenso el presente trabajo, excluirémos de nuestro análisis comparativo de normas procesales militares y civiles, el contenido de los Libros III y IV, aunque alguna de las medidas cautelares y de ejecución pudieran ser homologables en los procesos militares, y del Libro II, aquellos Títulos, como el II y III, que desarrollan el nuevo procedimiento a seguir en los juicios o procesos declarativos, que son el ordinario y el verbal, aunque también algunos de sus preceptos pudieran servir de pauta orientativa para resolver posibles lagunas legales de la normativa procesal militar. Igualmente prescindiremos del estudio y comparación del Título IV de ese Libro II, dedicado a los recursos, en atención a contener la L.P.M. regulación específica y remisión a

otras normas procesales, como son la L.E. Criminal para el proceso penal, y la L.J.C.A. para el proceso contencioso-disciplinario; y del Título V que trata de la rebeldía, rescisión de sentencias y nueva audiencia al demandado rebelde, que carecen de toda significación y ubicación en el proceso contencioso-disciplinario militar.

Serán, por lo tanto, objeto de esta segunda parte de nuestro estudio comparativo, tanto el Título I de ese Libro II, que contiene las disposiciones comunes a todos los procesos declarativos, como el Título IV sobre la revisión de sentencias firmes, dada la remisión a dicho procedimiento contenida en el artículo 504 de la L.P.M.; y todo ello en relación, solamente, con el proceso contencioso-disciplinario militar, por sus afinidades con el proceso civil, y descartando cualquier análisis comparativo con el proceso penal militar, inspirado en una normativa procesal distinta como es la L.E. Criminal.

A) *Disposiciones comunes a los juicios declarativos*

La rúbrica de esta apartado es la propia del Título I, Libro II, de la L.E. Civil vigente, y va a ser objeto de nuestro análisis comparativo con las normas de la L.P.M. que contemplan y desarrollan el proceso contencioso-disciplinario militar, en atención a que la nueva legislación procesal civil analiza en varios de los Capítulos de este Título I la prueba en general y sobre todo los medios de prueba, y todo ello es de directa aplicación al citado proceso militar, como consecuencia de la cita del art.º 457 de la L.P.M. a la aplicación supletoria de la L.E. Civil al proceso contencioso-disciplinario militar y, principalmente, porque al tratar de la prueba en el referido juicio, el art.º 485 dispone que “la prueba se desarrollará conforme a las normas establecidas para el proceso civil ordinario, si bien el plazo será de veinte días comunes para proponer y practicar, prorrogables hasta treinta, si el Tribunal lo estima necesario”.

Veamos, seguidamente, cuales de los nuevos preceptos de la L.E. Civil vigente, serían de aplicación supletoria o directa en el proceso contencioso-disciplinario militar, que fue diseñado en la L.P.M. a imagen y semejanza del proceso contencioso-administrativo, de la Ley de 27 de diciembre de 1956, para el que también era normativa supletoria la L.E. Civil.

Los Capítulos I y II, de este Título I, Libro II, de la L.E. Civil vigente, carecen de interés para nuestro estudio comparativo y aplicación, dado que en los mismos se contemplan las reglas para determinar la clase de proceso correspondiente, y las diligencias preliminares a los procesos civiles. Y

tampoco es de interés para este estudio el Capítulo VIII, último del citado Título I, que trata de la condena en costas, y que carecería de aplicación a los procesos militares, en los que la justicia militar se administra gratuitamente, según reza el art.º 10 de la L.O.C.O.J.M. Analicemos, por lo tanto, los restantes Capítulos.

a) Presentación de documentos, medios o instrumentos

Sí merece, en primer lugar, nuestro interés el Capítulo III, que trata de la presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios o instrumentos; y no porque el contenido de los artículos 264 a 272, que analizan dicha documentación, la oportunidad de su presentación y su eficacia, no estén también regulados en la L.P.M., que lo están en los artículos 474 y 482, sino porque es, precisamente, el art.º 482, párrafo 3.º, de la citada L.P.M. el que se remite a los documentos admisibles en la L.E. Civil; y no ofrece duda alguna que la vigente normativa procesal civil es más exhaustiva y precisa en la descripción de unos y otros documentos o instrumentos procesales, así como de las circunstancias de su admisión o inadmisión, por lo que dicha norma complementaria tendrá un valor ilustrativo superior, que habrá de servir al juzgador militar para mejor interpretar la normativa específica procesal militar.

Los artículos 264 y 265 que encabezan este Capítulo distinguen entre los documentos procesales (poder notarial, representación y documento de valoración a efectos de competencia) y los documentos de fondo, siendo de interés, entre estos últimos, los dictámenes periciales interesados particularmente por alguna de las partes y los informes elaborados por profesionales de la investigación privada, que al igual que los documentos en que la parte funde su derecho, deberán ser presentados con la demanda o contestación. Igualmente es de interés la forma de presentación de los documentos, pudiendo hacerse por copia simple los documentos públicos y solamente, caso de ser impugnados, se requeriría la presentación o aportación del documento auténtico. Los documentos privados deberán ser aportados en original o por copia autenticada por fedatario público, y caso de poseerse únicamente una copia simple del mismo, deberá la misma aportarse, y surtirá efectos, siempre que la conformidad de la copia con su original no sea cuestionada por las partes. El rechazo, por simple providencia y con devolución del presentado, de los documentos presentados fuera del momento previsto en la ley, sin ulterior recurso, y la posibilidad de aportar documentos fuera del período alegatorio en determinadas circunstancias, son aspectos contemplados en la nueva ley procesal civil.

Y para concluir con este tema, es novedad en su regulación, la posibilidad de presentar, incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, de aquellas sentencias, resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Sobre su admisión o inadmisión y eficacia resolverá el Tribunal en su sentencia, previa audiencia sobre ello a las partes (art.º 271 de L.E. Civil). El interés de esta postrera aportación de resoluciones judiciales y administrativas trascendentes para el proceso contencioso-disciplinario militar es evidente, y no precisa más detalles o aclaraciones.

b) Copias de escritos y documentos y su traslado

Se ocupa del tema objeto de la rúbrica el Capítulo IV, artículos 273 a 280, y se desarrolla con mayor amplitud y precisión que en la norma derogada, siendo novedades de la vigente L.E. Civil la no entrega a las partes de los autos originales, pudiendo aquellas obtener, a su costa, copia de algún escrito o documento; y son también innovación los traslados entre los Procuradores de las copias de escritos, una vez presentada la demanda y contestación, descargando así de ese trabajo a los órganos jurisdiccionales. Ciertamente, las normas procesales de este Capítulo serán de aplicación supletoria para el proceso contencioso-disciplinario militar, pero entendemos que los traslados de copias que se contemplan en los artículos 276, 277 y 278 de la nueva ley procesal civil, están previstos solamente para los procesos civiles, con dualidad de partes debidamente representadas por Procuradores, en los que, por economía procesal y para evitar el trasiego diario de copias, se confía a los propios Procuradores el curso de las mismas; pero no es trasladable esa novedad, al proceso contencioso-disciplinario militar, dadas las especiales circunstancias del personal militar que litiga, la no precisión de la representación por Procurador en la mayor parte de los casos, y la presencia de otras partes en el proceso, como la Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal, con un carácter representativo oficial, que no permite, de momento, ese cruce de correspondencia de copias; aunque sería de desear su aplicación, de futuro, para una mayor agilidad del citado proceso.

c) Disposiciones generales sobre la prueba

El Capítulo V de la vigente L.E. Civil, subdividido en cuatro Secciones, está dedicado a las disposiciones generales en materia de prueba. Su

Sección 1.^a trata del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba (arts. 281 a 283), siendo su contenido plenamente acorde con lo previsto en el artículo 485 de la L.P.M., en cuanto a lo que ha de ser objeto de la prueba y a la iniciativa de las partes para su proposición. Pero, además, los citados preceptos de la nueva ley procesal civil, al reseñar lo que está exento de prueba o no es necesario probar, o al declarar la inadmisibilidad de la actividad probatoria que sea impertinente o inútil, están refrendando legalmente la doctrina jurisprudencial, y más concretamente la de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, que ha venido calificando de forma unánime y pacífica, qué es la pertinencia y necesidad de la prueba, para su admisión (Véanse SS.T.S. Sala 5.^a, desde la de 6 de marzo de 1990 a la de 7 de julio de 1998, para el proceso penal, o la más reciente de 22 de diciembre de 2000 para el proceso contencioso-disciplinario). La aplicación de dichos preceptos al proceso contencioso-disciplinario militar es obligada, por la remisión directa que establece el artículo 485 de la L.P.M.

La Sección 2.^a, que trata de la proposición y admisión de la prueba, tiene valor ilustrativo, en general, para el proceso contencioso-disciplinario militar, en cuanto indica que los medios de prueba deben proponerse separadamente e indicar el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, así como de la admisión de las pruebas por el Tribunal. Pero, la configuración del trámite de prueba, está adaptado al nuevo sistema de concentración y oralidad de la prueba en el acto del juicio o de la vista, y no cabe amoldarlo al sistema procesal civil anterior, que es el seguido por la L.P.M., de procedimiento escrito y práctica separada de cada prueba. Así, el trámite creado en la nueva L.E. Civil para discutir los hechos nuevos o de nueva noticia y su posible prueba, carece de encaje en el citado procedimiento militar, mientras que el artículo 490 de la L.P.M. brinda al Tribunal las mismas posibilidades de conocimiento de hechos nuevos o de nueva noticia.

Tiene, por el contrario, un gran interés, para toda clase de procesos, y entre ellos el militar, la regulación que contiene el art.º 287 de la L.E. Civil vigente, sobre ilicitud de la prueba, cuestión que puede plantearse a instancia de parte, y también de oficio, y cuyo planteamiento en el proceso contencioso-disciplinario militar habrá de quedar circunscrito al período probatorio, por no disponer el mismo de los trámites del juicio ordinario o del verbal, de la vigente L.E. Civil. Y así mismo, como orientación y para combatir posibles demoras en el cumplimiento de pruebas, el art.º 288 de la L.E. Civil establece una sanción pecuniaria contra el litigante que incurriere culposamente en esa demora.

La Sección 3.^a de este Capítulo V, contiene cuatro artículos (289 a 292), sobre disposiciones generales para la práctica de la prueba, que han de entenderse plenamente aplicables al período probatorio del proceso contencioso-disciplinario militar. Y así, la exigencia de la práctica de la prueba en forma contradictoria, en vista pública, o con publicidad y documentación si se efectuara fuera de la sede del Tribunal, y la inexcusable presencia judicial (Magistrado Ponente o el que designe la Sala, en Tribunales colegiados), en el interrogatorio de partes y testigos, en la ampliación de la prueba pericial, reconocimiento judicial y reproducción de hechos por medios audiovisuales, así como el control de la prueba documental, la ratificación de la pericial, o las pruebas de autenticidad documental bajo la presencia y dirección del Secretario del Tribunal, es algo perfectamente predicable y exigible en dicho procedimiento militar.

Igual aplicación al citado proceso militar han de tener las prescripciones de esta Sección 3.^a, sobre señalamiento, con la debida antelación, de la fecha de práctica de cada prueba, y la citación de partes y Procuradores a dicha práctica. Finalmente, el art.º 292 establece la obligatoriedad de comparecencia, a la práctica de sus respectivas pruebas, de las partes y testigos, contemplando la nueva ley procesal civil las sanciones a imponer y demás efectos procesales, caso de incomparecencia. También este precepto debe ser tenido en cuenta en el proceso militar indicado.

La Sección 4.^a de este mismo Capítulo V, que versa sobre la anticipación y el aseguramiento de la prueba (arts. 293 a 298), está configurada, concretamente, para el proceso ordinario civil, y desarrolla, con mayor extensión y precisión, la prueba anticipada prevista en el artículo 502 de la antigua L.E. Civil. Creemos que, si no imposible, es de difícil producción, en el proceso contencioso-disciplinario militar, esa eventualidad de prueba anticipada, habida cuenta del precedente procedimiento administrativo sancionador, en el que se habrán practicado las pruebas necesarias, antes del propio proceso judicial militar. El contenido, pues, de esta Sección 4.^a, ofrece ilustración a todo proceso, pero resulta de escasa aplicación al proceso militar que aquí contemplamos.

d) Medios de prueba y presunciones

El contenido del Capítulo VI, dividido en nueve Secciones y que comprende los artículos 299 a 386, tiene una especial trascendencia para toda clase de procesos, en los que la disponibilidad de las pruebas y su proposición depende de los propios litigantes, como ocurre con el proceso conten-

cioso-administrativo, del que es copia, casi mimética, el proceso contencioso-disciplinario militar. Excluido el proceso penal, por razones obvias de la investigación sumarial de oficio, que impone una regulación distinta, basada esencialmente en la L.E.Criminal, el presente Capítulo VI queda como único espacio legal regulador de la prueba y su valoración, al derogarse en la Disposición derogatoria única de la nueva L.E. Civil, entre otros, los artículos 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253 del Código Civil, que desarrollaban legalmente la prueba de las obligaciones y servían de pauta para el análisis de todo tipo de pruebas, incluyendo las presunciones, no tratadas en la derogada L.E. Civil de 1881. De esa regulación procesal en un Código sustantivo como el Civil, únicamente quedan vigentes los artículos 1216 a 1224, sobre los documentos públicos, y los artículos 1225 y 1227 a 1230 para los documentos privados, constituyendo esa normativa un complemento al contenido de los artículos 317 a 336 de la nueva L.E. Civil, que constituyen una más amplia y detallada regulación procesal de la prueba documental, en general. Por lo tanto, los restantes medios de prueba quedan íntegramente sometidos a los preceptos de la nueva ley, a la que no solamente se remite el art.º 485 de la L.P.M., sino también el art.º 60 de la vigente L.J.C.A., norma inspiradora del proceso contencioso-disciplinario militar, según el último párrafo del Preámbulo de la L.P.M.

A la hora de valorar la aplicación que pueda y deba hacerse de la nueva regulación de los medios de prueba en la vigente L.E. Civil, por la remisión expresa del art.º 485 de la L.P.M. al “desarrollo de la prueba conforme a las normas establecidas para el proceso civil ordinario”, y también por la aplicación supletoria general de la L.E. Civil al proceso contencioso-disciplinario militar, según el art.º 457 de la misma L.P.M., hemos de partir de la configuración del proceso civil que contenía la derogada L.E. Civil de 1881, en la que, indudablemente, se inspiró, simplificándola, el proceso contencioso-administrativo de la antigua Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, que sirvió posteriormente de modelo al proceso contencioso-disciplinario militar. El proceso civil ordinario de la antigua L.E. Civil, el declarativo de mayor cuantía, era un procedimiento eminentemente escrito, y los actos de oralidad de algunas de sus pruebas quedaban documentados siempre por escrito, obligando así al legislador a prever una serie de compartimentos procesales o fases, para el mejor desarrollo del proceso civil. Pero esto ha cambiado, diametralmente, en el nuevo proceso ordinario de la L.E. Civil vigente, que impone una concentración en el acto de la comparecencia o del juicio para resumir alegaciones, proponer y practicar pruebas, y además establece como sistema general el de la

oralidad, salvo las pruebas que consten en soporte escrito, obligando a constatar las pruebas mediante su grabación en medios o soportes audiovisuales, lo que introduce en el proceso la presencia de unos medios científicos y técnicos, que exigen la presencia obligada de medios personales distintos y ajenos a los propiamente judiciales y la provisión de unos medios materiales, muy costosos, que han de ser manejados con rigor para que sean eficaces, y custodiados con las necesarias garantías, para que su contenido no esté privado de la autenticidad de su emisión, y no solo en la primera sino en ulteriores instancias.

Recién nacida la vigente L.E. Civil, que contiene –para el que esto comenta– indudables mejoras en su parte general o Libro I, y que ha tenido la virtud de conservar de la antigua ley todo aquello que era útil y eficaz para el proceso civil, ordenándolo con mejor sistemática, y evitando la introducción de cambios que pudieran resultar excesivamente traumáticos para el propio proceso, plantea, sin embargo, en el Libro II, unos cambios tan importantes, con el paso de la escritura a la oralidad, que, con tan breve lapso de vida procesal, nos impide emitir un juicio ponderado de la reforma, y habrá de depender del aval de su práctica el juicio bondadoso que se predica en la exposición de motivos. Los presagios pesimistas sobre la complicación que va a producir en los órganos judiciales civiles la impuesta aplicación de la oralidad y concentración en alegaciones y pruebas o la aparente rapidez de los nuevos plazos, cuando no se ha dispuesto con antelación de los medios personales y materiales, y de la experiencia necesaria para asumir la reforma por los profesionales del Derecho y propios órganos judiciales, son tan evidentes que, aun siendo bienintencionada la citada reforma y queriéndola asumir quienes están obligados a cumplir las leyes, no dudamos del retraso o incluso del colapso que pueda producirse en los Tribunales civiles, y del peligro que para la autenticidad en la constatación de ciertos medios de prueba y su conservación pueda derivarse en período inminente. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de ser, de momento, mucho más segura, duradera, y de más fácil percepción y estudio la anterior documentación en soporte escrito de la derogada L.E. Civil.

Por todo ello, y sobre todo porque el proceso contencioso-disciplinario militar, creado a imagen del contencioso-administrativo, se ampara en una normativa procesal que ha demostrado, en sus cuarenta y cinco años largos de existencia, su excelente factura, eficacia y rapidez, y que no resultan mejoradas con el nuevo experimento oral del proceso declarativo ordinario de la vigente L.E. Civil, es por lo que nuestra opinión, acerca de la aplicación de las normas sobre medios de prueba, debe prescindir, en este momento, de

esas novedades de oralidad, concentración, espontaneidad de interrogatorios y recogida o constatación de pruebas en soportes audiovisuales, mientras no se dote a los Tribunales militares, unipersonales y colegiados, no solamente de los medios personales y materiales indispensables para realizar un cambio tan drástico como el que se pretende, sino también del personal técnico experimentado que pueda manejar con eficacia, proteger la autenticidad y asegurar la conservación de los medios y soportes audiovisuales que habrían de emplearse; sin olvidar, ante todo, las reformas legislativas previas, necesarias para efectuar el cambio de todo un sistema procesal consolidado, y disponer de unos datos de experiencia y resultados altamente favorables de su práctica, que aconsejasen dicho cambio. Entre tanto no se cuente con todo ello, es manifiestamente superior el sistema procesal escrito del proceso contencioso-disciplinario militar actual, como lo es el del proceso contencioso-administrativo, y podemos señalar que la proposición y práctica de los medios de prueba que se ofrecen en la nueva L.E. Civil, serán asumibles por el mencionado proceso militar, en tanto en cuanto se respete el período probatorio de veinte a treinta días, común para proponer y practicar, dispuesto en el art.º 485 de la L.P.M., la preexistencia de pruebas en el expediente administrativo que precede a todo proceso jurisdiccional, la diferente posición que ocupa el recurrente y la Administración en dicho proceso a la hora de practicarse ciertas pruebas, la imposibilidad o grave dificultad que para el recurrente, como militar, se ofrece, para estar presente en un proceso de tipo oral, de forma casi permanente y con intervención directa y espontánea, las dificultades para la presencia de testigos militares en un juicio oral concentrado, dados sus distintos destinos y dependencia, y la permisión legal para asumir el recurrente su propia representación y defensa, normalmente no técnica, principalmente en la primera instancia judicial del proceso; son circunstancias todas que aconsejan seguir con el trámite escrito para el interrogatorio de partes y testigos, documentación escrita de sus contestaciones, emisión por escrito de dictámenes periciales, y aclaraciones, ampliaciones y explicaciones de los peritos también documentadas por escrito.

Para concretar, lo más posible, las innovaciones introducidas en el proceso civil ordinario por la L.E. Civil vigente, para la fase probatoria, que habrían de ser asumidas en el proceso contencioso-disciplinario militar, por haber sido suprimidos determinados trámites de la legislación procesal civil derogada, a la que se remitía expresamente el art.º 485 de la L.P.M., expon-dremos, seguida y resumidamente, cuales son, en cada medio de prueba:

1.1. *Medios de prueba:* Los medios de prueba consistentes en el interrogatorio de las partes (antigua confesión en juicio), los documentos

públicos, los documentos privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, y el interrogatorio de testigos, son idénticos, con el mero cambio de denominación ya indicado, a los establecidos en la antigua L.E. Civil y en el Código Civil.

La novedad principal consiste en el sistema abierto de dichas pruebas, que incorpora los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, los instrumentos de archivo, conocimiento y reproducción de toda clase de datos, y cualquier otro que, aun no previsto en los apartados anteriores, permita obtener certeza sobre hechos relevantes del proceso (art.º 299 de L.E. Civil).

También es novedad el orden impuesto para la práctica de dichos medios de prueba, que es el enumerado en el párrafo anterior, salvo modificación introducida por el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, a la vista de las circunstancias o dificultades concurrentes.

1.2. *Interrogatorio de partes* (antigua confesión en juicio). Son principales novedades, aparte el cambio de denominación, las siguientes:

- a) La concreción de ese interrogatorio al momento del juicio o citación para ello, dentro del período probatorio, y no como en el antiguo artículo 579 de la L.E. Civil, desde el recibimiento a prueba hasta la citación para sentencia, que no aparece en la redacción vigente.
- b) La supresión de todo juramento, decisorio o indecisorio, o promesa, previo al interrogatorio de la parte.
- c) La citación única al litigante para el acto de su interrogatorio, suprimiéndose la segunda citación, por incomparecencia de la primera, de la antigua legislación procesal civil.
- d) El apercibimiento, en esa única citación, a quien vaya a ser interrogado, de tener por reconocidos los hechos en que hubiera intervenido personalmente y que le sean perjudiciales de declararse su certeza, si no compareciere al acto. Y además se le impondrá una multa por su incomparecencia.
- e) La negativa a declarar o las respuestas evasivas o inconcluyentes del interrogado, determinará el apercibimiento del Tribunal de ser reconocidos como ciertos los hechos, de igual forma que en el apartado anterior. Se excusa de contestar a ciertas preguntas a quien tenga obligación legal de guardar secreto. Las preguntas sobre hechos no personales del interrogado se contestarán, según su conocimiento sobre ellas, y no cabe negarse a contestarlas, como en la normativa procesal anterior.

Todo lo demás regulado en los artículos 301 a 316 de la vigente L.E. Civil, no difiere esencialmente del contenido de los artículos 581, 584 a 588, 590 a 592, 594 y 595 de la derogada L.E. Civil, en cuanto al sentido de las preguntas, la forma de su contestación, incomunicación de varios declarantes, interrogatorio domiciliario por causas justificadas, prohibición de reiterar el interrogatorio sobre los mismos hechos, e interrogatorio de los representantes del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales y organismos públicos. En aras a la brevedad, nos remitimos a esa identidad de redacción.

Las dos únicas cuestiones que ofrecen complejidad para su aplicación al mencionado proceso militar, son las planteadas en los artículos 303 y 306, sobre impugnación de preguntas por la parte declarante y por su Abogado, que solamente podrán realizar una vez conocido el interrogatorio escrito, su admisibilidad y la contestación que se diere, y que de hecho no representará mas que una objeción, valorable por el Tribunal, dada la generalidad con que está redactado dicho art.º 303. La segunda cuestión es la referente a la formulación de nuevas preguntas, después del interrogatorio, que ya estaba prevista en el art.º 588 de la antigua L.E. Civil, y que ahora aparece con mayor desarrollo en el vigente art.º 306; la dificultad estriba en la impugnación de esas nuevas preguntas, y para solucionarla deberemos atenernos a lo ya expuesto al principio de este párrafo, como una simple objeción, valorable por el Tribunal.

Para concluir el tema de esta prueba, el valor de la misma que antes era contra su autor, e indivisible, según los artículos 1232, 1233 y 1238 del C.C., hoy derogados, servirá en la actualidad para probar la certeza de los hechos, en la misma forma expresada en el apercibimiento para caso de no comparecencia, y dejando a salvo la contradicción que pueda producirse con otras pruebas; y en los demás casos, dicha prueba será valorada según las reglas de la sana crítica.

1.3. *Prueba documental pública.* Siguen rigiendo los artículos 1216 a 1224 del C.C. y, por lo tanto, la valoración probatoria de este medio de prueba sigue siendo la misma que antes de la vigencia de la actual L.E. Civil.

La Sección 2.ª de este Capítulo VI, dedicada a los documentos públicos, aparece desarrollada en los artículos 317 a 323 y, sustancialmente, tiene la misma factura legal de los precedentes artículos 596 a 600 de la derogada L.E. Civil.

Son novedades: La inclusión, entre los documentos públicos enumerados en el art.º 317, con el n.º 4.º, de las certificaciones que expidan los

Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales; la ampliación, en el n.º 2.º, a todos los documentos autorizados por Notario con arreglo a derecho (y no sólo, como antes, a las escrituras públicas); y la comprensión, en el n.º 1.º, de las resoluciones, diligencias de actuaciones judiciales de toda especie, y los testimonios de ellas expedidos por los Secretarios Judiciales, que abarcan por ello las certificaciones del Registro Civil, que antes aparecían separadamente junto con las parroquiales, desapareciendo estas últimas de la nueva enumeración y regulación.

La fuerza probatoria de los documentos públicos es la establecida en el art.º 1218 del C.C., pero mejor precisada y aclarada en el art.º 329 de la nueva ley procesal civil, en cuanto a los intervinientes en dichos documentos, y además se tendrán por ciertos los hechos a que se refieran otros documentos administrativo no comprendidos en la relación establecida en el art.º 317 de igual ley. La presentación de dichos documentos, originales, o por copia o certificación fehaciente, o, si no es impugnada la autenticidad, la propia copia simple de los mismos, tendrá la fuerza probatoria plena a que se refiere tanto el C.C. como la nueva L.E. Civil.

También es novedad, la imposición de multa a quienes impugnaren temerariamente el documento público, si se demostrare dicha autenticidad; e igualmente lo es, la indicación de no hacer prueba el testimonio o certificación fehaciente, pero parcial, del documento público, si no se completa con las adiciones que solicite la parte contraria.

La impugnación de los documentos públicos, el empleo del oportuno cotejo con su matriz u original, y la regulación de los documentos públicos extranjeros, vienen regulados en la nueva ley en forma similar a la derogada, que no creemos necesario recordar.

1.4. *Los documentos privados.* Los artículos 324 a 327 que componen la Sección 3ª del mismo Capítulo, definen los documentos privados como los que no se hallen comprendidos en la relación de documentos públicos del art.º 317 antes mencionado. Su presentación deberá hacerse por original o copia autenticada por fedatario público competente, y también por copia simple, si la misma no es controvertida y coincide con el original. Harán prueba plena en el proceso si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudique. De impugnarse su autenticidad, se siguen las mismas normas que para los documentos públicos, con el mismo riesgo de imposición de multa al impugnante temerario.

Se reitera, en el art.º 327, respecto a los libros de los comerciantes, lo preceptuado en el antiguo art.º 605 de la L.E. Civil derogada.

La Sección 4.^a del mismo Capítulo VI, sobre normas comunes a ambos tipos de documentos (públicos y privados), regula con mayor detalle que la normativa procesal derogada, el deber de exhibición de documentos entre las partes, efectos de su negativa a dicha exhibición, y la muestra de documentos por terceros si su conocimiento fuera trascendente para el proceso; también se especifica el deber de exhibición documental y de expedición de certificaciones y testimonios por los funcionarios encargados de ello en los organismos públicos. La extracción de copias de documentos, que no sean simples escritos, bajo la fe del Secretario Judicial, y el valor probatorio, según las reglas de la sana crítica, de las copias reprográficas, concluyen el desarrollo legal de este apartado dedicado a la prueba documental.

La vigencia y aplicación de toda la normativa sobre prueba documental de la nueva L.E. Civil, junto con las normas que aun rigen sobre esta materia en el C.C., son de plena aplicación al proceso contencioso-disciplinario militar, a falta de regulación específica en la L.P.M.

1.5. *Prueba pericial.* Aparece regulada en la Sección 5.^a de este Capítulo VI, dedicándole la nueva L.E. Civil los artículos 335 a 352.

El objeto y finalidad de la prueba pericial no ha variado de los que tenía reconocidos la legislación procesal anterior (art.º 610 de la L.E. Civil derogada), en cuanto sean necesarios conocimiento científicos, artísticos, técnicos o prácticos, para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos. Pero, se modifica la forma de incorporación de los informes o dictámenes periciales al proceso civil, ya que los dictámenes necesarios o convenientes para la defensa de los derechos de las partes deben acompañarse, normalmente, con la demanda y contestación, por escrito, y bajo juramento o promesa de decir verdad, por parte del perito, de actuar con total objetividad. Con posterioridad, dichos dictámenes, solamente podrán aportarse para combatir alegaciones contrarias de las partes, anteriormente no expuestas (arts. 335 a 338).

Otra forma de prueba pericial es la solicitud, en demanda y contestación, de nombramiento y actuación de perito judicial, derecho que también posee el litigante que disfrutara de asistencia jurídica gratuita y no pudiera aportar dictámenes periciales emitidos a su instancia. Con posterioridad a los citados escritos de alegaciones, solamente podrá interesarse el peritaje judicial, para combatir alegaciones o pretensiones no contenidas en dichos escritos (art.º 339).

Los peritos deberán tener título oficial en la materia objeto de dictamen; y en materias que no estén comprendidas en títulos oficiales, serán nombrados peritos aquellas personas entendidas en la materia. Igualmente

se podrá interesar dictamen de Academias o instituciones culturales o científicas.

Las diversas formas que contempla la nueva L.E. Civil para designar a los peritos o hacerles comparecer a la presencia judicial están previstas, tanto para el proceso declarativo ordinario como para el verbal, según la nueva estructura de concentración y oralidad que prima en el actual proceso civil en general, y ello hace de difícil adaptación tales formas a la tramitación completamente distinta –como antes señalamos– del vigente proceso contencioso-disciplinario militar. De ahí que entendamos no ser aplicables esas diversas formas de designación y comparecencia de peritos al citado proceso militar, pero sí los conceptos generales que hasta ahora hemos mencionado respecto a dicha prueba pericial.

Si se presentaren dictámenes periciales obtenidos por las partes, con sus escritos de demanda y contestación, deberán indicar las mismas si dichos peritos –particulares– desean que comparezcan en la fase probatoria para explicar o ampliar su dictamen, pues así lo da a entender el art.º 337.2 de la nueva L.E. Civil. Si, por el contrario, lo que se desea es la designación judicial de perito, a instancia de una o de ambas partes, como el art.º 339 de la citada ley vigente se remite a los cinco días después de la contestación a la demanda, no cuadra ese nuevo trámite con lo establecido en los artículos 482 y 485 de la L.P.M., que permitiría al Tribunal, si se propone la prueba pericial y la designación de perito judicial, el efectuarlo inmediatamente o en el más breve plazo, al disponer, desde el mes de enero de cada año, de las listas de peritos profesionales, sindicales o de asociaciones y entidades apropiadas, conforme al art.º 341 de la actual L.E. Civil, sin la demora de trámites de la normativa procesal civil derogada.

La designación de un solo perito, por cada cuestión objeto de pericia, e incluso la posibilidad de acuerdo entre las partes para que sea un determinado perito el que emita dictamen, es algo que contempla la nueva L.E. Civil (arts. 339 y 341), y permitiría su aplicación directa, por supletoriedad, en el proceso contencioso-disciplinario militar, en vez del sistema derogado de traslado de la prueba pericial, comparecencia para designación de peritos, insaculación de nombres, etc., que hacía excesivamente larga la tramitación de esta prueba. Pero, lo que no es asumible para dicho proceso militar es la observancia de plazos y trámites previstos en los artículos 342 y 346 de la nueva ley procesal civil, pues dada la brevedad del plazo común de proposición y práctica de pruebas que establece la L.P.M. (20 días, máximo 30), se haría imposible o muy difícil practicar

dicha prueba dentro de plazo legal. Por ello, como no hay, en el siempre mencionado proceso contencioso-disciplinario militar, comparecencia previa, juicio o vista verbal, creemos que lo adecuado procesalmente y asumible es que, una vez propuesta la prueba pericial con designación judicial de perito, se haga dicho nombramiento por el Tribunal seguidamente, según las listas de que disponga, y se comunique al perito para que, dentro de quinto día, manifieste si acepta el cargo, y caso positivo, comparezca a jurar o prometer su desempeño objetivo, concediéndole seguidamente el Tribunal un plazo para emitir su dictamen, señalando ya el día y hora para la presentación por escrito de su dictamen y contestación a las aclaraciones y explicaciones que puedan solicitar las partes y el propio Tribunal. Los artículos 342, 345, 346 y 347 de la nueva L.E. Civil deben armonizarse con la limitación temporal del plazo común de proposición y práctica de dicho proceso militar; e igual sistema debería observarse si lo que se solicitase por las partes es la ratificación y aclaraciones o explicaciones del dictamen acompañado con los escritos alegatorios por el perito designado particularmente, pues el artículo 380 de la nueva ley procesal civil permite la presencia y declaración del mismo como testigo-perito.

Los peritos designados judicialmente solamente podrán ser recusados, mientras que los otros peritos podrán ser objeto de tacha, debiendo advertirse que la vigente L.E. Civil señala específicas causas de recusación en los artículos 124 a 128, que deberán aplicarse, a falta de otra normativa que regule el tema.

El incidente de tacha de peritos, para el proceso contencioso-disciplinario militar, únicamente se podrá plantear dentro del período probatorio, con la posibilidad de pruebas o contradicción de las tachas, y cuyas alegaciones y pruebas serán tenidas en cuenta por el Tribunal al valorar la prueba en su sentencia. La relación de tachas de los peritos no recusables es similar a la de los testigos, y la apreciación por el Tribunal de temeridad o deslealtad procesal en el planteamiento de las tachas, dará lugar a la imposición de multa (art.º 344 de L.E. Civil).

El Tribunal valorará el dictamen pericial según las reglas de la sana crítica (art.º 348), como en la normativa procesal anterior.

En la nueva L.E. Civil (arts. 348 a 352), se sitúa más acertadamente el cotejo de letras, dentro de la prueba pericial, con un desarrollo muy similar al de la ley derogada, si bien el perito que haya de efectuar el cotejo deberá ser siempre designado judicialmente. En cuanto a documentos indubitados y cuerpo de escritura, se han reproducido en la nueva ley los preceptos de la ley anterior.

1.6. *Reconocimiento judicial.* Regulado este medio de prueba en la Sección 6.^a (arts. 353 a 359) del mismo Capítulo VI, se vienen a reproducir en ella los artículos 633 a 636 de la antigua L.E. Civil, regulando el objeto y finalidad de dicha prueba, que lo es para la percepción por el tribunal de algún lugar, objeto o persona que sea necesario o conveniente para el esclarecimiento o apreciación de los hechos. Se contemplan en dichos artículos la forma de realizar la prueba, la posibilidad de su práctica conjunta con la pericial y la testifical, y el levantamiento por el Secretario Judicial del acta en que se consignen las apreciaciones y percepciones del Tribunal, así como las observaciones de las partes y personas técnicas o prácticas que asistan.

Las únicas novedades de esta Sección son: La previsión de reconocimiento judicial de una persona, a través del interrogatorio del Tribunal, adaptado a las necesidades del caso, y garantizando el respeto a la dignidad e intimidad de la persona. Y la segunda novedad es la obligatoriedad de empleo de medios técnicos de constancia del reconocimiento judicial y la expedición de copias de los soportes grabados.

Ni que decir tiene que las nuevas normas de la L.E. Civil sobre este medio de prueba son perfectamente aplicables al proceso contencioso-disciplinario militar, salvo el empleo de medios técnicos de constancia de dicho reconocimiento en forma obligatoria, mientras no se dote a los órganos judiciales militares de los medios móviles de grabación y reproducción de la palabra, imagen y sonido, y personal adecuado para su utilización. El acta del Secretario dejará constancia de lo sucedido en dicho reconocimiento, como ocurría anteriormente, y tampoco existe dificultad alguna para incorporar al acta aquellas fotografías, planos, diseños, etc., que mejor puedan describir el lugar, objeto o persona que han sido reconocidos.

1.7. *Interrogatorio de testigos.* Este medio de prueba es el objeto de la Sección 7.^a y de los artículos 360 a 381 de la vigente L.E. Civil.

Al derogarse los artículos 1244 a 1248 del C.C., por la nueva L.E. Civil, han desaparecido las causas señaladas en dicho Código para la inhabilidad natural o legal de los testigos. Por ello, podrán ser testigos ante los Tribunales todas las personas, salvo las que se hallaren privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos perceptibles a través de los mismos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si poseen, a juicio del Tribunal, el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente.

La designación de testigos, con sus datos de identificación y localización, la limitación del número de testigos a proponer, la declaración en el domicilio de los mismos en su caso, la previa exigencia al testigo de jura-

mento o promesa de decir verdad e instrucción de las penas señaladas al falso testimonio en proceso civil, la formulación de preguntas generales de la ley, y modo de declarar los testigos, son aspectos de la prueba testifical que se reproducen en la nueva ley, de forma similar a la antigua L.E. Civil, en los artículos 645 a 648 de la norma derogada.

Como en el proceso contencioso-disciplinario militar no está previsto en la ley la celebración de comparecencia única, juicio o vista oral, y hay en cambio un período común probatorio, la prueba testifical no podrá ser propuesta oralmente sino por escrito, con designación de los testigos y formulación de las preguntas, como en el sistema procesal civil anterior, permitiendo a la parte contraria la formulación, también por escrito, de las repreguntas, para la declaración de pertinencia y admisibilidad por el Tribunal. No cabe aceptar en este momento, para el proceso militar indicado, la íntegra celebración oral de la prueba testifical, con formulación oral de las preguntas de la parte proponente y de las posteriores preguntas de las restantes partes, sin contar previamente –como anteriormente señalamos– con los medios personales y materiales imprescindibles para la utilización de los medios audiovisuales de constatación y reproducción de la palabra, imagen y sonido, y las reformas legislativas necesarias.

Constituyen novedades de la nueva L.E. Civil: Que la admisibilidad de las preguntas podrá ser impugnada por la parte contraria a la proponente de la prueba, tan pronto tenga conocimiento de ello. Cuando el testigo tenga el deber de guardar secreto, podrá ser liberado por el Tribunal de responder. Y tampoco deberá contestar el testigo sobre materia legalmente clasificada como reservada o secreta, una vez ello acreditado. Y se contempla la posibilidad de careo entre testigos y con los propios litigantes, tanto acordado de oficio como a instancia de parte. Todas estas novedades podrán ser admitidas para el proceso militar mencionado, pero adaptadas al tiempo y forma del período probatorio señalado en la L.P.M.

Las indemnizaciones a los testigos por los gastos y perjuicios causados, aparecen en la nueva ley, pero confiando al Tribunal su fijación e importe, mediante Auto; y no satisfecho por la parte a la que incumba el pago, podrá acudir el testigo directamente al procedimiento de apremio (art.º 375 de L.E. Civil).

La valoración de la prueba testifical por el Tribunal será, según las reglas de la sana crítica, similar a la ley procesal civil derogada, pero sin tener en cuenta el número o calidad de los testigos, como hacía la L.E. Civil anterior (art.º 659), ni desvalorizándola en relación a otras pruebas como hacía el artículo 1248, hoy derogado, del Código Civil.

El incidente de tachas de los testigos, y la descripción de las mismas es copia de la normativa derogada, si bien se amplía el concepto de la tacha a circunstancias de parentesco o de dependencia no solo con la parte que lo proponga, sino también con su Abogado o Procurador, o relacionado con ellos por vínculos de tutela, adopción, de sociedad, intereses u otros análogos. Y se permite no solo el planteamiento de la tacha por la parte contraria a la que proponga el testigo, sino también por la propia parte proponente si, con posterioridad a la proposición, tuviere conocimiento de alguno de dichos motivos de tacha.

Se regula, como novedad, el interrogatorio del denominado testigo-perito, con referencia a los informes periciales emitidos particularmente a instancia de parte y aportados en período alegatorio (art.º 380); e igualmente se desarrolla o regula, por vez primera, la contestación o respuesta por escrito que deberán hacer las personas jurídicas y entidades públicas al cuestionario de preguntas que se les formule por las partes y sea declarado pertinente por el Tribunal (art.º 381).

Reiteramos, sobre esta prueba testifical, lo dicho anteriormente de ser perfectamente asumibles en el proceso contencioso-disciplinario militar, las novedades introducidas sobre esta prueba en la vigente L.E. Civil, pero adaptadas a la formulación escrita y a la limitación del período probatorio de la L.P.M., y prescindiendo del sistema de oralidad y concentración, mientras no se dote a la Jurisdicción militar de los medios personales, materiales y normativos imprescindibles para producir un cambio procesal tan drástico como el introducido en la nueva L.E. Civil.

1.8. *Reproducción de la palabra, sonido e imagen, e instrumentos que permitan archivar y conocer datos relevantes para el proceso.* Los artículos 382,383 y 384 que componen la Sección 8.ª de este Capítulo V, constituyen una novedad procesal, que permitirá a las partes proponer como prueba los citados medios técnicos audiovisuales, para ofrecer al Tribunal nuevas vías de conocimiento en relación a los hechos objeto de debate. La valoración de estos novísimos medios de prueba, se efectuará por el Tribunal, atendiendo a las reglas de la sana crítica.

La aceptación de estos nuevos medios de prueba para el proceso contencioso-disciplinario militar no ofrece dudas, tan pronto se aporten por los litigantes los soportes técnicos que contengan aquella reproducción, y lo que resultará obligado para un procedimiento escrito, que es su transcripción también escrita de las palabras que contenga dicho soporte.

1.9. *Las presunciones.* Son objeto de la Sección 9.ª, compuesta de los artículos 385 y 386, y su contenido está inspirado en los derogados

artículos 1252 y 1253 del C.C., de los que reproduce algún párrafo, desarrollándose el tema más adecuadamente y mejor en una norma procesal, que en una de carácter sustantivo.

Se contemplan en esos dos artículos las presunciones legales y las judiciales, y a la par que se reproducen expresiones de su anterior regulación en el C.C., se tiene muy en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca de las presunciones judiciales. El contenido de ambos preceptos es plenamente asumible en el proceso contencioso-disciplinario militar, a falta de regulación de la cuestión en la L.P.M., y dado el carácter supletorio atribuido a la L.E. Civil.

e) Cuestiones incidentales

Como final del Título I, del Libro II, de la vigente L.E. Civil, se dedica un Capítulo VII de la misma a las cuestiones incidentales, a semejanza del anterior trámite de incidentes, y que tendrá un valor supletorio de aplicación en el proceso contencioso-disciplinario militar, para aquellos supuestos no contemplados en la L.P.M., y que permitan encauzar procesalmente todas aquellas cuestiones que no siendo la principal, guarden directa relación con la misma.

Distingue la L.E. Civil entre cuestiones incidentales de especial pronunciamiento, que anteceden y deben resolverse, necesariamente, antes de la decisión de fondo, de las cuestiones de previo pronunciamiento, que permiten suspender el curso de la demanda para su obligada resolución. Los límites temporales para su promoción y el sencillo trámite previsto para su controversia y decisión, adaptado al proceso verbal civil, hacen a la nueva normativa más sencilla que la legislación derogada, aun reconociendo que está aquella adaptada al sistema general de concentración y oralidad del nuevo proceso civil, lo que habrá de ser tenido en cuenta, caso de aplicarse al proceso militar mencionado, que se inspira en otros principios.

B) *La revisión de sentencias firmes*

El último Título, el VI, del Libro II, de la vigente L.E. Civil, está dedicado a la revisión de sentencias firmes civiles, y siguiendo el parecer de la doctrina procesalista, dado su carácter de remedio extraordinario, mejor que recurso, ha sido tratado en la nueva ley en Título independiente y distinto del que se ocupa de los recursos, ordinarios y extraordinarios.

La aplicación de este Título al proceso contencioso-disciplinario militar, resulta obligada, en atención a lo dispuesto, “en cuanto a términos y procedimiento”, en el artículo 504 de la L.P.M. La especial remisión de

dicho precepto a las Secciones II, III y IV, del Título XXII, Libro II, de la L.E. Civil derogada, habrá de entenderse efectuada a los vigentes artículos 510 a 516, que tienen el mismo contenido que aquellas Secciones, e incluso la misma redacción, con mejora de algunas expresiones, pero con una mayor simplificación de trámites, al referir la controversia al trámite del juicio verbal civil, no permitir la suspensión de la ejecución de la sentencia firme (salvo la excepción del supuesto de despacho de ejecución), y suprimir la interrupción del plazo de caducidad del recurso, de cinco años. El esquema procesal de la derogada ley se mantiene en la presente, con mejor orden en la exposición del tema, y ello nos dispensa de cualquier otro examen comparativo entre la legislación procesal militar y la civil.

III. CONCLUSIONES

Como resumen de todo lo expuesto, destacaría que, dentro del contenido del Libro I de la vigente L.E. Civil, referido a las Disposiciones generales relativas a los juicios civiles, tienen un valor supletorio para complementar la propia y específica regulación de la L.P.M., los preceptos que se refieren a la renuncia, desistimiento, representación y defensa con carácter general, acumulación de procesos, y recusación de funcionarios de la Administración de Justicia y de peritos, de los que se trata en los cuatro primeros Títulos de este Libro I. Que todo el contenido de los Títulos V a IX, que regulan las actuaciones judiciales, la cesación de esas actuaciones y la caducidad, la tasación de costas y la buena fe procesal, tienen un valor supletorio de segundo grado para el proceso penal militar, por cuanto es la Ley de Enjuiciamiento Criminal la normativa supletoria preferente de la Ley Procesal Militar para dicho proceso; mientras que dicho contenido de los mencionados Títulos V a IX, será de aplicación directa al proceso contencioso-disciplinario militar, por expresa remisión, directa o supletoria, de esta última Ley a las normas reguladoras del proceso civil, salvo aquellas escasas disposiciones de la Ley Procesal Militar que regulen el tema de que se trate.

Respecto a la aplicación del contenido de los Libros II, III y IV de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil a los procesos militares, se ha de descartar dicha aplicación al proceso penal militar, que se inspira en criterios, principios y finalidades distintos a los del proceso civil, y ser la Ley Procesal Militar una ordenación procesal que sigue las directrices de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, para el proceso contencioso-disciplinario militar, serán de gran interés, para su aplicación al mismo, las dis-

posiciones generales referentes a la presentación de documentos y copias, a la prueba en general, y sobre todo a los medios de prueba, al remitirse concretamente la Ley Procesal Militar a las normas que regulan el proceso civil ordinario para la tramitación de la prueba en el citado proceso militar; normas que desarrollan la materia en la mayor parte del Título I, del Libro II. Igualmente serán de aplicación los preceptos del Título VI del mismo Libro II, sobre revisión de sentencias firmes, pues existe también la remisión a sus normas en el artículo 504 de la Ley Procesal Militar.

Pero, sin perjuicio de la aplicación directa o complementaria de las mencionadas normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente a los procesos militares, lo que entendemos no asumible para el proceso contencioso-disciplinario militar es la nueva configuración procesal de los procesos civiles, bajo los principios de concentración y oralidad, que difícilmente puede encajar con la tramitación escrita y de fases procesales que caracterizaron al proceso civil ordinario en la ley procesal derogada, en la que se inspiró, en su mayor parte, el proceso contencioso-administrativo, que es el modelo copiado por el proceso contencioso-disciplinario militar. De ahí que, mientras no se modifique la actual estructura del proceso contencioso-disciplinario militar y dada la bondad demostrada del sistema procesal seguido, no consideramos oportuna la aplicación de los preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que ordenan las pruebas para su práctica oral y concentrada, y con captación de las mismas por medios audiovisuales, pues son incompatibles con la estructura en fases y períodos determinados de tiempo, además de la constatación por escrito de todas las pruebas, que caracterizan al proceso contencioso-disciplinario militar, lo que es determinante para su inaplicación en ese aspecto concreto. Las novedades introducidas en la regulación de la prueba en la vigente L.E. Civil, deberán transvasarse, en su mayor parte, al actual proceso contencioso-disciplinario militar, pero siempre adaptadas a las limitaciones temporales y formales de dicho proceso, y excluyéndose su aplicación no solamente cuando puedan colisionar con preceptos específicos de la Ley Procesal Militar, sino cuando dichas novedades o modificaciones lleven consigo para su aplicación el cambio a un modelo procesal distinto del configurado, legalmente, en la actualidad, para el mencionado proceso militar.

Y esto es lo que, según mi leal saber y entender, pienso que ha de tenerse en cuenta, sobre la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a los procesos militares.

EL DERECHO MILITAR DEL SIGLO XXI: UN PROYECTO DE CÓDIGO PENAL MILITAR COMPLEMENTARIO *

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado.
Director de la Revista Española de Derecho Militar*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1. Pórtico. 2. El Derecho Penal Militar en el sistema penal español. II. EL DERECHO PENAL MILITAR COMO DERECHO ESPECIAL. III. LA CODIFICACION PENAL MILITAR ESPAÑOLA. 1. La pretendida “complementariedad” de la codificación penal militar. 2. El Código Penal Militar español: Un Código no integral parcialmente complementario. IV. LA PROPUESTA. ANEXO: Estudio de un Proyecto de Código Penal Militar.

I. INTRODUCCIÓN

1. PÓRTICO

La necesaria reforma de las normas penales y procesales militares se decidió en España a partir de 1976, integrando uno de los aspectos fundamentales de la transición política y del desarrollo de la Constitución de 1978. El Código de Justicia Militar de 1945 no alteró las líneas maestras del sistema de Justicia Militar de 1890, salvo en el aspecto de dotar de un Cuerpo legal común a los tres Ejércitos y a la Guardia Civil, convirtiendo en centenarios “*de facto*” los preceptos decimonónicos de la jurisdicción castrense. Desde 1890 (Código de Justicia Militar del Ejército de Tierra) hasta 1989 habían transcurrido noventa y nueve años cuando la Ley Orgánica 2/1989 derogó las últimas normas inalteradas del viejo sistema procesal militar.

* El autor agradece la colaboración de prestigiosos compañeros del Cuerpo Jurídico Militar como D. Ramos Gancedo, A. Corrales Elizondo, F. Blay Villasante, J. Rojas Caro, F. Pignatelli Meca, E. Calderón Susín, A. Millán Garrido, J. de Mendoza, J. M. García Labajo, C. Pérez del Valle, J. Oliveros Roselló, C. Melón Muñoz, R. Díaz Roca y D. Suárez Leoz en la elaboración de éste Proyecto. Naturalmente el texto final que se publica es responsabilidad exclusiva del autor.

Como es bien sabido, la reforma judicial militar se abordó mediante la codificación separada de las leyes penales (Ley Orgánica 13/1985, de Código Penal Militar y Ley Orgánica 14/1985), disciplinarias (Ley Orgánica 12/1985, Ley Orgánica 11/1991 y Ley Orgánica 8/1998), orgánicas (Ley Orgánica 4/1987) y procesales (Ley Orgánica 2/1989), además de algunas otras leyes (como la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar o modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial) reformadoras de algunos preceptos penales y procesales militares.

Sin embargo, para el Derecho Penal Militar el hito decisivo que debería haber marcado la reforma del sistema penal castrense en su aspecto sustantivo fue la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal. Y ello porque la promulgación de la norma básica debe significar, en buena técnica legislativa, la adaptación de un Código (como el Penal Militar) que se autoproclama complementario. Debemos recordar la crítica científicamente certera, aunque inoportuna desde la óptica de la política legislativa, del profesor J. M.^a Rodríguez Devesa cuando destacaba la inconsecuencia de elaborar el Código complementario (Código Penal Militar) antes que el común (Código Penal).

La oportunidad, no obstante, no se ha perdido. Buscamos con el presente estudio la publicación de un ensayo doctrinal sin más pretensión que la de una modesta aportación al tratamiento científico del Derecho Penal Militar. Y lo hacemos convencidos de que, iniciado el siglo XXI, únicamente podemos elaborar un Código Penal Militar rigurosamente complementario del Código Penal.

2. EL DERECHO PENAL MILITAR EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

2.1. *La singularidad del Código Penal Militar Español*

Examinadas con la suficiente perspectiva, resulta llamativa la considerable extensión de nuestras vigentes Leyes Penales, Orgánicas y Procesales militares. El autor, ciertamente, no está en condiciones de lanzar la primera piedra pues, ante todo, el legislador debió cumplir el reto inaplazable de reformar el sistema de la Justicia Militar y adaptarlo con urgencia a la Constitución. Pero ello no nos impide destacar críticamente (como lo hicieron en su día E. Calderón Susín o A. Millán Garrido) lo desmesurado de ésta normativa como hecho aislado y singular en las modernas codificaciones castrenses de la segunda mitad del siglo XX, aunque tal reproche deba asumirlo quien escribe con una considerable dosis de autocensura.

Dante Alighieri degli Elisei en el *Canto Sexto* de *La Divina Comedia* (*El Paraíso*) canta la gloria de Justiniano, quien presenta su obra con esta frase: ... *suprimí cuanto de redundante y vano había en las leyes*. Así pues, suprimir lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad, podría ser el buen comienzo de un programa legislativo militar para el siglo XXI.

No se trata evidentemente de contar el número de palabras o de letras empleadas por el vigente Código Penal Militar, como si de tal mensuración (al más genuino estilo anglosajón) se pudieran deducir consecuencias en el terreno de la dogmática jurídico penal. Pero es necesario, en el trance de una próxima reforma penal militar, reflexionar sobre las razones históricas que han aconsejado al legislador español la elaboración (en 1985) de un Código Penal Militar de 197 artículos, que se autodefine como no integral y complementario del Código penal común, para derogar y sustituir al Código de Justicia Militar de 1945, texto integral y completo que dedicaba a los delitos militares (Tratado Segundo *Leyes Penales*) “sólo” 232 artículos. Escasa diferencia cuantitativa que no se corresponde con la distancia conceptual que separa a ambos textos normativos.

Y si seguimos este curioso ejercicio con otros cuerpos legales militares de diversos Estados, podemos elaborar el siguiente inventario normativo. La Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania tiene 48 párrafos. El Código Penal Militar de Bélgica se extiende a 62 artículos, que eleva a 87 un conocido proyecto de reforma. A la Ley Penal Militar de Austria le bastan 38 párrafos. Dentro del Código Penal común de Suecia se dedican dos capítulos a las infracciones militares, con un total de 41 artículos. El Código penal común de Hungría contiene en 24 artículos toda la materia penal militar. El Código de Justicia Militar de Francia, reformado en 1982, despacha en 93 artículos agrupados en su Libro III las penas e infracciones militares. Rumania, Checoslovaquia y la ex Yugoslavia dedicaban a las infracciones castrenses someros capítulos de su Código penal común, agrupando escasos preceptos militares.

El Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de América regula la materia penal militar en 57 artículos. Para la Ley de Defensa Nacional de Canadá son suficientes 67 artículos para tratar las infracciones militares y sus penas. Bastan 40 artículos para tipificar los delitos militares en la Ley de Seguridad Nacional de Brasil. Las leyes penales militares inglesas no se extienden en esta materia mas allá del centenar de preceptos. La Ley de Justicia Militar de Israel regula en 118 artículos la

materia penal castrense. La Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares de la URSS, integrada luego en el Código penal soviético, tenía una extensión de 33 artículos.

Estos ejemplos, aunque abrumadoramente mayoritarios, no nos deben hacer olvidar la existencia de tres Códigos penales militares europeos clásicos e importantes, aunque antiguos, que tienen una considerable extensión. El primero es el Código Penal Militar de Suiza, de 13 de junio de 1927, con numerosas reformas posteriores. Es el ejemplo clásico de código militar integral, que contiene 235 artículos. El segundo Código de estas características, hasta la reforma, fue el Código de Justicia Militar de Portugal de 1977, que reguló los crímenes militares y sus penas a través de 208 artículos.

Pero, los ejemplos más característicos de codificación extensa, sin perjuicio de una depurada técnica legislativa, son los Códigos Penales Militares italianos de Paz y de Guerra, ambos de 20 de febrero de 1941. El Código de Paz tiene 260 artículos que regulan la materia penal militar y el de Guerra 230 preceptos penales. Todavía se encuentran vigentes, con numerosas modificaciones, ya que no prosperó el Anteproyecto de Código Penal Militar elaborado por la Asociación Nacional de Magistrados Militares italianos, que formaba parte de una ambiciosa reforma penal castrense. Hoy la polémica se centra en la supresión de la jurisdicción militar en Italia. Pues bien, el texto de esta proyectada norma penal militar, con sus disposiciones generales y la tipificación de los delitos militares en particular, comprende 46 artículos de un total de 70.

Para A. Millán Garrido, este Anteproyecto italiano se basa en el principio de la especialidad y consiguiente complementariedad, conforme al criterio doctrinal más autorizado. Especialidad que, según el Preámbulo de la proyectada norma, *sirve tanto como instrumento técnico (a fin de evitar normas superfluas, por repetitivas de disposiciones comunes ; en este sentido, la remisión a la ley penal común es utilizada incluso para la definición del delito militar) como base sustancial, al considerarse que la derogación de los principios penales sólo puede establecerse por motivos específicos que la fundamenten y no por una simple y acrítica consideración tradicional de la especificidad del Derecho Penal militar.*

Así, el artículo 1 del mencionado proyecto define el delito militar, noción necesaria para determinar los límites de la competencia de la jurisdicción militar (de acuerdo con el artículo 103.3 de la Constitución italiana) o para establecer los delitos que, tutelando importantes intereses militares, requieren reglas especiales en la parte general. Se evita con ésta téc-

nica la repetición de normas comunes, con una doble ventaja : Asegurar la recepción de las modificaciones de las leyes penales ordinarias y excluir la irracionalidad del sistema vigente, en el que se establece de forma aleatoria la distinción entre delitos militares y comunes.

Destaca la *Relazione* del proyecto italiano que se ha cuidado de concretar las categorías de delitos que, por concurrir determinados elementos especiales (comisión por un militar, en lugar militar o con daño para la administración militar), pueden dar vida a los delitos militares.

Este artículo tiene la siguiente redacción:

Artículo 1 (Delito militar). 1. Constituye delito militar, además de la infracción de las disposiciones del Título II de la presente ley, cualquier otro quebrantamiento de la legislación penal previsto como delito contra la personalidad del Estado o el orden público, cometido por un miembro de las Fuerzas Armadas con abuso de facultades o vulneración de los deberes inherentes a la condición militar, o siempre que sea en lugar militar, o como delito contra la administración pública, la administración de justicia, la fe pública, la integridad o moralidad pública, o el buen nombre, la persona o el patrimonio, perpetrado en perjuicio del servicio o de la administración castrense, o de otro miembro de las Fuerzas Armadas, si es en lugar militar o a causa del servicio, o contra la actividad judicial militar.

2. Constituye, asimismo, delito militar toda infracción de la ley penal prevista como delito en materia de control de armas, municiones y explosivos y de producción, consumo y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cometida por un miembro de las Fuerzas Armadas en lugar militar.

3. La pena privativa de libertad establecida para los delitos previstos en este artículo se incrementará en un sexto de su extensión.

Con la redacción de este precepto fundamental, se convierte la noción de delito militar en el concepto básico del Derecho Penal militar y determinante de la competencia de la jurisdicción militar.

El delito militar sólo puede ofender intereses castrenses o bienes jurídicos esencialmente militares, pero la técnica codificadora rechaza la mera reiteración de los tipos comunes (cuando por sus circunstancias afecten a tales intereses o bienes castrenses), pues ello vulneraría el principio de especialidad del Derecho Penal Militar, convirtiendo un Código complementario en un texto integral. Y tampoco es aceptable la técnica de militarizar los delitos comunes con el fin de atraer la competencia de la jurisdicción militar, como se ha hecho en el Código Penal Militar español de

1985 con los *Delitos contra la Administración de la Justicia Militar* (Arts. 180 a 188).

En nuestra opinión, técnicamente, desde el punto de vista del Derecho Penal y Procesal militar, sólo caben dos soluciones: 1.^a La determinación de la competencia de la jurisdicción militar en tiempos de paz o normalidad, completando el criterio de la atribución por razón del delito militar con otros como el lugar (militar) de perpetración o la persona responsable (miembro de las Fuerzas Armadas o Guardia Civil) unidos a la afección al servicio o a la violación de deberes castrenses, o una combinación de los anteriores. 2.^a La elaboración de una definición del delito militar, al modo del comentado proyecto italiano, en cuya noción se incluya (además de las infracciones previstas en el Código o Ley penal militar) aquellos otros delitos tipificados en las leyes penales comunes que, por sus circunstancias de lugar, persona y afección al servicio, puedan ser considerados como ilícitos penales castrenses. Y ello porque algunas de estas circunstancias o una combinación de ellas (por ejemplo, la condición militar del sujeto activo unida a la afección al servicio) pueden considerarse suficientes para que un tipo común se cualifique como delito militar por afectar a intereses esencialmente castrenses.

Desde nuestro particular punto de vista es más acertada esta segunda opción que, con independencia de algunas matizaciones, está contenida en la propuesta de la Asociación Nacional de Magistrados Militares italianos.

La bondad de la solución ofrecida por el proyecto italiano se evidencia en el ámbito de los delitos contra la salud pública por tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Es indudable que estos actos de tráfico realizados por militares en lugar militar afectan a la eficacia de las Fuerzas Armadas, hasta el punto de que el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de América hubo de ser reformado para incorporar este delito. Ahora bien, ni es lógico que se tipifique como delito militar en la Parte Especial del Código Penal Militar, repitiendo la descripción de la misma conducta ya incriminada en la norma común (añadiendo las circunstancias de lugar y el sujeto activo), ni tampoco es aceptable que la jurisdicción militar (como ocurre en España, salvo con la introducción de drogas en buques de guerra o aeronaves militares) no conozca de tales delitos, con el riesgo de indeseables consecuencias que pueden conducir a la degradación de tales conductas al campo disciplinario castrense, por la lenta actuación de los tribunales ordinarios. La solución técnicamente más certera es la expresada en el número 2 del artículo 1 del proyecto italiano que comentamos, puesto que no puede negarse que

tales delitos contra la salud pública cometidos por militares y en lugar militar o, más exactamente, con abuso de facultades o infracción de los deberes castrenses, afectan a intereses militares (la eficacia en el servicio) y entran de lleno dentro del ámbito *estrictamente castrense* a que alude el artículo 117.5 de la Constitución.

Continuando con el ejemplo italiano, también merece un juicio altamente favorable la técnica con que se construye la noción del delito militar a partir de determinadas categorías de delitos comunes. Para algunos delitos previstos en el Código penal muy relacionados con la Defensa Nacional (delitos contra la personalidad del Estado o el orden público) basta la condición militar del sujeto activo actuando con abuso de facultades o infracción de deberes castrenses, o que se cometa el delito en lugar militar. Ambos requisitos (comisión por miembros de las Fuerzas Armadas y lugar militar) convierten en delito militar los comunes en materia de control de armas, municiones o explosivos o producción, uso y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Finalmente, una serie de delitos (contra la administración pública, administración de justicia, fe pública, integridad pública, moralidad y buenas costumbres, persona o patrimonio) cuando el resultado de la acción punible ocasione un daño para el servicio, administración militar u otro militar, se convierten en delitos militares siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes: Comisión en lugar militar, realización con ocasión del servicio militar o producción de un perjuicio a la actividad judicial militar.

2.2. *Hacia un concepto moderno del delito militar*

Las relaciones de alternatividad entre los delitos comunes y los delitos militares persisten en el sistema penal español, sin que haya logrado resolver esta situación (indicadora de una carencia de técnica en la tipificación) la promulgación de la Ley Orgánica 13/1985, de Código Penal Militar, ni la Ley Orgánica 14/1985 (llamada *ley puente* entre el Código militar y el común) y subsisten también en el vigente Código penal de 1995. Son ejemplos evidentes: Muchos de los *delitos contra la seguridad y defensa nacional* (traición, espionaje y revelación de secretos), los *delitos contra las leyes y usos de la guerra* (en relación con los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, del Código penal), los *delitos contra la Administración de la Justicia Militar* y los *delitos contra la hacienda en el ámbito militar*.

No parece pues mala técnica resolver estas duplicidades de tipos criminales mediante la conversión de determinados delitos comunes en

infracciones penales militares, cuando las circunstancias del sujeto activo, lugar o afección militar (adecuadamente combinadas) sitúen la conducta en el ámbito estrictamente castrense. En conclusión, el proyecto italiano nos ofrece dos clases de delitos militares: 1.º Los tipificados en la ley penal militar (delitos militares “específicos”) y 2.ª Algunos previstos en la ley penal común que, por sus circunstancias, afecten a intereses militares esenciales (delitos militares “especiales”). Y éstos últimos se integran en el concepto de delito militar a través del principio de complementariedad o especialidad de las leyes penales castrenses.

Ciertamente uno de los rasgos definidores del vigente Código Penal Militar es que ha dejado de ser (como lo fue el Código de Justicia Militar de 1945, derogado) un código integral o completo, para convertirse en una norma complementaria del Código penal. Así, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal Militar se justificaba tal novedad por el carácter de leyes penales especiales que califica a las leyes penales militares y por el abandono de la técnica del código integral (o *vademécum*), propio de una Justicia militar con un bajo índice de profesionalidad, por la doctrina y las legislaciones militares modernas (R.F. de Alemania, Francia, Reino Unido, Estados Unidos de América, Portugal, Bélgica, Austria, Canadá, Holanda, Israel, Grecia, Brasil e incluso el Proyecto de Italia, entre otras).

Ahora bien, si sólo elogios mereció el contenido del artículo 5 del Código Penal Militar, en cuanto establece el principio de *especialidad* del texto punitivo castrense y declara la aplicabilidad subsidiaria del Código penal (añadiendo una oportuna cláusula de *salvaguardia*), suscitó grandes dudas la oportunidad de aprobar un Código Penal Militar complementario de uno común aún desconocido y en trance de profunda modificación. Así, el Código Penal Militar vigente se resintió (ya *ab initio*) de esta grave indeterminación, pues no se sabía si sus preceptos habían tenido en cuenta (para complementar sus normas) el entonces vigente Código penal (Texto Refundido aprobado por Decreto 3.096/1973, con numerosas reformas posteriores, particularmente la derivada de la Ley Orgánica 8/1983), el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 o la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

El vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entró en vigor el día 24 de mayo de 1996, es decir casi diez años después del Código Penal Militar (1 de junio de 1986). Durante este largo periodo de tiempo no ha dejado de plantear problemas la interpretación coordinada de ambos textos penales, única posible según el *Principio*

de la unidad del ordenamiento jurídico. Es decir, parafraseando una conocida definición científica, *el Derecho Penal Militar en el sistema u ordenamiento penal español.* Este es el *principio* fundamental que ha presidido la elaboración del presente trabajo.

II. EL DERECHO PENAL MILITAR COMO DERECHO PENAL ESPECIAL

La doctrina italiana (V. Veuro y R.Venditti, por todos) coincide en señalar mayoritariamente que la especialidad es la característica más relevante de las leyes penales militares. Especialidad por su ubicación en relación con el Código penal (principio de complementariedad) y también por su ámbito de aplicación (la materia penal militar).

Así, la Ley penal militar es especial porque: 1.º Es complementaria de la ley penal común. 2.º La mayoría de sus normas regula la conducta de una determinada categoría de personas (los militares). 3.º Muchas de sus normas contienen elementos especiales respecto de las comunes. Y ello se deriva del hecho de que la Ley penal militar tiene como finalidad la tutela de intereses jurídicos especiales.

Para E. Calderón la especialidad del Derecho Penal Militar no es puramente topográfica, sino derivada de la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la ley marcial, que sigue fiel a los principios o instituciones comunes, de las que sólo se aparta cuando la protección de los bienes lo exige. Si el concepto de complementariedad de las leyes penales militares significa que sólo deben contener (además de los tipos delictivos castrenses) las reglas que se separan del Derecho Penal común, la idea de la complementariedad es secuela necesaria del principio de especialidad. Compartimos totalmente esta postura y, muy particularmente, la superación de la especialidad del Derecho Penal Militar como algo meramente formal o topográfico.

III. LA CODIFICACIÓN PENAL MILITAR ESPAÑOLA

1. *La pretendida “complementariedad” de la codificación penal militar*

La legislación penal militar española nace como un sistema integral e independiente, en buena parte, del sistema penal común y va evolucionando hacia un sistema de Código o leyes complementarios de los comunes, complementariedad que se predica del Código Penal Militar de 1985. Ya desde el Código de Justicia Militar de 1945 se había alcanzado la unidad

de Código para todas las Fuerzas Armadas y para la Guardia Civil. En España no se ha sentido la necesidad de promulgar un Código penal militar para tiempo de guerra y otro para tiempo de paz, como en Italia.

Hoy, en el panorama del Derecho Militar comparado, carece de sentido plantearse la elaboración de un código castrense integral, sin perjuicio de que podría elaborarse una *escala de complementariedad*, para calificar las distintas soluciones nacionales en relación con la aplicabilidad de las normas penales comunes.

A nuestro modo de ver, la complementariedad de un Código o Ley penal militar respecto al Código penal común se basa en las condiciones siguientes:

1.º Cláusula de remisión al Código Penal en lo previsto en la norma militar, con o sin cláusula de *salvaguardia*. Supletoriedad del código ordinario.

2.º Parte general muy breve, sin repeticiones de la parte general del Código penal y que únicamente regule aquellas especialidades castrenses muy justificadas que no atenten contra los grandes principios penales (muchos de ellos constitucionalizados).

3.º En la parte especial se deben tipificar como delitos militares aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro un interés militar esencial para la institución armada o un bien jurídico puesto bajo la salvaguardia de los Ejércitos, evitando los llamados delitos comunes militarizados. Ahora bien, dado el carácter normalmente pluriofensivo de los delitos militares, no siempre es fácil realizar este deslinde, por lo que ofrecemos estos criterios diferenciadores:

- a) Delitos esencialmente militares que ofenden sólo un interés castrense y no guardan relación con los delitos comunes. Son *Delitos militares específicos*.
- b) Delitos esencialmente militares donde se lesionan bienes jurídicos castrenses y comunes pero con una clara prevalencia del interés militar sobre el común (como el abuso de autoridad). Son también *Delitos militares específicos*.
- c) Delitos militares en los que se describe un tipo básico común, pero en los que las circunstancias de la acción (tiempo de guerra, relación de servicio o eficacia de las Fuerzas Armadas) determinan el carácter militar de la infracción. Son *Delitos militares especiales*.
- d) Delitos comunes en los que concurre alguna circunstancia militar (de persona, lugar de comisión o interés castrense), militarizados por su mayor penalidad o para atraer la competencia de la Jurisdicción militar. Son realmente *Delitos comunes*.

No cabe duda que en un Código Penal Militar que quiera ser complementario sólo tienen cabida los *Delitos militares específicos*, sin perjuicio de una remisión al Código Penal que sirva para incluir como delitos militares a los que hemos llamado *Delitos militares especiales*. Y, desde luego, resulta rechazable la tipificación de los *Delitos comunes* en la ley penal castrense.

2. *El Código Penal Militar español: Un Código no integral, parcialmente complementario*

El Código Penal Militar español, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, puede calificarse como un código que prescinde del tradicional carácter integral de los textos históricos castrenses españoles y responde al modelo de los códigos complementarios no rigurosos. Sin embargo, pese a que la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal Militar rechaza expresamente la técnica del código integral, el carácter complementario sólo se alcanza parcialmente.

En principio, sólo merece alabanzas el contenido del artículo 5 del Código Penal Militar, que establece el principio de la *especialidad* del texto punitivo castrense y declara la aplicabilidad del Código penal, añadiendo una cláusula de *salvaguardia*, pues la ley común sólo será aplicable a los delitos militares *cuando lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código*.

Sin embargo, después de examinar numerosos modelos de Derecho comparado (Italia, Portugal, Argentina, Suiza, Estados Unidos de América, Reino Unido, Canadá, Alemania, Austria y Francia, entre otros), únicamente podemos calificar el Código Penal Militar español como un texto parcialmente complementario, caracterizado por :

- a) La existencia de una cláusula de remisión al Código penal común (art. 5), que expresa el principio de especialidad del Código Penal Militar, con la salvaguardia de que la supletoriedad que se proclama sólo será posible cuando sea compatible con la especial naturaleza de los ilícitos penales castrenses.
- b) La depuración en la Parte General del Código Penal Militar (Libro I) de las normas que no constituyen auténticas especialidades militares. No obstante, E. Calderón Susín ha podido escribir que son superfluos los cuatro primeros artículos (principios de legalidad, culpabilidad, igualdad e irretroactividad) y también el artículo 6 (separación de las infracciones disciplinarias militares).

Constituyen especialidades militares el ámbito espacial de la ley penal castrense (art. 7), las definiciones (arts. 8 a 19), el concepto de delito militar (art. 20) y las circunstancias eximentes y modificativas que se regulan (en el art. 21 la obediencia jerárquica y en el art. 22 las atenuantes de corta estancia en filas y provocación).

Sin embargo, no se puede decir lo mismo del tratamiento dado al encubrimiento por el artículo 23, que podría haber sido integrado entre los Delitos contra la Administración de Justicia.

Los preceptos que integran el Título III (De las penas) contienen peculiaridades militares que deben ser acogidas en un Código complementario, pero resultan superfluas buena parte de las normas de los Títulos IV y V.

c) En la Parte Especial del Código Penal Militar (Libro II) se tipifican una serie de delitos en particular que responden, en general, al esquema clásico de los textos penales castrenses complementarios no rigurosos, pues es posible que algunas infracciones penales castrenses (aún en tiempo de normalidad) puedan ser cometidas por personas no militares. En la mayoría de los tipos, sin embargo, se exige la circunstancia del tiempo de guerra (o estado de sitio) para que éstas personas puedan ser sujetos activos de un delito castrense.

Con independencia de la proliferación de ilícitos penales militares, el Código Penal Militar tipifica los delitos militares tradicionales, con la salvedad del Título VII dedicado a los *Delitos contra la Administración de la Justicia Militar*, puesto que el contenido de los artículos 180 a 188 no difiere sustancialmente de las conductas previstas como delitos de la misma naturaleza en el Código penal común.

En conclusión, del análisis de todas éstas excepciones a la complementariedad, podemos deducir el carácter parcialmente complementario (y, desde luego, no riguroso) del Código Penal Militar español.

IV. LA PROPUESTA

Después de estas reflexiones, descendiendo al terreno de *lege ferenda* y tratando de ser fieles a la virtud justiniana (*suprimir lo redundante y vano de las leyes*) ante los mejores ejemplos de la legislación extranjera y del derecho comparado, debemos fundamentar nuestro proyecto en una noción básica: La definición del delito militar. Este concepto nos servirá como instrumento técnico para impedir enojosas repeticiones de preceptos comunes, tanto en la parte general del Código Penal Militar como en la descripción de los tipos delictivos que se integran en su Parte Especial. De

forma que sólo se tipifiquen en ésta última aquellas infracciones que carezcan de correlación con los delitos comunes.

Hay que tener en cuenta que no se trata de *militarizar* determinadas infracciones del Código penal para atraer la competencia de la Jurisdicción militar o sancionarlas con mayor pena, sino de contemplar en la ley especial únicamente aquellas que, cometidas por militares en determinadas circunstancias (acto de servicio o infracción de los deberes inherentes a la condición militar), entre las que pueden ser relevantes el lugar de comisión o la producción de un daño efectivo a la Administración militar, atenten contra un bien o interés jurídico cuya tutela penal puede encuadrarse en el ámbito estrictamente castrense. Naturalmente, debe tratarse de circunstancias esenciales pertenecientes al núcleo y no a la periferia del delito, pues sólo esta consideración puede transformar un delito común en otro *esencialmente* castrense. Se han cuidado escrupulosamente éstos principios al elaborar la estructura de los tipos que se proyectan.

Así se conseguiría la doble ventaja, ya señalada, de asegurar la recepción automática en el Código Penal Militar de las frecuentes modificaciones de las leyes penales comunes y de evitar las criticables relaciones de alternatividad entre los tipos comunes y castrenses.

En definitiva, se propone (art. 9) la siguiente definición de delito militar.

Son delitos militares:

1. *Las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de éste Código.*

2. *Cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código penal como:*

a) *Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.*

b) *Delito de rebelión en caso de conflicto armado internacional.*

c) *Delitos contra la Administración Pública, a excepción de los delitos de abandono de destino o desobediencia, y delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar, y con infracción de los deberes establecidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.*

d) *Delitos contra la salud pública, cometidos con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.*

3. *Los límites mínimo y máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el número segundo de éste artículo se incrementarán en un quinto, salvo cuando la condición funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.*

Con tal definición de los delitos militares, después de una labor de coordinación entre el Código penal y el texto punitivo castrense, se podrían eliminar de la Parte Especial del Código Penal Militar la mayor parte de los delitos de traición militar, revelación de secretos o información relativa a la Defensa nacional, atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional, delitos contra las leyes y usos de la guerra, contra la Nación española y contra la Institución militar, contra la Administración de la Justicia Militar y contra la Hacienda en el ámbito militar.

Si a ello unimos la simplificación y eliminación de numerosos tipos castrenses (particularmente los previstos en los prolijos Títulos relativos a los deberes del servicio y a los deberes del servicio relacionados con la navegación), que no responden a la realidad criminológica, así como la depuración de numerosos preceptos innecesarios de la Parte General del texto punitivo castrense, podríamos acercarnos a un deseable Código Penal Militar de extensión similar a los mejores ejemplos del Derecho comparado, cuyo núcleo (en la Parte Especial) está integrado por los delitos contra la disciplina y los delitos contra los deberes del servicio.

Por otra parte, desde la redacción de los primeros borradores de este Proyecto, algunas circunstancias han debido ser tomadas en cuenta para la redacción que ahora se ofrece. En primer lugar, la desaparición del sistema de servicio militar obligatorio que incide particularmente sobre algunos delitos militares específicos (Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio) y en determinadas normas de la Parte General.

En segundo lugar, la ratificación por España del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 de la Corte Penal Internacional, con sus consecuencias en la Parte General y Especial del proyectado Código Penal Militar y, naturalmente, en el Código Penal. Especialmente su artículo 8 (Crímenes de guerra) y los artículos 22 a 33 (Principios Generales de Derecho Penal).

Mención específica merecen algunas novedades que se introducen en el Proyecto objeto de este estudio. Así, la definición de *militares* (art. 2),

el concepto de *delitos militares* (art. 9), la definición de *obediencia jerárquica* (art. 10), la simplificación de las penas (arts. 12 a 20), las reglas especiales para la aplicación de las penas militares y comunes (arts. 21 a 24) y las remisiones a los tipos previstos en el Código penal común en los Delitos de Revelación de secretos o informaciones relativas a la Defensa nacional, Atentados contra los medios o recursos de la Defensa nacional, Delitos contra Autoridad militar, Fuerza armada o Policía militar, Delitos contra la eficacia en el servicio y Delitos contra la hacienda en el ámbito militar.

La modificación del artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (Disposición Adicional Segunda) trata de dar solución al enjuiciamiento por la Jurisdicción Militar de los Delitos contra la Administración de Justicia que se cometan en aquel ámbito. Y la definición de *fuerza armada*, dando nueva redacción al artículo 554 del Código Penal (Disposición Adicional Segunda), trata de coordinar y aunar tal concepto en los cuerpos penales común y castrense.

Se trata, en conclusión, del *Estudio de un Proyecto de Código Penal Militar* auténticamente complementario del Código Penal que, reducido a 83 artículos, ha huido de la *elefantiasis* que caracteriza al vigente. Se presenta así un texto punitivo castrense, que pretende responder a las necesidades del Derecho Militar del siglo XXI, plenamente integrado en el sistema penal español a través de una mayor complementariedad respecto del Código Penal común.

ANEXO: ESTUDIO DE UN PROYECTO DE CÓDIGO PENAL MILITAR

LIBRO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I

PRINCIPIOS Y DEFINICIONES

Artículo 1:

1. El Código Penal Militar será de aplicación a las infracciones que constituyan delitos militares. No comprende las infracciones disciplinarias militares, que se regirán por sus disposiciones específicas.

2. Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos de este Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal.

Artículo 2:

1. Son militares quienes posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica:

- a) Los militares profesionales, sean de carrera o empleo, que se integran bien en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil.
- b) Los alumnos de centros docentes militares de formación.
- c) Quienes se hayan incorporado a las Fuerzas Armadas en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 30.2 de la Constitución, en cualquier modalidad de servicio, mientras se hallen prestando el servicio en filas.

2. Asimismo, tendrán la consideración de militares:

- a) Los que con cualquier asimilación militar presten servicio de conformidad con la legislación relativa a movilización nacional.
- b) Los capitanes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar, y los prácticos a bordo de buque de guerra, en situación de conflicto armado o estado de sitio.
- c) Los prisioneros de guerra.

Artículo 3:

Son Autoridades Militares:

- a) El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes le sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.
- b) Los militares que ejerzan Mando Superior o, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.
- c) Los militares que, en caso de conflicto armado, ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza la acción militar.
- d) Los Presidentes y Vocales de Tribunales Militares, Fiscales Jurídico Militares y Jueces Togados Militares.
- e) Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales desta-

cados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada. En todo caso, los Jefes de Unidades que participen en operaciones de las Naciones Unidas.

Artículo 4:

Es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven u observadores visuales de los mismos espacios, durante el desempeño de sus cometidos.

Artículo 5:

1. Es superior el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

2. Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su empleo, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de las mismas.

Artículo 6:

1. Son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde.

2. Son actos de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución. Asimismo, tendrán esta consideración los actos

relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o el vuelo de aeronaves militares, los servicios de transmisiones o comunicaciones y los servicios de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos o aéreos.

Artículo 7:

1. Las fuerzas terrestres, navales o aéreas están frente al enemigo o frente a rebeldes o sediciosos cuando se hallen en situación tal que puedan entrar inmediatamente en combate directo con alguno de ellos o ser susceptibles de sus ataques directos, así como cuando sean alertadas para tomar parte en operaciones bélicas.

2. Son circunstancias críticas aquellas situaciones de peligro inminente para la integridad de las personas o el cumplimiento de la misión encomendada, así como las que supongan un riesgo grave e inmediato para la unidad, buque o aeronave militar, donde el responsable preste sus servicios.

Artículo 8:

Es orden todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de sus atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

TÍTULO II

DEL DELITO MILITAR

Artículo 9:

Son delitos militares:

1. Las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código.

2. Cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como:

a) Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

- b) Delito de rebelión en caso de conflicto armado internacional.
- c) Delitos contra la Administración Pública, a excepción de los delitos de abandono de destino o desobediencia, y delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar, y con infracción de los deberes establecidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.
- d) Delitos contra la salud pública, cometidos con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

3. Los límites mínimo y máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el número segundo de este artículo se incrementarán en un quinto, salvo cuando la condición funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.

Artículo 10:

1. El militar que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de una infracción penal en cumplimiento de una orden emitida por una Autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurran las tres condiciones siguientes:

- a) estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la Autoridad o superior de que se trate,
- b) no supiere que la orden era ilícita, y
- c) la orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. El jefe militar o que actúe efectivamente como jefe militar, así como el superior que ejerciere una autoridad similar sobre sus subordinados, será plenamente responsable por los delitos que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o a su autoridad y control efectivo, en razón de haber ejercido un control apropiado sobre sus subordinados, cuando:

a) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas o subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos, y

b) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en

conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La conducta imprudente será castigada con la pena establecida para el delito previsto en el artículo 65 de éste Código.

Artículo 11:

1. En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal, será circunstancia atenuante la de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

2. A los efectos de este Código, se entiende que hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código, o del Código Penal, siempre que sean de la misma naturaleza.

No se computaran los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

TÍTULO III

DE LAS PENAS

Capítulo 1

Clases y duración de las penas

Artículo 12:

Las penas principales que pueden imponerse por los delitos comprendidos en el Libro Segundo de este Código son:

a) Graves:

- Prisión superior a tres años.
- Pérdida de empleo.
- Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.

b) Menos graves:

- Prisión de tres meses y un día a tres años.
- Suspensión militar de empleo, de tres meses y un día a tres años.

Artículo 13:

1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y un día y máxima de veinticinco años, salvo lo que excepcionalmente resulte por aplicación del Código Penal.

2. Las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados.

3. En situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina.

Artículo 14:

La pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos.

Artículo 15:

Para el cumplimiento de la condena será de abono el tiempo de privación de libertad o de derechos acordadas cautelar o preventivamente, en los términos previstos en el Código Penal. Se hará extensivo el abono al tiempo de detención y de arresto disciplinario, así como al permanecido en suspenso de funciones, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos.

Capítulo 2

Penas que llevan consigo otras accesorias

Artículo 16:

1. Además de las penas accesorias previstas en el Código Penal, serán de aplicación en los delitos militares las siguientes:

- Pérdida de empleo.
- Suspensión militar de empleo.
- Deposición de empleo.

2. Para los militares, la pena de prisión que exceda de tres años, llevará consigo la accesoria de pérdida de empleo; la de prisión de seis meses y un día a tres años, la accesoria de suspensión militar de empleo. Toda pena de prisión de más de seis meses de duración llevará consigo, en su caso, la accesoria de deposición de empleo.

Capítulo 3

Efectos de las penas

Artículo 17:

Toda pena de prisión impuesta a cualquier militar producirá el efecto de que su tiempo de duración no será de abono para el servicio.

Artículo 18:

La pena de pérdida de empleo, aplicable a militares profesionales, produce la baja del penado en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, con privación de todos los derechos adquiridos en ellas, excepto los pasivos que pudieran corresponderle.

Esta pena es de carácter permanente. Los que la sufren no podrán ser rehabilitados, sino en virtud de una Ley.

Artículo 19:

La pena de suspensión militar de empleo, aplicable a todo militar que lo tenga en propiedad, privará de todas las funciones propias del mismo, durante el tiempo de la condena. También producirá el efecto de quedar inmovilizado en su empleo en el puesto que ocupe, y no será de abono para el servicio. Concluida la suspensión finalizará la inmovilización en el empleo y la pérdida de puesto será definitiva.

Artículo 20:

La deposición de empleo, aplicable a las Clases de Tropa o Marinería que no lo tengan reconocido en propiedad, producirá la pérdida del que posea el penado, sin que pueda obtener otro durante el cumplimiento de la condena.

Capítulo 4

Aplicación de las penas

Artículo 21:

1. En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, se impondrá la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración.

2. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada o concurra la circunstancia del número primero del artículo 11, podrá imponerse la pena inferior en uno o dos grados a la respectivamente señalada para el delito de que se trate.

3. La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia.

Artículo 22

Cuando la comisión de un delito militar produzca, además, resultados previstos como delito o falta en el Código Penal, los Tribunales militares sancionarán las consecuencias penales del hecho conforme a las reglas especiales para la aplicación de las penas establecidas en el Código Penal.

Artículo 23:

Los Tribunales militares no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirla en uno o dos grados, en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente del Código Penal, sin que, en ningún caso, pueda imponerse pena inferior a dos meses y un día.

La pena inferior a la de pérdida de empleo, impuesta como principal, será la de suspensión militar de empleo.

Artículo 24:

Cuando la pena establecida en el Código Penal para los delitos militares previstos en el número 2 del artículo 9 de este Código sea la de arresto de fin de semana, se aplicará a los militares la pena de prisión de dos meses y un día a tres meses. En los mismos supuestos, los Tribunales Militares podrán imponer, en atención a las exigencias de la disciplina, la pena de prisión en lugar de la pena de multa, en la proporción de un día de pri-

sión por cada dos cuotas de multa, sin que pueda aquella ser inferior a dos meses y un día.

Capítulo 4

De las formas sustitutivas de ejecución de las penas

Artículo 25:

Los Tribunales Militares aplicarán las normas sobre formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad, de acuerdo con lo establecido en el Código Penal, únicamente a los penados que en el momento del otorgamiento no posean la condición militar, conforme a lo establecido en el artículo segundo de este Código.

LIBRO SEGUNDO: DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

TÍTULO I

DELITOS CONTRA LA DEFENSA NACIONAL

Capítulo 1

Traición militar

Artículo 26

Será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, el militar que, con el propósito de favorecer al enemigo:

- a) Ejerciere coacción sobre el que ostenta el mando de una fuerza, buque o aeronave, para capitular, rendirse, demorar el combate o iniciar la retirada.
- b) Se fugare de sus filas con el ánimo de incorporarse al enemigo.
- c) Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas.
- d) Ejecutare actos de sabotaje, dificultare las operaciones bélicas o de cualquier otro modo efectivo causare quebranto a los medios o recursos afectos a la defensa militar.

Capítulo 2

Espionaje militar

Artículo 27

El extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés mili-

tar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de diez a veinte años de prisión.

El español que cometiere este delito será considerado traidor y se le impondrá la pena de quince a veinte años de prisión. Si tuviere la condición de militar será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

Artículo 28

El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciare a tiempo de evitar sus consecuencias.

Capítulo 3

Revelación de secretos o informaciones relativas a la Defensa nacional

Artículo 29

El militar que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 598 a 603 del Código Penal será castigado con la pena superior en grado a la establecida en el mismo. En situación de conflicto armado se impondrá la pena superior en uno o dos grados.

Si estos delitos se cometieren en situación de conflicto armado por quien no posea la condición militar, se castigarán con la pena superior en grado a la prevista en el Código Penal.

Capítulo 4

Atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional

Artículo 30

El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la Defensa Nacional cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 265 y 266 del Código Penal será castigado con la pena de diez a veinticinco años. La misma pena se impondrá al que cometiere este delito en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no posea la condición militar.

Artículo 31

El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misión de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Se impondrá la pena superior en grado al español que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cometiere este delito.

Artículo 32

El que contra la voluntad expresa o tácita del jefe de un centro, dependencia o establecimiento militar, penetrare, permaneciere en el mismo o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Capítulo 5

Incumplimiento de Bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio

Artículo 33

El que se negare a cumplir o no cumpliera las prescripciones contenidas en los Bandos que dicten las Autoridades Militares en situación de conflicto armado o estado de sitio, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.

Capítulo 6

Disposiciones comunes

Artículo 34

Las penas establecidas para los delitos de este Título se impondrán cuando se cometieren contra Potencia aliada u organización defensiva a la que pertenezca España.

Artículo 35

La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de este Título serán castigadas con la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas.

TÍTULO III

DELITOS CONTRA LA INSTITUCIÓN MILITAR

Capítulo 1

Delitos contra centinela, Autoridad militar, fuerza armada o Policía militar

Artículo 36

El que desobedeciere o hiciere resistencia a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le maltratase de obra será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el párrafo anterior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) si el hecho se verifica con armas u otro medio peligroso.
- b) si el hecho se verifica en situación de conflicto armado o estado de sitio.

Artículo 37

1. El militar que cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 550 a 556, contra Autoridad Militar, Fuerza Armada o Policía Militar, en sus funciones de agentes de la autoridad, será castigado con las penas allí previstas, cuyos límites mínimo y máximo se incrementarán en un quinto.

2. El que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cometiere estos delitos será castigado con las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el Código Penal.

3. Se entenderá por Fuerza Armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil, y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Capítulo 2

Ultrajes a España e injurias a la Institución militar

Artículo 38

El militar que ofendiere o ultrajare a España, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas será castigado con la pena de tres meses y un

día a dos años de prisión. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o en situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena superior en grado. En todo caso se podrá imponer la pena de pérdida de empleo.

El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

Artículo 39

El militar que injuriare a los Ejércitos, Guardia Civil, Instituciones, Clases o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Se impondrá la pena superior en grado cuando el delito fuere cometido con publicidad o en situación de conflicto armado o estado de sitio.

TÍTULO III

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

Capítulo 1

Sedición militar

Artículo 40

Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior, serán castigados con la pena de dos a quince años de prisión cuando se trate de los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, si se trata de oficiales o suboficiales, y con la pena de uno a diez años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.

Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo anterior cuando concurriera alguna de las circunstancias siguientes:

- a) que los hechos tuvieran lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas,
- b) que se hubieren esgrimido armas, o
- c) que se hubiere maltratado de obra a superior, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los resultados lesivos producidos.

Artículo 41

Los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad, serán castigados con la pena de uno a seis años de prisión, cuando se trate de quienes hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, de los oficiales o suboficiales que intervinieren, y con la pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán castigadas con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión; sin embargo podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima.

Artículo 42

Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación o antes de ella serán castigados con la pena inferior a la correspondiente al delito cometido.

La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

Artículo 43

El militar que no adoptase las medidas necesarias o no empleare los medios racionales a su alcance para contener la sedición en las fuerzas de su Mando o que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer este delito, no lo denunciare a sus superiores será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

Capítulo 2

Insubordinación

SECCIÓN 1

Insulto a superior

Artículo 44

El militar que maltratare de obra a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos.

Se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión, siempre que el hecho se produzca:

a) en situación de conflicto armado o estado de sitio, y se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de este

b) frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas.

Las penas señaladas se impondrán en su mitad inferior al militar que pusiere mano a un arma o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior.

Artículo 45

El militar que, sin incurrir en el delito previsto en el artículo anterior, coaccionare, amenazare, calumniare o injuriare, en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

SECCIÓN 2

Desobediencia

Artículo 46

El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años.

No obstante, no incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que constituya una infracción manifiesta e injustificada de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general, salvo que el deber de obediencia venga impuesto por otra norma de rango jerárquico superior que exija el deber militar de ejecutar lo ordenado.

Capítulo 3

Abuso de autoridad

Artículo 47

El superior que, abusando de sus facultades de Mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a presta-

ciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

Artículo 48

El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos.

Artículo 49

El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana, o atentare contra su libertad sexual, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

TÍTULO IV

DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO

Capítulo 1

Cobardía

Artículo 50

1. El militar que por temor a un riesgo personal rehusare permanecer o situarse en su puesto, lo abandonare, incumpliere la misión encomendada o realizare actos susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado:

a) con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

b) con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado, fuera de las situaciones expresadas en el número anterior, o en circunstancias críticas.

2. Si el autor del delito ejerciere mando, se impondrán las penas señaladas en su mitad superior. En todo caso podrá imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 51

El militar que, en situación de conflicto armado o circunstancias críticas y por temor a un riesgo personal, para excusarse de su puesto o misión,

simulare enfermedad o lesión, se la produjere o emplease cualquier engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 52

El militar que, por temor a un riesgo personal, entregare, rindiere o abandonare al enemigo, rebeldes o sediciosos, establecimiento o instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales que estuviesen bajo su mando, sin haber agotado todos los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

El militar que en la capitulación estableciere para sí condiciones más ventajosas será castigado con la pena de tres a diez años de prisión, y con la pena de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente.

En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 53

Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado se impondrá la pena de prisión de uno a seis años. En ambos casos se podrá imponer la pena de pérdida de empleo.

Capítulo 2

Deslealtad

Artículo 54

El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En situación de conflicto armado se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 55

El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave será castigado con la pena de tres

meses y un día a un año de prisión. Si la trascendencia no fuere grave, se corregirá por vía disciplinaria.

Capítulo 3

Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio

SECCIÓN 1

Abandono de destino o residencia

Artículo 56

1. El militar que injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

2. En situación de conflicto armado, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años.

Para el computo del plazo se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación.

SECCIÓN 2

Deserción

Artículo 57

El militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare, pudiendo hacerlo, cuando tenga la obligación de efectuar su incorporación, será castigado, como desertor, con la pena de dos a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

SECCIÓN 3

Quebrantamientos especiales del deber de presencia

Artículo 58

1. El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuera la duración de la ausencia, será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si la ausencia

tuviere lugar en circunstancias críticas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. El militar que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. Si el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado, se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años.

SECCIÓN 4

Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio y negativa a cumplir los deberes militares

Artículo 59

El militar que, para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes militares u obtener el pase a otra situación administrativa, se inutilizare o consintiere que otra persona le inutilice por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, simulare enfermedad o lesión, o empleare cualquier otro engaño, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado o en circunstancias críticas.

En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, inutilizare o facilitare la simulación a un militar, con el mismo fin a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose la pena en su mitad superior cuando se tratase de personal sanitario.

Artículo 60

El militar que rehusare permanentemente el cumplimiento de sus obligaciones militares será castigado con la pena de dos a cinco años de prisión; en situación de conflicto armado se impondrá la pena superior en grado. Se impondrá además, en el caso de militares profesionales, la pena de pérdida de empleo.

SECCIÓN 5

Disposición común

Artículo 61

La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

No obstante, en situación de conflicto armado, la provocación, la conspiración y la proposición, así como la complicidad, se podrán castigar con las penas previstas para los autores de los respectivos delitos.

Capítulo 4

Delitos contra los deberes del Mando

SECCIÓN 1

Incumplimiento de deberes inherentes al Mando

Artículo 62

1. El Jefe de una fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar, que hiciere dejación del mando por abandono o entrega indebida, será castigado:

a) con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

b) con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado, fuera de las situaciones expresadas en el número anterior, o en circunstancias críticas.

c) con la pena de uno a seis años de prisión, en las demás circunstancias.

2. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 63

1. Será castigado con la pena de tres a diez años de prisión el militar con mando de fuerza o unidad militar que, en situación de conflicto armado:

a) dejare de cumplir una misión de combate, se abstuviere de combatir o perseguir al enemigo debiendo hacerlo o no empleare, en el curso de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas.

b) perdiera la plaza, establecimiento, instalación militar, buque, puesto o fuerza a sus órdenes, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas.

c) fuere sorprendido por el enemigo, ocasionare grave daño al servicio o no inutilizare material de guerra, documentación o recursos impor-

tantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo.

2. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar

Artículo 64

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que dejare de emprender la misión encomendada o no observare el cumplimiento de los preceptos de ordenanza o las órdenes recibidas será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado, y con la pena de prisión de uno a seis años en los demás casos. Se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia grave, serán castigados con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En situación de conflicto armado se impondrá la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Artículo 65

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las Fuerzas a su Mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de sus facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

SECCIÓN 2

Extralimitaciones en el ejercicio del Mando

Artículo 66

El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaleándose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Se impondrá la pena de tres meses y un día a un año de prisión al militar que indebida y maliciosamente asumiere o retuviere un mando o destino.

Artículo 67

El militar que expusiere a la unidad, buque o aeronave de su mando a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Capítulo 5

Delitos de quebrantamiento de servicio

SECCIÓN 1

Abandono de servicio

Artículo 68

1. El militar que abandonare un servicio de armas será castigado:
 - a) con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.
 - b) con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado, fuera de las situaciones expresadas en el número anterior, o en circunstancias críticas.
 - c) en los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.
2. El abandono de cualquier otro servicio, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado, o frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.
3. El militar que no se presentare al cumplimiento de los servicios mencionados en los números anteriores, o incumpliere sus obligaciones ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas allí previstas en su mitad inferior, o con la inferior en grado.

SECCIÓN 2

Delitos contra los deberes del centinela

Artículo 69

1. El centinela que abandonare su puesto será castigado:
 - a) con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

b) con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado, fuera de las situaciones expresadas en el número anterior, o en circunstancias críticas.

c) en los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. El centinela que incumpliere sus obligaciones, ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas señaladas en el número anterior en su mitad inferior, o con la inferior en grado.

SECCIÓN 3

Embriaguez en acto de servicio

Artículo 70

El militar que, en acto de servicio de armas, voluntaria o imprudentemente se embriagare o drogare, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Cuando se trate de un militar que, en acto de servicio, ejerciere mando, se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año.

Capítulo 6

Delitos de omisión del deber de socorro

Artículo 71

1. El militar que no socorriere, pudiendo hacerlo, a fuerza, unidad, buque de guerra o aeronave militar, nacionales o aliados, que se hallaren en situación de peligro, será castigado:

a) con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado.

b) en los demás casos, con la pena de dos a ocho años de prisión.

2. Se impondrá la pena respectivamente señalada en el número anterior, en su mitad inferior, cuando se trate de cualquier otro buque o aeronave que se hallare en situación de peligro.

3. El militar que no socorriere, pudiendo hacerlo, a fuerza, unidad, buque o aeronave enemigo en peligro, cuando hubieren ofrecido su rendición, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

4. Las mismas penas se impondrán al militar que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno.

Artículo 72

El militar que no socorriere, pudiendo hacerlo, al compañero que se hallare en situación de peligro grave, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En situación de conflicto armado se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años.

Capítulo 7

Delitos contra la eficacia del servicio

Artículo 73

El militar que, en situación de conflicto armado y por imprudencia grave, causare los daños previstos en los artículos 265 y 266 del Código Penal, ocasionare que los medios o recursos allí descritos caigan en poder del enemigo, o perjudicare gravemente una misión de guerra, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Fuera de la situación de conflicto armado se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Cuando los daños causados se cometieren mediante naufragio, abordaje o varada, o pérdida de buque de guerra o aeronave militar, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave, se impondrá, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 74

El militar que por imprudencia no cumpliera una consigna general o dejare de observar una orden recibida será castigado, en situación de conflicto armado, con la pena de prisión de cuatro meses a tres años. En los demás casos, si concurriere imprudencia grave y se causare grave riesgo o daño para el servicio, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Artículo 75

Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que:

a) ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento militar actos que puedan producir incendio o estragos, u originare un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento militar, buque de guerra o aeronave militar.

b) embarcare sin autorización en buque de guerra o aeronave militar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

c) incumpliere sus deberes militares fundamentales, o deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas, ocasionando grave riesgo o daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos.

Cuando los hechos relatados en los números anteriores se cometieren por imprudencia grave se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Artículo 76

El militar que, por imprudencia grave y durante la ejecución de un acto de servicio de armas, causare la muerte o lesiones constitutivas de delito, será castigado con la penas privativas de libertad respectivamente señaladas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes, incrementadas en un quinto, en sus límites mínimo y máximo, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 de este Código.

Artículo 77

Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión el militar que por negligencia grave:

a) extraviare armas o material de guerra, procedimientos o documentación oficial, que tuviera bajo su custodia por razón de su cargo o destino en las Fuerzas Armadas.

b) diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada.

Capítulo 8

Delitos contra otros deberes del servicio

Artículo 78

El militar que públicamente, en lugar militar o acto de servicio, agrediese a otro militar del mismo empleo, le tratase de manera degradante o inhumana, o atentare contra su libertad sexual, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

Artículo 79

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, el militar que:

a) no adoptase las medidas a su alcance para la búsqueda y recogida de heridos, enfermos o náufragos, tanto propios como del enemigo.

b) mutilare o ultrajare un cadáver caído en el combate.

c) imponga requisas de forma indebida o innecesaria en territorio ocupado.

d) capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial, con infracción de las normas sobre el derecho de presa.

Artículo 80

El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR

Artículo 81

El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años de prisión, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.

Artículo 82

El que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliére en su integridad las obligaciones contraídas o las cumplieré en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión. Asimismo podrán imponerse las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal.

La misma pena se impondrá al militar encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas que autorizare la recepción o uso de víveres,

efectos o elementos de importancia para el servicio, a pesar de no reunir las condiciones necesarias.

Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia grave, serán castigados con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Artículo 83

El que, sin poseer la condición militar, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito militar en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con las penas y medidas previstas en cada caso por los artículos 298, 303 y 304 del Código Penal.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera:

Los artículos que a continuación se relacionan de la Ley Orgánica 4/1987, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar tendrán la siguiente redacción:

1. El artículo 16 quedará redactado como sigue:

“La jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias, incluyendo el enjuiciamiento de los delitos contra la Administración de Justicia, que afecten a la actividad judicial derivada de la sustanciación de los procesos de su competencia”.

Segunda:

El número segundo del artículo 554 del Código Penal queda redactado como sigue:

“Se entenderá por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil, y les haya sido reglamentariamente ordenado”.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera

Los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor de este Código serán castigados conforme al Código Penal Militar que se deroga, a menos que las disposiciones de la nueva Ley Penal Militar sean más favo-

rables para el reo, en cuyo caso se aplicarán éstas, previa audiencia del mismo.

Segunda

Serán rectificadas de oficio las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hayan dictado antes de la vigencia de este Código, en las que conforme a él, hubiere correspondido la absolución o una condena más beneficiosas para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Tercera

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

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Queda derogado el Código Penal Militar, aprobado por ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica.

DISPOSICIÓN FINAL

El presente Código Penal Militar entrará en vigor a los tres meses de su completa publicación en el “Boletín Oficial del Estado” y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia.

APROXIMACIÓN AL ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA DENOMINADA CONTAMINACIÓN EN EL PROCESO PENAL

AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO
*Magistrado de la Sala Quinta
de lo Militar del Tribunal Supremo*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UBICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL a) Juez predeterminado e independencia judicial. b) Consideración especial del concepto de imparcialidad.. III. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. a) Los conceptos de imparcialidad en el TEDH. b) Análisis de los casos en donde existe una confusión entre acusación y decisión judicial. c) Acumulación de funciones de instrucción y decisión judicial. d) La especial incidencia de la teoría de la apariencia: el Caso Hauschildt c. Dinamarca. e) Los Casos Saraiva de Carvalho c. Portugal y Botten c. Noruega. f) Algunas conclusiones provisionales sobre la doctrina del TEDH en el ámbito penal. IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LOS CASOS CASTILLO ALGAR Y GARRIDO GUERRERO. VI. INCIDENCIA DEL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO AL RECURSO DE APELACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La notoriedad y la onda expansiva de la Sentencia del TEDH dictada en el caso “Castillo Algar”, que ha sido objeto de algún brillante y pormenorizado comentario¹ nos hace intentar si no introducir nuevos puntos de vista sobre la cuestión, si tratar de ponderar algunas recientes sentencias sobre la materia pues entiendo que nos encontramos ante un tema abierto en el que la prudencia (valga la redundancia) de la doctrina jurisprudencial resulta –tal vez más que en otras ocasiones– imprescindible.

¹ Entre ellos cabe destacar el de, JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: “Análisis de la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso Castillo Algar”, Revista del Poder Judicial n.º 55, págs. 489 y sigs.

Es esencial en todo procedimiento el respeto a las garantías del justiciable, el derecho al juez predeterminado por la ley y a un proceso en que los jueces que resuelvan tras la vista en el proceso que corresponda lo hagan, desde el momento de la iniciación de aquella, sin ningún tipo de prejuicio culpabilista o de otro tipo. Cualquier otra situación en la que un juez unipersonal o componente de un Tribunal colegiado no se encuentre en posesión de una absoluta independencia de criterio deberá dar lugar a que especialmente por la vía de la abstención o de la recusación o en la forma que proceda se depure su participación en el proceso.

Más, en este punto, surge ya la primera cuestión previa: esa parcialidad apreciada y verificada ha de provocar la no participación del afectado por las causas que perturben su independencia; ahora bien, el apartamiento de la actuación judicial habrá de quedar fundado y motivado. Otra fórmula daría lugar a una abusiva e interesada solicitud de la parte promotora para conseguir el cese en el conocimiento del asunto del juez predeterminado. He aquí la prueba de la necesidad de objetivar esta decisión.

Por otro lado se precisa una agilidad y rapidez de tramitación. Asistimos no sin cierta alarma social a una prolongación aparentemente indefinida de los procesos penales (los que aquí analizamos). La sociedad percibe que con una representación letrada interesada en conseguir el objetivo de la dilación, los éxitos en los retrasos, utilizando con habilidad las amplias posibilidades procedimentales de recurso contra autos, providencias y resoluciones formales, a veces intrascendentes, pueden ser notables. Los órganos judiciales, deseosos de conseguir una real agilidad en la tramitación, ante una postura de obstrucciones de esa naturaleza, han de tratar de adoptar, dentro del más escrupuloso respeto a la tutela judicial efectiva, actitudes responsables y eficaces ante quienes tal vez no buscan que se juzgue bien, sino únicamente que se juzgue tarde de manera que el último escalón procedimental se produzca muchos años después de los hechos o acciones antijurídicas, muy en particular si no concurren o se han interrumpido medidas cautelares adoptadas.

Centrándonos en el tema de la imparcialidad, que no suele ser en sí misma una fórmula específica de dilación, aunque puede utilizarse también en ese aspecto, creemos que hay varias calificaciones posibles de la misma o, mejor dicho, de su apreciabilidad.

En este orden podríamos referirnos a los siguientes:

a. El Juez se entiende que puede no ser imparcial por razones de carácter ajeno al procedimiento (vinculaciones personales, intereses directos), etc. Debe producirse de manera inmediata y automática su separación del proceso.

b. La duda sobre la imparcialidad surge por actuaciones del juez anteriores, en el mismo procedimiento o en otro con identidad de razón o de personas. En este caso habrá de probarse el carácter de las mismas y si implican prueba o razón que mínimamente justifique el planteamiento de la duda. Con diversos matices, esta sería la denominada “imparcialidad objetiva” que puede provocar en el ánimo del juzgador incluso contra su propia voluntad impresiones, prejuicios o cualquier tipo de idea o sensación preconcebida a favor o en contra del inculpado.

En la estructura del presente trabajo abordaremos primero la determinación del principio constitucional en el que ha de desenvolverse la doctrina de la imparcialidad. A continuación realizaremos un análisis sistemático de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En tercer lugar trataremos de seleccionar algunas sentencias que vienen a configurar la evolución de nuestro Tribunal Constitucional en la materia y del Tribunal Supremo. Seguidamente nos centraremos en los ámbitos de la jurisdicción militar con atención especial al caso “Castillo Algar” y al caso “Garrido Guerrero”. Por último estableceremos unas conclusiones de lo que entendemos que es el estado actual de la cuestión.

II. UBICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

a) *Juez predeterminado e independencia judicial*

El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, también denominado derecho al Juez legal constituye un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos que han adquirido la condición de “parte” en cualquier proceso jurisdiccional. Su contenido esencial consiste en preservar el principio de legalidad en la constitución, competencia, composición y ejercicio funcional de todos los órganos judiciales, asegurando la plena independencia de los mismos.

Esencialmente, los artículos afectados por la problemática de la imparcialidad van a ser el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, a cuyo tenor “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley”. El citado precepto es acorde con el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de

1948, que alude también a la exigencia de un “Tribunal independiente e imparcial” y al artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que hace mención de la necesidad de un “Tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la Ley”.

El derecho a un Juez imparcial está en alguna medida vinculado al derecho al Juez predeterminado por la Ley. Sin embargo, en la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional² se viene a precisar que su inclusión ha de corresponder al conjunto de derechos a un proceso con todas las garantías en unión, en el ámbito penal, del derecho a la defensa, a ser informado de la acusación, a utilizar medios de prueba pertinentes, o a la presunción de inocencia. En la misma línea debe sostenerse que tiene vigencia esta necesidad de imparcialidad en todo tipo de procesos, con extensión a los distintos órdenes jurídicos, incluido el procedimiento administrativo sancionador en el que la Ley 30/92 ha introducido la prohibición del Juez instructor y decisor en el art. 134.2.

No es especialmente trascendente este planteamiento de la incardinación del derecho al Juez imparcial. Sin embargo, es palmario señalar que una cuestión se refiere al Juez competente territorial y funcionalmente para ejercer su potestad y otra a su condición de imparcial en los ámbitos subjetivo y objetivo. En el primer aspecto está en juego la creación del órgano judicial y el establecimiento de su marco jurisdiccional y competencial, así como su composición. En el segundo punto se protege al justiciable en el marco del conjunto de garantías del proceso contra cualquier actuación que pueda indicar riesgos de falta de imparcialidad. El momento clave en la evolución constitucional de estas materias vino determinado por la STC 145/1988 en la que se declaró la inconstitucionalidad de la figura del Juez instructor-decisor, en el ámbito penal. Dicha figura típica de nuestros antiguos procedimientos penales de urgencia y de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, parece haber sido extraída del contenido esencial de este derecho para pasar a ser integrada en el derecho fundamental al proceso con todas las garantías. Precisamente por esto la mayoría de las sentencias del Juez de nuestra Constitución van en ese sentido. Vgr., las 164/1988, 230/1992, 157/1993, 32/1994, etc. No obstante, la doctrina ha hecho notar que también existen resoluciones del TC encaminadas a conciliar esta fórmula sistemática,

² El citado Auto precisa que el derecho al órgano administrativo competente no puede entenderse incluido en el derecho al Juez ordinario que sanciona el artículo 24.2 CE y mas adelante que “el derecho al Juez ordinario es una garantía del proceso judicial que ... persigue asegurar la más estricta independencia e imparcialidad del juzgador”.

acercándola también al derecho al Juez predeterminado por la Ley (vgr., la STC 299/1994). En algún análisis doctrinal se justifica esta reubicación en que calificar de “fundamental” el derecho a un Juez imparcial es otorgar al mismo “un apelativo que le viene grande”. De ahí que el relacionarlo con el derecho a un juicio justo, presupuesto básico que al Estado corresponde establecer en relación al funcionamiento de la Administración de Justicia relativiza en alguna medida la magnitud específica de la imparcialidad o, mejor dicho, la incluye con el resto de los requisitos de las garantías del proceso.

La mayor parte de la doctrina procesal ha relacionado la problemática de la imparcialidad con la independencia judicial. En este sentido nos encontramos que se pone de manifiesto como la independencia hace referencia al momento constitucional, a la jurisdicción como Potestad y la imparcialidad al momento procesal, o sea a la Jurisdicción como función³.

a) *Consideración especial del concepto de imparcialidad*

El nacimiento de las tesis sobre la necesidad de la imparcialidad está muy vinculado al proceso penal. Basta leer la Exposición de Motivos de Alonso Martínez en la LECrim y coincidir con las inquietudes de la primera época codificadora en 1882, en la que se deja patente su malestar ante los vicios de los que adolecía el procedimiento penal y precisa que quizás el peor de todos sería el dimanante de la situación que se produce cuando “el Juez que instruye... es el mismo que pronuncia la Sentencia

³ En este sentido CALVO SÁNCHEZ, M. DEL CARMEN. “El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”. LA LEY, 1989-4, 995. GIMENO SENDRA. “Fundamentos de Derecho Procesal”. Madrid 1981, págs 97 y ss. También existen posturas claramente contrarias a asumir que exista una configuración de la independencia judicial como fundamento de la imparcialidad. Es el caso de PICO I JUNOY, JOAN: “La imparcialidad objetiva del juez a examen”. LA LEY, 1998-1, trabajo éste que es probablemente la monografía mas completa de entre las recientes sobre los problemas que analizamos. Dicho autor, tras poner de manifiesto que alguna sentencia del Tribunal Constitucional, como la 136/1992, de 13 de octubre en la que se hace notar que la garantía de la independencia judicial surge en la esfera del proceso a través de la abstención y la recusación “con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales... de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad”, manifiesta que en su opinión “este planteamiento de la cuestión resulta incorrecto por cuanto la independencia judicial del artículo 117.1 CE, se refiere a la necesidad de evitar todo tipo de subordinación de los miembros del Poder Judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno. Por ello, entendemos que no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del Juez, ya que el Juez puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial y viceversa.

con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción”, por lo que ya era un problema vivo la separación de la función instructora de la actividad de enjuiciamiento.

Toda imparcialidad judicial, sin matización subjetiva u objetiva, se encuentra ya protegida mediante la abstención y la recusación, que pueden entenderse como una doble garantía en el proceso. Por la primera, el Juez renuncia a intervenir por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad. Con dicha garantía evita que sus sentimientos personales le impidan intervenir de manera recta y ecuánime. Es un deber del Juez observar que cuando concurren tales causas ha de abstenerse, incurriendo en otro caso en responsabilidad.

Por la recusación se insta a la separación del órgano por el litigante que entiende que no podrá actuar con la debida objetividad en razón a concurrir las causas que taxativamente –como con la abstención– establece la Ley. Muchas de estas causas entrarán en el ámbito de la denominada imparcialidad subjetiva, toda vez que existen fronteras difíciles de precisar entre ambos tipos de imparcialidad.

Desde el punto de vista doctrinal se ha discutido –aunque a nosotros nos parece clara– la distinción entre formas de imparcialidad ⁴, llegando a entender que son las causas de abstención y recusación, y no la imparcialidad judicial las que pueden clasificarse en subjetivas y objetivas (PICO I JUNOY), entendiéndose que las últimas tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos que ponen al Juez en relación con el objeto del proceso, impidiéndole actuar con la neutralidad necesaria. En este orden el artículo 219.10 LOPJ prevé el supuesto del Juez que haya actuado como instructor o resuelto el proceso en anterior instancia. En el mismo sentido, el artículo 53.11 de la Ley Procesal Militar establece como causa de deber de abstención “Haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedi-

⁴ PICO I JUNOY, JOAN. “La imparcialidad objetiva del juez a examen”. Cit. Pág. 9 y ss., que considera que la imparcialidad del Juez es siempre subjetiva “en la medida en que hace referencia al Juez como sujeto ajeno a lo discutido en un proceso y a las partes litigantes”. En la misma línea MONTERO AROCA “Principios del proceso penal”. Tirant lo Blanch alternativa. Valencia 1997 que escribe: “el que un Juez no pueda ser al mismo tiempo parte en el asunto que debe decidir, es algo tan evidente que las Leyes ni siquiera llegan a disponerlo de modo expreso. Lo que en las Leyes se regula es la imparcialidad en sentido estricto, es decir, la consideración del Juez como no parcial, con lo que se hace referencia a algo que no es objetivo, por no poder dejar de ser subjetivo... Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que la Ley hace es objetivarlo, y así establece una relación de situaciones, que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales el Juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada Juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad”.

miento”. En definitiva y entendemos que por razones estrictamente objetivas se recoge el hecho de la actuación como instructor o de la preexistencia de cualquier resolución en el mismo procedimiento judicial, para asegurar que no exista prevención o prejuicio en el ánimo del juzgador.

En este sentido se ha verificado una clasificación de formas de parcialidad objetiva (PICO I JUNOY) en las siguientes: A) Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal (En los supuestos de proceso penal por delito y en el proceso de menores regulado en la Ley Orgánica de Competencia y Procedimiento de Juzgados de Menores y comentado también por la doctrina (TAPIA PARREÑO) que ha llegado a plantearse la posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio⁵.

Dentro de este primer grupo de supuestos, el citado autor distingue los momentos referentes a la a) pérdida de imparcialidad durante la instrucción de la causa; b) pérdida de imparcialidad en la etapa intermedia y c) pérdida de imparcialidad durante la actividad probatoria en el juicio oral. A su vez estima que puede analizarse un segundo grupo de supuestos en los que identifica los de: B) Haber resuelto el pleito o causa en anterior

⁵ Cfr, TAPIA PARREÑO, JOSÉ JAIME: “El derecho al Juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995. LA LEY, 1995-2, 1110, el cual, tras hacer referencia a la STC 36/1991 que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regulaba el procedimiento aplicable en el ejercicio de la facultad de corrección o reforma aborda la cuestión comprendida en la STC de 17 de marzo de 1995 que, al resolver cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por los Juzgados de Menores de Vitoria y el n.º 2 de Valencia ha estimado que en la citada Ley Orgánica se respetan los derechos fundamentales del artículo 24.2 CE y concretamente el derecho a un Juez imparcial. El trabajo ha de enfocarse respecto a los jóvenes mayores de doce años y con edad inferior a la fijada en el Código penal a efectos de responsabilidad criminal, es decir la de dieciocho, en cuanto que si el menor tiene una edad inferior a aquel límite habría lugar –según el autor– a la vulneración de derechos al no quedar sujetos a la competencia de los Juzgados de Menores. Sería el supuesto de los menores de doce años que cometen un delito o falta y que quedan a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores, sin que ningún Juzgado o Tribunal haya decidido si es culpable o inocente. La problemática de la imparcialidad la pretende preservar la Ley Orgánica 4/1992 concediendo al Ministerio Fiscal la dirección en la investigación y la iniciativa procesal. El autor entiende que aceptando el Juez de Menores la petición de medidas cautelares de protección o el internamiento en centro cerrado del menor se vulnera el citado principio de imparcialidad porque son medidas determinantes de la formación de un juicio previo contaminante con respecto al momento de dictar la resolución, a pesar de lo dictaminado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 17 de marzo de 1995, lo que incitaba al autor a proponer una reforma legislativa y, en particular, a la promulgación de una Ley Penal del Menor, tal como ha atendido el legislador y que pensamos que en gran medida ha paliado los inconvenientes apuntados en este trabajo doctrinal.

instancia, con los respectivos subgrupos de a) imposibilidad de que un Juez forme parte de un Tribunal encargado de resolver el recurso planteado contra su sentencia; b) anulación de sentencia de un Tribunal inferior con reenvío de actuaciones; c) imposibilidad de que el Juez pueda volver a fallar en un proceso plenario una causa por él resuelta con anterioridad en uno sumario; y d) supuesto de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando la autoridad judicial ha tenido que pronunciarse para concederla acerca de la “sostenibilidad de la pretensión del solicitante”.

Este importante y completo análisis no es mas que un desarrollo desde el punto de vista de la imparcialidad del supuesto del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sistemáticamente llega a un conjunto de conclusiones entre las que pueden citarse las siguientes: No toda intervención del Juez antes de la Vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar. Hay actuaciones jurisdiccionales en las que hay una calificación o juicio anticipado o provisional sobre los hechos que posteriormente serán discutidos en el acto del Juicio oral y deben dar lugar, por tanto a supuestos de compromiso de imparcialidad judicial. Entre ellas están la admisión a trámite de la querrela, la adopción de medidas cautelares y la emisión del auto de procesamiento, si bien, en materia de medidas cautelares ha de tenerse en cuenta si ha existido o no contradicción en el procedimiento de adopción de la medida y el grado de intervención de la acusada. Sin embargo, no se deben apreciar supuestos que afecten a la imparcialidad en las medidas de estricta ordenación del proceso, como son las de reclamación de antecedentes penales o informes de conducta, tomas de declaración al imputado para ser oído, de acuerdo con los arts. 486 y 488 LECrim y, mas problemáticamente, la revocación de decisiones acordando el sobreseimiento provisional y la formalización del sumario, ordenando la continuación de las diligencias judiciales, dictar el Auto de incoación del sumario, dar traslado a las partes acusadoras para que formulen escrito de acusación o el que proceda; citar a los acusados informándoles de sus derechos y requiriéndoles para que nombren abogado y procurador o señalar la fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas.

Una de las cuestiones que, como veremos en adelante, ha tenido mayor trascendencia es la referente a la resolución de recursos devolutivos interpuestos contra las decisiones del Juez instructor. Sobre este extremo ha concurrido una insistente jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Entre aquellas cfr, las SSTC 145/1988, 11/1989, 106/1989, 85/1992 y 170/1993. Posteriormente analizaremos la

proyección de la doctrina Constitucional y del Tribunal Supremo sobre estos puntos.

En cuanto a las cuestiones relativas a la pérdida de imparcialidad en la etapa intermedia, PICO I JUOY hace referencia a que en dicha etapa, además de poder ordenarse la práctica de diligencias instructoras, se decide si el proceso penal debe continuar, con la apertura del juicio oral o si procede su conclusión por sobreseimiento. En estos casos, si existiese un órgano distinto al instructor y al sentenciador, que sería un órgano de acusación similar al de la *Chambre d'Accusation* francesa o mediante un sistema de normas de reparto sería una solución orgánica. Las otras fórmulas son que el propio Juez instructor o el Juez sentenciador se pronuncien sobre los distintos extremos de dicha fase. Existe también la fórmula de atender a cada caso concreto, teniendo en cuenta los pronunciamientos que pueden afectar a la imparcialidad.

Por lo que se refiere a la fase de juicio oral, no parece que la intervención durante el proceso del Juez en el seno de la indagación o actividad probatoria deba afectar a la imparcialidad. Convertir el proceso penal en razón al principio acusatorio en un procedimiento en el que el Juez es únicamente un mero testigo parece contrario a la seguridad jurídica y sería desorbitar la problemática de la imparcialidad. Por ello, para proteger las garantías del justiciable hay que entender que una actividad probatoria ajustada a la realidad de los supuestos controvertidos no afecta en nada a la actuación imparcial. En esta cuestión se ha planteado la problemática de la denominada prueba ilícita con la que haya podido tener contacto el Juzgador en el entendido de que su conocimiento daría lugar a un efecto psicológico en el ánimo del mismo. Gran parte de la doctrina se inclina porque en tal caso sí habría lugar a la recusación dentro del art. 219.10 LOPJ (en este sentido ASENCIO MELLADO y FERNÁNDEZ ENTRALGO⁶).

En cuanto a los supuestos de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia parecen claras las situaciones de parcialidad cuando haya concurrido la circunstancia de resolver un recurso planteado contra la propia sentencia y hay reiterada doctrina del Tribunal Supremo en la Sala Segunda, según la cual la estimación del recurso de casación por motivos de quebrantamiento de forma tiene como consecuencia, además del reenvío de la causa al momento procesal en que se produjo dicho quebranta-

⁶ ASENCIO MELLADO, J.M.: “La prueba. Garantías Constitucionales derivadas del artículo 24.2”. Poder Judicial n.º 4/1986 y FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “Prueba ilegítimamente obtenida”. La Ley, 1990-1.

miento, el cambio de composición del Tribunal que dictó la Sentencia impugnada.

No existe contaminación en los casos de resolución de asuntos similares en la denominada contaminación de criterio, supuesto éste en el que se ha manifestado el Tribunal Constitucional.

III. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Vamos a tratar de verificar un estudio cronológico y sistemático conjuntamente, en la medida de lo posible, comentando sentencias que consideramos significativas. Tal vez, sin embargo, con carácter previo conviene verificar una serie de reflexiones conceptuales sobre los supuestos de imparcialidad.

a) *Los conceptos de imparcialidad en el TEDH.* También para el TEDH el concepto de imparcialidad tiene dos aspectos o dos caras: El subjetivo y el objetivo. En el aspecto subjetivo importa lo que el Juez piensa sobre el justiciable y si en particular tiene algún tipo de relación de cualquier carácter para con él, muy en particular es transcendente si nos encontramos cerca de lo que en el derecho español se ha identificado con las ideas de amistad íntima y enemistad manifiesta. En este orden, se presume siempre la imparcialidad de los miembros de un Tribunal, salvo prueba en contrario. En esta línea se han manifestado diversas sentencias del TEDH, como son las de 28 de junio de 1981 (*caso Le Compte, Van Leuven y de Meyere*); la de 10 de febrero de 1983 (*caso Albert y Le Compte*) y la de 28 de junio de 1984 (*caso Campbell y Fell*).

Junto a esta imparcialidad existe otra de carácter objetivo para comprobar si hay garantías suficientes para excluir cualquier duda de parcialidad. En este orden el TEDH ha consagrado la denominada *Teoría de la Apariencia*, de la que es paradigmática la famosa sentencia de 26 de octubre de 1984 (*caso de Cubber*). En ella se consolidó la tesis que vino a suponer la evolución normativa en varios países para conseguir la separación del ejercicio sucesivo de funciones por el Juez instructor y el Juez de fondo en un mismo asunto y por un mismo Magistrado. Dicha situación era probatoria de que el inculcado pudiera sentir inquietud ante la posible parcialidad de un Juez que, en el caso analizado, le había detenido preventivamente, le había interrogado durante la instrucción preparatoria y aparecía ahora en el Tribunal encargo de emitir el Fallo. La Teoría de la Apariencia tiene dos matices resaltables. Por un lado que no se trata de que

esté probada una situación de parcialidad. Basta únicamente que esta sea *aparente*. La segunda es dar transcendencia al punto de vista del inculpa- do. A la sensación que este siente o percibe y a que éstas situaciones estén patentes y probadas.

b) *Análisis de los casos en donde existe una confusión entre acusa- ción y decisión judicial.* Son aquellos supuestos en los que, particular- mente en determinados sistemas jurídicos, se ha producido la actuación de una persona llevando a cabo la acusación y, con posterioridad, la misma debe conocer como Juez. Entre los supuestos del TEDH nos encontramos con el *caso Piesarck c. Bélgica* (S. De 1 de octubre de 1982), en el que la investigación del delito de asesinato correspondió en labores de supervi- sión a la misma persona: el señor Van de Walle que, con posterioridad, fue nombrado Magistrado del Tribunal de Apelación de Bruselas a quién correspondió el conocimiento del mismo caso. El Tribunal entendió que se había violado el artículo 6.1 del Convenio por existir duda sobre la impar- cialidad del Magistrado.

En el mismo orden nos encontramos con un caso similar el *Pauwels c. Bélgica de la Sentencia de 26 de mayo de 1988*. En un proceso de mal- versación, el Juez instructor de la causa actuó posteriormente como Fiscal. El Tribunal consideró que existía una violación del artículo 5.3 del Con- venio, que se refiere al derecho a ser puesto a disposición de un Juez en caso de detención preventiva y que la acumulación de funciones de ins- trucción y de acusación ofrecía dudas suficientes de la imparcialidad de la persona afectada.

Idéntica doctrina se da en la Sentencia del TEDH de 23 de octubre de 1990. En este caso se llevan a cabo funciones de instrucción por el órgano correspondiente entre las que se acuerda la prisión de la señora Huber. El Instructor posteriormente pasará a actuar como órgano de la acusación, aún sin llegar a ocupar el lugar del Ministerio Público en el juicio. En cual- quier caso el Tribunal defiende que sea transgredido el artículo 5.3 del Convenio.

c) *Acumulación de funciones de instrucción y decisión judicial.* El emblemático *caso de Cubber*⁷ dio paso a una doctrina consolidada y ya fortalecida sobre imparcialidad que ha dado lugar, por otra parte, a adaptaciones legislativas. Plantea específicamente el ejercicio suce-

⁷ Se trataba de una instrucción por falsificación y uso de documentos falsos contra *de Cubber*, que fue llevada a cabo principalmente por un Magistrado que, con posterioridad, formó parte de un Tribunal en concepto de Asesor. Contra la presencia del citado Asesor hizo protesta verbal el inculpa- do, sin utilizar el mecanismo de la recusación.

sivo de la función de Juez de Instrucción y de Juez de fondo por un mismo Magistrado. La peculiaridad derivaba de la denominada condición de “Asesor”. Sin embargo el Tribunal no dudó en observar las actuaciones llevadas a cabo durante la instrucción, entre las que se encontraba haber puesto al encartado en situación de detención preventiva y haberle interrogado frecuentemente. Es de señalar también un aspecto destacable en el razonamiento del Tribunal y es que observa los aspectos de imparcialidad desde el punto de vista del propio afectado, empleando expresiones tales para definir su resolución como el hecho de que “a los ojos del interesado aparezca ocupando una situación que le permita desempeñar un papel capital (el Magistrado de que se trate) en la jurisdicción que debe pronunciar el fallo, habiéndose formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del Tribunal”.

Por último, respecto a las alegaciones del Gobierno Belga relativas a que la estimación del recurso pudiera traer consecuencias graves para los Tribunales Belgas con escasos efectivos, hay también un pronunciamiento del TEDH manifestando que los Estados firmantes deben “ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del art. 6.1 del Convenio.

El *Caso Saint Marie c. Francia* (Sentencia del TEDH de 16 de diciembre de 1992)⁸ nos presenta una situación en la que dos Magistrados habían actuado en funciones de Juez de detención y Juez de fondo en otra causa conexas con la que es objeto de análisis. Los mismos Magistrados (es decir dos de tres) concurren luego a la Cámara de Apelación que condena. Todo ello dentro del sistema francés en el que se producen fases de instrucción, acusación y apelación. El TEDH destaca que no toda actuación anterior afecta a la imparcialidad para conocer en el juicio sobre el fondo, así como que deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares, concluyendo que la participación de los dos Magistrados no afectó a la imparcialidad de la Cámara de Apelación, no existiendo infracción del artículo 6.1 del Convenio.

Idéntica solución se da en el *Caso Fey c. Austria* (Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 1993), en el que un Tribunal de Distrito había verifi-

⁸ Jean Pierre Saint-Marie formaba parte de la Organización Iparretarrak, Organización separatista clandestina que actúa en el denominado país Vasco-Francés. El inculcado afirmó y reconoció ser miembro de la citada organización y reivindicó la propiedad de armas y municiones para las actividades de la misma, así como el reconocimiento de haber participado como chófer en una acción llevada a cabo contra la Gendarmería de Lecumberry.

cado con antelación ciertas investigaciones preliminares, adoptando algunas medidas. El Tribunal indica que ninguna de tales actuaciones incidía en que el Juez considerase probable la culpabilidad del inculcado, siempre partiendo de que las cuestiones sobre las que habían recaído las medidas eran de escasa trascendencia.

Tampoco encontró infracción el TEDH en su Sentencia de 26 de febrero de 1993 *Caso Padovani c. Italia*. En el procedimiento italiano, conforme al nuevo Código vigente desde el 24 de octubre de 1989 aparecen separadas las funciones de instructor y juzgador. El Juez de instancia había interrogado y adoptado medidas restrictivas de libertad respecto al inculcado. El Tribunal admite dudas pero señala que no están objetivamente justificadas. La doctrina denota cómo se alude a la oportunidad de evitar dilaciones indebidas y se pronuncia en el sentido de que no hay violación del artículo 6.1 del Convenio. La doctrina critica este Fallo, tildándolo de “giro peligroso en el tema del Juez imparcial”⁹.

En el Fallo del *Caso Nortier c. Países Bajos* (Sentencia del TEDH de 24 de agosto de 1993) también hay ejercicio sucesivo de funciones de Juez de Instrucción y de Juez de Fondo en actuaciones sobre menores en las que se había decretado detención provisional. Entiende el Tribunal que no afectan a la imparcialidad. En el *Caso Bulut c. Austria* (Sentencia del TEDH de 22 de febrero de 1996) el problema se centra en la imparcialidad de un Tribunal que dicta Sentencia del que forma parte un Juez que había interrogado a dos testigos en la instrucción preliminar. Para el Tribunal de Estrasburgo el Juez se limitó a interrogar y tales diligencias no implicaron la apreciación de los testimonios ni exigieron la adopción de conclusiones en cuanto a la intervención y culpabilidad por lo que no quedaba justificado el temor a la falta de imparcialidad.

Sin embargo, si aprecia infracción del art. 6.1 en el *Caso Pfeifer y Plankl c. Austria* (Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1992), también por sucesivas funciones de instrucción y juez de fondo. Se achaca al Juez no haberse abstenido, llamándose también la atención porque el acusado actuó en ausencia de su abogado, aunque renunciase a él expresamente.

d) *La especial incidencia de la teoría de la apariencia: el Caso Hauschildt c. Dinamarca*. La Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1989 en el

⁹ En este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “El Juez imparcial”. Cuadernos de Derecho Judicial VI. 1996, pág. 324.

*Caso Hauschildt*¹⁰ marca un hito importante en el conjunto de cuestiones que estamos analizando. Su conclusión principal es que “incluso las apariencias pueden ser importantes”, señalando que en el ámbito subjetivo debe presumirse siempre la imparcialidad del Magistrado y ha de ser el interesado el que alegue el riesgo de parcialidad. Sin embargo, desde el punto de vista objetivo la necesidad de que la confianza de la sociedad en los Tribunales quede tutelada implica que también ante las apariencias de parcialidad se resuelva en el sentido de promover un Juez de absoluta garantía. También ha de tenerse en cuenta, precisamente por la citada teoría, el punto de vista del propio inculpado o acusado, aunque no es absolutamente esencial. La doctrina precisa además la necesidad de atender a la situación concreta¹¹. El Tribunal considera que por el hecho de adoptar en un sistema judicial como el descrito resoluciones como la prisión no impiden necesariamente que el mismo Juez dictamine sobre el fondo. Esto no ocurriría en un supuesto en el que la instrucción propiamente dicha en sentido estricto fuese llevada a cabo exclusivamente por el Juez el cual de oficio adoptase la decisión sobre la prisión. En tal supuesto sí quedaría afectada la imparcialidad. Más dicha situa-

¹⁰ El citado inculpado fue puesto a disposición del Juez Larsen de Dinamarca por estafa y fraude fiscal. Durante la instrucción el Juez adoptó varias resoluciones, incluyendo algunas sobre prisión provisional e incomunicación. El Juez Larsen fue designado también en la fase de fondo en unión de otros dos Jueces no profesionales con el resultado de condena a siete años de prisión. En la Apelación, un Tribunal formado por tres Magistrados de carrera y tres no profesionales, que también previamente habían adoptado resoluciones en el mismo caso rebajó la condena a cinco años prisión, sin que hubiera lugar a la casación. El Gobierno de Dinamarca alegó que no había existido acusación del Juez Larsen, que tampoco se abstuvo.

¹¹ BARJA DE QUIROGA, J. Cit., pág. 318 dice “hasta esta sentencia el Tribunal había utilizado un examen objetivo bastante abstracto: Se examinaba el sistema judicial desde un punto de vista objetivo, pero de una manera abstracta sin que fuese muy esencial la situación concreta. Sin embargo, a partir de este caso el Tribunal, aunque parte de un examen objetivo, afirma que no es suficiente sino que es necesario un análisis de la situación concreta”. En este orden recoge la afirmación del Tribunal de que “el mero hecho de que un Juez de Primera Instancia o de Apelación, en un sistema judicial como el danés, haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad”. A continuación comenta cómo en el sistema danés la investigación en la instrucción de la causa corresponde a la policía y al Ministerio Fiscal. La actuación del Juez no va dirigida ni a preparar la causa ni a resolver si debe juzgarse al acusado. Las resoluciones sobre prisión provisional e incomunicación no son tomadas de oficio por el Juez sino que se dictan a petición de la policía, petición que el afectado, con la asistencia de su abogado, impugnó o pudo impugnar en audiencias que por regla general son públicas. En la fase previa el Juez aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si, a primera vista, las sospechas de la policía tienen algún fundamento; por el contrario, cuando dicta la sentencia al final del juicio tiene que averiguar si las pruebas practicadas son suficientes para justificar la condena. De manera que no se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad.

ción no se da en el sistema danés. Lo peculiar del *Caso Hauschildt* es que a pesar de esto el TEDH determinó que se había violado el artículo 6.1 del Convenio, basándose en que tanto el Juez de Instrucción como los Magistrados que dictaron la sentencia definitiva fundamentaron en un mismo artículo de la Ley la justificación de la prisión provisional y su prórroga y dicho precepto, que era el 762.2 de la Ley danesa exigía que el Juez se asegure que el acusado ha cometido el delito imputado, o sea que tenía que estar convencido de la culpabilidad. De esa manera el Tribunal entendió que se suscitaban dudas sobre la imparcialidad del Tribunal objetivamente justificadas, defendiendo la teoría de la apariencia aplicada al análisis objetivo-concreto, en unión a la oportunidad de tener en cuenta la óptica del acusado a los efectos de determinar si el Tribunal puede ser considerado objetivamente imparcial, aunque no se le debe atribuir una significación decisiva. Lo decisivo, en definitiva, será solamente, como ha dicho el Tribunal Supremo al comentar este caso (vgs. Sentencia de la Sala Segunda de 13 de febrero de 2001) “es solamente si los reparos del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados en el caso concreto”.

e) *Los Casos Saraiva de Carvalho c. Portugal y Botten c. Noruega*. El *Caso Saraiva de Carvalho* está considerado como una Sentencia paralela al *Caso Hauschildt*, en la Sentencia de 22 de abril de 1994, el TEDH considera no afectada la imparcialidad en el supuesto en que la condena sobre el fondo se dictó por un Tribunal presidido por un Magistrado que anteriormente, como Juez encargado del caso, había dictado lo que en el Derecho portugués se conoce como “despacho de pronuncia”. El TEDH entiende que en esa primera fase en la que se dicta el expresado despacho se examinan y se tienen en cuenta cuestiones diferentes que las que han de ponderarse en el juicio de fondo. El despacho de pronuncia no supone una función de instrucción ni de acusación. De ella no se deriva un prejuicio que afecte a la imparcialidad. En el despacho se asegura la existencia no de sospechas reforzadas, sino de indicios suficientes. Incluso aunque haya concurrido una detención provisional no queda afectada la imparcialidad.

Por lo que se refiere al *Caso Botten contra c. Noruega*¹² el TEDH, teniendo en cuenta las funciones del Tribunal Supremo Noruego, equiva-

¹² El Sr. Botten, Teniente Coronel del Ejército del Aire Noruego fue condenado por un delito de imprudencia tipificada en el Código Penal Militar de dicho país. Absuelto en primera instancia, el Fiscal recurrió en apelación ante el Tribunal Supremo que aunque no tiene facultades para reexaminar los hechos si puede pronunciarse sobre la sanción. El Tribunal Supremo, estimando la apelación, condenó al recurrente, limitándose a puntos de derecho, según su propia apreciación que no coincidió con la del Tribunal de Estrasburgo.

lentes a la casación en gran medida entiende que condenó a instancia del recurso fiscal por el delito de negligencia o imprudencia evaluando los aspectos y condiciones particulares y circunstanciales de la operación de salvamento de que se trataba. Es decir, el TEDH entendió que se estaba produciendo un reexamen de los hechos y no una simple valoración jurídica y, por consiguiente, el hecho de no haber citado al recurrente para comparecer y ser escuchado, tomándose medidas a tal efecto o al menos ofreciendo esa posibilidad, aunque el recurrente no hubiese asistido a la audiencia, le hace fallar en el sentido de que concurre la infracción del artículo 6.1 del Convenio.

f) *Algunas conclusiones provisionales sobre la doctrina del TEDH en el ámbito penal.* Llegados a este punto y con carácter previo al estudio de los fallos de los Tribunales españoles vamos a verificar una breve delimitación de conclusiones sobre la base de los Fallos aludidos, sin perjuicio de establecer un estudio específico posterior del *Caso "Castillo Algar"* y del *Caso Garrido Guerrero*.

El TEDH considera de manera generalizada que no puede existir la concurrencia sucesiva de actuaciones de acusación y juicio. En cuanto a las funciones de instrucción y juicio son susceptibles de dar lugar a posible parcialidad siempre que las funciones de instrucción objetivamente puedan ofrecer dudas de la imparcialidad del juzgador de fondo teniendo en cuenta las apariencias y el punto de vista del acusado. No obstante hay que estar siempre a cada situación concreta, sin que en ningún momento el Tribunal opte por soluciones abstractas, sobre todo a partir del *Caso Hauschidt* de 1989. Para cada caso concreto ha de tenerse en cuenta la singularidad de cada legislación y la estructura competencial y procedimental de cada país, de manera que si se han tomado medidas en la fase intermedia o en la fase de instrucción (*Caso Saint Marie, Fey, Padovani, Nortier y Saraiva de Carvalho*) hay que atender a si tales medidas se han adoptado a instancia policial o fiscal o de oficio, para asegurar la instrucción o por la concurrencia de prejuicio culpabilista como una fórmula habitual en el seno del procedimiento o como una toma de postura sobre la actuación del inculpado y su responsabilidad criminal. En definitiva habrá de atender a las circunstancias concretas de cada caso, una vez que sobre todo los países ya han adoptado soluciones legislativas para evitar las situaciones mas conflictivas. Asimismo debe ponderarse especialmente el contenido de las resoluciones específicas y su alcance, de manera que no es lo mismo resolver decidiendo un procesamiento, una prisión provisional u otra medida cautelar que conocer de recursos contra esas situaciones procesales o medidas.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El derecho a un Juez imparcial constituye desde la Constitución una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un estado de derecho de conformidad con el artículo 1.1, 24 y 117.1, entre otros de la Constitución. El Tribunal Constitucional comenzó a pronunciarse claramente en este sentido (vgr. SSTC de 31 de mayo de 1983 y 1 de junio del mismo año, 8 de noviembre de 1984, etc.) Esta exigencia constitucional se entiende que representa un presupuesto esencial para la justicia. Ha de ser Juez competente el que de antemano está establecido en la Ley. Es derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho el de ser juzgado por un órgano jurisdiccional creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la Ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas. A partir de estas consideraciones generales se debe ponderar que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, aún cuando trate de evitarlo y de dejarse influir, situaciones o impresiones a favor o en contra del inculpado que le influyan a la hora de sentenciar. De aquí surgirá la previsión de que el Juez que ha instruido no debe fallar si se considera que las actividades instructoras han podido ejercer en el juzgador esa influencia que hemos descrito. Habrá que distinguir, sin embargo, esta situación de los casos en que no se produzca una verdadera actividad instructora, pero ésta matización deberá quedar clara.

Estas consideraciones quedaron evidentemente afectadas por el *Caso de Cubber*. Hasta entonces parecían existir distintas apreciaciones y matizaciones en el sentido de si la imparcialidad del Tribunal que dicta Sentencia quedaba afectada por el hecho mismo de haberse pronunciado en el Auto de procesamiento siempre buscando la más absoluta independencia objetiva en el juicio oral.

Si contemplamos la evolución del STC nos encontramos con las Sentencias 151/91, 136/92 y 145/99, en las que se pone de manifiesto que “es el examen de lo actuado en cada caso concreto lo que determinará la apreciación de si el Juez que decidió la causa realizó verdadera actividad instructora.”. En la reciente Sentencia de 29 de enero de 2001 (recurso de amparo n.º 837/97), recogida especialmente en la STS de 13 de febrero de 2001 (Ponente Sr. Bacigalupo) exige para la exclusión de la imparcialidad

que en su actuación en el proceso previa al juicio, el Juez (en relación al cual se examina la imparcialidad) haya tenido una relación directa con el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior. Ello implica que hay que acudir a las circunstancias concretas y estudiar caso a caso a efectos de establecer la concurrencia de posible apariencia de parcialidad (en este sentido SSTC, matizando y precisando nuevos aspectos, 145/88 y 136/92). En cuanto a la alusión a los casos concretos y por lo que se refiere al estudio de la actividad instructora y la creación de prejuicio a favor o en contra pueden confrontarse las SSTC 106/89; 113/92; 136/92; 157/93; 32/94; 138/94 y 299/94.

En Sentencia de 18 de diciembre de 2000, n.º 310/2000 (Recurso de amparo n.º 5455/97), en la que se condenó a los recurrentes por un delito de tráfico de drogas se ponderó la intervención del Juez con carácter previo al enjuiciamiento de los hechos al haber dictado Auto de apertura de juicio oral. Alegado ante el Juez de la Constitución la vulneración del derecho a un Juez imparcial en el marco de las garantías del derecho a un proceso justo, el TC debió pronunciarse sobre la trascendencia del hecho de que el Juez que dictó el Auto de apertura de juicio oral presidió la Sala de la Audiencia Provincial que juzgó los hechos, lo que desde el punto de vista del recurrente supondría quiebra de la neutralidad. Se ponderó en primer lugar que, si bien era cierto que no se había instado el incidente de recusación, los recurrentes alegaron esta cuestión en la casación. Ello dio lugar a que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de diciembre de 1997 tuviera ocasión de pronunciarse precisando que el Juez no había perdido la imparcialidad objetiva “pues no tuvo contacto ni con el acusado ni con las pruebas, siendo esto lo que caracteriza la instrucción, y, que, en todo caso, el Magistrado no intervino en la fase de instrucción, sino en la intermedia”. Por su parte la Audiencia Provincial se pronunció también sobre la infracción constitucional y entendió que la firma del Auto de apertura del juicio oral (que lo fue en periodo vacacional) fue un acto puramente esporádico que no revistió indicio prejuzgador.

El TC a la luz de la jurisprudencia constitucional señala que los Autos de apertura del juicio oral, con su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas “sentencias instructoras de reenvío”, en las que se determina la imputación y que se dan en la práctica judicial francesa e italiana y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera orde-

nación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar¹³.

El Tribunal, en consecuencia, estima el recurso de amparo y acuerda la retroacción de las actuaciones judiciales al momento procesal del juicio oral para su conocimiento y fallo por un Tribunal en cuya composición se respete el derecho fundamental a un Juez imparcial, habida cuenta de que en el Auto de apertura del juicio oral se quebró la neutralidad al ser necesario apreciar la existencia de indicios racionales de criminalidad.

En relación a dicho Fallo se pronunció Voto particular por el Magistrado Cachón Villar en el que se manifestaba que el Auto estudiado no constituía una actuación instructora o investigadora, ni suponía una toma de contacto directo, sea con el acusado o acusados, o sea con las fuentes de prueba. Además se apuntaba que el Ministerio Fiscal había efectuado escrito de acusación y había instado en él la apertura del juicio oral, por lo que no se trataba de una actuación de oficio realizada por el órgano judicial. Por último se alega en el citado Voto que no debería entenderse como juicio de culpabilidad el que se formulaba ni el acuerdo de libertad provisional con obligación de comparecencia periódica, por lo que las sospe-

¹³ En apoyo de esta doctrina el Tribunal invoca la contenida en las SSTC 170 y 320/93. En la primera de ellas se estudia el Auto en el que se estimaba que los hechos revestían caracteres de delito y que las actuaciones ofrecían méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal, así como se aseguraban las responsabilidades pecuniarias y se decretaba la libertad provisional con obligación “apud acta” lo que rompe la apariencia de neutralidad del Juez sentenciador, en tanto en cuanto el Juez ha de mantenerse alejado de la investigación de la causa, del material sumarial, de las funciones de acusación y de las actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado y también, específicamente la labor de incriminación e inculpación, ya sea ésta indiciaria y provisional, como la que se requiere en los autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe dicha incriminación de forma preceptiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. Se citan en apoyo de estas reflexiones las SSTC 151/91, 142/97 y las anteriores 155/88, 11/89, 55/90, 170/93 y 320/93. En esta última se señalaba específicamente que “es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura de juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial”, y que “constituye un común denominador de todas las medidas cautelares penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su apariencia de buen derecho o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (artículos 503.3 y 589 LECrim)”. Por ello “la asunción por el Juez de instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar”.

chas de parcialidad que afirmaban los recurrentes “no están objetivamente fundadas para sustentar la infracción de la garantía de imparcialidad”.

Como puede observarse, de los mismos argumentos y de la misma doctrina del TEDH surgen opiniones discrepantes en el Juez de la Constitución, lo que implica mucho más que haya de estarse en cada caso concreto a las distintas circunstancias concurrentes.

Sistemáticamente pueden encontrarse las siguientes referencias, evidentemente no exhaustivas sobre algunos casos concretos que han sido objeto de atención por el Juez de la Constitución:

- La simple acumulación de funciones ejercitadas por el mismo Juez no es por sí sola capaz de causar su parcialidad, debiéndose valorar las concretas resoluciones adoptadas en el curso del proceso, porque solo si las cuestiones tratadas anticipadamente coincidieran con la que es objeto de la decisión sobre el fondo podría considerarse prejuzgada la capacidad del Juez para realizar de manera objetiva un nuevo enjuiciamiento. (Doctrina del TEDH).
- No toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar (STC 145/1988 de 12 de julio). Si compromete la actividad judicial la admisión a trámite de una quejella (SSTC 151/1991) así como la adopción de medidas cautelares, si se basan en un real juicio de imputación que ha de formarse el Juez sobre la participación del acusado en derecho punible (STC 320/1993). También las 145/1988; 11/1989 y 151/1991.
- En todo caso la emisión de Auto de procesamiento afectará a la imparcialidad posterior (STC 136/1992 y 219/1993). Sin embargo, no quiebra la imparcialidad cuando dicho Auto lo dicta el órgano sentenciador con base a lo inquirido directamente por otro órgano judicial (STC 220/1989).
- La adopción de la medida de prisión provisional incide en la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, afectando al “fumus boni iuris” propio de la imparcialidad (SSTC 66 y 67/1997). No obstante, la STC 106/1989 establecía que “la pérdida de imparcialidad tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de instrucción adopte de oficio esta medida cautelar (la prisión provisional) sin la previa instauración del contradictorio”. Insistiendo en esta misma línea la STC 60/1995, de 17 de marzo, introduciendo la doctrina del *Caso Hauschildt* afirma que “cuando la prisión provisional se ordena a instancia del Ministerio Público y el imputado está asistido de Abogado el Juez

no pierde su imparcialidad, ya que la asunción de la instrucción por el Fiscal, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de la medida cautelar, dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente y como tercero ajeno a la investigación los materiales de hecho aportados por el Fiscal, la acusación y la defensa”.

- No hay transgresión de la imparcialidad en el caso de la Audiencia Provincial, integrada por dos de los Magistrados que la componían al tiempo de dictar resoluciones anteriores revocando sendas propuestas de sobreseimiento de un Juzgado instructor, por cuanto, dice el TC (STC85/1992, de 8 de junio) que la Audiencia “se limitó a ejercer, conforme a la Ley, la competencia que ostenta para conocer y decidir recursos de apelación” y ello lo hizo “al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso, de suerte que no hubo contacto directo ni con el acusado ni con las pruebas”.¹⁴
- La emisión de un acto de procesamiento tiene lugar cuando aparece algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona (art. 384 LECrim) por lo que “tiene que basarse en datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera posibilidad y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito que se constata con la formalización de un acto de imputación” (Autos del TC 173 y

¹⁴ La Sentencia ha sido objeto de críticas. Cfr., en este sentido “El derecho a un juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás”, trabajo de JAVIER ORAÁ GONZÁLEZ y PILAR ORAÁ GONZÁLEZ. Poder Judicial. n.º 26, pág. 161 y sigs., que escriben: “Desde un punto de vista material, el juicio que merece la STC 85/1992 es mucho menos benigno cuando no abiertamente negativo. En primer lugar, parece que el Constitucional considera la imparcialidad judicial, indistintamente, como garantía integrada tanto en el derecho al juez predeterminado por la ley como en el derecho a un proceso con todas las garantías. Así, pese a que los recursos en amparo únicamente alegaron la vulneración del derecho a un juez imparcial como derecho comprendido en el que a un proceso público con todas las garantías reconoce el artículo 24.2 CE (antecedente de hecho tercero), la sentencia comentada lo encuadra dentro de los dos ya referidos al reseñar los derechos fundamentales cuyo estudio viene exigido por la demanda de amparo [fundamento jurídico primero, letra a)]. Al margen de que con ello venga a desconocer la distinta configuración del contenido de uno y otro –expresamente lo decía así la sentencia de 20 de junio de 1991–, lo que resulta indudable es que se ha quebrado la línea interpretativa, superadora de una primera jurisprudencia constitucional, que acertadamente integraba el derecho a ser juzgado por un juez imparcial en el derecho a un proceso con todas las garantías”.

289/1984). “El necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no pueden dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial contemple, durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento” (STC 55/1990).

- No atenta la imparcialidad la adopción de medidas de estricta ordenación como reclamar antecedentes penales e informes de conducta (STC 164/1988 y 11/1989); tomar declaración al imputado para ser oído (STC 106/1989); citar a los acusados y requerirles para que nombren Abogado y Procurador (STC 98/1990) y señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas (STC 164/1988). Ha lugar a la presunción de falta de imparcialidad el caso en que un Magistrado, conforme al artículo 384, párrafo 6.º LECrim., había ordenado al Juez instructor que dictase Auto de procesamiento (*caso de la Presa de Tous*). Cuando en opinión del Tribunal no procede el sobreseimiento (art. 633 LECrim) debe acordar la apertura del juicio oral mediante Auto. Este Auto “por su doble carácter de conclusión de diligencias preparatorias y adopción de una serie de medidas cautelares tiene como base una imputación penal que le hace partícipe de las llamadas sentencias instructoras de reenvío en las que se determina la imputación” (STC 170/1993; 320/1993). En alguna forma existe un conjunto de matices pero con concurrencia de elementos comunes no estrictamente deslindados entre este criterio y el de la STC 85/1992 a la que aludíamos antes, siendo este caso uno de los emblemáticos que justifica que haya que estar en cada situación al supuesto específico controvertido. También hay afectación de la imparcialidad y manifestación anticipada de un juicio posible de culpabilidad cuando, tras la petición de sobreseimiento del Fiscal, el Tribunal acuerda remitir las actuaciones al superior jerárquico para que estudie si procede o no sostener aquélla (supuesto del art. 644 LECrim).
- El Tribunal de apelación no queda contaminado por resolver un recurso de apelación contra un Auto de procesamiento (SSTC 145/1988; 164/1988; 11/1989 (antes citada); 170/1993; 98/1997 y 142/1997). Esta última sentencia indica que nuestra doctrina constitucional “se asienta sobre varias ideas esenciales. La primera, que

su finalidad consiste exclusivamente en evitar que el Juez o algún Magistrado del Tribunal encargado del juicio oral y de dictar la correspondiente sentencia prejuzgue la culpabilidad del acusado. Ahora bien, por eso mismo, la asunción sucesiva de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto y se hace inevitable descender al caso concreto, comprobando allí si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990). En efecto, no todo acto de instrucción la compromete, sino tan solo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan crear en su ámbito determinados prejuicios sobre la culpabilidad inhabilitándole así para conocer del juicio oral (SSTC 106/1989, 151/1992, 170 y 320/1993)”. Insiste el Tribunal Constitucional en la idea (Cfr, STC 60/1995, de 17 de marzo) de que, en cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto... debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan sólo aquéllos que, por asumir el Juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ámbito determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral “ (SSTC 106/1989, 151/1991, 136/1992, 170 y 320/1993).

V. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LOS CASOS CASTILLO ALGAR Y GARRIDO GUERRERO

Conviene ya en este momento abordar las consideraciones que han motivado en el ámbito de la jurisdicción militar una especial atención a estos problemas. Nos referimos al *Caso Castillo Algar* contra España, contenido en la Sentencia de 28 de octubre de 1998, Marginal de Aranzadi TEDH 1998\51y sucesivamente en la Sentencia de 2 de marzo del 2000 *Caso Garrido Guerrero* contra España. Marginal de Aranzadi TEDH 2000\115.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse ya sobre la primera Sentencia –al margen de la Sala Quinta– en varias ocasiones y de forma significativa a través de la SSTS de la Sala Segunda n.º 569/1999, de 17 de abril y en la Sentencia de 13 de febrero de 2001 (Ponente Sr. Bacigalupo) ya citadas en este trabajo. En la primera de ellas se efectúa una valoración de cierta profundidad en la que, sin embargo, se señala que

la doctrina del TEDH no se ha visto alterada por el *Caso Castillo Algar*, por cuanto se acude a anteriores pronunciamientos del propio Tribunal siendo resaltable –señala la Sala Segunda– “los argumentos que se esgrimieron en la resolución del Tribunal Militar Central que confirmó el Auto de procesamiento, de cuya Sala formaban parte los Jueces que después integraron el Tribunal sentenciador. Ciertamente, al confirmar el Auto de procesamiento el Tribunal Militar Central se limitó a los argumentos desarrollados en la Sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en fecha 20 de enero de 1992, que había anulado un Auto de sobreseimiento firme dictado en la misma causa y en esa Sentencia de la Sala Militar del Tribunal Supremo, para estimar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Togado contra el Auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Militar Central”. En este punto se alude a aquellos argumentos entre los que se describían en particular los siguientes extremos: “Hay suficientes indicios para considerar que pudiera existir un delito del artículo 189.1 del Código Penal Militar... no existió ninguna razón jurídica suficiente para deshacer la tipicidad... por ser los hechos quizás constitutivos de la figura descrita en el artículo 189.1 citado”. En definitiva concluye la Sala Segunda que el Tribunal Militar Central al desestimar el recurso contra el Auto de procesamiento remitiéndose a tales argumentos de la Sala de Casación “razonó como si se tratase de una resolución que anulaba el sobreseimiento y ordenaba, a la vista de las actuaciones obrantes en la causa y del material investigado, que se continuase el procedimiento *lo que implicaba el pronunciamiento sobre el procesamiento y no como Tribunal que se limitaba a confirmar un procesamiento sin contacto con el material de la instrucción*”.

En definitiva la Sala Segunda concluye que puede estimarse razonable que el TEDH apreciase “el temor de una pérdida de imparcialidad en los dos miembros del Tribunal sentenciador que habían formado parte de la Sala que confirmó el Auto de procesamiento”. Aún así el TEDH puso de manifiesto la cuestión a resolver que es en particular si se pueden considerar estas dudas como injustificadas, señalando cuestiones tan importantes como que tales dudas dependen y varían según las circunstancias de la causa y, sobre todo que el mero hecho de que un Juez haya tomado decisiones del proceso no puede en sí mismo justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad, recogiendo los criterios que habían sostenido en el Caso Hauschildt, en un razonamiento que, a nuestro juicio, no deja lugar a dudas sobre la excepcionalidad que tiene que concurrir en cada caso concreto para establecer la existencia de las dudas razonables sobre la impar-

cialidad objetiva y que se deduce muy claramente del temor de la propia Sentencia del TEDH que insiste en las diferencias entre imparcialidad subjetiva y objetiva: la primera trata de averiguar la relación personal de un Juez concreto en una determinada ocasión y la segunda tiende a asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto, recordando que la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario, precisando que “los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central... podrían fácilmente llevar a pensar que hacían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1992, según la cual existían indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar”.

Partiendo justamente de esta clara interpretación, la STS analizada de 17 de abril de 1999 concluye con la doctrina de que no ha habido quiebra de la imparcialidad objetiva en el caso que analiza¹⁵. La Sala (Ponente Sr. Granados Bravo), tras hacer un análisis extenso de la jurisprudencia del TEDH y el TC, que concluye con el *Caso Castillo Algar* establece la siguiente afirmación: “No puede alcanzarse la conclusión de que en el supuesto que nos ocupa haya habido quiebra de imparcialidad objetiva por parte de los Magistrados que enjuiciaron y sentenciaron a la recurrente por el hecho de haber intervenido en la redacción del auto confirmatorio del procesamiento dictado por el Instructor, ya que esta decisión del Tribunal de apelación así como la que resolvió no modificar la situación personal de los procesados, dado el contenido de tales resoluciones, en modo alguno puede reputarse función instructora, incompatible con su posterior de juzgador. Ciertamente, en el Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 18 de octubre de 1996, por el que no se modificó la situación de uno de los procesados exclusivamente se dice en su único razonamiento jurídico lo siguiente: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 503 y 504

¹⁵ Se trataba de una condena por un delito contra la salud pública en la que se interpuso recurso de casación, cuyo primer motivo invocaba infracción del n.º 6 del artículo 851 LECrim, en relación con los artículos 238.3.º y 240.1 de la LOPJ “por haber concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación se había propuesto por la parte recurrente al haber intervenido en fases decisivas durante la instrucción del sumario al resolver en apelación sobre la situación de los encausados así como el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento”, lo que a juicio del recurrente debió hacer que se suspendiese la Vista oral, cuya nulidad interesan, así como de la Sentencia condenatoria, pidiendo en consecuencia retrotraer las actuaciones al momento anterior al de la vista oral y ordenar dar el trámite correspondiente a la recusación.

LECrím y subsistiendo las razones por las que se decretó la prisión provisional del referido procesado, no procede, por ahora, modificar la situación personal del mismo”. Y el auto dictado por esa misma Sección en fecha 4 de noviembre de 1996, por el que se acordó desestimar el recurso de apelación contra el procesamiento tenía el siguiente razonamiento jurídico: “que a la vista de las alegaciones formuladas por la parte apelante en su escrito de interposición de recurso, así como de las argumentaciones esgrimidas en el acto de la vista, tanto por ésta como por el Ministerio Fiscal y de lo resultante a través del testimonio aportado, en su apreciación conjunta y en conciencia, al no haberse desvirtuado los motivos que se tuvieron en cuenta para dictar aquella resolución al amparo de lo preceptuado en el artículo 384 LECrím, sin que ello suponga una pérdida de predeterminación del fallo final, es procedente mantenerla”.

La respuesta a estos antecedentes sobre la actuación previa que según el recurrente era presuntamente contaminante se concreta en la afirmación de la Sala Segunda de que el Tribunal sentenciador, en cuanto a los que habían adoptado estas decisiones previas lo hicieron “sin haber tenido contacto con las fuentes de donde procedía el material investigador que fue llevado a juicio, por lo que no puede inferirse “prejuicio o prevención sobre la culpabilidad de la acusada”...”y ni siquiera se hace un juicio sobre los indicios racionales de criminalidad (cuestión que queda reservada al instructor)”. En definitiva se concluye que “el Tribunal sentenciador no ha participado por consiguiente, en funciones instructoras, habiéndose mantenido incólume su imparcialidad objetiva”.

En consecuencia, en esta primera sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo exige, interpretando el *Caso Castillo Algar* que haya existido un prejuicio o prevención sobre culpabilidad, un juicio sobre indicio racional de criminalidad o una actuación instructora para entender que confirme a la doctrina del TEDH haya afectación de la imparcialidad objetiva.

En el mismo orden la Sentencia de 13 de febrero de 2001 precisa que “la imparcialidad del Tribunal no depende de una actuación procesal determinada, es decir de si se confirmó un Auto de procesamiento o no, sino de si en la confirmación de ese Auto, teniendo en cuenta la intensidad de la intervención y especialmente el que los Jueces –independientemente de su actitud psicológica respecto del caso– ya no pueden ser considerados imparciales, según las exigencias de un estado democrático de derecho y más adelante, insistiendo en la consideración “caso a

caso” que “constituye un criterio muy firme de la jurisprudencia del TEDH se establece que en el Caso Castillo Algar exigió una comprobación individualizada de la forma en que la resolución del recurso había tenido lugar”. Con base a ese enfoque y en el caso concreto se desestima el recurso presentado partiendo de que el Tribunal “a quo” había sido “extremadamente cuidadoso al fijar sus propios límites de actuación en sus intervenciones de los Autos”, añadiendo que “la lectura de estos Autos permite, en primer lugar, comprobar que los Jueces “a quibus” tuvieron una conciencia actual de la necesidad de no formarse, en el trámite de los recursos de apelación que resolvieron, un prejuicio sobre la culpabilidad del acusado”.

Nos parece importante esta postura de la Sala Segunda que en realidad viene a sostener que ha de deducirse de los Autos en los que ha participado el Juez presuntamente contaminado que inequívocamente se mostró y quedó patente en el escrito ese prejuicio sobre culpabilidad que es lo que justifica la duda sobre la imparcialidad objetiva, duda ésta que no puede surgir de la mera redacción del Auto o de haber participado en la Sala que resuelve la apelación, sino que tiene que quedar probada explícitamente en la propia redacción de la resolución recaída.

Es ésta la forma concreta en la que nuestro Tribunal Supremo ha querido interpretar y concretar la aplicación de la doctrina del TEDH en sus auténticos y precisos límites.

Pero conviene estar a lo que el propio Tribunal de Estrasburgo ha matizado en relación a otro tema de la jurisdicción militar en el caso Garrido Guerrero a través de la Sentencia de 2 de marzo de 2000.

Se trataba de una condena por delito contra la hacienda pública en la jurisdicción militar con participación de dos miembros del Tribunal juzgador en la realización de ciertas investigaciones en primera instancia como Juez instructor, en un caso, y como miembro de la Sala que se había pronunciado en el Auto de procesamiento, en el otro.

Las razones habían sido ya invocadas ante el Tribunal Supremo, cuya Sala de lo Militar, en Sentencia de 18 de octubre de 1997 indicó que “el hecho de que un Juez haya participado en la adopción de una resolución que había rechazado un recurso contra un Auto de procesamiento, no podría ser considerado de ninguna manera como constitutivo de una actividad de instrucción susceptible de contaminar la imparcialidad objetiva de un Tribunal que decide sobre la culpabilidad del inculpado”. Asimismo, en cuanto a la pretendida imparcialidad del Tribunal por el motivo de que otro de los Jueces había llevado a cabo, como Juez instructor de la Sala del

Tribunal que dictó la Sentencia, ciertos actos de investigación a solicitud de la Fiscalía, el Tribunal Supremo observó que el Juez había actuado como delegado de la Sala que iba a dictar Sentencia en ejecución de un mandato legal y esto, para garantizar la inmediatez de la prueba y el conocimiento directo por parte del Tribunal de los actos de investigación que debían practicarse antes de la audiencia.

El propio TEDH recoge que el demandante presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo basado en que la causa debería ser oída de manera equitativa por un Tribunal independiente e imparcial, invocando también la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso mediante Auto de 30 de marzo de 1998, señalando, respecto a la presunta ausencia de imparcialidad de los citados dos Jueces, que el demandante había sido informado de los nombres de los que formaban la Sala y hubiera podido presentar una solicitud de recusación, lo que no había llevado a cabo.

El demandante invocó el *Caso Castillo Algar* ante el TEDH, el cual, sobre las dos cuestiones que afectan a la imparcialidad insiste en la interpretación del artículo 6.1 del Convenio de Roma de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala que “la imparcialidad debe apreciarse según una actitud subjetiva, intentando determinar la convicción personal de un Juez concreto en una ocasión concreta, y según una actitud objetiva que lleve a garantizar que dicho Juez ofrecía las garantías suficientes como para excluir cualquier duda legítima a este respecto”, referenciado en la misma línea el TEDH la Sentencia Incal contra Turquía del 9 de junio de 1998.

Respecto a la apreciación objetiva añade que deberá “recusarse a todo Juez del que se pueda legítimamente tener una falta de imparcialidad” y que las dudas sobre imparcialidad han de estar objetivamente justificadas pero “el simple hecho de que un Juez haya tomado ya decisiones antes del proceso no puede por sí mismo justificar los temores en cuanto a si su imparcialidad” y en el caso concreto el Tribunal observa como el Tribunal Militar Central hizo suyos los términos de un auto de procesamiento pero que “*a diferencia del asunto Castillo Algar, en el que los términos empleados por el Tribunal Militar Central que resolvió sobre el recurso del Auto de procesamiento podían fácilmente hacer pensar que finalmente hacía suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo, en opinión del cual existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido el delito militar, en el caso presente, el Tribunal de apelación tuvo mucho cuidado en precisar los límites del auto de inculpación, su*

carácter de resolución formal y provisional, sin prejuzgar en nada la resolución del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos que se descubrieran ni en cuanto a la culpabilidad del inculpado”.

Otra diferencia mas respecto al *Caso Castillo Algar* apunta el Tribunal en lo referente a la distinta participación de los Jueces en los momentos específicos que se apuntan como susceptibles de afectar a la imparcialidad resaltando que en el *Caso Castillo Algar* dos Magistrados que participaron en el examen del Auto de procesamiento lo hicieron posteriormente como Presidente y Juez instructor en la Sala del Tribunal Militar Central que le juzgó y condenó, lo que no tiene equivalencia en el *Caso Garrido Guerrero*.

Y una precisión mas al hacer constar el TEDH que los derechos de la defensa “fueron respetados” que el demandante “pudo presentar los elementos de prueba que estimó útiles para la defensa de su causa” y que los Tribunales “basaron sus decisiones exclusivamente en los medios de prueba que fueron presentados y debatidos libremente en la Audiencia”.

El Caso Garrido, por consiguiente, recalca si cabe de una manera a nuestro juicio muy contundente que la imparcialidad del Tribunal no depende de una actuación procesal determinada de que se confirme o no un Auto de procesamiento. La clave está en que la confirmación del auto matizando la forma de intervención y el grado de certeza sobre inculpación que se formula o que se precisa haga surgir las dudas sobre la apariencia indiscutible de imparcialidad. El Tribunal Constitucional ha insistido tanto en la necesidad de análisis del caso concreto como, en la reciente Sentencia de 29 de enero de 2001 en el recurso de amparo 837/97, con remisión a una dilatada jurisprudencia en que ha de exigirse para que pueda hablarse de afectación de la imparcialidad que el Juez “haya tenido una relación directa con el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior”. Y esto lo ha venido a ratificar el Tribunal Constitucional tras una doctrina totalmente consolidada¹⁶. Aunque sea cierto que el Tribunal Constitucional¹⁷ excluyó de manera general la resolución de un recurso de apelación sosteniendo que ello no implicaba intervenir propiamente en la instrucción de la causa, en el resto de la evolución de las Sentencias del Juez de la Constitución se recoge la doc-

¹⁶ SSTC 106/89, 113/92, 136/92, 157/93, 32/94, 138/94, 299/94 y 145/99.

¹⁷ SSTC 145/88, 151/91, 113/92 y 136/92

trina del TEDH exigiendo una comprobación individualizada de la forma en la que la resolución del recurso ha tenido lugar . Habrá que analizar las circunstancias concretas en cada asunto para descubrir la posible falta de imparcialidad, la concurrencia de un prejuicio contra el acusado. Las leyes vigentes prevén actuaciones anteriores al Juicio oral y la propia estructura de los Tribunales y muy en particular de los Tribunales de la jurisdicción militar viene a implicar casi pudiéramos decir la probabilidad de que en relación a las diversas actuaciones procesales provocadas por los Autos de procesamiento o de prisión se produzcan intervenciones de Jueces que luego han de formar Sala. Una lectura incorrecta y desmedida o presurosa de la doctrina del TEDH podría hacer pensar que el mero hecho de haber actuado con antelación produce dudas sobre la imparcialidad objetiva. No es cierto. Creemos que con la exposición y análisis de las distintas sentencias tanto del Organo Judicial intérprete de los Derechos humanos en Estrasburgo, como de nuestro Juez de la Constitución y de nuestro Tribunal Supremo ha quedado debidamente esclarecido el conjunto de requisitos que han de concurrir para que hablemos de falta de imparcialidad.

Aunque “obiter dicta”, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre estas cuestiones, en el recurso de amparo promovido también por D. Ricardo Castillo Algar sobre la Sentencia del Tribunal Supremo recaída en el recurso de revisión n.º 1/92/99 y que ha dado lugar al Auto del TC de 24 de abril de 2001, en el que inadmite la demanda de amparo y la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada, en la que el Tribunal Supremo en su Sala de lo Militar, por Sentencia de 27 de enero de 2000, razonó y determinó “que no existe disposición alguna que permita a los Tribunales la revisión de Sentencias penales a consecuencia de una Sentencia del TEDH. En la Sala que entendió del recurso de revisión (compuesta por 8 Magistrados) formaron parte los Magistrados Bermúdez de la Fuente (Ponente) y Querol Lombardero, los cuales también formaron parte de la Sala que desestimó el recurso de casación contra la Sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Militar Central.

Pues bien, el recurrente en amparo alegó con carácter principal ante el TC que la Sentencia recurrida vulneraba su derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un Tribunal imparcial “porque ha sido dictada por una Sala de la que formaban parte dos Magistrados (uno de ellos el que actuó como Vocal Ponente) que también habían formado parte de la Sala que desestimó el recurso de casación inter-

puesto contra la Sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Militar Central”, lo que debió hacer que tales magistrados hicieran uso de su derecho a la abstención de acuerdo con los artículos 53. 9.º de la Ley Procesal Militar y 219.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A ello añade que el Ministerio Fiscal tenía la obligación también de recusar a tales Magistrados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de su Estatuto Orgánico y no lo hizo. Por otra parte el recurrente reconoce que conocía la composición de la Sala y no solicitó recusación porque temía que dicha solicitud desembocaría en fracaso del recurso de revisión, indefectiblemente¹⁸.

El TC recuerda que el recurrente había intentado hacer valer su pretensión de ejecución de la Sentencia del TEDH por vía de amparo, siendo su recurso inadmitido al entender el TC que en el caso del Sr. Castillo Algar no concurren las circunstancias señaladas por la STC 245/91 para hacer valer dicha pretensión en amparo, pues “el recurrente ya ha cumplido condena y el propio TEDH declara en el fallo de la Sentencia, además de la vulneración del artículo 6.1 del Convenio que con esta declaración se da una satisfacción equitativa suficiente del perjuicio moral alegado”. Es por ello, que el TC da por ejecutada dicha Sentencia en la medida que el propio TEDH fijó también una indemnización a cargo del Estado Español.

Entrando luego en la posible lesión invocada del derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez imparcial el TC señala que tuvo ocasión para recusar a los dos Magistrados y no ejercitó su derecho a la recusación que tuvo en dos ocasiones consecutivas, la primera al serle notificada el auto por el que se autorizaba a interponer el recurso de revisión y más tarde al notificarle la providencia por la que, tras declararse concluso el recurso se señaló pleno para la deliberación y fallo, razón por la cual el Tribunal utiliza la reiterada doctrina del requisito de agotamiento de los recursos dentro de la vía judicial que obviamente ha de exigirse habida cuenta del carácter subsidiario del recurso de amparo abundando en que la

¹⁸ Para un análisis puntual sobre las cuestiones de abstención o recusación en el ámbito de la jurisdicción militar Cfr. de PEDRO MORO, J.L. “La abstención o recusación por haber intervenido en otro concepto del mismo procedimiento” (Comentario a la causa n.º 11 del artículo 53 de la Ley Procesal Militar), en Revista Española de Derecho Militar n.º 74. Julio-diciembre, 1999, págs. 213 y sigs, trabajo éste en el que además se recoge un interesante análisis histórico sobre la imparcialidad (nota 13) y parte de la doctrina del TEDH. También sobre la incidencia del Caso Castillo Algar en la jurisdicción militar se encuentra el trabajo de MUÑIZ VEGA, G: La Sentencia del TEDH en el Caso Castillo Algar y la jurisdicción militar”. La Ley n.º 47-49, de 8 de marzo de 1999.

recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial.

VI. INCIDENCIA DEL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO AL RECURSO DE APELACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL.

Con fecha 20 de julio de 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que fue creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ha aprobado un dictamen referenciado con la fecha de 11 de agosto, como consecuencia de la queja presentada por un ciudadano español referida a la presunta violación por el Estado español del derecho a recurrir de manera efectiva contra el fallo condenatorio y la pena impuesta, lo que conculcaría el artículo 14.5 del citado Pacto de 1966.

La cuestión de fondo derivaba de que el reclamante fue condenado por una Sentencia de la Audiencia Provincial, en proceso por delito grave, a una pena de 12 años y un día por asesinato en grado de frustración, Sentencia ésta recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 849.2 LECrim, planteando la necesidad de nueva valoración de la prueba de cargo que había venido a fundamentar el fallo condenatorio, desestimándose el recurso y precisándose la improcedencia de valorar de nuevo las pruebas de cargo, conforme a la jurisprudencia de que ello corresponde de modo exclusivo y excluyente al Tribunal de instancia. En definitiva, la reclamación ante el Comité se centra en la imposibilidad de que el Tribunal de casación vuelva a evaluar la prueba y que, en consecuencia, en estos casos la declaración del Tribunal inferior sobre los hechos es definitiva.

El artículo 14.5 del Pacto dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

Aunque España, durante la sustanciación de la reclamación, al margen de ciertas observaciones sobre la admisibilidad de la denuncia, alegó que el artículo 14.5 del Pacto no impone que un recurso se denomine explícitamente de apelación y mantuvo que el recurso de casación penal

español satisface plenamente las exigencias de una segunda instancia, aunque no permita la revisión de las pruebas salvo casos extremos, el Comité vino a decidir y declarar que la casación en la normativa española constituye un recurso que abarca solo los aspectos formales y legales pero que no permite en ningún caso la revisión íntegra del fallo y la pena.

La cuestión en debate es, por tanto, determinar si el sometimiento a un Tribunal superior al que hace referencia el artículo 14.5 del Pacto exige una revisión íntegra o es suficiente la mera posibilidad de un recurso ante órgano jurisdiccional superior.

Con fecha 13 de septiembre de 2000, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha reunido en Pleno para debatir el Dictamen, concluyendo que la respuesta al reclamante deberá ser dada por la Sala que resolvió la casación y puntualizando la suficiencia del recurso de casación para cumplir la exigencia del artículo comentado del Pacto.

La pretensión que ha planteado la defensa del recurrente ante el Tribunal Supremo es la nulidad de la condena y la suspensión cautelar de la misma, así como la nulidad del juicio y que una vez aprobada la nueva legislación, que podría derivar de la citada interpretación, se celebre de nuevo ante Magistrados diferentes que garanticen la imparcialidad.

El Ministerio Fiscal se ha pronunciado señalando que la decisión del Comité carece de alcance general y va referida al caso concreto que se examina, por lo que la posible reforma legal queda lógicamente a la discrecionalidad y valoración de criterios de oportunidad del legislador, pronunciándose contra la suspensión cautelar de la condena y contra la celebración de un nuevo juicio.

Ni que decir tiene que, en el marco de nuestra jurisdicción militar son proyectables las consideraciones que deriven del presente análisis, toda vez que los principios y requisitos en materia de recurso de casación penal, regulados en nuestra LECrim., se recogen y asumen por nuestra Ley Procesal Militar en sus artículos 324 a 327.

En este punto, debe observarse que el Tribunal Constitucional ha reiterado que la regulación de la casación penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), aunque también reconoce –en alguna de estas SS. y en otras poste-

riores– la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90 y 160/93)¹⁹.

¹⁹ La cuestión ha sido objeto de análisis por esta Sala Quinta, siguiendo básicamente los puntos de vista de la Sala Segunda, en Auto de fecha 9 de julio de 2001, cuyo Razonamiento Jurídico Tercero, en sus dos últimos párrafos expresa: “No tratamos de minimizar en modo alguno el Dictamen invocado del Comité, mas ello no implica que pueda interpretarse con el alcance que propone el recurrente. En efecto, de conformidad con el artículo 10. 2 de la Constitución, “las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las Libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Entre estos Convenios se encuentra el citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyos preceptos son objeto de interpretación por el Comité referenciado, que se organiza en la parte IV del Pacto (artículos 28 y siguientes), complementados por el Protocolo facultativo, asimismo ratificado por España y vigente desde el 25 de abril de 1985, Protocolo éste en el que se analiza la posibilidad de que “todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita” (artículo 2), lo que ha dado lugar al pronunciamiento del Comité comentado, en el que no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un Tribunal supranacional –como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto, sin que se concrete su cometido, en principio, en formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas. Sin embargo, es trascendente su función de vigilancia en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, por lo que los Estados parte deben tratar de acomodar a la interpretación que realice del mismo. En este orden, dice el apartado 14 del Dictamen del Comité referenciado de 20 de Julio de 2000: “Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2.º del mismo, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutado si se determina que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte en un plazo de noventa días información sobre las medidas adoptadas para aplicar el Dictamen del Comité”.

La recomendación del Comité estaba proyectada sobre el aludido caso concreto con las circunstancias específicas concurrentes sin que la solución de sus contenidos en el procedimiento sobre el que se dicta implique, como ha establecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la oportunidad de una suspensión de los recursos de casación pendientes en trámite. Por otro lado, las alusiones verificadas de manera difusa por el recurrente sobre “un presunto anuncio de tal segunda instancia hecho por el Ministro de Justicia hace pocas semanas ante los medios de comunicación y las sesiones hace dos semanas en Tenerife con Acuerdos entre los principales partidos políticos, sobre la reforma de la Justicia”, no pueden tenerse en cuenta dado que no se concretan en norma jurídica alguna y ni siquiera precisan el contenido de la hipotética reforma sobre la que, por otra parte, solo existe actualmente un debate doctrinal abierto en el que concurren opiniones diversas, por lo que, de conformidad con los criterios de la Sala Segunda, no procede decretar la suspensión interesada y si la sucesiva tramitación de las actuaciones.”

También la doctrina ha tenido ocasión de recoger este Dictamen poniendo de manifiesto una cuestión importante²⁰, cual es el desconocimiento del sistema español respecto a la existencia de un recurso efectivo ante la violación de un derecho del Pacto, por cuanto el recurrente debió acudir en su momento al Tribunal Constitucional en amparo, previa alegación de tal violación ante la jurisdicción ordinaria, enfoque que es el coherente con la infracción de un derecho de esta naturaleza.

Es cierto también, como recogíamos en el propio auto de la Sala Quinta, que el Comité ordenaba, junto a la anulación de la condena, ser informado sobre las “medidas adoptadas para aplicar el dictamen”, extremo éste sobre el que también hizo una llamada de atención la prensa diaria²¹.

A nuestro juicio el Comité no tiene una consideración de Tribunal, en el mismo sentido que puede tenerla el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien es importante su labor interpretativa del Pacto, aunque en gran medida adolezca de un desconocimiento del catálogo de garantías en nuestro sistema jurídico, en el que cabe incluir el recurso de amparo a pesar de su naturaleza constitucional que excede del ámbito jurisdiccional en el sentido estricto. Al margen de cumplimentar debidamente el caso concreto, es posible que en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudieran ponderarse cambios dirigidos a la instauración de un sistema de apelación en todas las condenas penales, que de lugar a una posible nueva determinación de los hechos probados, en los delitos en los que en el sistema actual ello no es factible, siendo mas improbable que ello se proyectase como una modificación o reforma de la casación. El hecho de que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya sido ya anunciada y sobre su necesidad se haya manifestado el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en la inauguración del año judicial 2001-2002, contribuye a que debamos abrir un compás de espera sobre estas cuestiones, sin perjuicio de precisar que en la actualidad no apreciamos –sin perjuicio de nuestro más profundo respecto a la interpretación verificada por el Comité– una insuficiencia de garantías del justiciable, que tampoco creemos que se de en el ámbito castrense.

De cualquier forma hemos querido recoger aquí los contenidos del importante Dictamen del Comité en razón a que obviamente afecta a algu-

²⁰ GONZÁLEZ CANO, M.^a ISABEL: “El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento Español”. Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal. N.º 2 - febrero 2001, págs. 31 a 41.

²¹ Cfr. El País, sábado 15 de septiembre de 2001, pág. 27.

na de las cuestiones de imparcialidad y, en general, al reconocimiento de garantías aquí tratadas, además de que la proclamada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá pronunciarse sin duda, tanto sobre los temas de la denominada “contaminación procesal”, como sobre los referentes a la necesidad de la apelación.

VII. CONCLUSIONES

1.º La acumulación de funciones ejercitadas por un mismo Juez o Magistrado no es por sí sola capaz de causar su parcialidad, debiéndose valorar las resoluciones concretas adoptadas en el curso del proceso caso por caso.

2.º Sólo si las cuestiones tratadas anticipadamente coinciden con la que es objeto de la decisión sobre el fondo y siempre que haya quedado concretada una situación de prejuicio puede considerarse afectada objetivamente la capacidad del Juez para realizar un nuevo enjuiciamiento.

3.º No siempre una intervención del Juez antes de la Vista tiene carácter de instrucción habiendo de estarse al contenido específico de la propia intervención, de la decisión tomada, del trámite de que se trate, del contenido de la medida cautelar en su caso adoptada, etc.

4.º La emisión de un Auto de procesamiento siempre afecta a la imparcialidad posterior, así como la adopción de la medida de prisión provisional por órgano judicial que luego haya de tomar parte de la resolución definitiva.

5.º No atenta a la imparcialidad la adopción de medidas de estricta ordenación procesal.

6.º La participación directa o en Sala de un Magistrado que con anterioridad había participado directamente o en Sala en la denegación de un Auto de apelación contra otro de procesamiento no afecta a la imparcialidad mas que en los casos en que el contenido de la resolución por la que se desestima la apelación se produce en términos que impliquen un pronunciamiento sobre culpabilidad o quepa deducir de su redacción puntos de vista que impliquen asumir indicios de culpabilidad en el justiciable.

7.º El Tribunal sentenciador, para que pueda incurrir en imparcialidad objetiva dimanante de decisiones anteriores instructoras, ha de determinarse que ha tenido contacto con las fuentes de donde procedía el material investigador que fue llevado a juicio o bien que nos encontremos en una situación en la que pueda inferirse del contenido de sus razonamien-

tos jurídicos la existencia de prejuicios o prevenciones de culpabilidad o criminalidad del acusado.

8.º No parece necesario a la vista de la doctrina elaborada en el TEDH promover una reforma legislativa, tanto en los ámbitos procesales como orgánicos, por cuanto las disfunciones apreciadas han sido puntuales y han obtenido la debida respuesta y encauzamiento sin que los Tribunales hayan encontrado obstáculos para restaurar la tutela judicial. Ello no obstante si es preciso que los órganos judiciales asuman la citada doctrina y la tengan en cuenta en todo momento para evitar perturbaciones derivadas de la problemática estudiada.

9.º En el ámbito jurisdiccional militar es evidente que, por la actual estructura de sus órganos jurisdiccionales, no resulta sencillo evitar la participación de alguno de los componentes de un Tribunal Militar en el procedimiento con anterioridad a la vista oral con la normativa vigente. Cabrían, tal como se ha sugerido²², reformas legislativas que tendrían que afectar a las líneas esenciales del proceso penal, vaciándose prácticamente de contenido la fase de instrucción, suprimiéndose el Auto de procesamiento y atribuyéndose el conocimiento del recurso de apelación contra las medidas cautelares del instructor a un Magistrado o Vocal del Tribunal que, desde este momento, quedaría afectado por una causa expresa de abstención o recusación en el conocimiento del fondo del asunto. Nos parece complejo abordar una reforma de esta magnitud y límites cuando, por otra parte, de la jurisprudencia analizada podemos deducir que sólo en el caso *Castillo Algar* con las especialísimas circunstancias que en él concurrieron se apreció la apariencia de imparcialidad objetiva. La solución en el caso *Garrido Guerrero* ha centrado la postura del TEDH y precisado los límites de la doctrina general. Por ello, en principio y aún manteniendo nuestra mas radical defensa de la necesidad de la mas absoluta imparcialidad e independencia del juzgador sobre el fondo, incluso en los aspectos mas sensibles e imprecisos del ámbito de las “apariencias”, no estimamos tampoco que nos encontremos en el momento oportuno de entender objetivamente fundada la oportunidad de una modificación en la normativa castrense.

10.º Un problema paralelo al que ha sido objeto de análisis, indirectamente relacionado con él, es el planteado por el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal de apelación, con posibilidad de revisión de prueba en todos los casos de

²² JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: Cit pág. 504 y 505

condena por delito. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que la casación penal y sus normas no suponen una transgresión del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que la casación constituye un recurso efectivo, independientemente de que éste recurso pueda o no responder a la necesidad de una segunda instancia generalizada, debiendo entenderse que las garantías se protegen escrupulosamente en el ordenamiento español en cuanto a la tutela judicial efectiva, además de la existencia del recurso de amparo, sin perjuicio de la posible conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo a la casación en los casos en que no exista. La cuestión ha sido también objeto de debate en un Auto de la Sala Quinta, en el sentido de interpretar que no procede la suspensión de la tramitación de los recursos de casación por el hecho de que no se haya producido una segunda instancia en la que se pueda verificar una revisión de los hechos.

Todo ello lo recogemos sin perjuicio de que una prevista reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que siempre habría de ser previa a la que pudiese afectar a nuestra Legislación Procesal Militar, incluyese una generalización de la apelación, con la consiguiente posible oportunidad de modificaciones normativas, extremos éstos que no son abordables en este momento.

LA NATURALEZA DE LOS DELITOS DE ALLANAMIENTO DE BASES, ACUARTELAMIENTOS Y ESTABLECIMIENTOS MILITARES Y VULNERACIÓN DE SUS MEDIDAS DE SEGURIDAD

FERNANDO PÉREZ ESTEBAN

*Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar
del Tribunal Supremo*

En memoria de José Francisco de Querol. Destacado jurista,
inolvidable Auditor y Magistrado, hombre sencillo y bueno.

I. LOS BIENES JURÍDICOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ESTADO. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

La actividad legislativa que selecciona y delimita aquellas conductas humanas que deben ser constitutivas de delito, y, en consecuencia, la legitimación del ejercicio del ius puniendi del Estado en relación a los hechos tipificados penalmente, está supeditada a que esas conductas lesionen o pongan en peligro alguno de los bienes jurídicos que la Sociedad organizada políticamente debe proteger.

El principio penal de lesividad u ofensividad así lo exige en todos los casos. Este principio presupone, en primer lugar, que se determinen los bienes sobre los que, en razón de su importancia, debe recaer esa protección estatal, pues no todos ellos merecen que se ejerza en su defensa el poder punitivo. Y en segundo término, que se precise el grado de afectación negativa a ese bien jurídico que ha de alcanzar una conducta para que se justifique la intervención penal respecto a ella.

Esta es una tarea del legislador ordinario, porque la Constitución Española, como dice Méndez Rodríguez (Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid 1993), no nos proporciona ni el catálogo de los bie-

nes jurídicos más importantes, ni los principios orientativos para su determinación. Pero como el Estado, a través del derecho positivo de cada etapa histórica, no debe disponer un orden social basado únicamente en el establecimiento de deberes, de carácter imperativista, regulador de las voluntades individuales, sino tutelador, protector y conservador de bienes e intereses constituidos (Cobo del Rosal y Vives Antón. Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1996), de ninguna manera puede considerarse desligado de ese fundamental concepto de bien jurídico para establecer aquel catálogo y proceder a la tipificación de conductas humanas, porque –y ciñéndonos a nuestra patria y al momento actual– aunque la Constitución no recoge expresamente el principio de lesividad y ofensividad a que nos referimos, según el cual no puede existir delito sin lesión o peligro del bien jurídico, no resulta difícil deducir de sus preceptos ese postulado esencial. Méndez Rodríguez (obra citada), considera que el valor fundamental de la libertad, que proclama el artículo primero de nuestra Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político, permiten fundamentar, desde el punto de vista constitucional, la exigencia del principio de lesividad del bien jurídico como fundamento del ejercicio del *ius puniendi* y, siguiendo a Vives, concluye que el injusto aparece, desde el plano constitucional, caracterizado como un ataque a la libertad ajena y, por tanto, a la coexistencia de las libertades y, a su vez, y precisamente por ello, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo que presupone, al menos, un principio de ejecución de ese ataque. Es decir, que ha de existir, como mínimo, una puesta en peligro de un bien jurídico mediante una acción exterior. Este requisito esencial del hecho delictivo se encuentra absolutamente vinculado al principio de legalidad que consagra el artículo 25 de la Constitución. Cobo y Vives Antón (obra citada) consideran que esa lesividad u ofensividad del bien jurídico protegido no representa un plus que, para que el hecho sea constitutivo de delito, ha de añadirse a su contradicción con un precepto penal positivo, sino que el principio de ofensividad se encuentra condicionado y limitado por el de legalidad, de suerte que tiene que ser reconducido a éste de forma inexorable, porque a través de la afirmación del principio de legalidad debe concretarse y requerirse la lesión del bien jurídico.

Entendemos que, junto al valor fundamental de la libertad y al mencionado principio de legalidad, puede situarse, como fundamentadora de la vigencia del principio de lesividad, la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9 de la Constitución Española, pues de esa proscripción se deduce también la imposibilidad de que

el legislador pueda tipificar delitos para la protección únicamente de una determinada forma de comportamiento social, estableciendo penas en relación a las conductas que se aparten de ese modelo, y la consecuente necesidad, por el contrario, de que fundamente la conminación penal en la protección de unos bienes cuya lesión o puesta en peligro afecte al orden de valores establecidos constitucionalmente, lo que representa la garantía última de que su proceder, en esa faceta tan importante y trascendente del poder estatal como es el poder punitivo, no es arbitrario.

De manera que puede concluirse que no hay delito sin lesión o peligro para un bien jurídico. Tradicionalmente, los bienes que ha tenido en cuenta el derecho penal a efectos punitivos son de naturaleza individual. El núcleo clásico del derecho punitivo lo constituye la protección de la vida, la propiedad, la integridad física, el honor, etc. Pero, junto a ellos, se abre paso cada vez con mayor intensidad, de acuerdo con la evolución de las modernas sociedades, la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, mediante el llamado derecho penal preventivo. Concretamente, muchos de esos bienes jurídicos colectivos son presupuesto indispensable de la seguridad de los ciudadanos en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales. La protección de aquellos mediante el normal funcionamiento de las Instituciones es garantía de que los miembros de la colectividad se encuentran a salvo de ataques a los bienes de carácter individual que personal y directamente les atañen.

II. LESIÓN Y PELIGRO EN RELACIÓN A BIENES JURÍDICOS

Es muy interesante, en este punto, la diferenciación que efectúa la profesora Corcoy Bidasolo (Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales, Universidad Pública de Navarra. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999), por un lado, entre objeto material del delito y bien jurídico protegido –objeto jurídico– y, por otro, entre resultado de lesión o de peligro del objeto material del delito y resultado de lesión o de peligro del bien jurídico protegido –objeto jurídico–. Y, así, puede decirse que el resultado jurídico de lesión, es decir, la lesión del objeto jurídico, ha de darse en todos los delitos, porque en todos ellos, sean de lesión (en el sentido clásico de destrucción o deterioro del objeto material) o de peligro, ha de existir, como presupuesto de la legitimidad de su punición, una afectación negativa al bien jurídico protegido, aunque sólo en los de resultado habrá una real lesión del objeto material del delito.

El peligro en sentido jurídico, que afecta negativamente a un bien tutelado, ha sido profundamente analizado y, como dice A. Torio López (“ Los delitos de peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto”, trabajo publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1981. Pág. 841) “posee una característica elasticidad. Es un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa”.

Incluso, toda lesión de un objeto material protegido por el derecho penal lleva consigo, por su propia naturaleza, un momento anterior en que se puso en peligro el correspondiente bien jurídico, y la importancia de algunos bienes individuales determina que, en ciertos supuestos, se sitúe en ese estadio anterior la protección penal establecida en la ley y se tipifiquen como delitos acciones que no producen un resultado lesivo para el objeto material de protección, sino que constituyen solo un peligro real y efectivo para dicho objeto. Por eso, ha podido hablarse de “adelantamiento de las barreras de protección” cuando se tipifica como delito una conducta que constituye un peligro concreto para un bien jurídico individual.

Pero entre los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que representan intereses jurídicos “difusos”, como han sido calificados, y cuya cuota de beneficio para los miembros de la colectividad es difícil de calcular en concreto, existen algunos cuya trascendencia, para la imprescindible seguridad de que los derechos fundamentales de las personas puedan ejercerse pacíficamente en la colectividad social, exige que su protección penal deba situarse, no ya en el momento de su efectiva y real puesta en peligro, sino incluso cuando se da una situación en sí misma peligrosa para ese bien jurídico, es decir, idónea para producir peligro. El fundamento último de esa extrema protección es la aludida necesidad de asegurar a los ciudadanos el funcionamiento eficaz de las instituciones para que puedan ejercitar normalmente aquellos derechos, porque, como señala Corcoy Bidasolo (op. cit.) la protección de bienes jurídicos supraindividuales se legitima “siempre que tengan como referencia la protección de intereses fundamentales para la vida social de la persona”. Para que esa protección, mediante la punición de un hecho determinado, esté justificada es preciso, en virtud del principio de ofensividad, la lesión, en sentido jurídico, del bien jurídico, porque si se entiende que en esos casos la barrera de su protección puede establecerse tan alejada de los postulados de esa exigencia de lesividad u ofensividad que quedaran reducidos los tipos delictivos al castigo de la simple violación de una regla de obediencia representada por la norma penal, no solo se estaría vulnerando ese principio de ofensividad, sino que también podría decirse

que la pena, en esos supuestos, tendría una función meramente preventiva, incompatible con las finalidades que le atribuye el artículo 25.2 de la Constitución, y podría reproducirse aquí la conocida polémica suscitada en Italia en relación a los delitos de peligro de esa naturaleza y su encaje en los principios de la Constitución Italiana y en el propio Código Penal de aquel país, en el que se excluye la punibilidad cuando por la inidoneidad de la acción, o por la inexistencia del objeto de ésta, sea imposible el resultado dañoso o peligroso, lo que, como acertadamente señala Méndez Rodríguez en la obra citada, constituye la consagración legislativa del principio de lesividad. En nuestro derecho, ese principio, como hemos visto, puede, sin dificultad, deducirse de la propia Constitución Española, lo que obliga a exigir, para la punibilidad de esos hechos delictivos, que la frontera de protección se sitúe en un punto en que la actividad realmente desarrollada constituya, por sí, esa situación de peligro para el bien jurídico a que nos venimos refiriendo y no solo mera desobediencia a la norma, porque si la causa de la punición fuera únicamente la contravención formal, no existiría “materia” sobre la que pudiese recaer la reeducación, si no fuese la formación del ciudadano en la obediencia mecánica o ciega al Estado –lo que resultaría inconciliable con los postulados del Estado Democrático de Derecho– castigándose un comportamiento que acercaría peligrosamente el objeto de punición al con tanta razón denostado tipo de autor. La punición solo puede anudarse a un real y efectivo peligro para el bien jurídico protegido (peligro concreto) o a una situación potencialmente peligrosa para ese bien jurídico (peligro abstracto).

La trascendencia social de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y, por tanto, el alto grado de protección que debe otorgárseles, impone que no solo se tipifiquen aquellas acciones que representan un peligro real y concreto para ellos –peligro que es, muchas veces, difícil de precisar por la naturaleza de los bienes– sino, incluso, las situaciones idóneas para generar peligro. A esta necesidad de reforzamiento de la protección subviene la técnica de los delitos de peligro abstracto, entre los que deben incluirse los tipificados en el artículo 61 del Código Penal Militar.

III. LOS DELITOS DEL ART. 61 C.P.M.

1. EL DELITO DE ALLANAMIENTO

La acción descrita en el precepto es allanar una base, acuartelamiento o establecimiento militar. El verbo empleado define su núcleo como una

desobediencia o incumplimiento de un requisito necesario para acceder a un acuartelamiento. En efecto, allanar no es sino entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño. El que allana un acuartelamiento –y no debe olvidarse que este delito es de los pocos tipificados en el Código Penal Militar, promulgado por ley orgánica 13/1995, de 9 de diciembre, que no exige en el autor la consideración de militar y puede, en consecuencia, ser cometido por cualquier ciudadano– está incumpliendo la exigencia de autorización para entrar en un edificio oficial. Está, simplemente, desobedeciendo esa norma. En tal sentido, puramente material, podría considerarse su acción una contravención de las reglas de policía y orden o un injusto administrativo.

Pero el delito que examinamos está ubicado en el Título I del Libro Segundo del Código Penal Militar, relativo a los delitos contra la Seguridad Nacional y Defensa Nacional y, dentro de ese Título, en su Capítulo 4.º, correspondiente a los atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional. Queda así perfectamente definido el bien jurídico protegido: la Seguridad Nacional y Defensa Nacional a través de los atentados a sus medios o recursos. Es éste el bien jurídico colectivo o supraindividual que, conforme a lo expuesto, debe ser lesionado, en el sentido jurídico de afectado negativamente, para que pueda existir la infracción delictiva que se castiga en la norma.

El antecedente inmediato del delito del artículo 61 del Código Penal Militar de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar está constituido por el derogado art. 408 del Código de Justicia Militar de 1945. Este precepto castigaba a “el que contra la voluntad del Jefe o encargado de un centro, dependencia o establecimiento militar penetrase en los mismos”, y se integraba bajo la rubrica de “Delitos contra los intereses del Ejército”.

Millán Garrido (Comentarios al Código Penal Militar. Madrid, 1988) ha estudiado en profundidad la cuestión de la necesidad de que la ley penal militar tipifique el hecho del allanamiento de un centro o acuartelamiento militar. En relación al referido artículo 408, la Exposición de Motivos del antiguo código de Justicia Militar señalaba “que a los intereses y seguridad de los Ejércitos convenía la institución de esa modalidad delictiva, sobre todo en consideración a la frecuencia con que actualmente existen dependencias de la indicada clase instaladas en edificios destinados parcialmente a fines particulares y que normalmente no tienen protección o vigilancia armada”. Y respecto a esa protección examina Millán detalladamente la cuestión de si el concepto de morada del art. 490 del Código

Penal ordinario, entonces vigente, puede comprender los centros oficiales y, concretamente, las dependencias militares, llegando a la conclusión de que la protección del art. 490 C.P. no alcanzaba al allanamiento de dependencia militar, lo que justificaba su tipificación en el Código de Justicia Militar de 1945 y en el Penal Militar actualmente vigente, promulgado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Y añade el citado autor: “una eventual prevención legislativa que ampliase a los edificios públicos el ámbito de protección del delito común de allanamiento, plantearía lógicamente la cuestión en términos diversos“. Aunque, en esa hipótesis, mantuvo la conveniencia de su tipificación militar, respondiendo a la necesidad de tutelar de modo específico y más riguroso la seguridad de los establecimientos castrenses.

Cuando se hicieron estas atinadas observaciones se encontraba en vigor el Código penal promulgado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicó el texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. En este Código, además del delito de allanamiento de morada, que, como hemos ya dicho, no protegía los edificios públicos, el artículo 246, según la modificación introducido por Ley 82/1978, de 28 de diciembre, tipificaba, entre los delitos de desórdenes públicos y junto a otras alteraciones del orden, la ocupación de edificios actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública. El nuevo Código Penal promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha establecido dentro del Capítulo II, del Título X, unos tipos de allanamiento (art. 203.1) consistentes en entrar contra la voluntad del titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de las horas de apertura, y también entrar en esos locales o domicilios con violencia o intimidación, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 203.2). Y en el art. 557 se tipifica, paralelamente al antiguo art. 246 el Código de 1973, la conducta de los que, actuando también en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público “invadiendo instalaciones o edificios”, concepto sin duda más amplio que el que recogía el art. 246 del derogado código.

La situación legislativa es, pues, distinta a partir de la promulgación del Código Penal de 1995 y no hay que olvidar que al promulgarse el Código Penal Militar de 1985 se encontraban en marcha los trabajos para la elaboración de un nuevo Código Penal, que se iniciaron en el año 1978, existiendo un Proyecto de 1980 y una Propuesta de 1983 que, aunque no llegaron a plasmarse en leyes, señalaron ya determinadas tendencias que,

seguramente, el legislador de 1985 hubo de tener en cuenta al redactar el Código Castrense. Lo cierto es que la regulación legal del artículo 408 del Código de Justicia Militar por la imprecisión o generalidad del valor protegido por la norma, es decir, “los intereses del Ejército”, acercaba mucho el tipo delictivo al concepto penal del delito formal, en cuanto, desde luego, afectaba a ese interés genéricamente considerado que se penetrase en un Centro, establecimiento o dependencia militar contra la voluntad de su Jefe o encargado. Así, podía entonces decirse que, en realidad, se trataba de un delito de mera actividad, porque no cabe duda de que la ejecución de la descripción objetiva había necesariamente de lesionar aquel interés. Frente a ello, el art. 61 del Código Penal Militar actualmente vigente parece que ha querido resaltar su distinta naturaleza cuando sustituye la expresión “penetrar en un Centro, establecimiento o dependencia militar contra la voluntad del Jefe” por el empleo del verbo allanar, que, aunque expresa el mismo concepto, facilita el desplazamiento del centro de gravedad de la infracción a esa afectación negativa del bien jurídico protegido, a que acabamos de aludir, que se deduce de la ubicación del precepto en el Título correspondiente a los delitos contra la seguridad Nacional y Defensa Nacional. Pudiera pensarse, pues, que el legislador ha tenido en cuenta la presumible ampliación de los términos del allanamiento común y ha circunscrito la tipificación militar del allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento a los supuestos en que entrañe, no la mera desobediencia que, desde luego, vulnera los intereses del Ejército en general, sino la real afectación, en los términos que luego señalaremos, de ese valor colectivo que representa la Defensa Nacional y la Seguridad Nacional, imprescindible para el pacífico ejercicio de las libertades individuales. Esa afectación del bien jurídico de la Defensa Nacional, como vamos a ver, es, por tanto, necesaria para la comisión del delito del art. 61.

En los delitos comunes del art. 203 y 557 del Código Penal lo que se protege es la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público y el orden público, respectivamente. Por su parte, el art. 61 del C. Penal Militar, al determinar el bien jurídico protegido a través de la tipificación de ese atentado contra tan importantes medios o recursos de la Defensa Nacional como son las áreas militares o recintos de igual naturaleza donde se alojan las Unidades o Centros castrenses, o el conjunto de locales o instalaciones que están al servicio de un Organismo militar, está, por un lado, dando completo cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 117.5 C.E. de constreñir el ejercicio de la Jurisdicción Militar al ámbito estrictamente castrense, y,

por otro, satisfaciendo la exigencia de complementariedad que deben tener, de acuerdo con las técnicas legislativas más avanzadas, los Códigos Penales Militares respecto al Penal Común. El nuestro de 1985 ha sido calificado con acierto por J.L. Rodríguez Villasante (en Estudios de Derecho Judicial, editados por el Consejo General del Poder Judicial, año 1996: “El Código Penal Militar en el sistema Penal Español. Principio de especialidad y concurso de leyes”) como Código complementario de tipo general, en el que, en la parte general, solo se regulan las especialidades militares, remitiéndose, en lo demás, al Código Penal común, a través de la cláusula del art. 5, y tipificando en la parte especial como delitos militares los comportamientos que lesionan un bien jurídico de trascendencia castrense, siendo sus autores generalmente militares o, excepcionalmente, no militares. Desde ese punto de vista ha de contemplarse el art. 61, que representa un buen ejemplo de complementariedad y que solo adquiere su verdadero sentido con la correcta interpretación del tipo como delito de peligro abstracto, en el que el referido bien jurídico se contempla como valor necesariamente afectado por la conducta objetiva descrita, que estará en relación de consunción o absorción con los tipos penales ordinarios, según la regla 3.^a del art. 8.^o del Código Penal, porque el desorden público que pueda conllevar un allanamiento incardinable en el art. 61 C.P.M. quedará absorbido por el tipo castrense más complejo, cuando se den también en el hecho los elementos de ese tipo común.

2. EL DELITO DE VULNERACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 61 del Código Penal Militar tipifica, junto al allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar, la vulneración de las medidas de seguridad establecidas para su protección.

En realidad, no existe diferencia esencial entre uno y otro tipo delictivo. La más elemental medida de seguridad en un acuartelamiento ha de ser el control de la entrada en el mismo y la prohibición de hacerlo sin autorización. Especificada expresamente la infracción de esta medida, pudiera haberse referido a continuación la ley a la vulneración “de las demás” medidas de seguridad que protegen las bases acuartelamientos o establecimientos militares. Esta identidad de naturaleza hace que sea aplicable al delito de vulneración de medidas de seguridad cuanto hemos expuesto sobre el de allanamiento.

No basta, pues, con la conculcación de una de esas medidas, sino que es preciso, además, que con ello se haya creado una situación de peligrosidad para el bien jurídico protegido de la Defensa Nacional en el ámbito de esos específicos medios y recursos a que se refiere el precepto. Pero, al mismo tiempo, hay que señalar que tampoco toda acción que disminuya la seguridad del acuartelamiento engendrando riesgo, debe ser incardinada en este tipo delictivo. Es necesario, por el contrario, que se haya llegado a esa situación de peligrosidad como consecuencia de la infracción de alguna de las concretas medidas establecidas para su seguridad, lo que, sin duda, exige la determinación de la que ha sido conculcada.

3. NATURALEZA DE LOS DELITOS DEL ARTÍCULO 61 C.P.M.

La categoría, por tanto, de los delitos denominados formales, en los que la mera actividad determina la consumación del ilícito penal, no puede convenir a los que se definen en el art. 61 del C.P.M. que examinamos. Su naturaleza es la de delitos de peligro abstracto y así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 26 de marzo de 1998 y de la Sala de lo Militar de 21 de noviembre de 2000, 11 de diciembre de 2000 y 16 de mayo de 2001).

Porque lo que justifica la inclusión en el catálogo de los delitos de las conductas que se definen en el art. 61 es que, generalmente, esas conductas comportan una afectación negativa (lesión en sentido jurídico) del bien jurídico protegido, que se concreta en la situación de peligrosidad, o de idoneidad para generar peligro, en que se coloca a tan importantes medios o recursos de la Defensa Nacional. Pero esta motivación del legislador, que basta para la tipificación del hecho como delito de peligro abstracto, no es suficiente para la punición de una acción concreta, porque, si así fuese, estaríamos de alguna forma, elevando esa generalización a presunción *iuris et de iure* de peligrosidad. Es decir, si bastase para castigar los hechos definidos en el art. 61 con la mera actividad descrita en el tipo, querría decir que la apreciación, basada en la probabilidad estadística, de que esa acción normalmente es peligrosa para el bien jurídico, devendría inmodificable en relación a una determinada actividad coincidente con la descripción típica. Estaríamos, por tanto, en presencia de un mero delito formal, lo que resultaría difícilmente conciliable no solo con el principio de lesividad a que nos hemos referido, sino también con el de culpabilidad, esencial en el actual derecho penal, porque se sancionaría al autor solo

porque la acción ejecutada es normal o generalmente peligrosa, aunque en el caso concreto, por las circunstancias concurrentes, no fuese idónea para generar peligro. E incluso, como se ha dicho, la consideración de esa presunción como indestructible tendría la consecuencia de decantar la duda del juzgador en contra del reo, con infracción del principio penal que la resuelve a su favor y también del fundamental derecho a la presunción de inocencia.

En definitiva, la consideración de una conducta como general o normalmente peligrosa puede llevar al legislador, valorando ese potencial riesgo, a tipificarla fundamentalmente como delito, pero no justifica, por sí sola, la punición de una acción concreta. Para esta punición es preciso que el juzgador, además del juicio de subsunción del hecho en la descripción típica, realice también, con resultado positivo, el juicio sobre la afectación del bien jurídico que se protege, es decir, el juicio sobre el “resultado jurídico” (lesión = afectación negativa del bien jurídico protegido) de la concreta acción realizada. En los delitos de peligro concreto, el peligro está incluido entre los elementos típicos del delito, pero en los de peligro abstracto no existe esa referencia: son acciones generalmente peligrosas, y, por ello, incluidas en el catálogo de los delitos, en el sentido de que producen una situación de riesgo normalmente “idónea” para poner en peligro el bien jurídico objeto de protección. Pero, como acabamos de decir, esa conclusión de “normalmente idónea” debe ser examinada, en el caso concreto, mediante un juicio ex-post –pues no puede ser de otro carácter el juicio que se realiza de un hecho ya pasado–, pero referido ex-ante, es decir, al momento de la acción. En ese juicio se habrá de determinar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del hecho en relación con la naturaleza del bien jurídico protegido, si, cuando se realizó la actividad típica, esas circunstancias concurrentes permitían mantener la “idoneidad” de la acción para generar la situación de peligro que “normalmente” debe producir la acción descrita en el tipo.

Así, en los delitos de peligro abstracto, a diferencia de lo que ocurre en los denominados de peligro concreto, no es preciso que quede acreditado el peligro real y efectivo para un bien determinado, pero, en cambio, ha de apreciarse la realidad de una “situación peligrosa” o “situación de riesgo”. De manera que, si la acción descrita en el tipo por ser generalmente peligrosa, no puede, en un caso concreto y determinado, considerarse de riesgo porque no es idónea para producirlo, no podrá imputarse a su autor el delito porque no estará, en realidad, afectado el objeto de protección. Simplificando, podría decirse que, en los delitos de peligro abs-

tracto, se puede desvirtuar la presunción de riesgo potencial que ha dado lugar a la tipificación de la acción acreditando que una conducta determinada no es apta para engendrar peligrosidad alguna para el bien jurídico. A esto se refiere el segundo juicio, a que antes nos hemos referido, que debe efectuar el Juzgador antes de incardinar un hecho en el tipo descrito en los delitos de peligro abstracto. La acusación, al probar los elementos objetivos de la descripción típica de estos delitos, acredita que la actividad debe normalmente ser estimada peligrosa (si así no fuera, carecería de fundamento su tipificación como delito), pero eso no impide la constatación de la idoneidad de esa actividad determinada para poner en riesgo el bien jurídico.

Quizá la dificultad de la cuestión pueda, en último término, atribuirse a una denominación no del todo precisa. Tal vez, la de peligro abstracto no sea la que mejor convenga a los delitos de esa naturaleza. La expresión “peligro abstracto” parece evocar la existencia de peligro con abstracción de las circunstancias del hecho concreto. Hemos visto que fundamentales principios penales impiden esa concepción. Acaso pudiera ser mas apropiado a su verdadera naturaleza llamarles delitos de situación de riesgo o, como decía Meyer, citado por T. Rodríguez Montañés en “Delitos de peligro, dolo e imprudencia” Madrid 1994, “delitos de peligrosidad”, en los que todo el desvalor de la conducta está en su peligrosidad y no en la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

Sin duda, esta postura aproxima la estructura de los delitos de peligro abstracto a la culpa consciente o, incluso, a la imprudencia en general. Pero esta cuestión nos adentra en el importante tema del elemento subjetivo de los delitos de peligro abstracto, es decir, el dolo necesario para su apreciación, que vamos a examinar a continuación.

4. EL DOLO EN LOS DELITOS DEL ART. 61 DEL C.P.M.

Acabamos de decir que el delito de peligro abstracto viene definido por el legislador mediante los elementos objetivos de una conducta generalmente peligrosa para un bien jurídico. Y que la esencia de este tipo de delitos es esa peligrosidad de la acción, normalmente idónea para poner en peligro el bien protegido.

Hemos también rechazado la posibilidad de que esa “peligrosidad”, así entendida, se constituya únicamente en motivo de la tipificación del hecho y que, después, se desvincule por completo del delito, que se consumaría

con la sola realización de los elementos materiales del tipo, porque esta postura llevaría a la inaceptable admisión del delito de peligro abstracto como delito meramente formal. En ese caso, bastaría para su apreciación, y consiguiente punición del autor, con que el dolo de éste comprendiese esos solos elementos materiales. Es decir, que bastaría el conocimiento de la conducta descrita en el tipo y la voluntad de ejecutarla. Pero en esa estructura estaría ausente el elemento de la afectación del bien jurídico, que es requisito para la existencia del delito y cuyo conocimiento por parte del agente no puede limitarse a abarcar la mera probabilidad estadística de la situación peligrosa generada por la actividad que ha llevado a la configuración como delito de esa actividad. Sea el dolo elemento del tipo o se configure en la culpabilidad, para la punición es preciso que, en los delitos de peligro abstracto, el dolo comprenda, en relación a una determinada acción, su idoneidad para producir la situación de peligro, esto es, que abarque aquella peligrosidad de que hablaba Meyer. Así lo exige el principio de lesividad u ofensividad del bien jurídico a que antes nos hemos referido.

Del mismo modo hemos de razonar si atendemos a la concepción de esos delitos como presunciones de peligro. Salvo que se admitiese la naturaleza de presunción “*iuris et de iure*” de la que, al tipificarlos, cabe decir que está formulando el legislador, lo que conculcaría, como también hemos ya expuesto, los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y, desde el punto de vista procesal, incluso la norma “*in dubio pro reo*”, hemos de reconocer que el conocimiento del autor para incurrir en un delito fundamentado en una mera presunción de peligrosidad ha de abarcar esa posibilidad de peligro en el caso concreto de la acción ejecutada, de tal forma que si no se extiende a ella no debería penarse su conducta.

La inadmisibilidad de esas posturas desde el punto de vista del bien jurídico protegido, hemos de confirmarla desde la perspectiva del elemento subjetivo del delito, porque, en ellas, el dolo habría de referirse solo a la acción descrita en el tipo, que no comprende sino las circunstancias de hecho en que el legislador fundamenta, por su probabilidad estadística, la posibilidad de peligro. Existiría un inaceptable automatismo punitivo si el dolo no hubiera de abarcar la idoneidad de la actividad desarrollada para generar la situación peligrosa, fundamento de la punición. Lo que ocurre es que, como el dolo debe inferirlo el Juzgador de los datos objetivos que han sido acreditados, la realización de los hechos típicos, con conocimiento y voluntad, permiten inferir, en principio, que el autor conocía que esa situación de peligrosidad, que el legislador presumió que habría de derivarse de la acción, se producía efectivamente en esa conducta concre-

ta. Pero, frente a esta apreciación inicial, no puede, sin conculcarse los principios de culpabilidad y responsabilidad individual, cercenarse la posibilidad de que quede acreditado que, en el caso concreto, no se dio, por sus circunstancias, la idoneidad de esa particular acción para generar una situación peligrosa, lo que quiere decir que la inferencia sobre el dolo no se traslada automáticamente de la presunción legislativa al caso concreto, sino que ha de valorarse en cada supuesto, porque el conocimiento directo de la inidoneidad de la acción impediría considerarla como dolosa.

Así, se ha hablado de que para condenar –por delito de peligro abstracto doloso- basta con probar el dolo respecto de la acción prohibida y el no conocimiento seguro de la no peligrosidad (Berz, citado por Rodríguez Montañés en la obra referida). Aunque aquí el dolo se sitúa en el conocimiento de la descripción típica, esa fórmula negativa de “el no conocimiento seguro de la no peligrosidad” entiendo que es muy similar a la exigencia de conocimiento de la idoneidad de la acción para generar peligrosidad, porque la única forma segura de acreditarse que el agente no pudo conocer esa idoneidad es, efectivamente, que la acción determinada no sea idónea para ello.

La concepción que limita el dolo, en estos delitos de peligro abstracto, al conocimiento de los elementos de la acción descrita en el tipo y la voluntad de ejecutarla parece irreconciliable con el principio de lesividad que ha de fundamentar la conceptualización de cualquier conducta como delictiva. Si para que la acción sea delito es preciso que lesione un bien jurídico, es decir, que afecte negativamente al bien jurídico, por dañarlo, por ponerlo en peligro concreto, o por generar una situación de peligrosidad, resulta contradictorio con ese principio no exigir, en los de peligro abstracto, que el autor tenga conocimiento de esa peligrosidad, porque si no es preciso que la intención la abarque, quiere decirse que se presume que todo comportamiento típico tiene relevancia lesiva, a pesar de que el legislador ha fundamentado su inclusión en el catálogo de delitos solo a causa de que normal o generalmente ese comportamiento tiene potencialidad de riesgo.

Para obviar estos inconvenientes, se han presentado, desde las más diversas posturas jurídicas, muchas construcciones que detalladamente sistematiza la profesora Rodríguez Montañés en su interesante trabajo referido, de las que voy a destacar aquí la tesis de Volz y la teoría del bien representante (Schünemann, Jacobs y otros penalistas). Volz formula el principio de la asunción del riesgo, según el cual el injusto y la culpabilidad de los delitos de peligro abstracto radica en el riesgo que el autor asume con su acción, generalmente peligrosa en relación con una posible lesión del bien jurídico. Parte de que las acciones, en los delitos de peligro abstracto, repre-

sentan la posibilidad de una lesión del bien jurídico y que su no peligrosidad en concreto puede depender de factores no dominables por el autor o de factores que conoce y controla. En el primer caso, asume el riesgo de su acción, pero si controla esos factores para poder impedir la producción de riesgo, no cabe hablar de tal asunción. La comisión dolosa no exige sino que el autor sea consciente de las circunstancias que fundamentan su deber frente al bien jurídico, a saber, el significado social de la acción generalmente peligrosa y la protección del bien jurídico que subyace a su prohibición. No existirá dolo, por el contrario, cuando el autor tiene el convencimiento de la no peligrosidad de su acción bajo la consideración de todas las circunstancias causales y controlables por él. En definitiva, si no cabe asumir riesgo alguno, quedaría excluido el propio tipo del injusto.

La teoría del bien representante parte de que el dolo respecto del peligro abstracto no implica dolo de peligro concreto y, circunscribiéndose a los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, inmateriales, entiende que la técnica más adecuada es la de tipificar la afectación de un bien intermedio en función representativa. No se trata, por tanto, se dice, de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger otros bienes en los que la tipificación de su lesión o puesta en peligro resulta más fácil que la de aquellos otros supraindividuales merecedores de la tutela penal. En estos delitos, pues, existe formalmente una lesión del bien interpuesto con función representativa y, por ello, no es preciso constatar la peligrosidad de la acción en relación con el bien inmaterial que verdaderamente se protege, lo que determinaría la irrelevancia de la referencia, desde el punto de vista del dolo, a ese bien jurídico mediatamente protegido, que ha de referirse solo a la lesión del bien representante.

Otros autores han elaborado sus teorías, en la línea de salvar los principios de culpabilidad y responsabilidad individual, partiendo de que la peligrosidad de la acción debe incorporarse al tipo del injusto por vía interpretativa y, por tanto, que queda excluida la tipicidad cuando, ex ante, no existe esa peligrosidad. Además de los ya mencionados Berz y Meyer, entre los españoles podemos citar a Torio López que, en su conocido estudio publicado en 1981 en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, después de distinguir, entre los delitos de peligro abstracto, los consistentes en la violación de reglas ético sociales o ético religiosas y los identificables como delitos de desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal, y ciñéndose a los que denomina de peligro hipotético respecto a los que considera que no puede extenderse la propuesta de prescindir legislativamente de tal categoría de deli-

tos, afirma que únicamente cuando la acción coincidente con el tipo sea peligrosa para el bien jurídico puede sustancialmente afirmarse la tipicidad. En el tipo se describe, dice este autor, la acción relevante para el Derecho Penal, pero, añade, en esos delitos que denomina de peligro hipotético se da una ulterior dimensión, porque exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito. No requieren, dice, que la acción determine un peligro efectivo, a diferencia de lo que ocurre con los de peligro concreto, “pero sí reclaman que pueda originar un estado caracterizable como probabilidad de un daño o lesión. Por ello son atípicas las acciones que, desde la perspectiva del juicio de peligrosidad, aparecen como accidentales o irrelevantes, pese a hallarse comprendidas en la descripción típica”.

Desde nuestro punto de vista, la conclusión sobre el dolo en los delitos de peligro abstracto es clara: el conocimiento de la no idoneidad de la acción para generar la situación de peligrosidad para el bien jurídico protegido, excluiría, en todo caso, el dolo del autor.

Podemos decir que en los delitos de peligro concreto el peligro está especificado en el tipo y el dolo, al abarcar los elementos del tipo, abarca el peligro. Pero en los de peligro abstracto, su característica es, precisamente, que el peligro no está descrito. Esto ha llevado a la comentada consideración de que, para la punición, basta con el conocimiento de los elementos típicos, y, por tanto, que no se exige el conocimiento del peligro. Ciertamente, en esos delitos no se requiere ese conocimiento del peligro para el bien jurídico porque no se precisa para su punición un peligro real y efectivo, pero eso no quiere decir que no se tenga que conocer por el autor la situación peligrosa, es decir la posibilidad de peligro o peligrosidad. Si estimáramos que el dolo en los delitos de peligro abstracto solo hubiera de abarcar el conocimiento de la actividad descrita y la voluntad de ejecutarla, llegaríamos a la conclusión de que, como esa acción descrita no supone sino una presunción de peligro o un peligro potencial, en realidad se penaría en razón, no de una lesión (=afectación negativa) del bien jurídico (objeto jurídico), sino de la mera probabilidad de esa afectación negativa, lo cual hemos visto que es inadmisibles, en virtud del principio de culpabilidad y responsabilidad. En los delitos de peligro abstracto, en los que no se recoge como elemento de la acción la peligrosidad que el legislador presume que normalmente se deriva del hecho típico, es preciso que el dolo del agente alcance la aptitud de su concreta acción para crear esa peligrosidad, de tal forma que si cree con seguridad que no es idónea, no se podrá estimar que ha habido dolo, (aunque la acción, en sí, pudiera reu-

nir esa idoneidad) en cuyo caso podemos estar en presencia de un delito por imprudencia (si su creencia o confianza en que no es idónea no tiene el suficiente fundamento).

Parece, por tanto, conveniente establecer criterios de deslinde entre el elemento subjetivo en los delitos de peligro abstracto y determinadas formas de dolo e imprudencia, como son el dolo eventual y la imprudencia consciente, en los delitos de lesión material del objeto de protección.

Si consideramos que existe dolo eventual cuando el sujeto acepta la lesión de un bien jurídico que no quiere directamente lesionar, pero cuya afectación negativa se representa como prácticamente inseparable de la lesión de otro bien jurídico a la que tiende directamente su acción y a la que en ningún caso va a renunciar, a pesar de conocer la casi seguridad de la otra lesión, hemos de reconocer las evidentes concomitancias entre esta figura y el dolo necesario en los delitos de peligro abstracto. En estos, ciertamente, el sujeto no quiere la lesión material del bien jurídico supraindividual protegido en el tipo, porque si la quisiera, sin duda nos situaríamos ante otra figura delictiva, seguramente más grave, que, en realidad, estaría intentando con su acción. Pero, a pesar de no abarcar su intención esa voluntad de lesión material, realiza el acto tipificado, aun sabiendo que pondrá en situación de peligrosidad aquel bien jurídico que resulta lesionado, no materialmente, sino solo en cuanto ha sido afectado negativamente por ese peligro abstracto en que se le coloca. La diferencia con el dolo eventual ha de ubicarse en que en éste lo que se representa el agente es la práctica inseparabilidad entre las lesiones de ambos bienes –el querido directamente y el que constituye objeto de la lesión no querida, pero aceptada–. Por el contrario, en el dolo necesario para los delitos de peligro abstracto lo que ha de abarcar la intención dolosa es solo la peligrosidad de la situación en relación al bien jurídico supraindividual, además de los elementos objetivos descritos en el tipo, de tal manera que podría decirse que el dolo de peligro abstracto en ningún caso puede abarcar la lesión en sentido material, tradicional, del bien jurídico, ni siquiera aceptándola como en el dolo eventual.

Más evidente es la diferencia con la culpa consciente. Existe culpa cuando el sujeto se representa la producción de un resultado lesivo por su acción y, a pesar de ello, actúa en la confianza infundada de que lo podrá evitar, produciéndose, no obstante, ese resultado lesivo. Tiene de común con el dolo necesario para los delitos de peligro abstracto que el sujeto no quiere la lesión material del bien jurídico que, en definitiva, resulta afectado. Pero, así como en la culpa consciente el agente se representa la posi-

bilidad de lesión, en el caso de peligro abstracto lo que ha de representarse es la situación de peligrosidad como consecuencia de su acción. Si se la representa como derivada necesariamente de la realización del hecho típico, estaríamos en presencia del dolo de peligro abstracto, pero si el sujeto no se representa, por falta de diligencia, la peligrosidad o actúa confiando en que, por las circunstancias cuyo control mantiene, la podrá evitar y esa confianza es infundada, entonces lo que se cometerá, si el resultado lesivo material no se produce, pero se crea efectivamente una situación de riesgo, es el delito de peligro abstracto por imprudencia, con culpa consciente o inconsciente, según el alcance de la representación del agente. Respecto a la tesis del bien interpuesto, que, por su propia configuración, considera bastante para la punición la realización de la acción típica sin necesidad de constatar su peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, según hemos visto, parece claro que los casos de dolo o imprudencia habrán de referirse exclusivamente al tipo descrito en la norma, sin relación directa con ese otro bien jurídico supraindividual mediatamente protegido. Y solo serán irrelevantes, a los efectos de constituir la conducta típica, los ataques de muy poca gravedad al bien intermedio, en virtud del principio de mínima intervención penal.

En conclusión: en los delitos de peligro abstracto, que protegen bienes jurídicos inmateriales de gran trascendencia colectiva, el resultado jurídico se concreta en la afectación negativa de ese bien jurídico, siendo el resultado material muy difícil de precisar, salvo en los supuestos de gravísimas afectaciones. No existe en estos delitos exigencia de peligro real y efectivo para el objeto material del delito, pero sí la hay de que se produzca la situación de peligrosidad o de riesgo para el objeto jurídico (= bien jurídico protegido). El dolo, pues, en estos delitos ha de abarcar la idoneidad de la situación creada para producir esa “peligrosidad”. Por tanto, basta la conciencia de potencial riesgo. Si ese riesgo potencial aparece como consecuencia necesaria de la acción, habrá dolo de peligro abstracto, que no se excluirá si aparece como consecuencia posible, y aceptada, de esa acción idónea. Cabe la comisión por imprudencia, con o sin representación, si el sujeto por falta de diligencia no tiene conciencia de la situación de peligrosidad en que pone al bien jurídico, o si, teniendo representación de la posibilidad de esa situación, confía infundadamente que no se ha de producir.

El Juzgador inferirá el dolo de los datos acreditados. Y se podrá desvirtuar esa inferencia si se acredita que el agente no tenía conocimiento —ni debía tenerlo— de la idoneidad de su acción para producir riesgo, lo que resultaría evidente si una acción determinada no era idónea para ello, por

las circunstancias concurrentes que conocía el sujeto, y, desde luego, cuando esas circunstancias no escapaban (o podían escapar) a su control.

La necesaria afectación de las conductas descritas en el artículo 61 del Código Penal Militar al bien jurídico que protege la norma, es decir, a la seguridad nacional y a la defensa nacional, mediante el atentado a esos medios o recursos que se especifican en el precepto, nos ha llevado a la conceptualización de esos delitos como de peligro abstracto, porque las acciones objetivamente descritas no representan, por sí mismas, una lesión de ese bien jurídico de naturaleza colectiva o supraindividual, sino una mera desobediencia a la exigencia de autorización o contravención a las medidas de seguridad. Es muy fácil imaginar ejemplos en que esa mera actividad no conlleve afectación negativa alguna de aquel bien jurídico. No obstante, no puede desconocerse que, general o normalmente, pueden representar una situación de riesgo o peligro para el mencionado bien jurídico. Cabría afirmar que entrañan un riesgo potencial, que el legislador, dada la suma importancia del bien protegido, trata de evitar mediante la tipificación de tales actividades como delictivas. Es absolutamente legítima la postura legislativa, porque esa posibilidad estadística de que las conductas afecten negativamente al bien jurídico que está obligado a proteger el Estado, es fundamento suficiente para su inclusión en el catálogo de los delitos.

Hemos visto ya el significado de allanar, y hemos también dicho que esa entrada sin autorización en un acuartelamiento militar es, en realidad, una forma concreta de vulnerar las medidas de seguridad de los establecimientos militares, porque, sin duda, una de las básicas para garantizar esa seguridad es la de no permitir la entrada en ellos de quien no esté debidamente autorizado. La acción, en sí misma, no presenta dificultad interpretativa alguna en cuanto a sus elementos objetivos, pero el delito no incorpora a la descripción objetiva el elemento de la peligrosidad. El legislador tiene en cuenta que, normalmente, se produce como consecuencia de la actividad y ello es suficiente –lo acabamos de decir– para la tipificación. Pero no es posible desligar esa motivación del legislador de la penalidad y convertir el injusto en un delito de mera actividad o formal. Quiere decirse que, de alguna manera, hay que incorporar al tipo ese elemento de la peligrosidad que subyace en el ilícito penal, porque lo que se pena es esa afectación negativa al bien protegido –que es el resultado jurídico– mediante la acción objetivamente descrita.

Desde un punto de vista finalista, debería admitirse que esa situación de riesgo, que constituye la lesión –en el sentido de afectación negativa–

del bien jurídico, es elemento del tipo, y, en consecuencia, ha de ser abarcado por el dolo natural del autor, que ha de conocer que su actividad produce una situación que puede generar un riesgo para la seguridad y defensa nacional y voluntariamente la realiza.

Desde un punto de vista causalista, si el dolo, además del conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de ejecutarlos, comprende el conocimiento de la significación antijurídica del injusto, resulta incuestionable que para la punición de esos delitos habrá de abarcar, conociéndola y, a pesar de ello, queriendo realizar la actividad, la peligrosidad de su conducta, esto es, su idoneidad para generar riesgo. En definitiva, el dolo, en los delitos de allanamiento y vulneración de medidas de seguridad previstos en el artículo 61 del Código Penal Militar, ha de comprender el conocimiento por parte del autor de que su actividad, coincidente con la descripción legal del ilícito, es una actividad que afecta negativamente a la seguridad nacional y la defensa nacional en cuanto genera una situación de peligrosidad para los importantes medios o recursos de esa defensa nacional descritos en la norma. No cabe duda de que en el doble juicio de subsunción que debe realizarse para la punición de los hechos, ha de tenerse muy en cuenta esa peligrosidad potencial que ha legitimado la definición de la conducta como delictiva, sin perjuicio de que los principios de lesividad, culpabilidad y responsabilidad subjetiva, a que venimos aludiendo, exijan que el autor de la actividad abstractamente peligrosa pueda llevar al ánimo del Juzgador la convicción de que su concreta conducta no fue, desde su inicio, idónea para generar la situación de peligrosidad para el bien jurídico protegido que es imprescindible para la punición. El Juzgador habrá de deducirlo de las circunstancias de toda índole que concurren en el caso concreto. Y según sea la posición del analista cabrá decir que, cuando resulte esa falta de idoneidad, o no concurren todos los elementos del tipo o la acción no puede considerarse dolosa. En cualquier caso, lo que no sería admisible es la sanción penal cuando el autor conoce esa no idoneidad de su acción para producir riesgo y, por ello, su intención no puede abarcar la peligrosidad. Ahora bien, si el agente actúa en la creencia de que su acción es inidónea, es decir, no se representa la peligrosidad u obra en la confianza de que podrá disipar –porque se encuentra en condiciones de controlar totalmente el resultado peligroso– esa peligrosidad que se representa, y esa creencia y confianza no se encuentran suficientemente fundadas y, en definitiva, se produce la situación de riesgo, cabrá la imputación de los delitos a título de culpa –inconsciente o consciente– como previene el art. 62 del C.P.M.

EL “ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO MILITAR”

LUIS B. ALVAREZ ROLDÁN
General Auditor (R)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTOS GENERALES. 3. SUJETO ACTIVO. 4. SUJETO PASIVO. 5. EXAMEN DEL CAPITULO III DEL TITULO V. 6. EL ABUSO DE AUTORIDAD. 7. EL MALTRATO A INFERIOR. 8. EL TRATO DEGRADANTE O INHUMANO. 9. LA ESPECIFICA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD (C.P.M. ART. 105 DEROGADO).

1. INTRODUCCIÓN

El 1 de mayo de 1988 –en realidad el día 2 o el 3, según las fiestas locales de las ciudades sedes de los Juzgados Togados y Tribunales Militares Territoriales– inicia sus actividades la nueva Jurisdicción Militar ¹, con unas Leyes Orgánicas, casi sin estrenar, aprobadoras del Código Penal Militar ² y de la Ley Disciplinaria Militar ³, y con la coexistencia de las normas procesales penales del obsoleto Código de Justicia Militar ⁴ y, hasta la promulgación de la Ley Procesal Militar ⁵, en vigor desde el 8 de mayo de 1990, fecha en la que, con rigor total, nace la nueva Jurisdicción Militar. Culmina así la reforma de la Jurisdicción Militar.

La nueva organización de la Jurisdicción Militar ⁶ se basa en unos Juzgados Togados Militares, asignados a cinco Tribunales Militares Territo-

¹ L.O. núm. 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en lo sucesivo LOCOJM.

² L.O. núm. 13/1985, de 9 de diciembre.

³ L.O. núm. 12/1985, de 27 de noviembre, derogada por L.O. núm. 8/1998, de 2 de diciembre.

⁴ C.J.M. de 1945 y L.O. 9/1980, de 6 de noviembre.

⁵ L.O. núm. 2/1989, de 13 de abril.

⁶ LOCOJM. Artículos 53, siguientes y concordantes. Artículos 44, siguientes y concordantes.

riales; en razón al empleo militar igual o superior al de Comandante: Juzgados Togados Centrales asignados al Tribunal Militar Central ⁷.

El órgano judicial superior es la Sala de lo Militar, o Sala Quinta, del Tribunal Supremo ⁸, amén de tener asignada una competencia en razón al empleo militar o cargo o destino ⁹.

La división territorial de la nueva Jurisdicción Militar se realiza en razón a consideraciones de mayor densidad del personal militar, y circunstancias geográficas ¹⁰.

La interesante evolución desde el Código de Justicia Militar de 1945 hasta las cuatro leyes orgánicas que lo sustituyen (1985, 1987 y 1989) es resumida en cuatro líneas, con escrupulosa objetividad, por MILLÁN GARRIDO ¹¹. En amplitud es tratado el tema por LOSTAU FERRÁN ¹², y CASADO BURBANO ¹³.

La aplicación del Código Penal Militar, por la nueva Jurisdicción Militar, viene a responder a los postulados e imperativos de la Constitución Española, de una forma real y efectiva.

Nos concretamos por su especial importancia, en razón a la realidad actual y contexto social, al delito de abuso de autoridad. La interpretación de tales tipos penales, por los Jueces y Tribunales Militares, es, casi siempre, fiel reflejo de los imperativos constitucionales en la cotidiana realización de la Administración de Justicia Militar.

2. CONCEPTOS GENERALES

El Código Penal Militar dedica el capítulo III al abuso de autoridad, dentro del Título V (Delitos contra la Disciplina). RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO ¹⁴, exponente de la única doctrina suficientemente difundida en esta materia, desde la vigencia del C.P.M. examina exhausti-

⁷ LOCOJM. Artículos 32, siguientes y concordantes.

⁸ LOCOJM. Artículos 22, siguientes y concordantes.

⁹ LOCOJM. Artículo 23.

¹⁰ Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, derogada por Ley 44/1998, de 15 de diciembre.

¹¹ Millán Garrido, Antonio: Código Penal Militar. Tecnos, 1989, 3.ª ed.; págs. 17 a 36.

¹² Lostau Ferrán, Francisco, Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid, 1988, págs. 21 a 28.

¹³ Casado Burbano, José Luis. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid 1988. págs. 29 a 43.

¹⁴ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid 1988. págs. 1261 a 1415.

vamente los artículos 103 al 106 del Código Penal Militar. En modo alguno se trata aquí de hacer réplica de tal minucioso, completo, y extenso tratamiento del tema, sino de sintetizar los diversos tipos penales y los comentarios doctrinales de los mismos, como base de un ulterior examen crítico de las Sentencias dictadas al respecto.

El denominado delito de abuso de autoridad en cierta medida viene a ser la protección penal de algunos derechos fundamentales y libertades públicas, y freno a las correcciones desproporcionadas y violentas.

El abuso es –en palabras de ARRAZOLA– “el mal uso de una cosa, de un poder o de un derecho que corresponde, y, en general, todo acto que se ejecute excediendo, perturbando o contraviniendo a las reglas y facultades concedidas al hombre, ya por la naturaleza, ya por la Ley”¹⁵.

El término autoridad comprende, para QUEROL y DURÁN¹⁶, “el poder o función que da el mando militar a todo aquel que por su graduación es capaz de ejercerlo en alguna forma sobre inferiores”, puntualizando que la mas apropiada denominación sería de “abuso de atribuciones”.

En la doctrina italiana, influidora de nuestro Código Penal Militar, el abuso de autoridad es “todo acto de violencia, injuria o amenaza cometido por un militar contra un inferior”, precisando VEUTRO que prima la relación jerárquica incluso fuera de la relación del servicio¹⁷.

El bien jurídico protegido es la disciplina, como afirma la Ley¹⁸.

La disciplina, a estos efectos, se conecta con la relación jerárquica.

La doctrina jurídico penal, desde la más antigua a la mas reciente, coincide en reconocer que “la disciplina tanto se quebranta por la insubordinación del inferior como por el abuso de autoridad del superior”¹⁹, subrayando VENDITTI el paralelismo de la insubordinación y el abuso de autoridad²⁰; en efecto, existe una simetría, son dos caras de una misma moneda.

¹⁵ Citado por de Querol y Durán, Fernando. Principios de Derecho Militar Español. Ed. Naval. Madrid, 1949. Tomo II, pág. 458.

¹⁶ Fernando de Querol y Durán; obra citada en nota anterior, pág. 459.

¹⁷ Veutro. Manuale de Diritto e di Procedura penale militare. Milano, 1976, pág. 433; citado por R. Villasante, ob. Citada, pág. 1271.

¹⁸ C.P.M. Título V. “Delitos contra la disciplina”. El capítulo Primero regula la “sedición militar”; el capítulo II bajo la rúbrica genérica de “insubordinación” tipifica el insulto a superior y la desobediencia; y, el capítulo III recoge diversos tipos de “abuso de autoridad”.

¹⁹ Pou Ribas, Alarcón Roldán, Hernández Barrios, García Labajo, y otros citados por R. Villasante, obra citada, pág. 1269, 1294 y 1298.

²⁰ Venditti, Rodolfo. I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare. Dott. A. Giuffrè. Milano, 1985 (3.ª edic.); pág. 283.

La protección penal de la disciplina, en los supuestos de maltrato de obra y tiempo de paz, respeta escrupulosamente el principio de igualdad con idénticas penalidades ²¹, como así lo impuso la Corte Constitucional Italiana ²². Acertadamente, el párrafo agravatorio, que contenía el artículo 99 del C.P.M. en su primitiva redacción, fue suprimido ²³, si bien no suponía una diferencia en razón del empleo militar sino por realizarse el hecho en acto de servicio.

Precisamente el bien jurídico protegido –la disciplina– es lo que, como acertadamente razona RODRÍGUEZ-VILLASANTE ²⁴, diferencia hechos que deben ser incardinados en el abuso de autoridad y no en las extralimitación del mando, ya que aquí el bien jurídico protegido en el servicio, conforme al tenor literal del Título VI y su capítulo IV.

No resulta superfluo precisar que el delito de abuso de autoridad, además de la disciplina en lo específico, tiene como bien jurídico protegido genérico la vida, la integridad física y la salud, como en similar sentido ya apuntó el excepcional catedrático RODRÍGUEZ DE VESA ²⁵.

La denominación abuso de autoridad no es acertada, en la medida en que abarca maltratos de obra y tratos denigrantes, al menos. Si el abuso es el exceso, nada en el concepto de autoridad permite entender que ampare ciertas arbitrariedades, lesiones, o tratos degradantes, por mínimos que sean, y que, en consecuencia el exceso integre el delito.

VENDITTI precisa que “las violencias contra el inferior no constituyen propiamente un abuso de los poderes atribuidos al superior por el ordenamiento jurídico” ²⁶, en realidad son comportamientos ilícitos que nada tienen que ver con el poder jerárquico.

El insigne jurista-militar italiano matiza que el abuso de autoridad se produce “si el superior, por rencor, impone una sanción disciplinaria superior a la legal” ²⁷, o, más propiamente, añadido, si se sanciona un hecho inexistente o no constitutivo de falta. Por el contrario, en modo alguno es “*extrictu sensu*” abusar de la autoridad el maltratar de obra a un inferior por que “el ordenamiento, no atribuye al superior poder que le permita en ningún modo atacar la integridad del inferior” ²⁸. Afirmación ésta que res-

²¹ C.P.M. Arts. 99 y 104.

²² Véase Venditti, obra citada, pág. 308 y 309.

²³ L.O. 2/89, de 13 de abril. L.P.M. Disposición adicional 9.ª.

²⁴ R. Villasante, obra citada, págs. 1267-8.

²⁵ Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1970. Pág. 399.

²⁶ Venditti, Rodolfo; obra citada; pág. 284.

²⁷ Venditti; obra citada; pág. 285.

²⁸ Venditti, obra citada; pág. 285.

paldo, aún consciente de la vigencia de la exención de responsabilidad, excepcionalísima, del artículo 105 del C.P.M. Si ha sido precisa tal exigente específica es precisamente porque es una excepción a la norma general.

El artículo 105 ha sido derogado por L.O. núm. 13/1991, de 20 de noviembre.

En mi opinión, el artículo 105 era una exigente que, según su tenor literal, exigía más requisitos para su aplicación que los de cumplimiento de un deber, oficio, o cargo, o estado de necesidad.

3. SUJETO ACTIVO

El superior que... es el sujeto activo de los cuatro artículos del capítulo intitulado “abuso de autoridad”. Y, el superior es definido “ex lege” como “el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente mas elevado o del cargo o función que desempeña, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones”²⁹.

La definición legal de superior, a los efectos de sujeto activo en los delitos que consideramos, no es clarificadora, en la medida en que remite a los conceptos técnico-administrativos de “autoridad”, “mando”, “jurisdicción”, “empleo militar”, “cargo” y “función”; además a la definición legal limita el concepto penal de superior a la conjunción de los precedentes conceptos, y en conexión con el desempeño de sus funciones únicamente³⁰.

Al respecto, CALDERÓN SUSÍN argumenta, acertadamente, que el reducido concepto de superior –al excluirse la mera superioridad de empleo militar– implica una duplicidad de superiores: los mandos naturales, que serían superiores a los efectos penales; y los demás superiores en empleo militar, que no lo serían a los efectos de estos delitos; criterio legal que “contraria los cimientos en los que se asienta la institución militar”³¹, pues “la superioridad en el empleo es el pilar básico de la organización de la milicia”³².

²⁹ C.P.M. art. 12 párrafo 1; el p. 2 se refiere a supuestos de guerra.

³⁰ “In extenso”, véase comentarios a este artículo. Calderón Susín, Eduardo. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 271 a 294.

³¹ Calderón Susín; obra citada, pág. 274. Resulta interesante examinar “in extenso” los razonamientos del autor, acertadísimos en mi opinión, aunque rechazados por el legislador en el tenor literal del art. 12 del C.P.M.

³² Calderón Susín; obra citada; pág. 275.

Lo cierto es que, conforme al tenor literal del artículo 12 del Código Penal Militar, solo es superior, a los efectos penales el superior en razón del servicio y, evidentemente no lo es el que, siéndolo en empleo militar, actúa por finalidad por completo ajena al servicio ³³.

Ello plantea, en la práctica, múltiples dudas, que, doctrinalmente, resuelve RODRÍGUEZ VILLASANTE ³⁴, defiriendo a los “delitos contra el decoro” ³⁵ las agresiones del superior en empleo al inferior.

Solución imperfecta, en la medida en que la agresión de un cabo primero (incluso profesional) a un soldado, o la de cualquier oficial a un soldado (en privado) no estarían tipificados en la esfera penal castrense. Por otra parte el decoro militar y los deberes del servicio difícilmente encaja como bienes jurídicos protegidos ³⁶.

En conclusión, ciertas agresiones entre militares, de diverso empleo militar, quedarán excluidas de los tipos penales militares, –lo que es admisible cuando se trata de asuntos privados– ³⁷ pero que, conforme al tenor literal del artículos 12 del Código Penal Militar, no quedan tipificados infinidad de supuestos, inadecuadamente excluidos, e incomprensiblemente para los militares de Armas, por lo que no están exentas de razón las críticas de CALDERON SUSIN ³⁸.

Tal situación se acentúa negativamente –en mi opinión– al considerar las discordancias entre las definiciones de superior en las Reales Ordenanzas, en la Ley Disciplinaria Militar, y en el Código Penal Militar, conforme pone de relieve y precisa RODRÍGUEZ VILLASANTE ³⁹.

4. SUJETO PASIVO

El inferior es el sujeto pasivo, en cuanto objeto directo de la acción típica, víctima del delito, y perjudicado por el mismo.

³³ En la misma tesis: Calderón; obra citada; pág. 277 y Auto de la Sala de Competencias del T.S., de 09-12-83. (Aranzadi Jurisprudencia; marginal 6507); y otros autores y criterios jurisprudenciales.

³⁴ R. Villasante; obra citada; pág. 1291 y ss.

³⁵ C.P.M. art. 162: agresión de oficial o suboficial, a otro militar en público (Título VI: delitos contra los deberes del servicio).

³⁶ C.P.M. Título VI. Contra los deberes del servicio. Cap. VI. Contra el decoro militar.

³⁷ Admisible tradicionalmente, por la doctrina más antigua, Sentencias del Consejo Supremo de Guerra y Marina y Consejo Supremo de Justicia Militar, pero... con evidente desconexión de la relación jerárquica (vgr.: agresiones por herencias entre hermanos de diverso empleo militar, reyertas sin conocer al superior, motivos de celos..., etc...) Idem. QUEROL obra citada; II; pág. 431.

³⁸ Calderón Susín, Eduardo; obra citada; págs. 271 a 294.

³⁹ R. Villasante; obra citada; págs. 1291 y s.

El abuso de autoridad lo sufre el subordinado, en empleo, cargo, o función, al autor del delito –que ejerce sobre la víctima autoridad, mando o jurisdicción–, conforme a la definición legal ⁴⁰. Reiteramos lo precedentemente expuesto en el examen del concepto de sujeto activo o autor del delito, pues el sujeto pasivo es, pura y simplemente, el reverso de la misma moneda.

El sujeto pasivo, según algunos ⁴¹, es el Estado, o el Ejército; personalmente me inclino por entender como delito que ataca a un bien militar –disciplina–, pero que incide en un bien personal –honor, vida integridad o dignidad del subordinado– lo son el Ejército y el individuo que padece la acción. No solo el “inferior” como asegura RODRIGUEZ VILLASANTE ⁴². Es incuestionable que la víctima y el perjudicado es el subordinado: no el inferior, como con connotaciones terminológicas inadmisibles consta en el precepto legal ⁴³.

5. EXAMEN DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO V

Con independencia de las disquisiciones doctrinales acerca de lo acertada de la rúbrica global de delito de abuso de autoridad ⁴⁴, lo cierto es que el Capítulo III, del título V. Del C.P.M., comprende:

a) Un delito de abuso de autoridad, con una pluriformulación: irrogar un perjuicio grave; obligar a prestaciones ajenas al interés del servicio; e impedir, arbitrariamente, el ejercicio de un derecho ⁴⁵. Pudieran ser tres tipos penales autónomos.

b) Un delito de maltrato de obra a inferior, tipo único que, en razón al resultado, contiene, en sí, un tipo básico y dos tipos agravados ⁴⁶.

c) Un delito de tratos degradantes o inhumanos, en relación de subsidiariedad, o carácter residual, respecto al tipo anterior ⁴⁷.

d) Una exención de responsabilidad, aplicable a los supuestos recogidos en los precedentes a) y b), y excluyendo al tipo reseñado en el c) ⁴⁸.

⁴¹ Véase en este sentido: R. Villasante, obra citada; pág. 1299. Alude a Maurach, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo.

⁴² R. Villasante; obra citada; pág. 1299.

⁴³ C.P.M. Los artículos 103 a 106, inclusive, mencionan expresamente al “inferior”.

⁴⁴ Véanse, criterio en el presente trabajo; “Conceptos Generales”.

⁴⁵ C.P.M. art. 103.

⁴⁶ C.P.M. art. 104.

⁴⁷ C.P.M. art. 106

⁴⁸ C.P.M. art. 105, hoy sin vigor; derogado por L.O. 13/1991, de 20 de noviembre.

Para RODRÍGUEZ VILLASANTE ⁴⁹ el capítulo, intitulado delitos de abusos de autoridad, se desglosa en un tipo básico (C.P.M. artículo 103), y dos tipos agravados (C.P.M. artículos 104 y 106).

A este respecto y en mi opinión, el tipo básico (C.P.M. artículo 103) no guarda total conexión, al menos, con los tipos agravados (C.P.M. artículos 104 y 106). El hecho de que unos tipos penales se engloben en el mismo capítulo, y respondan a un mismo bien jurídico protegido, no conlleva necesariamente a una relación de prevalencia, ni de subsidiariedad, de unos respecto a otros.

Lo prevalente para el tipo base, y subtipos, no es el ataque al bien jurídico, sino la conducta o actividad penalmente tipificada, y la variación por modalidades comisivas, o resultados, es lo que legitima los tipos especiales, o agravados, argumentos que me hacen respaldar la clasificación precedente.

En efecto, la naturaleza jurídica del abuso de autoridad difiere del maltrato de obra, conectado este delito al de trato denigrante ⁵⁰.

6. EL “ABUSO DE AUTORIDAD” (C.P.M., ARTÍCULO 103)

Una excelente exposición de los antecedentes, derecho comparado, y trámites parlamentarios, nos ofrece RODRIGUEZ VILLASANTE ⁵¹.

A diferencia del resto del capítulo, el artículo 103 sí es propiamente un abuso de autoridad.

Acorde con la “mejor tradición penal militar española” –en palabras de RODRIGUEZ VILLASANTE ⁵²– la redacción del artículo 103 “por la gran amplitud de su contenido abarca la totalidad de los abusos de autoridad que pueden cometerse por un superior contra sus inferiores”. Veámoslo.

C.P.M. artículo 103. El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

De la mera lectura del precitado artículo queda patente que no se trata de un tipo penal único, o simple, sino de tantos tipos penales como acciones típicamente antijurídicas.

⁴⁹ R. Villasante; obra citada; pág. 1300.

⁵⁰ Véase, “ut supra”, notas núms. 25 y ss.

⁵¹ R. Villasante; obra citada; pág. 1301 a 1311.

⁵² R. Villasante; obra citada; pág. 1313.

a) *El sujeto activo* es el superior, al que ya hemos dedicado nuestra atención precedentemente. El carácter de militar y superior, del sujeto activo, hace que RODRÍGUEZ MOURULLO califique este delito como “delito especial”⁵³.

b) *El sujeto pasivo* es el inferior y las Fuerzas Armadas, y como hemos razonado ya con la preferencia terminológica de la palabra subordinado.

c) *El bien jurídico protegido* es la disciplina, en la medida en que se quebranta por la acción típica, pero, con la prevalencia del valor esencial de la disciplina, se conculcan en el tipo penal otros valores dignos de protección penal: el servicio, en ocasiones; la igualdad ante la Ley, la integridad física, la dignidad humana, la tutela judicial efectiva, la intimidad, la propiedad, etc...⁵⁴.

d) *La acción típicamente antijurídica*. Se formula –en el tipo legal– en gerundio la acción: abusando.

El abuso es equivalente al exceso arbitrario o al uso indebido; el exceso es para QUEROL Y DURÁN⁵⁵ “el desorbitar unas facultades y llevarlas hasta donde no puede legítimamente llegar”; y el mismo autor precisa que el uso indebido de facultades consiste en “ejercitarlas sin someterse a aquellas normas y formalidades que dirigen el ejercicio de tal poder”⁵⁶.

Por imperativo legal, el abuso ha de ser de las facultades del mando o de la posición en el servicio del superior.

Las facultades del mando son las atribuciones que las Reales Ordenanzas confieren para su desempeño a quienes lo ostenta; en mi opinión, mando equivale a jefatura y se sintetizan aquellas, particularmente en lo que se refiere al capítulo de los delitos de abuso de autoridad, en hacerse “querer y respetar de él; no le disimulará jamás las faltas de subordinación; le infundirá amor al servicio y mucha exactitud en el desempeño de sus obligaciones; será firme en el mando, graciable en lo que pueda y será comedido en su actitud y palabras aún cuando sancione o reprenda”⁵⁷, teniendo en cuenta el exacto cumpli-

⁵³ Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Madrid, 1977. págs. 269 y 270.

⁵⁴ R. Villasante; obra citada; pág. 1314.

⁵⁵ Querol; obra citada; pág. 462.

⁵⁶ Querol; obra citada; pág. 463.

⁵⁷ Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Ley 85/78, de 28 de diciembre. Art. 65.

miento de las obligaciones de la Constitución y de las Ordenanzas, particulares y generales ⁵⁸, así como las ordenes de sus respectivos jefes con puntualidad ⁵⁹.

Entiendo que la actuación contraria a aquellos preceptos de las RR.OO. llena este elemento del tipo penal que examinamos, y, más aún, si se infringen los mandatos ordenancistas sobre la dignidad y los derechos inviolables de la persona ⁶⁰, su intimidad personal y familiar, etc... ⁶¹.

La posición en el servicio parece aludir al superior sin mando que abusa de su estatus, o posición en el servicio, según RODRIGUEZ VILLASANTE ⁶², formulación alternativa que considera superflua ante la redacción del artículo 12 del C.P.M ⁶³.

La “posición” ha de referirse, según su tenor literal, a la categoría, condición social o lugar que ocupa una persona respecto a otra en su contexto que aquí es “el servicio”. También, por su tenor literal, el servicio no puede equipararse al acto de servicio, concepto más restrictivo. Por el contrario, entiendo que “el servicio” es el servicio de las armas.

De ahí que el término “posición en el servicio” comprenda al superior en empleo militar cuando su conducta abusiva guarde relación con el servicio militar, aunque no se trate de acto de servicio, y resulte incluso evidente su desconexión con el mismo. Así, quedaría comprendido el abuso en acto de servicio sobre subordinado ajeno al mismo, y todos los abusos que en base a “falsas o supuestas atribuciones del mando” sean motivadoras del acatamiento del subordinado.

En efecto, con recuerdo de la crítica al término “abuso de autoridad” ⁶⁴, la precedente interpretación llena de contenido al artículo 103 del C.P.M., en la línea de lo que, en la realidad social ⁶⁵ se considera “abusos de los jefes en la mili”, y que han de ser erradicados, finalidad pretendida por este tipo penal.

⁵⁸ RR.OO. art. 26.

⁵⁹ RR.OO. art. 80.

⁶⁰ RR.OO. art. 171.

⁶¹ RR.OO. art. 174.

⁶² R. Villasante; obra citada; pág. 1321.

⁶³ R. Villasante; obra citada; pág. 1321.

⁶⁴ Véase texto a las notas 26-28.

⁶⁵ Código Civil, art. 3.

e) *El resultado de la acción.* Entre la acción (abuso) y el resultado ha de existir un nexo de causalidad, que para RODRÍGUEZ DEVESA ⁶⁶ es la casualidad adecuada, al igual que para el extinto Consejo Supremo de Justicia Militar ⁶⁷.

Las dos modalidades de abuso (de facultades de mando y posición en el servicio) se tipifican en relación con tres resultados, de modo indistinto y alternativo: el irrogar un perjuicio grave, el obligar a prestaciones ajenas al interés del servicio, y el impedir arbitrariamente el ejercicio de algún derecho, al inferior ⁶⁸. Tales resultados lesionan la disciplina, en ocasiones el servicio, y siempre, además, derechos del subordinado, como ya se ha expuesto ⁶⁹.

1. *Irrogar un perjuicio grave es tanto como causar un mal grave.*

Para DAVILA Y GARICANO el perjuicio o daño puede ser tanto material como moral ⁷⁰, tesis reconocida por antigua y constante jurisprudencia del Consejo de Guerra y Marina, mantenida por el Consejo Supremo de Justicia Militar ⁷¹.

Durante los cuarenta años de vigencia del Código de Justicia Militar ⁷², la doctrina ⁷³ fue acorde al considerar que la gravedad del resultado distinguía el delito (C.J.M. artículo 334) de la falta grave (C.J.M. artículo 435). Durante tal periodo se consideraron perjuicios graves: “in genere” las injurias, amenazas y coacciones ⁷⁴, e, “in especie” el imponer multas sin atribuciones, el ordenar transporte de contrabando, el autorizar quedarse con haberes de otros, el ordenar una detención infundada, el provocar un procesamiento infundado, etc... ⁷⁵.

Tales criterios son aún hoy válidos, incluso a partir de la vigencia del nuevo Código Penal Militar y respecto a la redacción de su artículo 103.

⁶⁶ Rodríguez Devesa, José María. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona, 1982. Voz “Extralimitaciones en el ejercicio del mando”, tomo IX; pág. 399.

⁶⁷ Desde Sentencia de 12-12-1940, según R. Villasante; obra citada; pág. 1323.68 C.P.M. art. 103.

⁶⁹ Véase “el bien jurídico protegido”, a partir de la nota 18.

⁷⁰ Citado por Querol; obra citada; pág. 464.

⁷¹ Citado por R. Villasante; obra citada, pág. 1323.

⁷² C.J.M. de 1945, reformado en 1949, hasta el C.P.M. de 01-12-1985.

⁷³ Querol; obra citada; pág. 463. Rodríguez Devesa; Rodríguez Villasante; Millán Garrido; y otros muchos.

⁷⁴ Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1325.

⁷⁵ Jurisprudencia citada por R. Villasante; obra citada; págs. 1324-1325. Idem; citada por Álvarez Roldán y Fortún Esquifino. La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi. Pamplona, 1986; pág. 178.

En la actualidad el deslinde entre el abuso-delito, en esta modalidad comisiva ⁷⁶, y el abuso-faltas ⁷⁷ es precisamente la existencia o no de un perjuicio grave al subordinado ⁷⁸.

La gravedad no puede quedar reducida al resultado material, sino que ha de considerarse la ofensa moral y material, sino que ha de considerarse la ofensa moral y singularmente las circunstancias de lugar o existencia de personas que la presencian ⁷⁹. Evidentemente, la dignidad, el honor, el prestigio, son valores que pueden convertir un hecho mínimo, entre dos personas, en grave si lo presencian otras personas.

La entidad de la gravedad ha de medirse no solo por el perjuicio objetivo sufrido por el subordinado, sino muy singularmente por la gravedad que, subjetivamente, ha ocasionado al “inferior” en su prestigio, en su sensibilidad, según su carácter, y... en definitiva, en la “psiquis” del subordinado.

El desprecio al impacto que en cada subordinado pueda causar el abuso –y su desconocimiento– agrava tal abuso, por el ataque a la dignidad del ser humano que subyace en tal conducta.

Conviene subrayar que el abuso con perjuicio, aunque leve, será delito o falta grave disciplinarias, pero solo muy excepcionalmente falta leve: en las correcciones improcedente o desproporcionadas ⁸⁰ y excesos verbales ⁸¹.

2. *Obligar a prestaciones ajenas al interés del servicio.* Se trata no sólo de la falta de autoridad, facultades, atribuciones, poder, etc... del superior –ya comentadas– sino de la “orden” de realizar o empleo de cualquier medio de obligar al subordinado. Es decir, la presión del superior que induce al subordinado a efectuar prestaciones ajenas al interés del servicio.

Las prestaciones, concepto que ha de interpretarse en un sentido amplio como dice RODRÍGUEZ VILLASANTE ⁸², o más bien en un sen-

⁷⁶ C.P.M. art. 103... irrogar grave perjuicio al inferior.

⁷⁷ L.D.M. (L.O. 12/1985, de 27 de noviembre) art. 9 núm. 11: Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio, hoy es el 8.13 de la L.O. 8/1998.

⁷⁸ La Ley Disciplinaria Militar adopta la adecuada terminología de “subordinado” sin las connotaciones peyorativas de “inferior” del C.P.M.

⁷⁹ Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino. La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi. Pamplona, 1986; pág. 178.

⁸⁰ Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 181, y en conexión: págs. 107 y ss. (L.D.M. art. 8 núm. 14).

⁸¹ Idem. Págs. 109 y ss. (L.D.M. art. 8. núm 15).

⁸² R. Villasante; obra citada; pág. 1328.

tido vulgar y no técnico-jurídico, comprenden el dar, hacer, trabajar, realizar una actividad determinada, etc...

El término ajenos al interés del servicio debe comprender toda actividad no exigible al subordinado por imperativo de las Reales Ordenanzas, o, en términos más concretos, todo acto exigido con desconexión de las exigencias del servicio militar.

En definitiva, las “ilícitas prestaciones” a los que extensamente se refiere RODRÍGUEZ VILLASANTE ⁸³.

La falta de apoyo legal para exigir la prestación, y del interés para el servicio, configuran este elemento del tipo penal. La primera configura el abuso, junto con la exigencia imperativa de la prestación, y el acto ajeno al servicio completa el acto delictivo.

Así, la prestación no obligada –aunque sea ajena al interés del servicio– no será delito, aunque pudiera integrar la falta grave de “excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando”, sin causar perjuicio alguno ⁸⁴, y siempre la falta leve consistente en “ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenos al servicio” ⁸⁵.

El interés del servicio permite, sin sanción legal ni disciplinaria, determinadas prestaciones que pueden aparecer como “no objetivamente castrense” pero que son imprescindibles como apoyo al servicio: vgr.: cocineros, camareros, carteros, etc... en las Unidades.

La jurisprudencia del extinto Consejo Supremo de Justicia Militar ⁸⁶ consideró sólo falta grave –no se olvide que la privación de libertad se extendía hasta seis meses ⁸⁷– hechos como trabajar en puertas y ventanas (carpinteros), realizar transportes particulares (chofer), exigir un tratamiento superior al reglamentario, provocar una reyerta entre cabo primero y sargento, detener a manifestantes, etc...

No resulta improcedente –en razón a la penalidad apuntada– aceptar la antigua jurisprudencia, subrayando que la realidad social de nuestro tiempo exige una severa sanción a los abusos, extralimitaciones, y prepotencias de toda índole del superior sobre el subordinado.

⁸³ R. Villasante; obra citada; pág. 1329.

⁸⁴ Véase comentarios al art. 9 núm. 11 de la L.D.M., en Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 177-181, hoy art. 8.13.

⁸⁵ Idem. Al art. 8 núm. 17 de L.D.M., en Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 112-113, hoy art. 7.34.

⁸⁶ Recogida de R. Villasante; obra citada; pág. 1331; y Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada pág. 112 y 178.

⁸⁷ C.J.M. 435; de 2 meses y 1 día a 6 meses, conforme al artículo 415 para faltas graves.

3. *Impedir arbitrariamente el ejercicio de un derecho.*

Con honda tradición histórica en nuestra legislación castrense, y en el Derecho Comparado ⁸⁸, se sanciona la coacción al subordinado para que no ejerza sus legítimos derechos.

La diferencia entre el “paternal consejo” de no efectuar petición o reclamación, o los obstáculos a su ejercicio, o la negación del mismo, es una cuestión de hecho, a examinar en cada caso concreto.

Al abuso se añade aquí la arbitrariedad, consistente en abusar “sin forma alguna de legalidad”, como puntualiza RODRÍGUEZ VILLASANTE ⁸⁹.

Para RODRÍGUEZ DEVESA ⁹⁰ el impedir el ejercicio del derecho “arbitrariamente” es la plasmación en el tipo de la antijuridicidad penal. Así, el impedir el derecho de huelga a un militar no es arbitrario, aunque se haga de modo o forma abusivo, pues tal derecho no existe ⁹¹. Más bien el precepto se refiere a los actos que impiden al subordinado el ejercicio de un derecho legítimo, y no la negación de éste ⁹².

Las dificultades o limitaciones es claro constituyen falta grave por exclusión del tipo penal, y tipificación disciplinaria ⁹³.

El impedir, tipificado como delito y falta grave, tiene un difícilísimo deslinde; lo más grave, según cada caso y su trascendencia, deberá reconducirse a la acusación por delito; si el perjuicio no reviste especial gravedad me inclino por la prevalencia de lo disciplinario ⁹⁴.

La mera devolución, o no curso reglamentario, de una petición o reclamación sería falta leve ⁹⁵, en la medida que sólo implique la infracción del precepto ordenancista de dar el curso reglamentario ⁹⁶.

Finalmente, y aunque sea obvio por el tenor literal no restrictivo del artículo 103 del C.P.M., conviene precisar –y así lo hace

⁸⁸ C. Penal Ejército de 1884, C. Penal Marina de Guerra C.J.M. de 1890 y 1945. Códigos alemanes, belgas, cubanos, portugueses, suizos, etc... citados por R. Villasante; obra citada; pág 1331.

⁸⁹ R. Villasante; obra citada; pág. 1332.

⁹⁰ R. Devesa, obra citada, voz citada, pág. 399.

⁹¹ Este supuesto y otros se razonan por Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 187; citados por R. Villasante; ob. Citada; pág. 1332.

⁹² Clarifica tal afirmación el tenor literal del art. 9.14 de la L.D.M.; “Impedir, dificultar, limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito”.

⁹³ C.P.M. art. 103 “...impedir...”; L.D.M. art. 9.14: “...impedir, dificultar o limitar...”

⁹⁴ Álvarez Roldán y Fortún Esquifino, obra citada; pág. 187.

⁹⁵ Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 106 a 107.

⁹⁶ RR.OO. art. 204.

RODRÍGUEZ VILLASANTE– que se “protegen toda clase de derechos del militar”⁹⁷.

f) *Culpabilidad*. La definición del tipo penal que consideramos, en la medida en que comprende términos como “abuso”, “arbitrariamente”, y similares, obliga a considerar que el delito es doloso, necesariamente.

Así, el superior –sujeto activo– debe conocer que el sujeto pasivo es subordinado suyo en empleo militar –al menos–; el conocimiento ha de extenderse a la acción y ser libremente ejecutada, y el resultado previsto, o previsible, por el autor, aunque sin precisión de detalle.

En esta misma línea discursiva profundiza RODRÍGUEZ VILLASANTE, así como en lo referente a eximentes, circunstancias modificativas y problemas concursales⁹⁸.

La figura del delito continuado suele ser frecuente en algunas modalidades comisivas del artículo 103 del C.P.M.⁹⁹.

g) *Punibilidad*. El artículo 103 señala una amplitud –tal vez excesiva– para penar al culpable del delito¹⁰⁰; son casi cuatro años de privación de libertad donde debe ejercerse el arbitrio –sano juicio y recta conciencia– del órgano juzgador¹⁰¹.

Sobre cinco hombres justos pesa la decisión de cuantificar la represión penal en cada caso.

h) *Jurisprudencia*. La Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo sienta el criterio de que “la utilización errónea de facultades disciplinarias nunca puede producir un resultado de naturaleza penal”, como principio; el delito de abuso de autoridad surgiría sólo si la facultad sancionadora se usa voluntaria y torticeramente y el perjuicio causado sea grave. (Sentencia n.º 32, de 8 de julio de 1993); y, no lo es, si el arresto es por falta leve (Sentencia citada; y Sentencia n.º 82, de 9 de diciembre de 1996).

La causación de lesiones que tardaran en curar 15 días y no dejaran secuela, no entrañan la causación de un perjuicio grave (Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995), y menos aún si existía una alteración ósea, constitucional y crónica, que no pudo originar el golpe (Sentencia de 12 de marzo de 1999 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo).

⁹⁷ R. Villasante; obra citada; pág. 1332.

⁹⁸ Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1335-1343.

⁹⁹ Véase “in extenso” R. Villasante; obra citada; pág. 1322.

¹⁰⁰ C.P.M. art. 103. “... pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión”.

¹⁰¹ C.P.M. art. 35 y ss.

4. EL “MALTRATO A INFERIOR” (C.P.M. ARTÍCULO 104)

Los antecedentes, concordancias, derecho comparado, y tramitación parlamentaria, de este tipo penal, son, con profundidad y minuciosidad, estudiados por RODRÍGUEZ VILLASANTE Y ROJAS CARO, a quienes nos remitimos ¹⁰².

QUEROL Y DURAN, ya años ha, escribió: “Conviene distinguir cuidadosamente entre el empleo por parte de los superiores de la coacción física, como medio que un caso de fuerza mayor haga necesario para mantener eficazmente el principio de autoridad, del uso normal y regular, legal o consuetudinariamente establecido, de los castigos corporales como medida protectora de la disciplina” ¹⁰³.

Tales castigos corporales fueron legalmente proscritos a principios del siglo XIX ¹⁰⁴, y corregida penalmente su pervivencia ¹⁰⁵.

Ya el General SOCIAS se opuso en 1872 al castigo corporal por ser “depresivo y humillante,... atentatorio a la disciplina y opuesto a las leyes militares...” ¹⁰⁶.

La evolución histórica, con altibajos, viene dando la razón a tan clarividente General ¹⁰⁷, así como la trayectoria jurisprudencial ¹⁰⁸.

“En modo alguno los poderes disciplinarios del superior legitiman el maltrato al inferior” ¹⁰⁹, por tajante prohibición de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas ¹¹⁰ y la Constitución Española ¹¹¹.

Así, el tipo penal que sanciona la conducta de obra ofensiva al subordinado tiene el texto literal siguientes:

C.P.M. artículo 104. “El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra”.

¹⁰² R. Villasante; obra citada; pág. 1347 a 1355 Rojas Caro; Maltrato... en C.J.M., ya citado; pág. 3223 y ss.

¹⁰³ Querol y Durán, F.; obra ya citada; pág. 467-468.

¹⁰⁴ Véase, en detalle, Querol; obra citada; pág. 468-469.

¹⁰⁵ Sentencias de C.S. de Guerra y Marina de 19 de mayo de 1897, 21 de diciembre de 1903 y 18 de junio de 1918, citados por Querol, obra citada, pág. 467.

¹⁰⁶ Citado por R. Villasante; obra citada, pág. 1356.

¹⁰⁷ “In extenso”, véase R. Villasante y Rojas Caro; obras citadas; págs. 1358-1359 y 3225-3232, respectivamente.

¹⁰⁸ Jurisprudencia de C.S. de Guerra y Marina, y C.S. Justicia Militar, citada por R. Villasante y Rojas Caro; nota anterior.

¹⁰⁹ Rojas Caro; obra citada; pág. 3232.

¹¹⁰ RR.OO. citadas, art. 171.

¹¹¹ C.E. art. 15.

El presente tipo delictivo fue clasificado por la doctrina, y singularmente por el Coronel Auditor y Catedrático de Derecho Penal RODRÍGUEZ DEVESA ¹¹² como delito de propia mano, que exige necesariamente un autor inmediato: necesariamente ha de ser el superior el que maltrate, es decir el que realice la acción típica.

Ello no obstante, no cabe descartar la autoría mediata del superior, cuando éste induce a un “extraneus” a tal delito, invocando la prevalencia jerárquica de aquél, y determinante del resultado. Tal posibilidad es clara cuando el superior induce a otro a que golpee a un subordinado de aquel, y máxime si está presente, o el inferior conoce tal “orden”.

El tipo penal (C.P.M. artículo 104) es único, la acción es una –el maltrato de obra– aunque la penalidad dependa del resultado de aquella.

a) *El sujeto activo* es el superior. Nos remitimos a lo precedentemente expuesto en general ¹¹³.

El presente tipo penal no contiene otros elementos personales salvo el del concepto de superior, que ha de ser por imperativo legal el del artículo 12 del Código Penal Militar.

El mero empleo militar superior del autor sobre el de la víctima quedaría excluido por la definición legal ¹¹⁴, pero flaco servicio se haría a los Ejércitos con una interpretación excesivamente restrictiva del concepto de “superior”. Con escrupulosa observancia del principio de legalidad penal, y siguiendo la línea doctrinal de MALICIA ¹¹⁵, entendiendo que si en la agresión física coexiste la conciencia de la relación jerárquica, superior-subordinado, entre el autor y la víctima, se cumple la exigencia del elemento subjetivo del tipo. Opinión sumamente discutible, pero que tiene su amparo legislativo en el inciso del artículo 12 del C.P.M. referido al “ejercicio de autoridad... en virtud de un empleo jerárquicamente más elevado”.

Una interpretación restrictiva y excluyente iría en contra del concepto vulgar, pero real y cotidiano, del término “superior” ¹¹⁶. La intención del legislador (*mens legislatoris*), y el espíritu de la ley (*mens legis*), llevan a

¹¹² R. Devesa; obra citada; págs. 420-421.

¹¹³ In extenso; véase: R. Villasante; obra citada, págs. 1360-1361.

¹¹⁴ C.P.M. art. 12: “...ejerce autoridad, mando o jurisdicción en virtud de empleo... cargo... función...”.

¹¹⁵ “Responde del abuso de autoridad el superior de paisano que utiliza la violencia contra el inferior de uniforme, en cuanto no ignora el vínculo jerárquico que lo relaciona con el militar ofendido”, Malizia, Severio. *Il Codici penali militari...* citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1361.

¹¹⁶ C.Civil. art. 3: “Las normas se interpretarán... la realidad social...”

concluir que toda agresión física de un militar, de superior empleo, ejercida sobre otro militar, de inferior empleo, integra este delito ¹¹⁷. En ocasiones excepcionalísimas –circunstancias familiares, de índole íntimo, o absolutamente ajenas a la relación jerárquica (que no ajenas al “servicio” concreto), el “superior” no sería tal, por no actuar como tal superior, y no incidiría en este tipo penal, sino en otro ¹¹⁸.

b) *El sujeto pasivo* es el inferior, y las FAS. En efecto la víctima es el subordinado, en su integridad física, pero, en razón al bien jurídico protegido, se conculcan o lesionan bienes, no individuales o personales, sino de la institución castrense.

El “inferior” –perjudicado por el delito– lo puede ser en empleo militar, en la posición en el servicio, o mando, conforme a la doctrina clásica –QUEROL ¹¹⁹ y RODRÍGUEZ DEVESA ¹²⁰– y a la actual de RODRÍGUEZ VILLASANTE ¹²¹.

c) *El bien jurídico protegido*. Coincide la doctrina –entre otros ROJAS CARO ¹²² y RODRÍGUEZ VILLASANTE ¹²³– en considerar el artículo 104 del C.P.M. como delito pluriofensivo, en el que el bien prevalente es la disciplina, y de ahí que sea un delito militar; al propio tiempo se lesiona el derecho a la vida y a la integridad física ¹²⁴, conforme ya se ha razonado precedentemente en la presente monografía ¹²⁵.

d) *La acción típicamente antijurídica*. La acción consiste pura y simplemente en el “maltrato de obra”, es decir un maltrato físico del superior al inferior. Aquí, el denominado “abuso de autoridad” se manifiesta absolutamente al margen de las facultades de toda “autoritas”, y se concreta en las vías de hecho del superior contra el inferior o subordinado: golpe, empujón, puñetazo, patada, etc...

¹¹⁷ C.Civil art. 3 “Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellos”.

¹¹⁸ Bien del C.P.M. o del C.P. Común, según el acto y resultado concretos; y... casi siempre en falta disciplinaria de la L.D.M.: arts. 8 núm. 33, art. 9, núm. 18. Véase comentarios a tales preceptos en A. Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; págs. 139-144, y 196-199.

¹¹⁹ Querol y Durán; obra citada; Tomo II; pág. 670.

¹²⁰ R. Devesa; obra citada; pág. 401.

¹²¹ R. Villasante; obra citada; pág. 1363.

¹²² Rojas Caro. El maltrato... ya citado; pág. 3242 y ss.

¹²³ R. Villasante, obra citada; pág. 1361.

¹²⁴ Véase Alzaga, Serrano Alberca, Rodríguez Devesa; citados por R. Villasante obra citada, pág. 1362.

¹²⁵ Véase texto a las notas 24 y ss.

El maltrato de obra, proscrito por las Reales Ordenanzas ¹²⁶, integra este tipo delictivo, comprensivo de toda agresión física.

En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, integra este tipo penal toda lesión, entendida como cualquier menoscabo de la salud o de la integridad corporal ¹²⁷.

Durante la vigencia del Código de Justicia Militar ¹²⁸, la distinción, entre el delito del artículo 334 y la falta grave del 434, residía en el resultado grave reservado al delito, cuestión que será posteriormente considerada.

El artículo 104 del Código Penal Militar en su tipo básico –maltrato de obra– no exige resultado de lesiones ¹²⁹, se configuran dos tipos agravados por el resultado: lesiones graves y muerte ¹³⁰.

e) *El resultado de la acción.* Si bien la acción consiste en la actividad agresora del superior, y no requiere un resultado de lesiones graves, ni siquiera de lesiones, el resultado ha de existir.

En la legislación derogada ¹³¹, la distinción entre delito y falta residía en la gravedad del resultado, tema extensamente tratado en la doctrina ¹³² y en la jurisprudencia ¹³³, y cifrado en el límite de quince días de curación.

En el vigente Código Penal Militar, ello sólo afecta a al esfera de la punibilidad.

El mínimo resultado consiste, en el vigente C.P.M., en que la actividad física del superior llegue a la persona del subordinado.

Ese contacto físico puede tener una trascendencia visible, médicamente evaluable, o no; cuando esa constatación de la agresión física no exista, la prueba del hecho delictivo habrá de ser necesariamente testifical; en los demás supuestos, la prueba médica, aún en las levísimas de hematomas, contusiones, erosiones, etc..., será determinante, amén de la testifical.

¹²⁶ RR.OO. art. 171: “La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir él mismo, maltrato de palabra u obra, ni cualquier otra vejación o limitación indebida de sus derechos”.

¹²⁷ R. Devesa; D.º Penal ... ya citado; pág. 123.

¹²⁸ Hasta el día 31 de mayo de 1986, conforme a la Disposición Final del C.P.M. L.O. 13/85, de 11 de diciembre.

¹²⁹ Véase “in extenso”: R. Villasante; obra citada, pág. 1363 y ss.

¹³⁰ In extenso; R. Villasante; obra citada, pág. 1368 y ss.

¹³¹ Vigencia del C.J.M., hasta el 31 de mayo de 1986.

¹³² Quintano Ripollés, Rodríguez Devesa, Calderon Susín, Rojas Caro, y otros; citados por R. Villasante; obra citada pág. 1364 y ss.

¹³³ Múltiples Sentencias del C.S.J.M. reseñadas por R. Villasante; obra citada; págs. 1366 y ss.

Cabe cuestionarse, en supuestos de mínimo contacto físico –como un bofetón, un empujón o un escupitajo– sí tal resultado reviste la gravedad suficiente para integrar el presente delito. Nos pronunciamos por la supuesta afirmativa en términos generales; ello no obstante, el “animus” del autor, en la mayoría de los casos de mínimo resultado, nos llevará a considerar que más que maltrato –lesión física se realiza un trato degradante –ofensivo a la dignidad del subordinado– del artículo 106 ¹³⁴.

Los golpes cercanos, sin alcanzar al subordinado, pero que por su proximidad a su persona física, atemoriza a éste, quedan excluidos de la tipicidad del artículo 104 –por falta de resultado– aunque pudiera incluirse en la tipificación del 106 ¹³⁵.

La mera bofetada ¹³⁶ es maltrato de obra del artículo 104; si el superior trata no de lesionar, sino de ofender –cuestión indescifrable en la mayoría de los casos– sería incardinable con mayor acierto en el artículo 106, por su componente vejatorio, o en la falta disciplinaria correspondiente ¹³⁷.

El hecho de escupir un superior a un subordinado no puede entenderse como maltrato de obra –mínimo, intrascendente e irrelevante– sino que, al patentizarse con ello, no un “animus ledendi”, sino un “animus injuriandi”, lleva a considerar su incardinación en el tipo específico “ofensivo” del artículo 106, o bien, según la importancia o trascendencia –a considerar y evaluar en cada caso, reducirse, como parece más lógico y razonable, a falta disciplinaria ¹³⁸, criterio seguido por la jurisprudencia italiana ¹³⁹, y a pesar de la opinión de RODRÍGUEZ VILLASANTE proclive a entender siempre “el escupir a un inferior como maltrato de obra” ¹⁴⁰.

f) *La culpabilidad*. El delito de maltrato de obra es evidentemente doloso. Se requiere un dolo genérico ¹⁴¹, centrado en el conocimiento y

¹³⁴ C.P.M. art. 106: “El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana...”

¹³⁵ Véase, en el precitado sentido excluyente, la tesis de R. Villasante, y autores que cita, respecto a los “actos tendentes a ofender de obra a superior”. En R. Villasante; obra citada; págs. 1367-1368.

¹³⁶ Véase “in extenso las opiniones de Quintano Ripollés y Rodríguez Vilasante. R. Villasante, obra citada, pág. 1367.

¹³⁷ L.D.M. art. 8 núm. 15 (offender a un subordinado con hechos o palabras indecorosas o indignas) o, bien del art. 9 núm. 11 (Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio).

¹³⁸ L.D.M. art. 8 núm. 15 (Ofensa de hecho) y art. 9 núm. 11 (Exceso arbitrario). Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; págs. 109-110 y 177-181.

¹³⁹ Véase R. Villasante; obra citada, pág. 1367.

¹⁴⁰ R. Villasante, obra citada; pág. 1367.

¹⁴¹ In extenso, véase: R. Villasante; obra citada; pág. 1374-1381.

voluntariedad del hecho ofensivo. Precisamente, el saber que se agrede físicamente a un subordinado ¹⁴² integra el elemento intencional ¹⁴³ del delito.

Los motivos particulares de la acción, según puntualiza RODRÍGUEZ VILLASANTE 144), no afectan al dolo, y, en mi opinión, tampoco la pretensión de mantener la disciplina, salvo la excepcionalísima exención del artículo 105, interpretado restrictivamente.

La actitud prevalente del superior, materializada en una agresión física al subordinado, es lo que lesiona la disciplina –bien jurídico protegido preferentemente–, y en consecuencia el resultado del maltrato será relevante sólo en la determinación de la pena ¹⁴⁵.

Por último, y a los efectos del resultado, el dolo conforme precisa RODRÍGUEZ DEVESA ¹⁴⁶ –no ha de abarcar precisamente las consecuencias de su actuar, sino que es “suficiente que admita en su voluntad los resultados necesariamente unidos a su acción”.

g) *Punibilidad.* La cuantificación de la pena, conforme al tenor literal del artículo 104 C.P.M., precisa, tras la aplicación en su caso de las circunstancias agravantes o atenuantes ¹⁴⁷, la consideración del resultado ¹⁴⁸, y ulterior aplicación del artículo 35 del C.P.M., singularmente, como acabamos de indicar, las específicas circunstancias castrenses; graduación del superior e inferior; gravedad y trascendencia en relación con el servicio y lugar de comisión. Efectivamente, la agresión en privado, o en público –con la tropa formada–, o bien las circunstancias precedentes a la agresión física (vgr.: actitud agresiva del inferior, insultos al superior, negativas insubordinadas, etc. ...), han de ser valoradas en conciencia, tanto para acusar como para juzgar.

Tales consideraciones revisten especial importancia ante la gran amplitud de la extensión de las penas previstas en el artículo 104 C.P.M. ¹⁴⁹; el amplio mosaico casuístico imposibilita precisiones generalizadas.

¹⁴² Idem. Doll, Malizia, etc... la relación jerárquica es permanente, según la doctrina y jurisprudencia italiana.

¹⁴³ Querol subraya la “intencionalidad”, véase R. Villasante obra citada; pág. 1375.144 R. Villasante; obra citada; pág. 1375.

¹⁴⁵ Conforme a las prescripciones del artículo 35 del C.P.M. “...gravedad y trascendencia del hecho...”

¹⁴⁶ R. Devesa; D. Penal, Parte especial; obra citada; pág. 138.

¹⁴⁷ Véase: R. Villasante, obra citada; pág. 1378-1380.

¹⁴⁸ In extenso: R. Villasante; obra citada; pág.

¹⁴⁹ C.P.M. art. 104: “...tres meses y un día a cinco años, ...lesiones graves... cinco a quince años...; si le causare la muerte... de quince a veinticinco años...”

Finalmente, la mención de lesiones graves e el tipo penal agravado, añade un nuevo problema jurídico de interpretación; las lesiones graves se definían en el Código Penal por las secuelas, ó duración de la curación superior a treinta días ^{149 bis}; hoy, el vigente Código Penal del 95 ya desde la reforma por L.O. n.º 3/1989, de 21 de junio, no menciona las lesiones graves.

Entiendo que el Código Penal Militar ha de aplicarse conforme a la gravedad real de las lesiones del derogado Código Penal.

h) *Jurisprudencia.* Rotundamente la doctrina, consolidada de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, afirma que los malos tratos de obra de superior a inferior constituyen delito militar siempre, y no puede degradarse a la simple entidad de falta disciplinaria (Sentencia número 48, de 10 de noviembre de 1992; número 49, de 17 de noviembre de 1992; número 50, de 30 de noviembre de 1992; número 14, de 19 de mayo de 1993; número 34, de 29 de abril de 1994; número 89, de 20 de septiembre de 1995; entre otras).

Expresamente, la Sala Quinta señala que “cualquier agresión o violencia física de un superior a un inferior, susceptible de causar una perturbación anímica o corporal, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la persona, constituye el delito de abuso de autoridad” (Sentencia número 14, de 19 de mayo de 1993; número 60, de 1 de julio de 1994; número 47, de 5 de abril de 1995; número 30, de 9 de mayo de 1996; número 10, de 11 de febrero de 1997; número 10 de 23 de febrero de 1998; número 39, de 4 de junio de 1998; número 78, de 30 de noviembre de 1998 y sentencia de 15 de noviembre de 1999, entre otras).

El delito de maltrato de obra a inferior (subordinado) es pluriofensivo, protector tanto de la disciplina (jerárquica) como la integridad física y la dignidad del subordinado (Sentencia número 10, de 7 de febrero de 1995 y número 50, de 30 de noviembre de 1992), sin que sea exigible un dolo específico, sino meramente el genérico de conocer la agresión física y consentida (Sentencia número 48, de 27 de mayo de 1994).

El prevalimiento de autoridad, inherente al delito, es consecuencia del carácter permanente de la relación jerárquica, –al empleo militar jerárquicamente más elevado ha de ser tenido siempre por superior– (Sentencias número 36, de 25 de marzo de 1995, número 50, de 30 de noviembre de 1992; número 22, de 11 de junio de 1993; número 89, de

^{149 bis.} Código Penal Art. 420: “Imbécil, impotente, ciego, pérdida de ojo o miembro principal, inutilidad para trabajo habitual, deformidades en miembro principal, etc...”

20 de septiembre de 1995; número 66, de 24 de octubre de 1996 y Sentencia de 15 de marzo de 1999, entre otras), y no puede alterarse por una gratuita y voluntaria degradación de nadie (Sentencia número 23, de 23 de marzo de 1994).

El autor material no superior jerárquico, puede serlo como cooperador necesario (T.S., Sala Quinta; Sentencia de 29 de diciembre de 1999), o inductor.

En consecuencia, el Cabo es siempre superior del soldado o marinero (Sentencia n.º 95, de 3 de octubre de 1995; n.º 11, de 13 de febrero de 1996; entre otras)

Las “peleas” entre miembros de distinta graduación integrarán respectivamente: un delito de abuso de autoridad y de insulto a superior (Sentencias n.º 15, de 14 de marzo de 1996; Sentencia, n.º 71, de 5 de noviembre de 1997 n.º 77, de 20 de noviembre de 1997; n.º 3, de 19 de enero de 1998; y n.º 51, de 13 de julio de 1998).

Siempre tiene carácter delictivo el maltrato a inferior (subordinado) con consecuencias lesivas para la salud (desgarro en el tímpano del oído derecho: Sentencia n.º 22, de 11 de junio de 1993; hematomas en ojo y oído: Sentencia n.º 14, de 28 de febrero de 1996; hematomas en pecho y cuello: Sentencia n.º 16, de 20 de marzo de 1996; ligera lesión en el glúteo: Sentencia n.º 47, de 5 de abril de 1995). O sin relevante entidad (un cachete con el reverso de la mano abierta: Sentencia n.º 14, de 19 de mayo de 1993; un puñetazo en el pecho: Sentencia n.º 34, de 29 de abril de 1994; un puñetazo en la cara o un manotazo en la nuca: Sentencia n.º 89, de 20 de septiembre de 1995; diversos golpes: Sentencia n.º 84, de 19 de diciembre de 1996; golpe con la cabeza en la nariz; Sentencia n.º 43, de 3 de junio de 1997; ligeros golpes con un CETME en el pecho: Sentencia n.º 27, de 23 de abril de 1998; incluso el mero hecho de dos golpes en la nuca (colleja); Sentencia n.º 39, de 4 de junio de 1998

Condenan a quien “... aún sin producir lesión, atento contra su dignidad, dado que tales golpes y zarandeos hicieron perder al soldado su estabilidad dentro de la formación, desplazándolo como un pelele” (Sentencia n.º 30, de 9 de mayo de 1996), así como a quien por corregir una posición inadecuada del inferior, por muy indisciplinado que fuese, no da patente para emplear vías de hecho en la consecución de un mejor comportamiento militar” (Sentencia n.º 10, de 11 de febrero de 1997).

La Sala Quinta también ha tenido ocasión de refrendar absoluciones por maltrato de obra a inferior (subordinado): el simple hecho de dar con el D.N.I. en la cara, reprochándole el estado de conservación del docu-

mento (Sentencia n.º 46, de 21 de junio de 1997); al no oír el soldado, por tener el casco puesto, le tira una piedra y al girarse aquél le da en la nariz (Sentencia n.º 79, de 28 de noviembre de 1997); el arrebatar el CETME con un golpe en el casco a quien, en tiro real, se gira y apunta a compañeros (Sentencia n.º 77, de 20 de noviembre de 1998).

La inexistencia de un tipo que definiera la “falta penal” de abuso de autoridad, y la práctica imposibilidad de relegar este hecho al ámbito disciplinario, hace que en ocasiones el sentido común, y la recta conciencia de hacer justicia, obligue a forzar la interpretación no delictiva.

8. EL “TRATO DEGRADANTE O INHUMANO” (C.P.M. artículo 106).

El tipo penal a considerar literalmente dice:

C.P.M.: Artículo 106. “El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.”

RODRÍGUEZ VILLASANTE estudia exhaustivamente el precitado tipo penal, a quien nos remitimos con carácter general, respecto a antecedentes, derecho comparado, y minuciosamente estudio del precepto ¹⁵⁰.

Las Reales Ordenanzas ¹⁵¹, tras proclamar el principio de Justicia imperante en los Ejércitos ¹⁵², subrayan el comedimiento en actitudes y palabras al reprender ¹⁵³, imponer el cuidar de los subordinados ¹⁵⁴, y especialmente proclamar el superior valor de dignidad y de los derechos inviolables de la persona, prohibiendo cualquier limitación o vejación ¹⁵⁵.

Nuestra Constitución literalmente prohíbe los “tratos inhumanos o degradantes” ¹⁵⁶, palabras que coinciden con el presente tipo penal, consecuentemente ¹⁵⁷.

RODRÍGUEZ VILLASANTE califica de “novedad” a este tipo penal ¹⁵⁸, si bien en los antecedentes históricos del derecho penal militar

¹⁵⁰ In extenso; R. Villasante; obra citada; pág. 1401 a 1415.

¹⁵¹ RR.OO. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹⁵² RR.OO. Art. 14.

¹⁵³ RR.OO. art 65.

¹⁵⁴ RR.OO. art. 73.

¹⁵⁵ RR.OO. art. 171.

¹⁵⁶ Artículos 10 y 15 de la C.E.; y en congruencia: Artículo 5 de la Declaración de los Derechos Humanos, artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1.950.

¹⁵⁷ Véase, in extenso: R. Villasante, que cita a Serrano Alberca, Alzaga, R. Mourullo etc..., obra citada; pág. 1407.

¹⁵⁸ R. Villasante; obra citada; pág. 1406.

–no en la denominación pero sí en el contenido– se protegían estos bienes jurídicos ¹⁵⁹. La novedad reside en la terminología, idéntica a la de nuestra Constitución, Declaración de Derechos de Hombre, Convenio de Protección de los Derechos Humanos, etc. ... ¹⁶⁰.

Puede cuestionarse si el artículo 106 constituye un “tipo cualificado” del género abuso de autoridad, como propugna RODRÍGUEZ VILASANTE ¹⁶¹, o bien si, como entiendo, se trata de un “tipo especificado”.

A mi entender, el presente tipo penal es residual, no sólo por donde está ubicado –al final del capítulo– sino fundamentalmente porque la integridad física viene siendo considerada como valor jurídico preferente sobre el de la integridad psíquica, aunque la penalidad sea idéntica ¹⁶².

Así, el maltrato del superior al subordinado, que no se traduzca en vías de hecho físicamente padecidas o recibidas por el inferior, integrará este delito, si suponen un trato degradante o inhumano, es decir, un acto vejatorio, cruel, despiadado y denigrante, sin violencia física grave; una cierta violencia física no excluye este tipo, cuando lo preferente en la acción es lo denigrante para el ofendido mas que la lesión física.

a) *El sujeto activo*. El superior, con consciencia de serlo, y de propiciar el trato tipicado, al subordinado ¹⁶³.

b) *Sujeto pasivo*. El subordinado –que no el, inferior- es la víctima y perjudicado del delito, y lo es en un doble aspecto: preferentemente como subordinado (relación jerárquica) lesionado por el acto típico contrario a los principio y valores de la disciplina castrense; y, al propio tiempo, como ser humano ¹⁶⁴.

c) *El bien jurídico protegido*. Como en todas las modalidades del delito de abuso de autoridad, el bien jurídico protegido es la disciplina, aunque como delito pluriofensivo destaque la dignidad del ser humano ¹⁶⁵.

No se trata de considerar la disciplina como un valor superior a la dignidad de la persona, sino que aquella comprende y abarca el respeto a ésta.

El ataque genérico a la disciplina se especifica aquí en el ataque a la dignidad personal. En razón a este segundo bien jurídico protegido, la con-

¹⁵⁹ Querol, D’Ocon, etc... citados por R. Villasante, obra citada; pág. 1406.

¹⁶⁰ Véase, in extenso, R. Villasante; obra citada; pág. 1406-1407.

¹⁶¹ R. Villasante; obra citada; pág. 1408.

¹⁶² Art. 104 y 106: mínimo 3 meses y 1 día a 5 años de prisión.

¹⁶³ In extenso: Véase, comentarios referentes a las notas 113 y ss. del presente trabajo.

¹⁶⁴ Idem., Véanse, comentarios relativos a las notas 119 y ss. en este escrito.

¹⁶⁵ Véase, in extenso, R. Villasante; obra citada; págs. 1408-1409.

notación ofensiva ultrajante hará prevalecer, por específico, este tipo penal sobre el más genérico de maltrato de obra, salvo que el resultado de la agresión obligue a aplicar el artículo 104.

d) *Acción típicamente antijurídica*. La redacción del artículo 106 es amplia ¹⁶⁶ y en realidad comprende dos tipos paralelos: trato degradante y trato inhumano.

La acción resulta del verbo tratar, entendido como actuar respecto a otro o relacionarse; comprende cualquier actuación del superior dirigida al subordinado.

Como acertadamente razona RODRÍGUEZ VILLASANTE ¹⁶⁷ el trato no es necesariamente una conducta, sino que puede ser una sola acción suficientemente grave; se trata de un tipo penal simple, de un delito instantáneo, y que puede –como generalmente acaece– convertirse en delito continuado ¹⁶⁸.

Lo degradante –elemento cualificador del tipo– implica un “desvalor del acto” – en palabra de RODRÍGUEZ MOURILLO ¹⁶⁹ que el superior realiza en ofensa, o demérito, al subordinado.

Lo inhumano parece referirse a cualquier actuación del superior que, atentando contra la dignidad del ser humano –de la persona, o del ciudadano–, resulte ofensivo a éste –el inferior o subordinado–.

No se nos alcanza, con nitidez, la diferencia entre “lo degradante” y “lo inhumano”.

El tipo penal podría haber suprimido uno de estos dos conceptos, y limitarlos a cualquier de ellos, por lo omnicompreensivo de ambos.

Por imperativos del pragmatismo prescindimos de elucubrar sobre la diferencia de degradante e inhumano, significando que lo denigrante tiene connotaciones despectivas, humillantes, viles; y lo inhumano, quizás, sea comprensivo de todo ataque a la dignidad de la persona que no conlleve una connotación vejatoria evidente y grave.

Tal vez lo inhumano es el género y lo degradante la especie.

En todo caso, la doctrina ¹⁷⁰ y la jurisprudencia internacional ¹⁷¹, no distingue, sino que trata indistintamente ambos conceptos.

¹⁶⁶ Véase, in extenso, R. Villasante; obra citada; pág. 1409-1412.

¹⁶⁷ R. Villasante; obra citada; pág. 1410.

¹⁶⁸ Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1412.

¹⁶⁹ R. Mourullo; citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1410.

¹⁷⁰ Véase in extenso, la citada por R. Villasante; obra citada; pág. 1410.

¹⁷¹ Véase R. Villasante, obra citada; pág. 1410-1411. Casos “Marcks”, “Cambell y Cosans”, etc. ...

Los tratos denigrantes implican vileza, humillación, y lo inhumano se refiere tal vez más específicamente a la crueldad y ensañamiento, y evidentemente comprende la tortura.

e) *El resultado de la acción.* En principio, es el sentirse denigrado o trato de manera inhumana.

Entendemos que es relevante la opinión de la víctima y perjudicado por el delito –el subordinado– pero el tipo penal debe requerir una estimación objetiva del resultado, o daño.

No es determinante que la víctima se sienta humillada sino que, como específica RODRÍGUEZ VILLASANTE, ha de tenerse en cuenta “el sentido ordinario y acostumbrado de los actos que pueden calificarse como degradantes”¹⁷².

A título enunciativo es denigrante el ordenar el corte del pelo “al cero”, el obligar a desfilarse desnudo, el amenazar con torturas, el insulto grave ante la tropa, el obligar a comer en un orinal, etc. ...; la imaginación no tiene límites y la enfermiza del denigrador menos aún.

La tortura es una forma agravada y deliberada de penas o tratos crueles, inhumanos o degradante¹⁷³.

El resultado, objetivamente considerado, puede producir lesiones graves o muerte, en cuyo caso es indiscutible la aplicación preferente del artículo 104.

Si el resultado en el 106 no llega a lesiones graves entendemos es preferente su aplicación, aún con lesiones leves, ya que es un tipo específico respecto al maltrato de obra, y respecto del abuso de autoridad genérico. En contra, RODRÍGUEZ VILLASANTE considera que “si el trato inhumano o degradante consiste en maltratos de obra, deberá aplicarse el artículo 104 con preferencia al artículo 106, pues ambos tienen la misma pena”¹⁷⁴.

El resultado, no lesivo físicamente, y de leve daño psíquico o moral puede integrar falta disciplinaria. La especial connotación denigrante o inhumana de la acción hace difícil el ver su tipificación como falta grave¹⁷⁵, pero si puede excepcionalmente encajar, en la tipicidad leve disciplinaria, las “ofensas con hechos o palabras indecorosas o indignas”¹⁷⁶,

¹⁷² R. Villasante; obra citada; pág. 1411.

¹⁷³ Resolución 3452 de las Naciones Unidas, apartado 1.2, citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1414; nota 474.

¹⁷⁴ R. Villasante; obra citada; pág. 1414.

¹⁷⁵ Véase, comentarios a art. 9 núms. 11 y 14 de la L.D.M. en la Ley Disciplinaria Militar, A. Roldán y Fortún; obra ya citada; págs. 177-181 y 184-187.

¹⁷⁶ L.D.M. art. 8 núm. 15.

que solo por su gravedad intrínseca, o por las circunstancias concurrentes, merecerán la conceptualización de “denigrante trato” y por ende de rango delictivo. Entendemos ¹⁷⁷ que las faltas de educación, obscenidades, vejaciones verbales, en general, integran la precitada falta leve.

La prevalencia sexual puede integrar la falta grave disciplinaria de “realizar actos deshonestos con inferiores de igual o distinto sexo” ¹⁷⁸, cuando, aún existiendo un trato degradante, esto no revista especial gravedad, o trascendencia.

f) *Culpabilidad*. El tipo penal del artículo 106 requiere un dolo específico —comportamiento intencional, según RODRÍGUEZ VILLA SANTE ¹⁷⁹— comprensivo no solo de su condición de superior acerca del sujeto pasivo, sino también de lo despectivo, ofensivo a la dignidad del ser humano, de lo despiadado de sus actos. Es un dolo directo, aunque no premeditado ¹⁸⁰.

El consentimiento del ofendido no excluye la consideración delictiva, por ser el bien jurídico protegido la disciplina, si bien en determinadas circunstancias pueda quedar anulada la relación jerárquica.

g) *Punibilidad*. El Código señala la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión, cuyo límite superior rebasa en un año a la prevista para el tipo básico de abuso de autoridad ¹⁸¹. A efectos de punibilidad, el maltrato degradante e inhumano se equipara al maltrato de obra, sin resultado de lesiones graves ¹⁸².

Se echa de menos un subtipo agravado en razón al resultado como propugna RODRÍGUEZ VILLASANTE argumentando a favor de una elevación de la duración de la pena y de la adición de la pena de pérdida de empleo ¹⁸³.

h) *Jurisprudencia*. Para la Sala Quinta, de lo Militar, del T.S. “el delito de trato degradante consiste en un comportamiento, de palabra u obra, que rebaja, humilla y envilece al inferior, despreciando o teniendo en poco el fundamental valor de su dignidad personal” (Sentencia n.º 27, de 12 de abril de 1994); o en otras palabras “cualquier atentado a la dignidad de la persona que lesione su integridad moral de forma lo suficientemente grave

¹⁷⁷ Alvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 110.

¹⁷⁸ L.D.M. art. 9, núm 19. Véase: comentarios de R. Villasante; obra citada; pág. 1415 y comentarios de A. Roldán y Fortún, obra citada; pág. 200.

¹⁷⁹ R. Villasante; obra citada; pág. 1412.

¹⁸⁰ R. Villasante; obra citada; pág. 1412.

¹⁸¹ C.P.M. art. 103: de tres meses y un día a cuatro años.

¹⁸² C.P.M. art. 104, párrafo primero.

¹⁸³ R. Villasante; obra citada; pág. 1415.

para que, objetivamente, pueda generarle sentimientos de humillación o vejación (Sentencia n.º 76, de 25 de noviembre de 1998); o bien, reducir a una persona a la condición de objeto, la utilización de la misma para el procaz divertimento de gentes, la anulación de su dignidad de hombre (Sentencia n.º 6, de 23 de marzo de 1993).

No es requisito del tipo delictivo que el trato inhumano o degradante se infiera con ocasión de un acto de servicio... siempre que un superior trata de ese modo un subordinado, abusando o haciendo un mal uso de la autoridad de que está investido (Sentencia n.º 98, de 16 de octubre de 1995).

No requiere el delito un ánimo específico de degradar o humillar (Sentencia número 38, de 14 de septiembre de 1992) pues ciertas conductas son tan humillantes que el ánimo de denigrar está insito en ellas (T.S., Sala 5ª, Sentencia de 30 de octubre de 1990).

Son coautores, los que no siendo superiores jerárquicos, sino de igual empelo militar, participan activamente en el trato inhumano o degradante (Sentencia n.º 6, de 23 de marzo de 1993; n.º 92, de 16 de octubre de 1995; Sentencia de 16 de febrero de 1996, entre otras).

Las mal llamadas “novatadas”, que son *salvajadas*, integran este delito: atar de pies y manos, ponerle en una plataforma, desplazar violentamente hasta el choque contundente, curarle con líquido inflamable y la broma de prender fuego (Sentencia n.º 6, de 23 de marzo de 1993); desnudarle, obligarle a hacer flexiones, golpes, patadas, insultos, besar los pies, etc... (Sentencia n.º 98, de 16 de octubre de 1995).

Lamentablemente, a consecuencia de la incorporación de la mujer a las FAS y Guardia Civil, el vulgarmente denominado “acoso sexual” ha llegado a integrar este delito: peticiones de desnudarse, le masturbara, con amenazas y ofrecimiento de dinero, actividades sexuales en su presencia y en potencia (Sentencia n.º 12, de 16 de febrero de 1996); exigencias de prácticas sexuales en acto de servicio reiteradas fuera de dependencia militar, prevaleciéndose de su condición de superior (Sentencia n.º 31, de 29 de abril de 1997); durante el servicio de guardia reiterados requerimientos sexuales, continuados durante una patrulla, intentos de toques sexuales, continuados al día siguiente, abrazos y toques rechazados.... (Sentencia n.º 76, de 25 de noviembre de 1998).

Comete este delito del artículo 106 C.P.M. el superior que, ante la inactividad del subordinado, le agarra, insulta, amenaza, le acorrala y agarra, y presiona un dedo frente a la cara... en presencia de público, e incluso subordinados del agredido (Sentencia n.º 42, de 2 de junio de 1997).

Los “excesos de celo en la instrucción”, normalmente específicamente sancionados en el artículo 104 (maltrato de obra al subordinado), excepcionalmente merecen la calificación de trato inhumano: exigencias de actividad continuada, extra y con grandes sobrepesos, junto con insultos y vejaciones en presencia de sus compañeros y a lo largo de toda la mañana (Sentencia n.º 38, de 14 de septiembre de 1992).

Si la actividad degradante o inhumana no es grave ni reviste especial significación puede ser falta disciplinaria y no delito (Sentencia n.º 27, de 12 de abril de 1994; n.º 2, de 18 de enero de 1995; “a sensu contrario” Sentencia de 20 de diciembre de 1999).

9. LA ESPECÍFICA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD (C.P.M. artículo 105 derogado) *

Con la necesaria remisión al extenso tratamiento del tema que efectúa RODRÍGUEZ VILLASANTE ¹⁸⁴, conviene actualizar reflexivamente esta justificación de conducta, o excusa absolutoria, tradicional en el derecho militar.

Para FRAGOSO y QUEROL era excusa absolutoria ¹⁸⁵, que no era necesario explicitar, como acertadamente puntualizó RODRÍGUEZ DEVESA ¹⁸⁶, al entender que concurriría la eximente de cumplimiento de un deber, el deber de exigir la disciplina y obediencia a los subordinados, con carácter genérico.

ROJAS CARO ¹⁸⁷ entendía que “la energía necesaria” para impedir la desobediencia o restablecer la disciplina se reducía al ejercicio del poder disciplinario, y excepcionalísimamente a las vías de hecho.

RODRÍGUEZ VILLASANTE considera que si bien, en general, basta el ejercicio de los poderes disciplinarios, determinadas circunstancias legitiman el uso de la fuerza física ¹⁸⁸.

Ya, en la doctrina anterior al vigente Código, quedó descartada la legitimidad de los castigos corporales ¹⁸⁹, y excepcionalmente admitida la

* Se incluye por contener argumentos referentes a las exenciones genéricas.

¹⁸⁴ R. Villasante; obra citada; págs. 1386-1401.

¹⁸⁵ Véase autores citados por R. Villasante, obra citada, pág. 1391. En similar sentido: SAENZ SAGASETA DE ILURDOZ, Miguel; Revista General del Derecho núms. 538-539; julio-agosto, 1989; pág. 4733.

¹⁸⁶ R. Devesa; obra citada; voz citada; págs. 399 y ss.

¹⁸⁷ Rojas Caro; obra citada; pág. 3237.

¹⁸⁸ R. Villasante; obra citada; pág. 1393-1394.

¹⁸⁹ Véase; “in extenso”; R. Villasante; obra citada; pág. 1392-1393.

coacción física para restablecer en casos extremos la disciplina ¹⁹⁰, descartando tajantemente el pretendido “ius corrigendi” ¹⁹¹, o derecho a corregir al inferior con el empleo de la fuerza física.

Sin agotar el tema de la naturaleza jurídica del artículo 105 del Código Penal Militar –causa de justificación o excusa absolutoria– es preciso consignar, someramente, que se dilucida la distinción entre lo lícito de la actuación por vías de hecho, o lo ilícito de tal actuación, pero exenta de responsabilidad criminal.

Aludida la doctrina anterior al vigente C.P.M., seguiremos el tema en relación con la realidad jurídica, y fáctica, actual.

Y, tal vez, lo más actual respecto a este precepto penal sea un sucinto estudio de SAENZ SAGASETA, quien alude a que el artículo 105 debió ser configurado con un carácter de eximente más generalizada, excluyendo su conexión con el abuso de autoridad del superior, configurándolo como una “legítima defensa de extraños” ¹⁹² –no el cumplimiento de un deber–, y haciendo hincapié en la “necesidad de salvaguardar unos derechos fundamentales”, reconocidos en la esfera internacional ¹⁹³.

La originaria redacción del precepto que examinamos es la siguiente:

C.P.M. Artículo 105. “En los delitos militares flagrantes de traición, rebelión, sedición, los de insulto a superior, desobediencia, cobardía, quebrantamiento de servicio y contra las leyes y usos de la guerra, el superior que incurriere en el abuso de autoridad previsto en los dos artículos anteriores, quedará exento de responsabilidad si se prueba que tuvo por objeto contener por medio racionalmente necesario y proporcionado la comisión de aquellos”.

En términos generales, conviene precisar que el respeto y protección del valor supremo de la disciplina, con inmediatez y ejemplaridad, viene imperado en nuestras normas castrenses en innumerables preceptos de obligatorio cumplimiento de nuestras Reales Ordenanzas, que obligan a “remediar” ¹⁹⁴ y “evitar” ¹⁹⁵ todo ataque a la subordinación y disciplina, y proclamarla “exigencia” del deber militar ¹⁹⁶. Ello no autoriza el maltrato, ni las vías de hecho, sino al contrario a exigir el cumplimiento del deber

¹⁹⁰ Véase, “in extenso”, R. Villasante; obra citada; 1392-1393.

¹⁹¹ In extenso véase R. Villasante; obra citada; pág. 1393-1394.

¹⁹² Saenz Sagaseta, artículo citada Revista citada pág. 4733 y 4734.

¹⁹³ Idem nota anterior. Pág. 4735.

¹⁹⁴ RR.OO., art. 47.

¹⁹⁵ RR.OO., art. 90

¹⁹⁶ RR.OO. art. 170, 171 y 90.

del subordinado –en la medida o esfera en que lo es– y con sujeción a las normas establecidas a tal fin.

En nuestra opinión, el acudir al empleo de la fuerza para impedir un acto de indisciplina, en general, no es legítimo –“*extrictu sensu*”– sino legitimado por el fin que persigue, y en tanto que, objetivamente, es necesaria tal “vía de hecho”.

Nada legitima el uso de la fuerza “*in genere*” pero si existe –como precisa el italiano VENDITTI¹⁹⁷– la facultad del militar a emplearla frente a una revolución o resistencia, que, en nuestra opinión quedaría limitada a supuestos de absoluta excepcionalidad.

En consecuencia, estaríamos no ante una genérica y objetiva causa de justificación, –que proclama la mayoría de la doctrina española¹⁹⁸, sino ante una exención de culpabilidad, en razón a cada caso concreto y subjetivamente considerado¹⁹⁹.

Congruente con nuestra idea de que nada legitima el empleo de la fuerza es la de la exclusión de culpabilidad, con carácter excepcionalísimo, al superior que emplea vías de hecho para que un subordinado cumpla con su deber y con los deberes de disciplina y subordinación exigibles legalmente.

Cualquier interpretación de este precepto legal debe dirigirse a la negación de desmanes, excesos, injusticias patentes, o de cualquier “prepotencia” militar. Así, deben examinarse los requisitos para la aplicación de tal “exención de responsabilidad”, conforme literalmente la denomina la Ley²⁰⁰, tales requisitos cumulativos son:

a) *Flagrante*. Con remisión al concepto de delito flagrante²⁰¹, pudiera precisarse –como lo hace QUEROL Y DURAN²⁰²– que ha de tratarse de un delito en vías de comisión, o recién cometido, si bien, en este caso, se trata precisamente de evitar su comisión, y no de sancionarlo supliendo la vía disciplinaria o judicial²⁰³.

¹⁹⁷ Venditti; obra citada por R. Villasante; “Il Diritto penale...” págs. 121 y 216.

¹⁹⁸ Querol, R. Devesa, Rrojas etc.. citados por R. Villasante; obra citada; págs. 1395-1396. Idem Saenz Sagaseta, ya citado en nota 185; pág 4734.

¹⁹⁹ Lo admite excepcionalmente Querol, en su obra, ya citada, de Principios de..., pág. 469.

²⁰⁰ C.P.M. art. 105 “En los delitos... quedará exento de responsabilidad si...”.

²⁰¹ C.P.M. art. 5, en relación con L.E. Crim. 779; “...que se esté cometiendo o se acaba de cometer...”.

²⁰² Querol; obra citada; Tomo II; pág. 470.

²⁰³ En similar sentido: R. Villasante, obra citada; pág. 1397.

La represión –vía de hecho– del delito ya cometido no está incluida en la excusa absolutoria ²⁰⁴, sino que debería conectarse a los posibles excesos en la detención del culpable, y con la inmediatez ejemplificadora, laudable siempre, y mas aún en el ámbito castrense, de la restauración de la disciplina, pero no lo bastante para eximir de responsabilidad; la eximente específica incompleta, o la atenuante de preterintencionalidad ²⁰⁵ serían una solución adecuada.

b) *Delitos a evitar*. La específica exención de culpabilidad no se refiere a cualquier delito, sino sólo a los taxativamente enumerados en el artículos 105 del Código Penal Militar, lo que obliga a una sucinta remisión a cada uno de ellos:

- b.1) Traición ²⁰⁶; el tenor literal del precepto que examinamos nos lleva a considerar incluidos la inducción para declarar la guerra, el tomar las armas contra la Patria, la entrega de plaza, la seducción de tropas y la desertión para pasarse al enemigo, y ciertas formas de favorecimiento al enemigo con sabotajes, actos derrotistas, daños económicos y otras colaboraciones con el enemigo ²⁰⁷.
- b.2) Rebelión ²⁰⁸, incluye múltiples modalidades delictivas la “rebelión de los militares” ²⁰⁹ que el Código Penal Militar tipifica en tiempo de guerra ²¹⁰. El tenor literal de la eximente –delito militar de rebelión– excluye de su ámbito de aplicación el hecho de impedir un delito de rebelión común ²¹¹.
- b.3) Sedición ²¹²; igualmente la sedición puede ser militar ²¹³, o común ²¹⁴, refiriéndose sólo a la primera el precepto que exami-

²⁰⁴ En contra Querol y Duran,; Principios...; ya citada; Tomo II; 470.

²⁰⁵ C.P.M. arts. 5 y 22, y C.P. art. 9 núm. 4.

²⁰⁶ Véase, “in extenso”, Blecua Fraga, Ramón. Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Civitas. Madrid 1988; págs. 619 a 663.

²⁰⁷ C.P.M. arts. 49 a 51.

²⁰⁸ Véase “in extenso” Montul Lavilla, Eduardo. Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Civitas. Madrid 1988; págs. 879 a 974.

²⁰⁹ En terminología de Rodríguez Devesa, José M.ª; Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid 1983; pág. 770.

²¹⁰ C.P.M. arts. 79 a 84.

²¹¹ C.P. arts. 214 a 217; y 225 a 230.

²¹² Véase, “in extenso”, Jiménez Jiménez, Francisco. Comentarios... págs. 1025 a 1068.

²¹³ C.P.M. arts. 91 a 97.

²¹⁴ C.P. arts. 218 a 230.

namos. Este grave ataque colectivo contra la disciplina puede justificar una extensiva aplicación de la eximente aún en supuestos de rudeza en la evitación del delito de sedición militar.

- b.4) Insulto a superior ²¹⁵; la estimación de esta eximente debe ser distintamente valorada en los momentos cruciales –frente al enemigo o situación de peligro ²¹⁶–, que en circunstancias de normalidad ²¹⁷; al igual que los intentos de agresión ²¹⁸ son más graves que las ofensas de obra ²¹⁹. En consecuencia, aparecerá más razonable la exención de responsabilidad del superior cuánto más grave sea el delito, y sus circunstancias, que trata de evitar.
- b.5) Desobediencia ²²⁰; el incumplimiento de órdenes “legítimas relativas al servicio” ²²¹ es grave atentado contra la disciplina, agravado en servicio de armas, y en tiempo de guerra o situación peligrosa. “La relevancia otorgada (por el legislador) a la protección penal del deber de obediencia” ²²².

La entidad de la desobediencia será relevante para eximir la pena; la regla sería la corrección disciplinaria, o la actuación contra el desobediente en vía penal; excepcionalísimamente estaría justificado el maltrato para reinstaurar la disciplina, por imperarlo la ejemplaridad.

- b.6) Cobardía ²²³; tal vez el delito más execrable y repudiado en todos los Ejércitos del mundo, y de una gravísima transcendencia para terceros –incluso para la Nación–; de ahí que los tipos penales ²²⁴ impongan penas severas, y en consecuencia hagan, más justificable su evitación por las vías de hecho. El derogado Código de Justicia Militar ²²⁵ establecía aún la muerte en el acto del cobarde, en combate, por cualquiera.

²¹⁵ Véase, “in extenso”: García Ballester, Pascual. Comentarios... págs. 1069 a 1244.

²¹⁶ C.P.M. art. 98.

²¹⁷ C.P.M. art. 99.

²¹⁸ C.P.M. art. 100.

²¹⁹ C.P.M. art. 101.

²²⁰ Véase “in extenso”: Calderón Susin, Eduardo. Comentarios... págs. 1245 a 1259.

²²¹ C.P.M. art. 102.

²²² Véase debates parlamentarios y opinión de Calderón Susin; Comentarios..., pág. 1247.

²²³ Véase, “in extenso”; García de Santolalla, José Luis. Comentarios... págs. 1417 a 1451.

²²⁴ C.P.M. arts. 107 a 114.

²²⁵ C.J.M. art. 338.

- b.7) Quebrantamiento de servicio ²²⁶; comprende el abandono de servicio, los delitos contra los deberes del centinela y la embriaguez en acto de servicio ²²⁷.

El abandono de servicio y la embriaguez deber reconducirse a la reprensión disciplinaria o penal correspondiente, apareciendo más lógico que el acudir a las vías de hecho, ya que el servicio puede realizarse con otras personas, el abandono del puesto por el centinela ²²⁸ reviste una excepcional gravedad –posibilita la entrada del enemigo o actividades terroristas– y es, por ello, más justificable las vías de hecho para evitarlo, bien para eximir o para atenuar.

- b.8) Contra las leyes y usos de la guerra ²²⁹ parece justificable el empleo de vías de hecho para evitar maltratos de obra al enemigo rendido, saqueos y crueldades ²³⁰, y no tanto respecto a otras modalidades atentatorias contra bienes materiales o infracciones de normas internacionales en su aspecto formal ²³¹.

c) *Autor de delito de “abuso de autoridad”*. Nos remitimos a lo precedentemente expuesto, y a la opinión de la doctrina actual ²³². Conviene precisar que, si bien en el artículo 105 C.P.M. la exención de responsabilidad se extiende a todos los supuestos tipificados en los artículos 103 y 104, es lo cierto que el abuso de autoridad en sentido estricto (la obligación de prestaciones ajenas al servicio, o el impedir ejercitar un derecho) difícilmente pueden evitar la comisión de un delito. Tal vez el “irrogar un perjuicio grave al inferior”, aunque parece, por pura lógica que el perjuicio para evitar un delito sería maltrato de obra generalmente; tal vez una detención ilegal o arresto injusto pueda ser el delito del artículo 103 evitador de una rebelión o sedición.

El posible delito cometido, para evitar otro, sería generalmente el de maltrato de obra del artículo 104, con cualquiera de los resultados típicos que se preceptúan.

²²⁶ Véase “in extenso”. Granados Castillo, Aquilino. Comentarios... págs. 1653 a 1691. Idem. Claver Valderas, José Manuel. Comentarios... págs. 1693 a 1724.

²²⁷ C.P.M. arts. 144 a 148.

²²⁸ C.P.M. art. 146.

²²⁹ Véase, “in extenso”: Fernández Flores, José Luis. Comentarios... págs. 808 a 845. Fernández Dotu, Pedro José... págs. 847 a 877; Montull Lavilla, Eduardo... págs. 879 a 974.

²³⁰ C.P.M. arts. 69, 70, 73 y 76.

²³¹ C.P.M. arts. 70, 71, 72, 74, 75, 77 y 78.

²³² R. Villasante; Comentarios; págs. 1261 a 1415.

Excluye el Código Penal Militar, expresamente, de esta exclusión de responsabilidad al superior que, para evitar uno de los delitos graves mencionados, incidiera en el delito del artículo 106. El trato degradante e inhumano implica una vileza de espíritu y una degeneración mental del superior, difícilmente compatible con el único ánimo o intención de evitar un delito. Razonamiento este que abunda en mi opinión de ser exclusión de culpabilidad.

La no autoría puede radicar en “la necesidad de la represión inmediata, de carácter excepcional, para evitar cualquier violación grave del Derecho humanitario bélico”, como acertadamente puntualiza SAENZ SAGASETA ²³³.

d) *Prueba*. La prueba de la finalidad o intención de evitar el delito mencionado, aunque no implica una inversión de la carga de la prueba que recae sobre el superior, sí es un elemento excluyente de la responsabilidad que no se presume y ha de constar acreditada en el Sumario, a instancia de las partes, o “ex officio” por el Juez Togado, y sometida al principio de contradicción.

La presunción de inocencia, que se conecta con la existencia del delito de abuso de autoridad-maltrato, no puede entenderse como presunción de la concurrencia de esta eximente específica.

e) *Finalidad*. No es otra que la de evitar los delitos mencionados.

El artículo 105 no exige el resultado feliz, es decir, la eximente existe “aunque la violencia resultara ineficaz y no alcanzase a evitar el delito que se intentaba prevenir”, como puntualiza QUEROL y DURAN ²³⁴.

Nada obsta, conforme a lo ya indicado, para que la eximente pueda ser incompleta o putativa.

La jurisprudencia italiana ²³⁵ reconoce la posibilidad de la eximente putativa; incluyendo el “error” del superior en la necesidad de actuar para evitar el delito según RODRÍGUEZ DEVESA ²³⁶. Criterios ambos de aplicación al precepto que examinamos.

f) *Medio racionalmente necesario y proporcionado*. Lo necesario para evitar el delito ha de ser “racionalmente” considerado, lo que alude a

²³³ Saenz, artículo citado; pág. 4735-4736.

²³⁴ Querol; obra citada, Tomo II, pág. 470.

²³⁵ Véase la citada por R. Villasante; obra citada; pág. 1399.

²³⁶ R. Devesa citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

emplear un medio o acto de maltrato que sea el mínimo necesario a tal fin, teniendo en cuenta la lógica y el sentido común.

Sintetiza RODRÍGUEZ VILLASANTE ²³⁷ la cuestión al citar a ROJAS CARO que precisa que “la racionalidad del medio empleado ha de determinarse también, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que trata de defender son de una superlativa importancia”.

Tanto la racionalidad y necesidad del medio, como su proporcionalidad, es cuestión de valoración de los hechos concretos, misión del Tribunal Militar ²³⁸.

La adición del término “proporcionado” en el artículo 105 del C.P.M. –inexistente en el artículo 434 del C.J.M.– equivale para ROJAS CARO a “proporcional, adecuado o idóneo” ²³⁹, si bien considero que es lo contrario del exceso en la evitación del delito.

El “exceso” en el empleo del medio para evitar el delito, precisamente por no concurrir el requisito “proporcionado” para eximir de responsabilidad, convertirá en eximente incompleta –al concurrir todos los demás requisitos– al artículo 105.

RODRÍGUEZ VILLASANTE entiende que “cuando concurra el exceso no podrá aplicarse el artículo 105” ²⁴⁰, pero “si la eximente incompleta del artículo 21 1.º del Código Penal en relación con la causa de exención número 7 (cumplimiento de un deber) del artículo 20 del mismo cuerpo legal”.

Sin perjuicio de que en todo caso sería válida la precitada tesis, y de justicia aplicar la consiguiente atenuación, insistimos en que la remisión de los artículos 5 y 22 al Código Penal Común, en esta materia, hace aplicable el artículo 105 del C.P.M. en conexión directa con el artículo 21 n.º 1 del C.P.C. El obstáculo a esta modesta opinión estén el tenor literal del artículo 21, en su número 1.º, en cuanto considera circunstancias atenuantes “las expresadas en el capítulo anterior”, lo que excluiría “ad pedem literis” las eximentes específicas. Ahora bien el referido capítulo no contiene sino eximentes –bien que genéricas– y no resulta ilógico considerar que la Ley –mens legis– pretendió convertir las eximentes, en determinados casos, en atenuante, y que no existe razón alguna para discriminar, en contra del reo, las genéricas y las específicas.

²³⁷ Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

²³⁸ Coincidiendo con R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

²³⁹ Rojas. Maltrato de obra... ya citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

²⁴⁰ R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

En lugar de “las (circunstancias) expresadas en el capítulo anterior” el C. Penal debió decir “las eximentes de la responsabilidad criminal”, en mayor congruencia literal con la intención del legislador y la finalidad de la ley ²⁴¹.

g) *Jurisprudencia.* La derogación del artículo 105, por L.O. núm. 13/1991, de 20 de noviembre, hace aplicable las eximentes de cumplimiento de un deber (art. 8.11. C.P.) o de actuar en estado de necesidad (art. 8.7 C.P.) (Sentencia Sala Quinta, de lo Militar, del T.S. número 9, de 9 de marzo de 1992). Hoy (C.P. 1995) 20.7 ó 20.5, respectivamente.

Ante actos de indisciplina individuales, insultos e incontinencias verbales, no se legitima el uso de la fuerza (Sentencia núm. 9 de 9 de marzo de 1992). El medio empleado para remediar una situación de desobediencia ha de ser racionalmente necesario y proporcionado (Sentencia n.º 29, de 6 de junio de 1992).

²⁴¹ C. Civil art. 3.º.1 “Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

DESLEALTAD MILITAR, DEBER DE DECIR LA VERDAD Y POSICIÓN DE GARANTE

Reflexiones en torno al art. 115 y 117 del Código penal militar*

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Comandante Auditor (e).

Magistrado y Profesor Titular de Derecho Penal

En los Comentarios al Código penal militar publicados en 1988 indicaba Querol Lombardero que todos los delitos de deslealtad, aunque en unas ocasiones afectasen al deber de veracidad y de reserva en informaciones del servicio y en otras a los deberes relativos a la custodia de presos, se caracterizaban siempre por la ausencia de fidelidad, que expresaba en el abuso de confianza¹. Esta conexión entre confianza y lealtad no es aleatoria, y cuando Querol aludía a ella trataba de resaltar un aspecto relevante en la interpretación del tipo penal: los deberes de lealtad cuya infracción se sanciona especialmente, están motivados porque existe una especial confianza depositada en el sujeto al que el deber le compete.

En ese sentido, la tesis que se ha de defender en estas líneas dedicadas al autor de aquéllas es la siguiente: la posición que mantenía Querol respecto a la deslealtad y la confianza es evidente en el caso de los arts. 115 y 117 CPM; lo que se sanciona es la infracción de un deber específico de decir verdad que responde a la confianza depositada por la institución en el militar. Por tanto, se trata, tanto si se comete mediante una acción o

(*) Este trabajo se ha redactado en el marco de un proyecto de investigación sobre Posiciones de garante en delitos activos desarrollado en el Seminario de Filosofía del derecho de la Universidad de Bonn, que dirige el Prof. G. Jakobs, gracias una beca concedida al autor por la Fundación Alexander von Humboldt.

¹ Querol y Lombardero, "Delitos de deslealtad (artículos 115 a 118)", en Blecua Fraga/Rodríguez Villasante (dir), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, 1988, pp. 1453 y ss, especialmente p. 1456.

mediante una omisión, de la infracción del deber de garante que le corresponde al militar en el desempeño de su función. En mi opinión, esta conclusión es extensiva a los demás delitos de deslealtad, aunque por razones de extensión del trabajo sólo se abordará la cuestión en lo que afecta a los preceptos citados.

1. SOBRE LOS ARTS. 115 Y 117 CPM: ¿EL DEBER DE DECIR VERDAD COMO DEBER GARANTIZADO POR EL DERECHO PENAL?

Una primera cuestión es la relativa a la veracidad de las informaciones relativas al servicio: ¿Infringe el militar que falsea los datos relativos al servicio un deber común o infringe un deber específico de especial confianza?

1. En la dogmática reciente se ha examinado la posibilidad de que exista un deber de decir verdad con carácter general. En ese sentido, han estudiado la cuestión Bacigalupo y Jakobs, en relación con la falsedad documental² y Pawlik, discípulo de éste último, en relación con la estafa³. La lectura de estos autores permite obtener algunas conclusiones sobre el deber de decir verdad con carácter general; es decir, el que afectaría a cualquier persona.

a) La visión desde la estafa permite algunas reflexiones a este respecto, en la medida que, ya en la propia estructura del tipo, aparece fundada en el engaño. En ese sentido, ha de considerarse que la estafa es hija del S. XIX⁴. En efecto, es en ese momento cuando se considera necesario que la expectativa de una determinada información debe adoptar la forma de una garantía normativamente garantizada a través del tipo de la estafa, y de este modo se garantiza también la libertad real de acción del titular del patrimonio en relación con ese patrimonio⁵. En otras palabras: el titular del patrimonio sólo puede actuar con la libertad real al realizar actos de disposición cuando tiene expectativas de que la información que se le pro-

² Bacigalupo, *Falsedades documentales*, Madrid, 1999; Jakobs, *Urkundenfälschung*, Colonia, 2000.

³ Pawlik, *Das unerlabte Verhalten beim Betrug*, Colonia, 1999.

⁴ Cfr. Graf zu Dohna, "Erpressung und Betrug seit dem Zeitalter der Aufklärung", en *Festschrift für Adolf Zycha*, Weimar, 1941, pp. 469 y ss, en particular pp. 481 y ss; también Schaffstein, "Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestands", en Behrends y otros (dir.): *Festschrift für Franz Wieacker*, Göttingen, 1978, pp. 281 y ss, en particular p. 293.

⁵ Cfr. Pawlik, *Das unerlabte*, p. 73.

porciona respecto al acto de disposición es cierta, y el tipo penal de estafa constituye precisamente la garantía normativa de esa expectativa. Pero se trata aquí, sin duda, de expectativas en la relación interpersonal y respecto de actos de disposición del patrimonio. De hecho, la estafa es la única garantía normativa del deber de veracidad cuando se trata de proteger la libertad real en el comportamiento de las personas sin más, especialmente en el modelo germánico que aparece en los CPs españoles desde 1983⁶.

b) Las dudas que esta última afirmación podría suscitar han de ser resueltas al examinar el problema de la falsedad documental, pues precisamente la estafa se desgaja de la falsedad como un tipo patrimonial⁷. En ese sentido, ha de subrayarse que, en su evolución moderna, el *falsum* degenera en un tipo de agresión en autoría mediata, en la medida que se utiliza a un instrumento en situación de error y, por ello, en la estafa en su comprensión moderna⁸. Precisamente desde esa perspectiva se plantea la cuestión del derecho a la verdad en la dogmática de la falsedad documental desde el punto de vista de Binding⁹: “la *publica fides* de los documentos públicos, su eficacia (Kraft) de prueba sobre la veracidad de su contenido, está enraizada en persona de su emisor¹⁰. ¿Cómo se puede atribuir al documento privado, cuyas características son establecidas por particulares, el reconocimiento de una misma exigencia de *publica fides* o una propiedad similar?”. Las consecuencias de esta diferenciación habían sido subrayadas en reiteradas ocasiones por Bacigalupo en relación con las falsedades que,

⁶ Cfr. la explicación sobre la separación de modelos francés y alemán (históricamente, el prusiano) de Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 9ª edic, Leipzig, 1877, en p. 551.

⁷ Sobre esta cuestión en una perspectiva histórica, destaca Graf zu Dohna, por ejemplo, que Mittermaier (1838) consideraba todavía que era objeto de agresión de la estafa no sólo el patrimonio, sino también los derechos de la familia y el matrimonio, e insiste en la afirmación final del trabajo citado, que “todavía no hemos aprendido a separar (*ganz scharf*) entre sí y en todo caso el engaño y la falsedad” (Zycha-FS, pp. 483 y 488 respectivamente); sobre la separación en el S. XIX del *falsum* y del *stellionatus* -que se habían reunido de forma confusa en el S. XVIII- a través de la separación entre falsedad documental y estafa, Schaffstein, *Wieacker-FS*, pp. 291 y ss. Se trata, no obstante, de un proceso largo; v. por ejemplo Henke, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik* (Dritter Theil), Berlín-Stettin, 1830, p. 7, que hace referencia al engaño cuando está dirigido contra un bien ajeno, pero también cuando se dirige contra la fe pública (es decir, la seguridad en el tráfico jurídico). Sobre la confusión entre los conceptos y la evolución hacia la estafa, especialmente Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 9ª edic, Leipzig, 1877, pp. 550-551.

⁸ Cfr. Jakobs, *Urkundenfälschung*, p. 2.

⁹ Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts-Besonderer Teil*, BdII-Abt. I, 2ª edic, Leipzig, 1904, p. 126.

¹⁰ Sobre las consecuencias de esta cita, v. Jakobs, *Urkundenfälschung*, pp. 7-8.

con meridiana claridad, ha demostrado su adecuación al derecho positivo español, especialmente en el CP-1995¹¹. En palabras de Hälschner: “la autenticidad de un documento es, por tanto, independiente de la verdad de su contenido; el documento es falso –y para ello es indiferente si su contenido responde o no a la verdad– cuando el contenido original del documento auténtico es desfigurado, o cuando es elaborado uno inauténtico”¹².

2. En realidad, el derecho a que no se lleven a cabo engaños por otros no está desvinculado del contexto social en el que se cuestiona su existencia, sino que sólo existe frente a determinadas personas y en determinadas situaciones¹³. Por eso, no existe una posición de garante sobre la toda información que recibe el otro: aunque hay instituciones que pueden tener una posición de garante respecto a la información, en éstas se incluye sólo la posición de garante para la mejora de la situación de información en la que el otro –no cualquier otro, sino uno en concreto– se encuentra (por tanto, respecto de un especial *status* positivo)¹⁴. De ahí que no exista con carácter general una expectativa normativamente garantizada sobre la ausencia de engaño de otros ni, en consecuencia, un deber jurídico de no mentir independientemente del contexto. Esta afirmación, claro está, alude a las relaciones entre las personas en un ámbito de libertad y afecta, por tanto, a la forma en la que libremente se organizan. Es evidente que, en distintos niveles de organización, existen diferentes niveles de exigencia: la exigencia en las relaciones económicas en los que existe una coordinación a través del –en términos muy genéricos– contrato¹⁵ se estima necesaria la tipificación de la estafa, en la medida que se frustra la utilidad buscada por cada una de las partes en la cooperación planeada¹⁶.

3. Lo cierto, sin embargo, es que el art. 115 CPM sanciona al militar que miente –de palabra, en el caso de la información falsa, o por escrito, en

¹¹ Bacigalupo, *Falsedades documentales*, pp. 43 y ss.

¹² Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd (Der besondere Theil des Systems)-2 Abt.*, Bonn, 1887, p. 536.

¹³ Cfr. Jakobs, *Urkundenfälschung*, pp. 6-7. Cfr. no obstante la explicación de Berner, *Lehrbuch*, p. 551, sobre el modelo francés, en el que la estafa es un medio para el delito, pero no un delito en sí mismo: el engaño en sí mismo no sería punible porque no existe un derecho a la verdad; pese a ello, indica que en el modelo alemán no todo engaño es delito, sino únicamente el engaño malintencionado. No en vano es la explicación del sistema desde la perspectiva de un autor hegeliano.

¹⁴ Jakobs, *Urkundenfälschung*, pp. 11-12.

¹⁵ Cfr. sobre la diferenciación de niveles de cooperación, Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, pp. 139 y ss.

¹⁶ De nuevo sobre esta finalidad en el ámbito de la “business relationship”, Finnis, *Natural Law*, p. 140.

el caso de la certificación— y a quien desfigura la verdad. En el caso de la mentira, resulta claro que la esfera a la que está referido el tipo penal es la propia del servicio en las Fuerzas Armadas como institución —en un sentido social, en la institución militar— y ello afecta a la configuración del deber que se impone al militar. En ese último sentido, es claro que al militar le corresponderían deberes propios de la institución a la que pertenece, encargada de un fin genuinamente estatal y en el que, en principio, no existe posibilidad de organización alternativa: la seguridad exterior¹⁷. Esta característica define precisamente el hecho de que la información a la que se refiere el art. 115 CPM es relativa al servicio, porque esa es la esfera de competencia de la institución. Ello no significa que el servicio quede limitado a aquellas informaciones vinculadas con la defensa exterior de modo directo, pues también puede definirse en aspectos indirectos referidos a la propia subsistencia de la institución, pero impide la extensión a aquellos ámbitos de relaciones separados de aquella competencia¹⁸. Es indudable que están referidos al servicio los mismos hechos que son objeto del servicio¹⁹, y el mismo art. 115 indica expresamente que la información falsa ha de estar referida a asuntos del servicio. No obstante, la información no está limitada a hechos externos, y es posible que sean “asuntos del servicio” los hechos de carácter interno —un sentimiento, conocimiento, intención o motivo— en la medida que tengan una relación clara con hechos externos relativos al servicio²⁰: el engaño sobre el miedo a una determinada situación puede repercutir a la prestación del servicio, en la medida que el superior —siempre que lo considerase admisible— podía haber buscado alternativas adecuadas de haberlo sabido.

4. El deber de decir verdad del militar, por otra parte, se extiende también a aspectos de su vida privada en cuanto repercuten en el servicio. En efecto, el engaño puede consistir en una mentira explícita sobre un hecho de la vida privada, pero que afecta a un acto del servicio de forma indirecta, aunque cuando se presenta como excusa para la prestación del servicio estaría sancionado el comportamiento en el art. 117 CPM²¹. Esta

¹⁷ Jakobs, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2.^a edic, 29/77d. Sobre la existencia de la posición de garante en determinadas instituciones y, en particular, en el ámbito militar y en referencia a la seguridad exterior, cfr. Pawlik, *Das unerlabte*, pp. 198-199.

¹⁸ Cfr. Schölz/Lingens (*Wehrstrafgesetz*, 4.^a edic, Munich, 2000) al respecto, en el comentario sobre el § 42 WStG (Ley penal militar en Alemania) en el número marginal 4 (§ 42-4).

¹⁹ Dreher/Lackner/Schwalm, *Wehrstrafgesetz*, Munich-Berlín, 1958, § 42-5.

²⁰ Schölz/Lingens, *WStG*, § 42-3.

²¹ V. número 6 de este mismo apartado, en relación con el deber de decir verdad que contiene el art. 117 CPM.

consideración del engaño en el servicio –que abarca también omisiones– es entendida desde hace mucho tiempo como un deber incondicionado de decir verdad²², que no puede hacerse depender ni siquiera del riesgo a sufrir las consecuencias de un proceso penal²³. La amplitud de este deber puede explicarse en dos direcciones: por un lado, es de tal extensión, que afecta, por ejemplo, al superior que ha recibido una información falsa del subordinado –da igual que lo haya hecho de modo consciente o inconsciente, si bien sólo si lo ha hecho con dolo su comportamiento será punible– cuando conoce la falta de verdad cuando tiene que transmitirla a su superior²⁴; por otra parte, presenta, desde la perspectiva penal, un límite en las consecuencias negativas para el servicio, ya que sólo en ese caso el hecho es objeto del derecho penal, aunque debería entenderse que las consecuencias no han de ser necesariamente previstas con dolo, sino también con imprudencia²⁵. Esta última limitación no implica la limitación del deber, sino únicamente la limitación de la garantía normativa del deber a través del derecho penal –no del derecho disciplinario– en casos en los que no existe esta repercusión para el servicio o no ha podido ser prevista por el autor.

5. Existen, por otra parte, dos aspectos que no deben ser dejados de lado, en tanto que resultan indicativos de lo que hasta ahora se ha dicho en relación con las expectativas de recibir informaciones veraces y su relación con la falsedad documental, con argumentos de Jakobs o de Bacigalupo: la equiparación entre información escrita y verbal que se desprende del texto del art. 115.I CPM, por una parte; y la sanción expresa de las informaciones o certificados en las que se “desnaturaliza” la verdad sin faltar sustancialmente a ella.

a) En relación con la referencia expresa al certificado, parece claro que se trata de una indicación expresa a la falsedad documental propia del funcionario militar en el ámbito estricto de su competencia. Se explica que la sanción de la falsedad de documento cuando el militar –como ha de suceder con el funcionario con carácter general– falta a la verdad depende de la función propia de la declaración en un ámbito específico, y esa función puede ser la misma en muchas declaraciones verbales. En otras palabras: el militar es sancionado porque falta a la verdad cuando tiene el deber

²² Cfr. Eb. Schmidt, *Militärstrafrecht*, Berlín, 1936, p. 101.

²³ Cfr. Schwinge, *Militärstrafgesetzbuch einschließlich Kriegstrafrecht*, 6.ª edic., Berlín, 1944, § 139.II.1.

²⁴ Schölz/Lingens, *WStG*, § 42-13.

²⁵ Schölz/Lingens, *WStG*, § 42-21.

de decirla, y no porque su certificación tenga un determinado valor probatorio en el tráfico jurídico. En esta dirección podría tal vez buscarse una vía de solución a los problemas de concurrencia entre los arts. 390.1, 4.º y 398 CP, pues es indudable que el funcionario que libra una certificación falsa expide un documento faltando a la verdad en la narración de los hechos y no es fácil entender que exista una pena atenuada para el caso de la certificación. Podría afirmarse, no obstante, que en los casos de certificación no queda menoscabada la *publica fides* del documento público, porque aquélla no está destinada al tráfico jurídico general, sino sólo a organismos públicos. Ello explicaría dos consecuencias de la tipificación actual en el CP:

- aa) De un lado, se entendería que exista una sanción más leve en los casos de certificado falso (art. 398 CP, castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años; frente a la prisión de tres a seis años, junto con la multa y la inhabilitación que prevé el art. 390 CP), que estaría reservada para infracciones del deber de decir verdad del funcionario público en las que no se pone en peligro la confianza que el tráfico jurídico deposita en la *publica fides*, porque el documento no está destinado a surtir efectos en ese ámbito.
- bb) De otra parte, también sería explicable la equiparación al funcionario de los responsables de confesiones religiosas que aparece expresamente en el art. 390.2 CP y cuya función puede ser precisamente la de emitir certificados. Lo que sucede es que estos certificados pueden tener efectos –lo señala el texto expresamente– en ámbitos diferentes, en tanto acreditan el estado de la persona y tienen garantizada su eficacia en el orden civil.

b) En cuanto a la “equiparación” –no es total, en la medida que la pena no es la misma– entre la mentira y la “media verdad” del art. 115.II CPM, parece claro que pueden derivarse también algunas consecuencias en la dirección en la que intenta explicarse la deslealtad en estos delitos. Desde luego, el hecho de que la mera “desnaturalización” de la verdad sin que se haya alterado sustancialmente resulte sancionada como delito se explica únicamente si existe un deber de decir verdad. Este deber requiere exactitud –sin reticencias o inexactitudes– y precisión –excluye de modo explícito términos imprecisos, vagos o confusos– en la transmisión de informaciones sobre asuntos del servicio.

- aa) De ahí que resulte posible mantener que sí existe una equiparación total entre la mentira y el silencio de la información que se ha de

transmitir: la atenuación de la pena del art. 115.II CPM se explica únicamente porque la información proporcionada no falta sustancialmente a la verdad, aunque la desnaturaliza. Desde luego, no es fácil de explicar el significado que en la práctica puede tener este inciso.

- bb) En esa perspectiva, una opción a favor de considerar típicas las informaciones sin las comprobaciones necesarias –es decir, una mentira– dejaría de lado la posibilidad de que la desfiguración de la verdad fuese buscada por el autor. Por ese motivo, parece que dentro del art. 115.II CPM quedan englobados tanto uno como otro caso, y que aparece de nuevo un ejemplo de sanción equivalente para casos de delito doloso –la alteración no sustancial de la verdad consciente del autor– y de “ceguera sobre los hechos” –la utilización de términos vagos e imprecisos por la falta de comprobación de los datos sobre los que existe obligación de informar– tal como sucede en otros casos²⁶. Como es sabido, se trata de casos en los que el autor desconocería, en principio, que desfigura la verdad, aunque con tal grado de descuido y de indiferencia, que una mínima comprobación le hubiera sido suficiente para saberlo.
- cc) Esta interpretación no choca, por otra parte, con el obstáculo del art. 12 CP, pues no se trata de la sanción de un comportamiento imprudente que únicamente esté previsto como doloso. Por el contrario, cuando el art. 115.II CP hace referencia al comportamiento del autor, indica que el autor se ha de valer de “términos ambiguos, vagos o confusos” o que ha de alterar la verdad con “reticencias e inexactitudes”. Si se quiere reducir el problema al comportamiento doloso, la cuestión es si el autor sabe que es inexacto el contenido de la información o si sabe que utiliza términos ambiguos, vagos y confusos. Parece indudable que la reducción del dolo a estos elementos no lo excluiría prácticamente en ninguno de los casos de ceguera sobre los hechos a los que se alude.

6. La misma conclusión se desprende del art. 117 CPM cuando sanciona la excusa para el servicio cuando se simula una enfermedad o se uti-

²⁶ Cfr. en relación con la ceguera sobre los hechos, Jakobs, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2.ª edic, Berlín, 1991, 8/5 y ss. En el caso de las calumnias, cfr. López Barja de Quiroga/Pérez del Valle, en Conde-Pumpido, *Código penal-Doctrina y Jurisprudencia*, comentarios al art. 205, 3.b (p. 2383). Un criterio diferente mantiene Feijoo, *CPC 62 (1997)*, p. 303. Respecto a la crítica de Feijoo, cfr. Pérez del Valle, *CPC 67 (1999)*.

liza un engaño de otro tipo. De hecho, con esta previsión queda cerrado el círculo respecto del deber de decir verdad en cuanto está relacionado con el servicio, incluso en cuanto se alude a aspectos relacionados con la vida privada que afectarían a la prestación del servicio. En ese sentido, se hace referencia por la doctrina alemana en ocasiones al engaño sobre la muerte de un familiar en la medida que entraña un permiso especial y, por ello, una alteración del servicio²⁷, aunque en ese caso se indica también como un comportamiento típico del § 42 WStG y no del § 18 WStGB, que sería un precepto paralelo al art. 117 CPM²⁸.

7. En cualquier caso, y en cuanto se refiere a la finalidad de este estudio, es relevante sólo que el deber de decir verdad del militar no tiene una restricción clara en su objeto, sino que sus límites se encuentran en la referencia a la prestación del servicio. De ahí que pueda hablarse de una posición de garante del militar en el ámbito de su competencia en el servicio, que afecta también a la verdad de los hechos vinculados a la prestación de aquél. Podría entenderse que los comportamientos descritos en los arts. 115 y 117 CPM son una excepción a la ausencia de deber general de decir verdad a la que se aludía en un principio²⁹. Incluso sería posible considerar que existe una simple distinción cuantitativa del contexto que permite afirmar en el ámbito del militar –como sucede en el ámbito de la estafa y de la protección del patrimonio– la existencia del deber de decir la verdad; pero también podría llegarse a la conclusión de que está referido a una relación totalmente distinta en términos cualitativos, en la que no se tratase de las relaciones entre personas en un ámbito en el que se organizan en libertad, sino de deberes propios de una institución³⁰. Esta última oposición no va a ser aquí examinada –aunque dista mucho de ser irrelevante³¹– porque se perdería de vista el objeto de reflexión marcado al ini-

²⁷ Schölz/Lingens, *WStG*, § 42-5.

²⁸ La WStG sanciona estos hechos en capítulos separados: mientras en el § 18 (capítulo 2: delitos contra los deberes del subordinado) sanciona las maquinaciones engañosas por las que se consigue que el propio autor o un tercero eluda total o parcialmente el servicio de forma duradera o por un cierto tiempo, en el § 42 sanciona la información falsa relativa al servicio. Respecto al tema de las omisiones, el § 43 WStG sanciona expresamente la omisión de información sobre el sabotaje o el motín, por una razón práctica evidente.

²⁹ Cfr. la idea de excepción ya claramente en Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, Frankfurt-Leipzig (1673), citado por la edición de Waenia, Frankfurt-Leipzig, 1775, cap. I, §§ 8 y 9.

³⁰ V. la referencia a la subsidiariedad y a las comunidades desde la familia a la comunidad política en Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, pp. 145 y ss.

³¹ V. la comparación entre la propia posición al respecto y la mantenida por Jakobs que lleva a cabo Pawlik, *Das unerlaubte*, pp. 137-138.

cio; pero, en cualquier caso, la opción que se adopte no afecta a la conclusión: el militar es garante de la transmisión de información veraz en la esfera de su competencia en el servicio y en cuanto afecta a éste. Este deber, como se ha indicado antes, no se restringe a informaciones relativas al servicio, sino que afecta también a otros ámbitos cuando la mentira afecta al servicio: bien porque la misma información está relacionada con la prestación del servicio en sentido estricto (art. 115 CPM), bien porque esa información falsa permite que el autor se excuse de la prestación del servicio (art. 117 CPM).

8. El texto del art. 117 CPM puede plantear, en cualquier caso, algunos problemas de participación que han de ser resueltos de acuerdo con los criterios señalados. Véase el siguiente ejemplo: A está obligado a prestar un determinado servicio; no obstante, es B quien acude a los superiores indicando que A ha sufrido esa tarde un accidente de tráfico y que no se encuentra en condiciones de prestar el servicio. El art. 117 CPM establece un deber especial para quien está obligado a prestar el servicio y no para otros, de tal forma que únicamente si, en el ejemplo citado, todo se produce con el conocimiento de A, es éste quien ha infringido el deber y, por tanto, quien es autor; B es cooperador necesario en la infracción del deber de A. Sin embargo, si B lo hace sin que exista conocimiento de A, su comportamiento no puede ser castigado de acuerdo con el art. 117 CPM, pues no existe infracción de deber. El comportamiento de B en este último caso tampoco es punible de acuerdo con el art. 115 CPM, pues no existe un deber de B a informar sobre A y tan sólo cabría una sanción disciplinaria. La explicación de que B no tiene el deber de informar sobre A, porque no es de su competencia ni ese aspecto ni la prestación del servicio; de hecho, la prestación del servicio no tiene porque verse afectada por la mentira de B si A acude en el momento previsto.

2. POSICIÓN DE GARANTE Y DESLEALTAD

1. Hasta aquí el examen del derecho vigente ha permitido obtener una conclusión: los arts. 115 y 117 CPM configuran un deber de decir verdad propio del militar en la prestación del servicio y extendido a aspectos personales que se refieren a la prestación del servicio en sentido estricto. Quisiera ahora formular alguna reflexión en torno al problema de la posición de garante y a su configuración tradicional, siempre con una pretensión de provisionalidad. En especial, resulta interesante que, a través de los

tipos penales a los que se ha hecho referencia, se sancionen las infracciones de deberes propios –y exclusivos– del militar y que, simultáneamente, sean caracterizados como comportamientos de deslealtad. No obstante, la primera cuestión a plantear es el sentido en el que se habla de “deber” o de “infracción de deber”, pues es claro que afirmar simplemente que estos son los puntos de atención esenciales respecto a la posición de garante no es una solución definitiva, sino el planteamiento de un nuevo problema³².

2. Por un lado, es innegable que en el fondo de las discusiones sobre la posición de garante existió siempre una cuestión metodológica. El rechazo o la aceptación de la teoría formal de las fuentes de la posición de garante³³, cuya adopción por el art. 11 CP español ha sido también criticada, se apoyaba precisamente en cuestiones metodológicas: una lectura del trabajo antes citado de Nagler (1938), permite observar que el propio autor no se conformó con la discusión interna sobre la posición de garante, sino que publicó a continuación otro más breve titulado “La nueva ciencia jurídica” en cuyo subtítulo indicaba expresamente que completaba el artículo anterior³⁴. Se enfrentaba, en ese sentido, a la propuesta de un “orden concreto” por parte de Carl Schmitt³⁵, y que, en mayor o menor medida, seguían Schaffstein –a quién critica principalmente Nagler– y Dahm. La idea de que el deber ha de perfilarse en el “orden concreto” es inicialmente combatida por Nagler por su indeterminación, pues sólo es posible saber que rechaza la abstracción de conceptos y el formalismo al que conduce; pero este riesgo de formalismo propio de la abstracción era, según afirma, conocido³⁶. Algunas consecuencias de este criterio revisten una especial importancia, como la pretendida reducción de los problemas del deber a la Parte especial del derecho penal.

³² Cfr. Nagler, “Die Problematik der Begehung durch Unterlassung”, *GS-III (1938)*, pp. 1 y ss, en especial p. 94: “La referencia al deber significa, por autonomasia, un nuevo problema, pero no es una solución en sí mismo”.

³³ Cfr. por todos Bacigalupo, *Principios de derecho penal-Parte General*, 4.ª edic, Madrid, 1997, pp. 395 y ss.

³⁴ Cfr. Nagler, “Die neue Rechtswissenschaft. Eine Ergänzung zur vorstehenden Abhandlung”, *GS-III (1938)*, pp. 122 y ss.

³⁵ V. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, 1934.

³⁶ Nagler, *GS-III (1938)*, p. 97. Sobre las dudas de si esta idea del “orden concreto” alude a la configuración del deber individual desde el caso concreto (cita al propio Carl Schmitt o a Engisch); o a la inmanencia del deber en la conducción del pueblo y la ética social que la complementa (Hauriou, a cuyas tesis se adscribe Dahm); a la concreción del deber en la norma individual (Binding); o a posiciones de la filosofía del derecho como proceso “dialéctico” de la conciencia (Binder) o a la idea del derecho de Larenz.

En esa dirección, ya Carl Schmitt había considerado que un “orden concreto” exigía incluso que la legislación penal comenzase por los comportamientos punibles en particular y no por la parte general, que consideraba una “abstracción artificial y carente de sentido, que se separa de las reales y naturales relaciones de la vida”³⁷. Aunque esta tesis, que había sido también aceptada en su momento Schaffstein³⁸, sea discutible³⁹, permite observar necesariamente el fundamento concreto de ese deber de decir verdad al que se alude en los arts. 115 y 117 CPM y que se refiere tanto a comportamientos activos como omisivos. En realidad, se trata en el fondo de la idea que ya se ha repetido desde el comienzo y a la que aludía Querol en sus comentarios a estos preceptos: el militar que, en los casos indicados, suministra información falsa o silencia la verdadera que tiene el deber de transmitir, defrauda la confianza depositada en la institución de las Fuerzas Armadas. Pero no existe aquí relación alguna entre libertad y confianza, porque los deberes no tienen porque responder a una supuesta relación necesaria entre ambas⁴⁰, pese a lo que se mantiene con frecuencia.

3. A esta cuestión se dedican las últimas reflexiones de este trabajo, que, como todas las demás, no son todavía sino cuestiones abiertas. Las razones por las que, en ocasiones, se insiste en explicar el deber de garante, también en cuanto se refiere a la seguridad, como una contraprestación de la libertad, son posiblemente históricas.

a) Por una parte, los derechos fundamentales del liberalismo se agotaron como un *status negativus*. Fuera de ellos quedaba el radio de acción de las prestaciones positivas del Estado, y por tanto, las medidas de protección de los miembros de la comunidad política; de ahí que el *status positivus* no fuese un tema constitucional, sino objeto de la ley⁴¹.

³⁷ Carl Schmitt, *Über die drei Arten*, p. 60.

³⁸ Cfr. Schaffstein, “Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts”, en *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft-Festschrift zum 60. Geburtstag vom Graf W. Gleispach*, Berlín-Leipzig, 1936, p. 110.

³⁹ Cfr. Jakobs, sobre la necesidad de acudir a principios generales en la consumación del delito de la Parte especial, en “Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person”, en Schünemann/Achenbach/Bottke/ Hafke/Rudolphi (dir.) *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín-Nueva York, 2001, pp. 793 y ss, especialmente p. 810.

⁴⁰ Aunque en ocasiones el ámbito de libertad de actuación esté delimitado por la confianza en el comportamiento de otros. Cfr. sobre esta relación entre libertad y confianza en las omisiones, Ernst Amadeus Wolff, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, p. 72.

⁴¹ Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin-New York, 1983, p. 2.

b) Es indiscutible la relación directa entre el status negativus en el que se configuran los derechos y la idea de derecho subjetivo en Hobbes⁴²: “el derecho de la naturaleza, que los escritores denominan comúnmente ius naturale, es la libertad que cada uno tiene para usar sus propias potencias según su libre arbitrio, para la preservación de su propia naturaleza, o, lo que es lo mismo, su propia vida”⁴³. Estas afirmaciones, junto a la especificación de que la libertad es precisamente la ausencia de impedimentos externos, que sigue a continuación para responder a la pregunta sobre el contenido de la libertad, expresan muy claramente la idea del “temor a la muerte” en Hobbes como instinto de conservación y la construcción de la sociedad al margen de la comunidad⁴⁴. La “sociedad de derechos” de Hobbes tiene una especial dificultad en explicar la existencia de deberes, que sólo existen como correspondencia al derecho, a diferencia de lo que sucede en la “sociedad de deberes” que representa la comunidad⁴⁵. La diferenciación de los modelos de derecho de cada una de las formas escogidas es, en ese sentido, decisiva: frente al modelo del derecho de familia de la comunidad, la sociedad sigue el modelo del derecho de obligaciones⁴⁶. La convención de la sociedad, frente al consenso de la comunidad⁴⁷, puede explicar obligaciones contractuales, y la seguridad del cuerpo –porque no existe, en la sociedad secularizada, peor mal que el de la muerte– únicamente se entiende en esos términos; precisamente por eso Hobbes, que no carece en absoluto de realismo, ha de negar que pueda exigir obediencia un estado que no garantiza esa seguridad tan primaria⁴⁸.

c) La diferenciación entre seguridad garantizada por el Estado y seguridad ante el Estado en Locke⁴⁹ y la clara relación entre el principio *neminem laede* y el derecho a sancionar a quienes lo infringen⁵⁰ modifican tal vez los

⁴² Cfr. Villey, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1957.

⁴³ Hobbes, *Leviathan or The Mater, Forme and Power of a Common-Wealth ecclesiasticall and civill* (Londres, 1651), reimpresión de P. Smith, Oxford, 1952, I, cap. XIV.

⁴⁴ Cfr. Ayuso Torres, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1998, p. 37.

⁴⁵ En ese sentido, Ayuso Torres, *¿Después del Leviathan?*, p. 37, con referencias a Tönnies.

⁴⁶ Cfr. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (reimpresión de la 8ª edic publicada en Leipzig en 1935), Darmstadt, 1963, p. 184, sobre la contraposición de conceptos en la comunidad y en la sociedad.

⁴⁷ Cfr. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, p. 20 y 52.

⁴⁸ Cfr. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, pp. 4-5.

⁴⁹ Cfr. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, p. 6.

⁵⁰ Locke, *Two Teatrises of Government* (Londres, 1698), edición crítica de P. Laslett, Cambridge, 1960, II, §§ 6 y 7. Sobre el principio *neminem laede* como institución negativa y las referencias desde Pufendorf, Kant y Schopenhauer, cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Pflichtdelikte und Beteiligung*, Berlín, 1999, p. 67 y ss.

términos de la exposición, pero no evitan las dificultades en la construcción del deber: entre la restricción de invasiones de los derechos de otros impuesta a cada uno y la ejecución de las leyes (la imposición de penas a los transgresores de la ley) existe todavía un paso que permita la preservación de todos⁵¹. Este paso es la constitución del Estado como garante de la seguridad a través de las leyes, que en Kant aparece con claridad⁵²: no sólo se reconoce la función de justicia distributiva en el *ius controversum*⁵³, sino también la protección de todos los que están sometidos a las leyes, pues no son sólo ciudadanos, sino asociados para la protección recíproca⁵⁴. Una cita de Wilhelm von Humboldt explica muy bien ese planteamiento desde un punto de vista político: “el estado no puede dar un paso más allá de la garantía de la seguridad de los ciudadanos, en tanto sea necesario respecto a ellos mismos y a los enemigos del exterior”⁵⁵. Ciertamente las formulaciones de Hegel pueden entenderse en algunos aspectos como una continuación de las tesis expuestas, sobre todo cuando alude al *neminem laede* para explicar que las normas son, en realidad y siempre, prohibiciones, aunque presenten una forma inicial como mandato⁵⁶. No obstante, el mandato del derecho que Hegel definía como “se una persona y trata a los demás como personas”⁵⁷ tiene una mayor complejidad que el imperativo categórico kantiano, porque adquiere significación en el derecho. De hecho, aunque Hegel reconoce la importancia que, para la fuerza interna del estado, tiene un concepto de unión de derecho y deber; admite con el ejemplo paternidad-filiación que no se trata simplemente de la correlación del derecho y deber, porque en lo concreto el derecho y el deber tienen diferentes contenidos⁵⁸.

e) Precisamente en ese sentido se define el fracaso del contractualismo en la definición de deberes. Jakobs ha subrayado que los modelos

⁵¹ Cfr. no obstante Locke, *Two Treatises of Government*, II, §§ 7 y 8.

⁵² Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, p. 10.

⁵³ Cfr. Kant, *Metaphysik der Sitten* (Königsberg, 1797), edición de K. Vorländer, Hamburgo, 1954, § 44.

⁵⁴ Cfr. Kant, “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, en la edición de W. Weischedel, *Kant Werke-IV*, Darmstadt, 1964, pp. 127 y ss, especialmente p. 150.

⁵⁵ Citado por Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, p. 10.

⁵⁶ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), edic de B. Lakebrink, Stuttgart, 1970, § 38.

⁵⁷ Hegel, *Grundlinien*, § 36, como se desprende de la exclusión del derecho y del deber del esclavo (comentario del § 155 o texto del § 261).

⁵⁸ Hegel, *Grundlinien*, § 261. Discutible me parece la asunción del punto de partida que opone derecho privado y derecho de familia al derecho del estado como necesidad y poder.

contractualistas –también el modelo de Rousseau o el del contractualismo moderno– no pueden fundamentar un deber social, sino, en todo caso, construirlo en abstracto, porque prescinden de las relaciones sociales entre personas⁵⁹. La idea que presenta es la de que “todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden; los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes”⁶⁰. De nuevo se presenta una “sociedad de deberes” y no una “sociedad de derechos”⁶¹ en la que la construcción de los deberes concretos no sólo es posible, sino consustancial. Además, frente a la opción de Kelsen, en la visión de Jakobs es la norma misma –y no la sanción– el esquema determinante de interpretación del mundo dentro del grupo en su conjunto y no para un determinado estamento jurídico⁶².

f) Únicamente el miedo, en palabras de Isensee, no puede fundamentar una teoría del estado, porque el miedo es prevención del causante del peligro, mientras que la seguridad exige también aprecio por la instancia que puede conjurar el peligro. El motivo de este aprecio es, precisamente, la confianza, que es precisamente el reverso positivo del miedo; pero ni el miedo ni la confianza en el estado son, como pretendería Hobbes, absolutos. En la medida que sus destinatarios son diferentes y en ellos se dispersan tanto el miedo como la confianza, del mismo modo han de ser relativizadas⁶³.

Esta confianza relativa en la seguridad es la depositada en la institución y concretada en el militar, cara inversa del miedo a las agresiones a la seguridad exterior; pero la cara inversa es otra cosa, es algo distinto del puro miedo a la muerte de Hobbes. Se trata de la cara oculta –para Hobbes, pero real– de una sociedad de deberes que se apoya en la confianza. Ni más ni menos que la confianza a la que se refería Querol en el texto con el que se iniciaban estas reflexiones, cuando llamaba la atención sobre la deslealtad que supone la falta de verdad en las informaciones del servicio. La conexión entre deslealtad y confianza presenta, en ese sentido, una base cierta, que precisamente pone en cuestión el fundamento del deber de las concepciones contractualistas. Esta reflexión general es,

⁵⁹ “Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit”, en G. Höver (dir.) *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Hamburgo, 1999, pp.27 y 29-30.

⁶⁰ Jakobs, “Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit”, pp. 32-33.

⁶¹ Como ya se ha indicado, v. Ayuso Torres, *¿Después del Leviathan?*, p. 37.

⁶² Jakobs, “Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit”, p. 36.

⁶³ Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, p. 10.

desde luego, una hipótesis, en la medida que sólo ha podido ser explicada respecto a un ámbito concreto referido a deberes determinados. La hipótesis o la argumentación en sí carecen de valor en cualquier caso, que sólo pueden adquirir como homenaje que el autor rinde con ellas al compañero del Cuerpo Jurídico fallecido cuya personalidad no han sabido resaltar como merecía.

I. ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

JURISDICCIÓN PENAL NACIONAL Y VIOLACIONES MASIVAS DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN EL EXTRANJERO*

ENRIQUE BACIGALUPO
Catedrático de Derecho Penal
Magistrado del Tribunal Supremo

– I –

Los derechos humanos tienen una clara tendencia a superar toda clase de fronteras estatales, pues llevan en sí la pretensión de validez universal. El derecho penal, por el contrario, tiene, en principio, los límites territoriales de la autoridad de cada Estado, es decir, del derecho de exclusión de toda otra autoridad, que tradicionalmente ha caracterizado la idea de soberanía. Estos conceptos, a primera vista contradictorios, pueden ser traducidos al lenguaje jurídico y estudiados desde esta perspectiva.

Para un jurista las fronteras del Estado son un límite territorial de la vigencia de las normas. Las leyes de un Estado sólo tienen validez dentro del espacio territorial en el cual pueden ser impuestas, es decir, dentro del territorio en el que el Estado ejerce su soberanía. Dicho de otra manera: las fronteras de mi soberanía son las fronteras de mi derecho. Este modo de ver la cuestión presupone una perspectiva del interior hacia el exterior. Desde la perspectiva inversa, o sea desde el exterior hacia el interior, las fronteras del Estado materializan un límite del poder de otros Estados: definen un ámbito de exclusión que se expresa en el llamado *principio de no intervención*.

Este esquema, extraordinariamente simple, proviene de una concepción clásica de la soberanía, cuyo principal expositor fue *Jean Bodin*¹.

* El presente trabajo es reelaboración de la conferencia pronunciada en la Universidad de Viena el 23 de marzo de 2000.

¹ De Republica, libri sex, Lyon 1586.

*Hermann Heller*² la resumió de una manera clara: “un poder hacia fuera independiente y hacia adentro irresistible”. Da igual que el titular sea el *princeps* o el *populus*.

Esta concepción de la soberanía tenía que sufrir una cierta transformación cuando en diciembre de 1948, después de los horrores de la segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la declaración general sobre derechos humanos y cuando el 4 de noviembre de 1950 se aprobó la Convención Europea sobre Derechos Humanos, que luego fue seguida por otras cartas de derechos similares, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El respeto interno de los derechos humanos se convirtió en una materia que los Estados sometían a la jurisdicción de un tribunal supranacional, cuyas sentencias se obligaban a acatar.

La nueva situación tenía inmensas implicaciones. En primer lugar los derechos humanos reconocidos en las convenciones internacionales constituyen un límite interno de la legitimidad del ejercicio del poder estatal frente a las personas. Por lo tanto el poder del Estado debe reconocer una frontera interna en el respeto de los derechos inherentes a las personas. El poder soberano, en contra de lo que pensaba *Bodin*, es jurídicamente resistible dentro del Estado. Las fronteras del territorio ya no serán los únicos límites del poder que emerge de la soberanía. La pretensión de legitimidad reconoce también límites internos en el respeto de los derechos humanos y la comunidad internacional los garantiza mediante Tribunales supranacionales con jurisdicción en determinadas regiones.

El ámbito del derecho más afectado por esta nueva situación de los derechos humanos fue sin duda el derecho penal. Es paradójico que así haya sido, dado que el derecho penal había sido la expresión más pura de la soberanía. Más aun: es posible afirmar que la cuestión del *ius puniendi* constituía una parte esencial de la teoría del Estado clásica.

La posibilidad de una intervención penal de la comunidad internacional en decisiones internas de un Estado que afectaran la paz internacional, de todos modos, ya había sido contemplada en el art. 227 y stes. del Tratado de Versalles, que preveía un tribunal internacional integrado por los USA, el Reino Unido, Francia y Japón que debía juzgar la culpabilidad del Kaiser alemán Wilhelm II por “supreme offence against international morality and sanctity of treaties³. El art. 14 del Pacto de la Sociedad de

² *Gesammelte Schriften*, II, 1971, pág. 35.

³ El proceso no tuvo lugar porque Holanda no concedió su extradición.

Naciones, por su parte, estableció un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el que se entendía que cabían las competencias penales. No obstante, el Proyecto que el barón *Descamps* propuso en 1920 al Comité de Juristas de la Sociedad de Naciones, que contenía el anteproyecto del Estatuto del Tribunal permanente de Justicia Internacional, fue considerado prematuro por la Primera Asamblea de la Sociedad de Naciones⁴. Después de la segunda Guerra Mundial de 1939/1945 los Tribunales de Núrnberg y Tokio dieron lugar a un precedente de decisiva importancia respecto de la intervención de la comunidad internacional en la represión de las personas que tomaron decisiones en el ámbito de la soberanía de un Estado. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 17 de julio 1998 viene a culminar este desarrollo del derecho internacional penal.

Entre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998 y los Tribunales de Núrnberg y Tokio se percibe una evolución notable. Estos últimos eran consecuencia de una guerra de agresión y unieron la responsabilidad de los gobernantes por violaciones de derechos humanos a la responsabilidad por la guerra⁵. Los arts. 6 y 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, permiten, continuando con la tendencia marcada por los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda⁶, una intervención penal de la comunidad internacional por hechos meramente internos de los Estados, cuando éstos afectan derechos fundamentales de las personas. El Estatuto del TPI elimina de esta manera los argumentos principales contra una garantía judicial supranacional de los derechos humanos: el basado en el carácter de *asunto interno*, alcanzado por el principio de no intervención y el del supuesto *carácter político* de estas cuestiones, especialmente la guerra, del que se derivaría su exclusión del ámbito de lo justiciable o arbitrable⁷. Parece claro que ésta ha sido la base argumental que ha movido a los Estados dictatoriales que han cometido vulneraciones masivas de derechos humanos a presentar sus acciones como hechos de guerra defensiva contra “enemigos internos”.

La nueva situación jurídica replantea problemas jurídicos que ya habían sido objeto de discusión después de las sentencias de los Tribunales de

⁴ Confr. *Jiménez de Asúa*, Tratado de Derecho Penal, t. II, 4ª ed. 1977, N° 869.

⁵ Sobre el desarrollo de los acuerdos internacionales para la penalización de la guerra de agresión (Protocolo de Ginebra, 1924, Pacto Kellogg, 1928) ver: *Carl Schmitt*, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por Helmut *Quaritsch*, 1994.

⁶ Resoluciones de la ONU 827(1993), de 25 de mayo y 955(1994), de 8 de noviembre, respectivamente.

⁷ *Carl Schmitt*, loc. cit. nota 6, pág. 54 y stes.

Nürenberg y Tokio y que son de gran actualidad en relación con los Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda. Problemas similares se han planteado en los procesos seguidos contra los dirigentes de la República Democrática Alemana después de la unificación en 1989 y probablemente en todo proceso interno de un Estado que pasa de una dictadura a una democracia⁸. Dos cuestiones se vinculan con el *principio de legalidad* y una tercera con la *aplicación extraterritorial* del Derecho Penal.

a) Las vulneraciones de derechos humanos tienen lugar, por regla general, dentro de Estados dictatoriales, cuyo orden jurídico autoriza tales hechos. Es decir, en el marco de su propia legalidad, por lo tanto, tales violaciones no son antijurídicas. Esto da lugar a una primera pregunta: ¿Cuál es el derecho violado? ¿Cómo es posible sancionar penalmente actos que eran no antijurídicos en el momento de su comisión? La cuestión se relaciona con el *principio de legalidad*.

b) La sanción de los excesos de una dictadura sólo puede tener lugar cuando la dictadura ha sido derrocada y reemplazada por un régimen democrático, es decir por un nuevo derecho. ¿Cómo es posible aplicar el derecho penal en forma *retroactiva*?

c) Cuando la sanción de estos delitos tenga lugar por otros Estados, diferentes de la comunidad internacional reunida en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, ¿cómo es posible juzgar los hechos que tuvieron lugar en un territorio donde no eran antijurídicos y donde no regía el orden jurídico del Estado que juzga?

Las cuestiones expuestas han conducido a posiciones que proponen una renovación radical de los principios del derecho penal aplicable a los delitos cometidos prevaleándose del aparato del Estado, una característica prácticamente necesaria en todo fenómeno de violaciones masivas de derechos humanos, especialmente en los casos de genocidio y lesa humanidad.

En este sentido merece una especial consideración el punto de vista de *Naucke*⁹ que propone una *cuarta vía* del derecho penal para estos casos de prevalimiento estatal, que se caracterizaría por tres elementos:

- el derecho positivo debe ser flexible, no exacto
- la prohibición de aplicación retroactiva de la ley debe quedar de lado, cuando sea adecuado al fin perseguido

⁸ Ver *Bacigalupo*, en *Hüber / S. Oming* (Hrsg), "50 Jahre danach-Unser Umgang mit der Vergangenheit 1945-1995", 1995, págs. 147 y stes.

⁹ Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996; críticamente sobre la Tesis de *Naucke*, J.C. *Joerden*, en GA.

— cabe fundamentar las decisiones en consideraciones jusnaturalistas¹⁰.

Naucke piensa que la administración de justicia cotidiana, que entiende se basa en un positivismo jurídico penal “que no dispensa gran respeto por la ley”¹¹, ya utiliza estos criterios en la persecución de ciertos delitos, como las lesiones, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el hurto y la apropiación indebida. Por ello sería inconsecuente mantener, respecto de los delitos cometidos prevaleciéndose del poder estatal, los límites del puro Estado de Derecho, que en la práctica se aplican de una manera poco estricta¹².

Probablemente en este punto existe una cierta coincidencia de la tesis de *Naucke* con el “*derecho penal de enemigos*”, que describe *Jakobs* como una tendencia del derecho actual que se propone “luchar” contra el delito operando sobre el delincuente y que se justifica a sí misma por la decisión de los autores del delito de autoexcluirse de la comunidad jurídica¹³. Este derecho penal de enemigos se caracterizaría por una disminución de las garantías procesales y la expansión de ciertos límites del derecho penal material, que son de observar en los delitos cometidos mediante organizaciones (terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, ciertas formas de criminalidad económica o de delitos sexuales)¹⁴. Naturalmente que sobre la legitimidad de un derecho penal de estas características es posible albergar dudas. Pero, si se tiene en cuenta que las vulneraciones masivas de derechos humanos son consideradas en general como una forma del llamado “*terrorismo de Estado*”, es claro que la tesis de *Naucke* resulta confirmada en tanto sostiene que *comparativamente* los delitos cometidos con prevalimiento del poder estatal tendrían un tratamiento privilegiado de difícil justificación con relación al terrorismo.

– II –

Trataremos en primer lugar las cuestiones del *principio de legalidad*. El problema de la ley previa y de la irretroactividad de la ley penal ha sido objeto de importantes contribuciones jurídicas tendentes a justificar una

¹⁰ Loc. cit. págs. 82 y ste.

¹¹ Loc. cit. pág. 82.

¹² Loc. cit. pág. 83.

¹³ En ZStW 97, 751 y stes. (783 y ste.); “Personalität und Exclusion im Strafrecht” (Manuscrito).

¹⁴ Loc. cit. nota 13.

cierta relativización de estos principios. Un lugar destacado entre ellas corresponde a la tesis de la “ilicitud legal” (gestzliches Unrecht) expuesta por Gustav Radbruch en 1946¹⁵. La tesis tiene singular importancia, a pesar de que no siempre las dictaduras han legislado formalmente sobre los crímenes de lesa humanidad. Radbruch pensaba que “el positivismo, con su convicción de que <la ley es la ley>, dejó a los juristas alemanes indefensos frente a las leyes de contenido arbitrario y delictivo”. Sin embargo, la existencia de leyes es una condición del orden y por lo tanto, afirmaba que “naturalmente, a toda ley positiva le es inherente un valor, pues en todo caso es mejor que ninguna ley, dado que, al menos, genera seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único valor ni el decisivo que el derecho debe realizar. Junto a la seguridad jurídica se deben considerar también otros dos valores: adecuación al bien común (Zweckmäßigkeit) y la justicia”¹⁶. Pero, estos valores pueden llegar a estar en conflicto. La seguridad jurídica puede contradecir a la justicia. “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica se debe resolver dando prioridad al derecho positivo, impuesto y asegurado por el ejercicio del poder, aunque su contenido sea injusto y contrario al bien común, salvo cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia resulta en tal grado intolerable, que la ley, como <derecho injusto> debe ceder ante el derecho”.¹⁷ Y agrega: “es imposible trazar una línea nítida que separe los casos de injusto legal de los de leyes de contenido injusto, aunque, sin embargo, válidas; pero, de todas maneras, es posible trazar otra frontera con toda nitidez: allí donde no existe ni siquiera el deseo de justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada en el establecimiento mismo del derecho positivo, precisamente allí sólo estaremos no solamente ante <derecho injusto>, sino ante la pérdida absoluta de la naturaleza jurídica”¹⁸.

En España no han faltado voces que postulan los mismos resultados que la teoría de lo ilícito legal de Radbruch. En este sentido destaca el punto de vista que sostiene que no es necesario que los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad estén recogidos expresamente en una ley formal del Estado, “pues –se afirma– (en estos casos) la lex se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del dere-

¹⁵ En *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, nº5, agosto 1946; recogido en su *Rechtsphilosophie*, 6.^a ed. (al cuidado de Erik Wolf), 1963, pág. 347 y stes.

¹⁶ *Rechtsphilosophie*, nota 15, pág. 352.

¹⁷ *Loc.cit.* nota 15, pág. 353.

¹⁸ *Loc.cit.* nota 15, pág. 353.

cho)”¹⁹. Al mismo tiempo se postula la exclusión del principio que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, considerando que “la fecha decisiva para que (se) pueda proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no sea la de su incorporación a la normas internas, sino su cristalización en las normas generales (y, en su caso, convencionales) del derecho internacional”²⁰.

La tesis de la ilicitud legal fue no sólo una explicación de las soluciones de los casos del nacional-socialismo que *Radbruch* expuso en su escrito. El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) recurrió a esta teoría en su sentencia del 3-11-1992 del caso de los “*disparos del muro de Berlín*”²¹, cuyo contenido es especialmente interesante respecto de la materia que estamos tratando. El Tribunal citó expresamente la opinión de *Radbruch* y afirmó que “una causa de justificación existente en el momento del hecho sólo puede ser inaplicable por su contradicción de un derecho de rango superior, si esta vulneración del derecho pone de manifiesto una infracción grave y manifiesta de la idea de justicia y humanidad; la infracción debe tener un peso tal que lesione la convicción jurídica respecto del valor y la dignidad de las personas, común a todos los pueblos”²². El BGH entendió que esta premisa debía ser concretada y que ello era posible a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Este pacto había sido suscrito por la República Democrática Alemana (DDR), pero, sin embargo, no había sido ratificado por la Cámara Popular. No obstante el Tribunal sostuvo que ello no afectaba al vínculo de derecho internacional asumido por la DDR. Por lo tanto, continúa la sentencia, la DDR estaba obligada a respetar el art. 12 del Pacto, de acuerdo con el cual todos tienen derecho a salir de un Estado, inclusive del propio. Si bien este derecho, de acuerdo con el art. 12, puede ser limitado por ley con la finalidad de salvaguardar la seguridad nacional y el orden público, y la DDR entendió limitarlo con estas finalidades, el BGH consideró que el derecho de fronteras de la República Democrática Alemana vulneraba el artículo mencionado, porque no reducía las limitaciones a casos excepcionales, sino que lo hacía en forma general²³. El rigor especial de estas restricciones fue visto por el Tribunal Supremo Federal en el hecho de que los ciudadanos alemanes de la DDR “perteneían, junto con otras personas que estaban

¹⁹ A. Remiro Brotóns, El caso Pinochet, 1999, pág. 59.

²⁰ Remiro Brotóns, loc. cit. nota 19, pág. 60.

²¹ BGHSt 39 ,1 y sts.

²² Ibidem, pág. 15 y ste.

²³ Ibidem. pág. 19.

del otro lado de las fronteras a una nación y estaban vinculados a ellos por múltiples lazos personales y de parentesco”²⁴.

También estaba obligada la DDR a respetar el art.6 del Pacto que declara que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida. El BGH consideró que la orden de disparar contra los que huían de la DDR, que implicaba la muerte dolosa de éstos, constituía un acto arbitrario y estimó, en consecuencia que tanto el art. 6 como el 12 del Pacto se habían vulnerado. La antijuricidad, por lo tanto, derivaría de la infracción de deberes internacionales y no de la ley del Estado en el que los hechos fueron cometidos.

Una vez resuelta la cuestión de la ausencia de justificación, el BGH rechazó también la posibilidad de una infracción de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, prevista en el art. 103.2 GG (Ley Fundamental). Frente al punto de vista defendido por un importante sector de la teoría²⁵, la sentencia contiene una afirmación de singular importancia para los casos de violaciones masivas de derechos fundamentales cometidas en el extranjero. El Tribunal sostiene en este sentido que “lo decisivo es si la punibilidad <estaba legalmente establecida> antes de la comisión del hecho. Para determinar si esto era así, el juez no está vinculado por el sentido puramente fáctico de la interpretación que en el momento del hecho se aceptaba en la práctica del Estado. Si el derecho vigente en ese tiempo podía, observando los límites del sentido de las palabras de la ley, ser interpretado, a la luz de la Constitución de la DDR, de tal forma que resultara compatible con las obligaciones de derecho internacional de la DDR con relación a los derechos humanos, entonces este derecho (del tiempo de comisión del delito) debe ser interpretado de esta forma como el derecho que determina la punibilidad en dicho momento en el sentido del art. 103.2 GG”²⁶. Esto quiere decir que la cuestión de la punibilidad, anterior a la comisión del hecho, no se debe regir por la interpretación de la práctica del derecho vigente en el Estado en el que los hechos lesivos de los derechos humanos ocurrieron, sino por la *interpretación correcta posterior* a los hechos de los Tribunales del Estado que juzga. En otras palabras: un cambio retroactivo de la

²⁴ Ibidem. pág. 20.

²⁵ *Jakobs*, en *J. Isensee* (ed.), *Vergangenheitbewältigung durch Recht*, pág. 36; *Isensee*, en el mismo lugar, pág. 91; *Grünwald*, *StV* 1991, 31; *Rittstieg*, *Demokratie und Recht*, 1991, pág. 404; *Denker*, *KritV73* (1990), pág. 299,306; *Dreier*, *VVDStRL* 51 (1992),137 y otros.

²⁶ BGHSt, 39,29.

interpretación de la ley del Estado en el que se cometieron los hechos no afecta a la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, aunque sea *contra reo*.

De todo lo anterior se desprende que en los casos de aplicación extraterritorial del derecho penal a violaciones masivas de derechos humanos las nociones generales de las causas de justificación experimentan en la práctica notables modificaciones, ya puestas de manifiesto por las sentencias de Nüremberg, Tokio y Argentina. La protección de bienes jurídicos como la vida de las personas, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión regida por el derecho interno y se convierte en una cuestión internacional cuando existen múltiples afectados y cuando los hechos son cometidos con prevalimiento del poder Estatal (genocidio, tortura etc.). En estos casos *la justificación* no depende sólo del derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de éste con el orden de valores fundamentales de la comunidad internacional expresado en las convenciones internacionales de derechos humanos.

– III –

La tercera cuestión se refiere, como vimos a la capacidad de un Estado extranjero de enjuiciar vulneraciones masivas cometidas fuera de su territorio. El caso “Pinochet” en España, el de las “monjas ruandesas” juzgadas en Bélgica²⁷ con base en la Ley de 1999 que extiende la jurisdicción belga a las violaciones graves del derecho internacional humanitario²⁸ y el de la extradición de un torturador argentino desde México a España han puesto de manifiesto nuevos problemas del derecho penal internacional cuando se trata de extender la jurisdicción penal nacional a violaciones masivas de derechos humanos cometidos bajo otras jurisdicciones penales (por regla por dictaduras de la peor especie). Otros casos similares, sin embargo, se están tramitando ante TPI. Son los Slodovan *Milosevic*, por violaciones de la ley y la costumbre y crímenes contra la humanidad²⁹ y Radovan *Karadzic*, por infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949, infracción de las leyes y de la cos-

²⁷ El veredicto no se ha conocido todavía, según informa Liberation el 8-6-2001. Las monjas fueron acusadas por entregar las víctimas a los milicianos que luego las asesinaron.

²⁸ Loi relative à la repression des violations graves de droit international humanitaire, de 10-2-1999.

²⁹ Indictmen of Slodovan Milosevic, n°IT 99-93-1 (24 de mayo de 1999). No fue acusado antes del conflicto de Kosovo, según los acuerdos de Dayton.

tumbre de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad³⁰. En todos los casos se trata de regímenes de fuerza, sin base legítima o que perdieron su legitimidad por llevar a cabo políticas de persecución racial o política, que se imponen mediante el terror estatalmente organizado, para lo cual recurren a torturas, secuestros y otros actos de caracteres semejantes³¹. En concreto me refiero a regímenes dictatoriales que no responden, obviamente, al modelo del Estado Democrático de Derecho que es conocido en Europa y los EEUU, pues no se basan en los principios legitimantes del poder que tal modelo presupone. Sus responsables están, probablemente, entre los peores criminales de la historia de la humanidad. ¿Cabe admitir en estos casos un derecho de los Estados Democráticos de Derecho a someter a su propia jurisdicción penal los delitos cometidos contra las personas bajo aquellos regímenes dictatoriales? En todo caso: ¿qué pueden o deben hacer los otros Estados de la comunidad internacional en el marco de su derecho penal ante tales atropellos de la dignidad humana?

Como es sabido, la aplicación del derecho penal en el espacio está regida por el llamado *derecho penal internacional*. Éste, no obstante su nombre, es derecho nacional, pues su fuente son las propias leyes nacionales y no normas convencionales acordadas con otros Estados. Por lo tanto, el derecho penal “internacional” es producto de la soberanía de cada Estado y extiende la aplicación de las normas nacionales del derecho penal precisamente hasta donde se extiende su soberanía, es decir, hasta donde los demás Estados soberanos lo consienten. Los límites extraterritoriales están dados por un conjunto de principios consensuados de manera tácita o explícita, según el caso, dentro de la comunidad internacional. Estos principios tienen, hoy en día, una larga tradición histórica, pues son anteriores, por regla, a las codificaciones modernas del siglo XIX. En lo que concierne a hechos punibles cometidos *fuera* del territorio nacional esos principios son tres:

a) Principio de la *personalidad*, que extiende la jurisdicción a los delitos cometidos por un nacional (principio *activo* de la personalidad) o con-

³⁰ Indictmen of Radovan Karadzic, IT-95-18-1-I, 25 de julio de 1995 (Republika Srpska, Bosnia); IT-9505-1, 16 de noviembre de 1995 (Srebrenika)

³¹ Se deben agregar los casos de Habre *Hissene*, ex dictador de Tchad, acusado en Senegal, donde se refugiaba después de su derrocamiento en 1990, y Foday *Sankok*, y otros miembros del Revolutionary United Front, para quienes el Consejo de Seguridad solicita la creación de un tribunal independiente. Confr. *Bassiouni*, en Rev. Intern. de Droit pénal, Año 71, 1.º y 2.º trim. 2000, págs. 1 y stes.

tra un nacional (principio *pasivo* de la nacionalidad), cualquiera que sea el territorio en el que los delitos hayan tenido lugar.

b) Principio *real o de defensa*, que extiende la jurisdicción nacional a los ataques al Estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros.

c) Principio de la *justicia universal*, del derecho mundial o, simplemente, “*principio universal*”, según el cual todos los Estados pueden aplicar su ley penal a cualquier hecho cometido en cualquier lugar o, al menos, en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado.

De estos principios, el principio “universal”, aplicado en España en el caso “*Pinochet*” y en el caso “*Carvalho*” y en Bélgica en el caso de las “*monjas ruandesas*”, es el más discutido, es decir, es aquél sobre el que no existe la misma claridad o consenso conocido respecto de los otros dos, cuya aceptación parece estar más afianzada en la comunidad internacional. Hace ya más de un siglo el gran penalista, y también gran internacionalista, que fue *Franz von Liszt*³² sostenía que el principio universal era científicamente insostenible y prácticamente irrealizable. *Binding*³³ pensaba que “un principio del derecho mundial, según el cual todos los delitos del mundo autorizaran a todos los Estados a aplicar su derecho penal, es, desde el punto de vista del derecho mundial un absurdo”. M. E. *Mayer*³⁴ lo consideró un “pseudo principio”, al tiempo que recordaba que “no es un fallo científico raro hacer un principio a partir de la carencia de principios”. *V. Hippel*³⁵ lo calificó de “idea impráctica”. Sin embargo, *Binding* admitía una extensión extraterritorial del derecho penal en los casos de “violencia anarquista, piratería y tráfico de esclavos”, dado que “el enemigo solidario tiene que generar la resistencia solidaria”. Además justificaba una aplicación extraterritorial del derecho penal en el caso de los “bienes jurídicos del interés en un tráfico libre entre los pueblos” (canales neutralizados, líneas telefónicas, hospitales, ambulancias etc.) y en el de “bienes comunes a todos los Estados de cultura” (autenticidad de la moneda, de las mercancías del comercio internacional etc.).

En la doctrina española *Jiménez de Asúa* considera que es “inaplicable como doctrina absoluta, y sólo puede defenderse como principio comple-

³² Reichstrafrecht, 1ª ed. 1881, pág. 53. En el mismo sentido hasta la última edición: *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Strafrechts, 1931, pág. 123.

³³ Handbuch des Strafrechts, 1885, págs. 378, nota 2, 379.

³⁴ Strafrecht, AT, 1915, pág. 77

³⁵ Deutsches Strafrecht, I, 1925, pág. 70.

mentario de la territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses”³⁶.

Entre los positivistas italianos *Florian*³⁷ sostuvo que el principio universal “desconoce la variedad de los delitos en los diversos países y la conexión entre la forma de la delincuencia y el grado de civilización de un pueblo”, pero alguno admitía que el *delincuente nato* podía ser juzgado en cualquier parte³⁸.

Naturalmente, en aquellos tiempos no se pensaba en las cuestiones modernas, es decir, en las vulneraciones masivas de los derechos humanos en regímenes dictatoriales. Todos los principios que legitiman la aplicación del derecho penal nacional a hechos punibles cometidos fuera del territorio nacional han sido ejecutados en un contexto histórico difícilmente comparable con el que nos ocupa. El principio “universal”, precisamente, se admitió en relación a delitos que agredían bienes jurídicos comunes, cometidos en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado (daños a cables submarinos o delitos de piratería cometidos en alta mar). La referencia a los derechos humanos es posterior y se ha limitado al comercio de personas. Hasta tal punto es esto así que *ninguno* de los tratados internacionales suscritos o proyectados después de la Segunda Guerra Mundial, redactados ya con plena conciencia del carácter internacional de los delitos contra la paz y la humanidad, estructuran la atribución de la jurisdicción basados en el principio “universal”. No lo admite la Convención contra el genocidio (1948) ni la Convención contra la Tortura (1984). El proyecto más cercano al reconocimiento del principio “universal” es, probablemente, el art. 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI (Informe de la 48.^a periodo de sesiones, 1996). Pero en realidad, es preciso no favorecer equívocos y poner de manifiesto que la comunidad internacional no se orienta según el principio “universal”, frente al que siempre se ha mostrado extraordinariamente reticente, sino al establecimiento de un tribunal internacional con jurisdicción global, como el aprobado en Roma en 1998, o como los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda.

Es cierto que de la pretensión de la universalidad de los derechos humanos se puede deducir lógicamente la posibilidad de su defensa universal. Sin embargo, esta defensa universal no tiene necesariamente una única forma de realización y es evidente que, entre dejar librada la cues-

³⁶ Loc. cit. nota 4, n.º 768, pág. 759.

³⁷ Trattato di Diritto Penale, 1910, pág. 198.

³⁸ Ver *Fedozzi*, en Riv. Italiana per le scienze giuridiche, vol. XXIII, pág. 240/269.

tión a las decisiones individuales de cada Estado y la respuesta ordenada y centralizada de un tribunal internacional, la comunidad internacional prefiere esta última solución frente al principio “universal”. En la evolución actual parece evidente que nuestra conciencia jurídica internacional requiere –y esto debe ser saludado con auténtico entusiasmo– que el respeto de los derechos humanos quede fuera del alcance del “principio de no-intervención” en asuntos internos de otro Estado, hasta hace poco probablemente favorecido por las confrontaciones conceptuales, que caracterizaron esta materia en los tiempos de la “guerra fría”. Entre las diversas voces que se escuchan en este sentido debemos subrayar la del Presidente del *Zentralrat der Juden in Deutschland*, Paul Spiegel, quien en la reciente ceremonia de entrega del Premio Leo Baeck 1999 afirmó rotundamente que en esta materia no existen “cuestiones internas”.

Pero ello no puede ocultar las dificultades prácticas del principio “universal” que ya se han presentado en los tribunales españoles luego del caso “Pinochet” y en los belgas después de la ley de 1999. En *España* en el caso del genocidio de *Guatemala* la Audiencia Nacional ha establecido, en su auto de 13 de diciembre de 2000, límites a los principios anteriormente sentados, subrayando el carácter subsidiario del principio universal que había aplicado con excepcional amplitud en el caso *Pinochet*. La Audiencia consideró que la justicia guatemalteca ofrecía –evidentemente a diferencia de la chilena– suficientes garantías de actuación contra los delitos contra la humanidad. En *Bélgica*, recién concluido el caso de las “monjas ruandesas”, la justicia se ha visto inmediatamente confrontada con otro caso políticamente más incómodo, el de la denuncia de una decena de ciudadanos palestinos libaneses, belgas y marroquíes que a principios de junio han acusado al Primer Ministro israelí Ariel Sharon, por su participación en la masacre en la represión de la intifada y de Sabra y Chatila, cometido por milicianos que actuaron bajo la protección del ejército israelí en Beirut en 1982. La Fiscalía de Bruselas se ha pronunciado finalmente de manera favorable sobre la admisión a trámite del caso, pero el Ministro de Asuntos Exteriores, ante la suspensión de una inminente visita de Sharon a Bruselas, ya ha recomendado “reformas destinadas a corregir “los efectos perversos de la ley”, sugiriendo que se debería introducir un “*criterio de proximidad geográfica*”³⁹. A este caso han seguido las denuncias suscritas por 150 personas contra el Presidente de Costa de

³⁹ M.^a Malagardis/Chr. Ayad, en *Liberation*, de 8-6-2001. En general ver también: *Ragués i Vallés*, en *La Ley* de 17/18 de abril 2001.

Marfil, Laurent Gbagbo, el expresidente Gueï y los Ministros de Interior y Defensa Boga Doudu y Lida Kouassi, así como denuncias de kurdos contra Saddam Hussein, que aguardan la decisión de los Tribunales belgas sobre la admisión a trámite⁴⁰.

Por lo tanto, al día de hoy las posibilidades de un Estado de actuar, a través de su jurisdicción penal, en defensa de los derechos humanos masivamente agredidos por una dictadura en territorio extranjero, depende, ante todo, de las normas internas que regulan su jurisdicción. Consecuentemente, en el caso del derecho español vigente, depende de la interpretación del art. 23 LOPI.

Esta disposición admite el principio universal, pero es técnicamente defectuosa y teóricamente desafortunada, pues revela que el legislador tomó decisiones sobre cuyo objeto que no tuvo conceptos claros. De cualquier manera, es preciso reconocer que su antecedente, los arts. 336 y stes. de la LO de 1870, eran mucho peores. La ley vigente admite el principio “universal”, pero lo limita a dos condiciones: por un lado a los delitos que enumera la propia ley y a los que deban ser perseguidos en España, “según los tratados o convenios internacionales”; de esta manera queda claro que el principio universal sólo opera si existe una legitimación formal del mismo, es decir una base legal que lo autorice para el caso concreto. Por otro lado, la jurisdicción española está condicionada por la inexistencia de una absolción, un indulto o una condena “en el extranjero”. En este último caso (condena), es preciso, además, que la pena no haya sido totalmente cumplida.

La segunda condición es producto de un error técnico: si el principio autoriza una jurisdicción universal para ciertos delitos, carece de sentido que su aplicación dependa de que algún otro Estado no haya decidido por sí y ante sí despenalizar el delito mediante indulto (o amnistía). Ésto no es correcto y está mal regulado, pues desde el punto de vista del principio universal nadie debería tener derecho por sí y ante sí a despenalizar lo que es una lesión universalmente reconocida de la dignidad de la persona.

En este contexto se plantea, en los casos de las dictaduras que generan estos problemas, la cuestión de las llamadas “*Leyes de Punto Final*”. Los dictadores son conscientes de que, abandonado el poder, corren el riesgo de la persecución penal; para eludirla se autoamnistían. Por esta razón, a la luz del texto del art. 23.5 LOPJ cabe preguntarse: ¿qué validez se debe reconocer en España a estas “leyes de punto final”? Por un lado se postu-

⁴⁰ Ver Le Soir del 30-6-2001.

la en España que se trata de “leyes” que sólo tienen valor dentro de los límites de la soberanía del Estado que las dicta: España, por lo tanto, no debería aceptarlas⁴¹. Coincido en el resultado, pero me permito discrepar de la fundamentación. A mi modo de ver la ley española es clara. Si el hecho ha sido indultado o amnistiado desaparece la jurisdicción española. Sin embargo, la ley española no obliga a aceptar cualquier indulto o cualquier amnistía. Esto surge de los principios modernos del derecho penal internacional. Tanto el art. 9 del Tribunal para la ex-Yugoslavia, como el art. 10 del Tribunal para Ruanda o el art. 23 de Estatuto del Tribunal Penal Internacional, establecen que los juicios realizados en *fraude a la ley* para garantizar la impunidad carecen de valor y no excluyen un nuevo juicio. En consecuencia, si el fraude a la ley elimina el valor jurídico del acto, parece claro que una amnistía o un indulto *de los propios dictadores*, carente, por lo tanto, de legitimación democrática, no son válidos fuera del Estado en el que han sido dictados. España no estará obligada por el art. 23.5 LOPJ a reconocer “leyes” de punto final carentes de legitimación democrática pues se basan en un fraude a la ley, que el derecho penal internacional reconoce como fundamento de nulidad. Distinta sería la cuestión cuando la amnistía sea producto de una decisión de un parlamento democrático, como es el caso de *Argentina*.

Especialmente interesante es otra cuestión planteada por el art. 23.4 LOPJ. ¿Cómo se debe interpretar el listado de delitos respecto de los que España declara su jurisdicción universal? El caso “Pinochet” planteó en España el problema del concepto de *genocidio*⁴² con relación a los “*grupos políticos*”, que no están mencionados en el art. 607 CP. Como es sabido, el término genocidio proviene del jurista polaco *Lemkin*, que lo propuso en su obra “*Genocide as a crime*”⁴³, en cuya definición tampoco se hizo referencia a grupos políticos.

Comparto el criterio según el cual “el derecho internacional no autoriza una interpretación extensiva y menos aun analógica”⁴⁴. A partir de aquí se concluye que no es procedente reemplazar el concepto legal de genocidio (proveniente de la Convención de 1948 y del propio Código Penal) por un concepto “social” de genocidio que aceptó como fundamento de su

⁴¹ Confr. *Remiro Brotóns*, loc.cit. nota 19, pág. 69 y stes. (71).

⁴² Sobre esta noción ver: *G. Grasso*, *Digesto* (UTET), IV ed., Vol V (Estratto); *B. Feijóo Sánchez*, en *ICADE*, n.º 42, 1997, pág.97 y stes.

⁴³ Confr. *Grasso*, loc. cit. nota 40, pág. 7.

⁴⁴ *Remiro Brotóns*, loc. cit. nota 19, pág. 82. En el mismo sentido *K. Ambos*, en *Rev. Peruana de Ciencias penales*, n.º 10, pág. 410.

decisión el *Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* de 4 y 5-11-1998. En particular, se trata de saber si la interpretación del art. 605 CP. permite extender el concepto legal de genocidio al exterminio de grupos políticos. La *Audiencia Nacional* tomó en consideración la Resolución 96 de las Naciones Unidas (1946) y el art. 6 del Tribunal de Nürnberg. Pero, ante el silencio del Convenio contra el Genocidio de 1948 y de los arts. 137 bis CP 1973 y 607 CP la Audiencia afirma que “el silencio no equivale a exclusión indefectible” y agrega que los arts. 137 bis CP 1973 y 607 CP “nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el convenio de 1948, de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos <grupo nacional> no signifiquen <grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación>, sino simplemente, grupo humano nacional, grupo diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros residentes en un país, que pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven (...) Esta concepción social de genocidio (...) no permitiría exclusiones como las apuntadas”.

La función práctica que cumpliría un concepto social de genocidio sería –como es claro– permitir considerar “genocidio” la persecución, tortura o exterminio de grupos sociales diversos de los establecidos en la ley penal española y en la Convención de 1948, limitada –como se sabe– a los grupos *étnicos, raciales o religiosos*. Pero, si ésto fuera así, es preciso saber cuál es la fuente válida del derecho que demuestra que el legislador, omitiendo, no quiso excluir. Sobre todo porque el sentido mínimo de la prohibición de la analogía impone excluir de la punibilidad los supuestos en los que el texto claramente no alcanza determinados hechos, *aunque éstos sean, desde una perspectiva moral o, simplemente político criminal, merecedores de reproche*. En todo caso, es preciso tener presente que no todo asesinato múltiple que afecte a un grupo de personas tiene que ser punible como genocidio, pues el Código penal ya prevé su represión como asesinato con la misma pena que se amenaza para el genocidio. Ciertamente se puede discutir sobre si la prohibición de la analogía rige también respecto de la interpretación de las reglas de competencia, pues éstas –se

podría argumentar— no decidirían sobre la punibilidad o no de un determinado comportamiento. Sin embargo, la jurisdicción nacional está reservada a acciones punibles de determinadas características y, por lo tanto, parece claro que la prohibición de extensión analógica se debe aplicar allí donde, al menos indirectamente, la norma interpretada es determinante de la punibilidad del hecho. En consecuencia, a mi modo de ver, no es sostenible que en el art. 23.4 LOPJ el concepto de genocidio deba ser entendido como un concepto social, es decir, incluyendo también la persecución o exterminio de grupos políticos. Tal conclusión no aparece respaldada por el texto legal.

De todo ello se deduce que el principio “universal” difícilmente puede justificar, en el derecho español, la pretensión de una justicia sin límites territoriales en los casos de violaciones masivas de derechos humanos.

¿No queda entonces ninguna posibilidad? A mi juicio sí, pero a través del *principio pasivo de la personalidad* que los autos de la Audiencia Nacional de 4 y 5-11-98, sin embargo, consideraron irrelevante (fundamento jurídico séptimo). Un principio que condiciona la intervención a un interés práctico concreto y no a una supuesta misión justiciera de un Estado. El principio pasivo de la personalidad tiene su fundamento en la desconfianza que todo Estado puede tener respecto de la protección jurídica de sus nacionales en el extranjero. Esa desconfianza general tiene un fundamento razonable en el caso de las dictaduras, pues, por definición, en éstas nadie tiene una protección jurídica segura.

El principio pasivo de la personalidad, proporciona, ante todo, una razón que limita la intervención a la defensa a los casos en los que el interés legítimo del Estado en la defensa de sus nacionales no puede ser puesta en duda. Este interés es básicamente más concreto, preciso y admisible que la pretensión lisa y llana de hacer justicia. No quiero desmerecer este propósito ni su altura de miras en lo más mínimo, simplemente señalo que su aceptabilidad política es, o puede ser, muy reducida.

Dicho lo anterior, se debe recordar también que el principio pasivo de la personalidad no tiene en la teoría una aceptación total⁴⁵. Sólo aparece —como se vio— en la Convención contra la tortura de 1984, pero sometido a las condiciones previstas en el art. 5.1c). La interpretación de estas condiciones depende, nuevamente, del derecho nacional. ¿Cómo se

⁴⁵ *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1973, pág. 412 y stes.

deben entender esas condiciones desde la perspectiva del derecho español vigente? Dicho en palabras del art. 23 LOPJ, ¿es la tortura uno de los delitos que debe ser perseguido en España, según los tratados o convenciones internacionales?

En primer lugar: el art. 5 de la Convención establece que “todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción” sobre los delitos de torturas. Por lo tanto, primera cuestión: ¿qué es necesario para instituir la jurisdicción española sobre estos delitos? Lo único necesario de acuerdo con nuestro orden jurídico es que tales hechos estén amenazados con pena en una ley en el sentido del art. 25.1 CE. La jurisdicción española sólo depende de que una ley incrimine los hechos como delito. En consecuencia no es necesario que además se dicte una ley que ordene cumplir la Convención o que autorice el cumplimiento de la misma, pues el art. 96.1 CE determina que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, formarán parte del ordenamiento interno”. En cuanto a la ley que incrimina la tortura ya existe en el derecho vigente, pues el título VII del Código Penal, arts. 173 y stes., contiene diversos tipos penales de “torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Por lo demás, el legislador no consideró que la suscripción de la Convención contra la Tortura requiriera el trámite parlamentario que prevé el art. 94.1 CE para los tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. De ello surge, que la ley para la ejecución de la Convención contra la Tortura de 1984 ya existe en el ordenamiento jurídico español: es el Código Penal, arts. 173 y stes.

Con respecto al principio pasivo de la personalidad el art. 5.1.c) de la Convención establece, además, que los Estados que la suscriben tendrán jurisdicción, fuera de los demás casos que se prevén, “cuando la víctima sea nacional de ese Estado y *éste lo considere apropiado*” (“when the victim is a national of that State if that State considers is appropriate”). ¿*Quién* debe considerar apropiado aplicar la ley penal nacional: el ejecutivo o el judicial y, en todo caso, *cómo* se debe optar?

A mi modo de ver el *cómo* tiene una respuesta fácil: la opción se materializa poniendo de manifiesto la pretensión en el caso concreto. Es decir: si el Poder Judicial cree pertinente en un supuesto la solicitud de extradición y el Poder Ejecutivo da curso a la misma ninguna duda puede caber respecto del ejercicio de la opción y del cumplimiento del requisito de considerar apropiado el ejercicio de la jurisdicción española.

La cuestión respecto de a *quién* corresponde considerar apropiado el ejercicio de la jurisdicción ha quedado ya respondida: a los Poderes que tienen que tomar las decisiones necesarias para el ejercicio de la misma (el Judicial y el Ejecutivo). En todo caso: no es necesaria una ley que en forma general adopte el principio pasivo de la nacionalidad para los casos de torturas. En verdad el art. 5.1.c) contiene una norma que autoriza a los Estados a aplicar el principio de oportunidad.

– IV –

Queda un último aspecto. Me refiero al *problema político*. Este problema tiene para los Estados miembros de la UE hoy en día dos dimensiones. Dentro de la UE la cuestión política de la aplicación del propio derecho a las violaciones masivas de derechos humanos cometidas fuera de un Estado miembro, pero en territorio de otro Estado miembro, carece actualidad y, en todo caso, tiende a convertirse en un problema de mera cooperación judicial. Sin embargo, en relación a Estados que no pertenecen a la UE toda decisión de requerir a otro Estado la entrega de un presunto delincuente para someterlo a la propia jurisdicción penal es algo más que un problema jurídico; también es un problema político. Como tal, el Gobierno no está vinculado por ninguna ley que le imponga, sin dejarle ningún margen de decisión, pedir la extradición cada vez que se cumplan los presupuestos legalmente establecidos para la solicitud. La comprobación judicial de estos presupuestos no convierte a la extradición en una cuestión regida por el principio de legalidad, que limita al Gobierno a la simple tramitación de la solicitud. Por el contrario, el Gobierno puede decidir según su propio criterio de oportunidad, como lo prevé la Convención contra la tortura. Ciertamente, en un caso concreto el Ejecutivo puede decidir que se limitará a dar curso a la extradición judicialmente solicitada. Pero ésta es ya una decisión política, que en ciertas circunstancias puede estar, inclusive, justificada porque un Gobierno se sienta moralmente impedido de obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción nacional frente a hechos de tanta gravedad como las violaciones masivas de los derechos humanos en un régimen dictatorial. ¿Quién quiere pasar a la historia como el defensor de los asesinos sin más, cuando se trata de la protección de sus propias víctimas? En los casos que aquí importan políticamente sólo se podría justificar una renuncia a la persecución penal de los asesinos de nuestros nacionales en función de principios superiores y, en verdad, parece claro que tales principios no existen.

El nuevo panorama del derecho internacional penal y la decisión de llevar a los responsables de las dictaduras ante el Tribunal Penal Internacional o ante Tribunales ad-hoc, como los Tribunales para la ex Yugoslavia o para Ruanda, son sin duda motivo de júbilo entre los demócratas del mundo, que comparto totalmente. Pero, estos hechos no pueden ocultarnos que hasta ahora en las decisiones de los gobiernos que respaldan esta situación ha predominado el peso del oportunismo político sobre el verdadero interés en la justicia. La extradición de *Milosevic*, que tuvo más parecido con un contrato de compraventa que con una decisión jurisdiccional, tiene las luces y las sombras que acompañan desde siempre al derecho internacional penal. En su editorial del 30-6-2001 la *Franfurter Allgemeine Zeitung* resumió en pocas preguntas las dudas que genera la observación del manejo de estas cuestiones por los gobiernos responsables. El periódico se preguntaba con razón:

- si sólo los dictadores derrocados deben ser conducidos ante los Tribunales internacionales o, si en realidad, no deberían ser acusados todos los responsables de estas violencias, aunque se los necesite políticamente,
- si se justifica distinguir entre Estados pequeños o poco significativos y grandes Estados, cuyos comportamientos son ignorados,
- qué actitud tomar respecto de los políticos que hicieron carrera dentro de un régimen delictivo y luego, sea por comprensión o por coacción, han abierto el camino para la reforma y la liberalización: ¿sus méritos de hoy disculpan su complicidad de ayer?⁴⁶

Seguramente se pueden formular más preguntas de este calibre. Por ahora, de todos modos, sería suficiente con ir dando respuesta a éstas.

⁴⁶ Adam Michnik, “Adiós a las armas”, en *Claves de la Razón Práctica*, N.º 112 (2001): “Tiene sentido el arreglo de cuentas con el pasado? Pienso que con el pasado sí, pero no con los generales Wojciech Jaruzelski y Czeslaw Kiszczak, que abrieron en Polonia el camino hacia la democracia” (pág. 56). [En 1981 el Gral. Jaruzelski había decretado la ley marcial, que fue base de una importante represión de opositores. Aunque la cuestión no tiene en el caso de Polonia una dimensión internacional –al menos por ahora– el problema es esencialmente el mismo].

TERRORISMO Y TIPIFICACIÓN PENAL

ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL
Magistrado del Tribunal Constitucional

El título de las reflexiones que subsiguen se presenta, por mor de una necrológica actualidad, como frontispicio de contemporáneo y vivo dinamismo en el seno de un panorama desolador de viles asesinatos, indeseables desencuentros políticos, discutidos proyectos de reformas legislativas, declaraciones públicas de pretensiones independentistas, episodios judiciales con protagonistas esperpénticos, cansancios y frustradas esperanzas ciudadanas de normalización de la convivencia ante el desatado y desalmado azote terrorista.

Ello obliga –con palabras del Profesor Santos Vijande– a proclamar “el rechazo a la contradicción y la ambigüedad en el repudio del terrorismo, que niega de raíz el orden democrático, garante de la libertad y contrario, por naturaleza, al uso de la violencia como medio para lograr los propios fines. Estamos, en definitiva, ante un deber jurídico elemental en democracia: no aceptar ni directa ni indirectamente el recurso a la violencia. Deber jurídico, no sólo ético, que se predica con la máxima intensidad de quienes desempeñan una actividad política, pues han de aceptar las reglas del juego político en democracia, sin prevalerse de la Constitución para entregarse a la destrucción de los derechos y libertades que ella reconoce”.

De ahí que, en el mencionado contexto, resulta más necesario que nunca conservar la serenidad para exponer una serie de consideraciones de estricto contenido técnico-jurídico y pura estructura jurisdiccional que aboquen a la apertura de un debate reflexivo sobre el fenómeno terrorista y su reflejo normativo.

En todo caso, afirmamos con rotundidad –como dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Modificación del Código Penal– que “la Ley es el instrumento más valioso con que cuenta el Estado de Derecho

para que los derechos y libertades de los ciudadanos proclamados por la Constitución sean reales y efectivos. Siendo esto especialmente relevante frente al terrorismo, los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban”.

Más, dada la textura, el marco y las connotaciones de tales conductas, hemos de expresar los elementos definidores de un fenómeno de obligada referencia cual es el Terrorismo, para, concretando sus actuaciones características y las finalidades de las mismas, desde ellas y a la vista de la descripción típica de las conductas previstas como delito en la Ley y del desarrollo jurisprudencial del contenido de determinados derechos fundamentales, fijar criterios analíticos objetivos en los que ha de estar presente de manera constante el equilibrio de tales derechos con los valores constitucionales que deben reafirmarse.

Llegados a este punto, y retomando las expresiones de la Sentencia de 29 de noviembre de 1997, parece oportuno rememorar los elementos definidores de la criminalidad terrorista, descrita en la STC. 89/1993 como “un desafío a la esencia misma del Estado democrático” y también, en expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990: Caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales”. De esta forma, nuestras reflexiones tendrán como referencia una definición dirigida a perfilar y destacar las características de la actividad analizada para mejor comprender la generosidad descriptiva –que no incertidumbre– de un diseño legislativo que, además de responder a demandas sociales homologadas en el panorama internacional más próximo, naturalmente fluye de la necesidad de proteger aquellos bienes jurídicos esenciales que, como conformadores de una pacífica convivencia, constituyen objetivo prioritario del fenómeno terrorista.

Desde esa perspectiva y, a partir de criterios legislativos y jurisprudenciales consolidados –excluyentes, por tanto, de las legítimas y variadas alternativas doctrinales que analizan el terrorismo– no debe olvidarse que, aunque sea cierta la afirmación de que la faceta jurídica no explica en toda su complejidad un fenómeno como éste, que tiene naturales adherencias políticas y sociales, no lo es menos que la importancia de los bienes jurídicos afectados por la actividad terrorista constituye la última “ratio” de intervención del Derecho Penal y la justificación de la tipificación de las conductas desarrolladas en su ámbito.

Por ello, el concepto jurídico de “Terrorismo”, aún cuando parta de una posición sincrética, debe desplazar de su entorno consideraciones periféricas que, marginando objetivos estructurales, dificultan, desde el punto de vista técnico, el adecuado tratamiento de tal manifestación subversiva. Ello significa que la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo. De ahí que hayamos de partir de una constatación inexcusable: en un sistema democrático, la finalidad aneja a la actividad terrorista no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política, sino porque su forma delictiva de exteriorización, es decir, el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines que casi siempre como mera excusa se expresan, ataca, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación criminal, a la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política.

Es cierto que el individuo o grupo terrorista puede ser portador de un diseño político o de un proyecto o programa de organización político-social de la convivencia, más tal presupuesto pierde su valor jurídico por la utilización de la violencia.

Asimismo, adquiere especial relevancia en el referido análisis, comprobar que son las manifestaciones pluriformes del fenómeno, la potencia imaginativa de sus diseños operativos y la dinámica comisiva de los actos terroristas, los elementos desencadenantes de la multiplicidad de respuestas represivas que se detectan en nuestra legislación y en las del Derecho Comparado (Italia, Alemania, Francia y Gran Bretaña), todas las cuales consagran fórmulas tipificadoras con contenidos descriptivos semejantes a aquéllas cuya homologación constitucional está consolidada por tomar razón de criterios objetivos asumidos en Instrumentos Internacionales

como el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 (Ratificado por España: B.O.E. de 8 de octubre de 1980).

Pues bien, a fin de cumplir con la finalidad referencial perseguida, con expresa reseña de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley), de las sentencias del Tribunal Constitucional 199/1987, 89/1993 y 71/1994, de las del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 26 de enero de 1994 y 16 de mayo de 1995 y partiendo de la expresiva definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que se refiere al Terrorismo como “dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin”, estimamos adecuada fórmula definidora la de ser “una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”.

Por otra parte, bueno es resaltar que el sistema democrático español ampara en su seno la convivencia pacífica de corrientes sociales y actividades políticas discrepantes, incluso la de aquéllas que preconizan postulados destinados a sustituir el esquema territorial constitucionalmente consagrado, pues precisamente la grandeza de la Democracia reside en asumir la discrepancia política y, digerir, además, planteamientos no violentos, por muy distintos que sean del programa que para regular su pacífica convivencia ha conformado la mayoría de los ciudadanos a través de su representación parlamentaria.

Mas, ni siquiera invocando la prevalencia –que no supremacía– de derechos como el de libertad de expresión o el de autodeterminación y salvo que se destruyan las bases mismas del sistema democrático cuyos cauces de exteriorización ideológica y reivindicativa han de ser siempre pacíficos, resulta tolerable, por muy alta que sea la dosis de permisividad asignada a la actividad política o por muy anchos que sean los cauces de la libertad de expresión, legitimar a su amparo las conductas de dirigentes de formaciones políticas destinadas, en definitiva, a promocionar una organización terrorista o a justificar y multiplicar la fuerza de su actividad, a través de la invocación o coincidencia con los fines pretendidos por aquélla.

Dichos parámetros analíticos obligan a acudir a criterios establecidos sobre la base de declaraciones constitucionales con homologación norma-

tiva interna e internacional y consagración jurisprudencial del más alto rango, para definir las exigencias de una ortodoxa tipificación penal de los actos terroristas, significando que tales precisiones vienen impuestas por las novedades legislativas que, se concretan en :

- A) El denominado “Terrorismo urbano”, que permitirá incriminar, no sólo conductas que contribuyen a subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, sino también las que atemorizan a los habitantes de una población mediante la comisión de homicidios, lesiones, amenazas, coacciones, incendios, daños o transportando armas, explosivos o sustancias inflamables o incendiarias.
- B) Delito que consiste en la exaltación del Terrorismo o en su justificación por cualquier medio de expresión pública con el que se perseguirá el elogio o alabanza de los métodos terroristas o de los autores de los mismos. El aplaudir o justificar un asesinato, o a su autor, será castigado a partir de la entrada en vigor de la nueva ley con pena de hasta dos años de prisión. Con igual pena se castigará los actos que entrañen el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del Terrorismo o de sus familiares.
- C) El castigo de las perturbaciones que se provoquen en las sesiones plenarias de las Corporaciones Locales, definiendo, además, como atentado a la autoridad los realizados contra los miembros de las mismas.
- D) La pena de inhabilitación absoluta hasta veinte años que se impondrá a los autores de los delitos de terrorismo, además de las penas de prisión que le correspondan, lo que supondrá que los condenados por este tipo de delitos no puedan ejercer durante la condena cargo ni empleo de carácter público ni tampoco ser elegidos para cargos públicos.
- E) La reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores 5/2.000 de 12 de enero, cuya finalidad, ante la creciente y evidente participación de éstos en acciones terroristas, es que dichos menores, entre 14 y 18 años de edad, como responsables de delitos terroristas, sean enjuiciados por la Audiencia Nacional, (creando a tal efecto un Juzgado Central de Menores) que el plazo de su internamiento en régimen cerrado se prolongue hasta diez años y que la ejecución de las medidas de internamiento sean controladas por personal especializado bajo la dirección de la Audiencia Nacional. Ello significaría que los miembros de un mismo

grupo de la denominada “kale borroka”, acusados de haber perpetrado idéntico delito, podrían vivir cuatro situaciones diferentes según la edad: quienes no hubiesen cumplido 14 años, quedarían exentos de responsabilidad; hasta los 16 años, la competencia correspondería al Juez de Menores del lugar de los hechos; y hasta los 18 años, la instancia sancionadora sería el Juez de Menores de la Audiencia Nacional que dictaría sentencia sobre un sumario diligenciado por algunos de los jueces de instrucción de dicho Órgano Colegiado.

En su consecuencia, de acuerdo con los baremos definidores y funcionales enunciados, cabe afirmar, en primer lugar, que del art. 25.1 C.E. (derecho a la legalidad de las sanciones e infracciones = principio de legalidad) se derivan las exigencias: “lex scripta, certa et previa (taxatividad)”. Dicho Principio –según una reiterada praxis constitucional– expresa, uno de los básicos del Estado de Derecho en el que se integran también –en lo tocante al Derecho sancionador– las exigencias de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad enunciadas por el art. 9.3 de la Carta Magna, lo que supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley –a la ley formal– como presupuesto inexcusable y, junto a ello, que la necesaria predeterminación normativa de las conductas y penas a través de una tipificación precisa esté dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo.

De ahí que, en lo que se refiere a la previa delimitación normativa de la conducta tipificada, «el legislador, a fin de conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, ha de hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos», sin que ello suponga que el principio de legalidad penal quede infringido en los supuestos en que dicha definición legal incorpore conceptos cuya delimitación «permita un margen de apreciación». Lo sustantivo es que el legislador penal debe conformar sus preceptos «de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada», de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales», aunque es importante advertir, a la luz del principio de tipicidad, que la suficiencia o insuficiencia de esta labor de predeter-

minación normativa podrá apreciarse también a la vista de lo que se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto se inscribe, dado que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo, pues “... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que, por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica, carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones.”

En cuanto a la delimitación del contenido del principio de legalidad, en su vertiente de “lex stricta”, la STC. 151/1997, de 29 de septiembre, ha establecido que las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, si bien, en tales casos, para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad, es preciso que la complementación exista realmente. Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la de que “el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 C.E. se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Ello no quiere decir que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

Por lo mismo, cuando se usan conceptos normativos abiertos, el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma, siendo obligación de los órganos encargados de aplicar el Derecho la determinación progresiva del concepto, en el ejercicio de una actividad comprendida en la función de juzgar como tarea cuya suficiencia habrá de ponderarse en el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada, dentro de la cual adquieren sentido y significación propia, también en el ámbito penal, cada uno de los preceptos singulares.

Dada su íntima conexión con lo precedentemente expuesto, no cabe sustraerse a la tentación de reseñar sintéticamente uno de los argumentos utilizados por la Sentencia 136/99 del T.C. a cuya virtud se produjo la

encarcelación de la llamada Mesa Nacional de HB. Dijo así nuestro Tribunal Constitucional: cuando se trata de penalizar una conducta relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales, es decir una conducta cuya realización sea “cercana” al ejercicio legítimo de un derecho fundamental (libertad de expresión, libertad de reunión, manifestación, libertad ideológica, etc...) no basta con constatar que tal conducta no es ejercicio legítimo de un derecho fundamental (si lo fuera, no se podría penalizar) sino que es preciso que la reacción penal sea proporcionada, y no desaliente la realización de conductas parecidas (proscripción del efecto desaliento).

De ahí que, antes de conformar los tipos penales que se refieren a conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, los pasos a seguir para satisfacer la pretensión de no penalizar conductas “cercanas” a aquéllas que constituyen ejercicio legítimo de un derecho de tal naturaleza son:

- 1.º) Delimitar con precisión los contenidos, es decir, descartar que la conducta que se pretende penalizar sea ejercicio legítimo de un derecho fundamental; si lo es, no cabe punición.
- 2.º) Descartado que la conducta sea ejercicio de un derecho fundamental, analizar si el exceso cometido justifica la reacción penal. Ello significa proporcionalidad de la reacción, la cual a fin de asumir la proscripción del precitado efecto inhibitorio residenciado en conductas no protegidas pero cercanas que indirectamente también se ven afectadas por la sanción, ha de ser pauta interpretativa para el Juez (juicio de proporcionalidad) en tanto que el libre ejercicio de los derechos fundamentales necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad lo suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe dado que, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley.

Por último, merece consideración específica el tratamiento punitivo que haya de darse a los Delitos de Terrorismo ante la polémica suscitada en torno al mismo y en la que intervienen a diario personajes de relieve público o institucional con posiciones que van, desde exasperadas y anacrónicas invocaciones a la pena de muerte –cuya eficacia disuasoria aún está por demostrar–, hasta el mantenimiento de la actual estructura de cas-

tigo, pasando por quienes abogan por su rectificación para implantar la denominada cadena perpetua o asegurar el cumplimiento integro de las penas.

En los países de nuestro entorno geográfico, cultural y político como Francia, Gran Bretaña y Alemania, de una u otra forma, está implantada la cadena perpetua. En Francia, el nuevo Código Penal francés, en vigor desde marzo de 1994, contempla varios tipos de reclusión criminal a perpetuidad como castigo por los crímenes contra la seguridad del Estado, el homicidio y el asesinato, según la gravedad de los hechos. En el Reino Unido, puede uno estar encerrado toda una vida, porque allí existe la cadena perpetua y algunos criminales permanecen encarcelados 20, 30, 40 años..., hasta el final de sus días, dependiendo todo del juez y del Ministerio del Interior. En Alemania, donde existe la condena de cadena perpetua, aunque como el Tribunal Constitucional, en su día, declaró que ese tipo de pena era inconstitucional siempre que no existiera la posibilidad de que pudiera ser revisada, se modificó el Código Penal de suerte que ahora se prevé que, al cumplir el reo 15 años de internamiento en la cárcel, su condena puede ser revisada. Los Tribunales, en ese caso, deciden si el condenado debe quedar en libertad provisional o si continúa en prisión.

En España, sin embargo, la vigente Constitución eliminó la pena de muerte y la cadena perpetua. Y, además, en su artículo 25.2, estableció que las penas de prisión que impongan los Jueces y Tribunales deben estar orientadas “hacia la reeducación y reinserción social”, declaración que no figura en la Constitución de ningún otro país de los citados. Por otra parte, nuestro Código Penal prescribe (artículo 76) que las penas de prisión no podrán superar el límite máximo de cumplimiento de 20 años, aunque establece algunas excepciones a esa regla en las que ese máximo se fija en 25 o en 30 años efectivos, como ocurre en los delitos de terrorismo. Además, en el supuesto particular del artículo 78, el juez de Vigilancia Penitenciaria tiene la posibilidad de, valorando las circunstancias personales del reo y su evolución en el campo de la reeducación, acordar que se le aplique el régimen general de cumplimiento de las penas.

A este respecto, y terciando en el debate abierto en torno a tan discutida cuestión, el Tribunal Constitucional ha declarado que la reinserción no es un derecho fundamental del preso (sentencia de 21 de abril de 1.998), lo que significa, en definitiva, que “el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad, ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la norma fundamental del Estado la apli-

cación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad” (auto de 20 de octubre de 1.998). Lo que la Constitución prohíbe, directamente o por aplicación de Tratados Internacionales –curiosamente, España ha ratificado el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que prevé la reclusión a perpetuidad–, es la instauración de determinadas penas como la capital, los trabajos forzados, las inhumanas y degradantes, pero no condiciona cuál haya de ser la extensión de las penas distintas a éstas, ni que la reeducación exija el acortamiento de las condenas ni su cumplimiento extracarcerario.

Ello –a nuestro modo de ver– significa que podrían homologarse aquellas determinaciones legislativas que acordaran: a) El cumplimiento íntegro de la condena para los delitos más graves, como narcotráfico, terrorismo y delitos contra la vida. b) La supresión de límites máximos en caso de condenas acumuladas; y c) la aplicación autónoma de medidas de seguridad en caso de que la peligrosidad criminal perviva tras el cumplimiento de la condena. Eso sí, siempre que tales previsiones estuviesen sometidas a un estricto control jurisdiccional sobre la evolución del condenado a fin de asegurar en todo caso las finalidades últimas de las penas y la satisfacción de su “ratio” en lo que a la prevención –tanto general como especial– se refiere.

En todo caso, y aún cuando las propuestas legislativas citadas hayan visto ya la luz en el seno de una nueva reforma legal, necesitarán, de elevadas dosis de eficacia policial y diligencia judicial como método operativo y presupuesto imprescindible para la consecución del designio disuasorio que las empapa, ya que, de no ser así, se habrá agotado con su propio alumbramiento la alternativa de Política Criminal que su consagración normativa comporta.

DERECHO Y OLVIDO: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

CARLOS EYMAR ALONSO
Coronel Auditor

SUMARIO

EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN. EL OLVIDO Y EL PERDÓN COMO FUNDAMENTOS DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DEL OLVIDO Y EL PERDÓN. LA PRESCRIPCIÓN Y LO IMPRESCRIPTIBLE. POR UNA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE TERRORISMO.

La muerte en atentado terrorista del General Querol, junto a su escolta y el conductor, que nos reúne en este número de homenaje de la Revista Española de Derecho Militar, ha constituido para mí un acicate para una reflexión en torno a determinados aspectos ligados al delito de terrorismo. Todo homenaje póstumo implica necesariamente una rememoración, un intento de hacer revivir al difunto mediante la actualización de algunos pasajes biográficos o del tratamiento de determinados temas a los que el homenajeado se sintió especialmente próximo a lo largo de su vida. En esta línea, mi trabajo se va a centrar en el hecho singular de la muerte del General Querol en atentado terrorista, es decir, en su condición de víctima del terrorismo. Ante la irracionalidad y el absurdo que representa una acción terrorista en general y la de la ETA en particular, la reacción inmediata de los familiares de la víctima, aparte del profundo dolor, es la de un irrefrenable deseo de que se haga justicia. Si la pérdida de un ser querido es siempre irreparable, el hecho de que se detenga inmediatamente a los culpables, se los juzgue y se les prive de libertad, si no consuelo, proporciona una mínima satisfacción. Por desgracia no siempre es así. La comisión de un delito inicia un lapso de tiempo, un triple proceso que es interpretado diversamente según se considere el punto de vista del delincuente, del ofendido y del derecho estatal. El terrorista, normalmente recalcan-

te, buscará por todos los medios, tras un atentado, ocultarse y sustraerse a la acción de la justicia para continuar asesinando. Los más allegados a la víctima iniciarán tras el atentado un doloroso trabajo de duelo para poder seguir viviendo. El Estado intentará llevar a la práctica su *ius puniendi* a través de todos sus medios policiales y judiciales, perseguir al culpable y condenarlo. Ahora bien, en el caso de que, conforme a lo previsto en el artículo 131 del Código Penal, transcurran 20 años sin haber detenido al culpable, éste quedará libre en virtud del instituto de la prescripción del delito. Las páginas que siguen constituyen unas breves consideraciones en torno a este hecho.

EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Los historiadores suelen situar en la Roma de Augusto, las primeras manifestaciones del principio de la prescripción del delito. La *lex Julia de adulteriis* (18 a.d. C) introdujo la prescripción por un plazo de 5 años para el estupro, el adulterio y el lenocinio. Más tarde, en la época de los grandes jurisconsultos, surge la prescripción de la acción penal en los *crimina publica* a los veinte años, con excepción del parricidio y de la apostasía que se declararon imprescriptibles. Muchas de estas acciones, por disposición de Teodosio II, quedaron sometidas a una prescripción de 30 años ¹. En líneas generales, el Derecho medieval inspirado por el Derecho Romano acogió la prescripción del delito. No así el derecho inglés que rechazó el Derecho Romano y con él el instituto de la prescripción penal. En los Estados alemanes, también abiertos a la influencia jurídica de Roma, la prescripción penal acabó aceptándose en los siglos XVI y XVII ². Finalmente, la influencia napoleónica hizo que, tras ser recogida en el Código francés de Instrucción criminal de 1808, la prescripción pasara a ser una institución casi universalmente reconocida ³.

El fundamento de esta larga tradición histórica no ha ahorrado matices y polémicas en la doctrina penal desde el siglo XVIII. En 1764, Beccaria, en *De los delitos y de las penas*, se muestra en general favorable a la pres-

¹ Vid. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Tomo I, Vol. 2, Barcelona, Bosh, 1981, pág. 788 y E. PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1982, cit. Por L. MORILLA CUEVAS, Voz "Prescripción del delito y de la pena" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1993. De este mismo autor vid. *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1981 y MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, cit. Por CUELLO CALÓN, *Op. Cit.*, pág. 788.

² Vid. MORILLA CUEVAS, *Op. Cit.*, pág. 171.

³ CUELLO CALÓN, *Op. Cit.*, pág. 788.

cripción. Según él, las leyes deben fijar plazos para la práctica de las pruebas y no deben dejar al arbitrio del juez la determinación de cuál sea el tiempo necesario para probar el delito. “Igualmente –subraya Beccaria– aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna a favor del reo que se ha sustraído con la fuga; pero los delitos leves y no bien probados deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano; porque la oscuridad en que se hallan confundidos por largo tiempo quita el ejemplo de impunidad, quedando en tanto el reo en disposición para enmendarse”⁴. En cuanto a los plazos concretos de prescripción se remite Beccaria a las circunstancias sociales de cada momento, si bien ofrece un interesante criterio para clasificar la gravedad de los delitos. Aquellos delitos que afectan a la vida que es un derecho que tiene su fundamento en la naturaleza, son consideradas más graves y atroces que aquellos otros delitos que afectan a derechos con fundamento en las convenciones de la sociedad. Los delitos atroces deben ser juzgados rápidamente a fin de que la prontitud de la pena pueda poner freno al delito. Pero, al mismo tiempo, el plazo de prescripción debe aumentar si se quiere evitar el grave daño que ocasiona la impunidad del delito. Si un acusado se ha librado por falta de pruebas, debe volver de nuevo a prisión si aparecieran nuevos indicios de su culpabilidad hasta tanto haya pasado el tiempo de la prescripción del delito⁵.

Por su parte Bentham reconoce que en la cuestión de la prescripción del delito existe una gran arbitrariedad tanto en la elección de los delitos que deben gozar del privilegio del perdón como en el número de años que deben pasar antes de gozar de este privilegio⁶. Admite Bentham que el perdón por el paso del tiempo puede tener lugar sin dificultad en los delitos de temeridad y negligencia en los que está ausente la mala fe. El perdón por el transcurso del tiempo hacia quien ha cometido un acto negligente es bueno para él y no es malo para nadie. Lo mismo podría decirse con respecto al perdón de delitos que no se han consumado. En esos casos, en el intervalo que va desde la tentativa hasta el transcurso definitivo del plazo de prescripción, el delincuente teme la pena, sufre y acaba por reformarse. Otra cosa son los delitos mayores: una adquisición fraudulenta, un estupro violento etc. “Sería odioso, sería funesto –dice Bentham– el per-

⁴ C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza, 1968, Capítulo 30.

⁵ *Ibid.*, pág. 85.

⁶ J. BENTHAM, *Tratados de Legislación Civil y penal*, ed. Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 300.

mitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar sobre la inocencia”⁷. La impunidad adquirida por el transcurso del tiempo es un absurdo, una forma de recompensar la destreza del delincuente que durante veinte años consigue eludir la acción de la justicia⁸.

Pese a estas teorías críticas, el principio de la prescripción del delito ha sido en general aceptado por la mayoría de la doctrina, basándose en tres argumentos esenciales:

a) Razones de seguridad jurídica. Con la prescripción del delito no se busca tanto la realización de una justicia material como el logro de la seguridad jurídica. La analogía con la prescripción civil resulta esclarecedora a este respecto. De lo que se trata es de consolidar jurídicamente determinadas situaciones de hecho que permanecen inalteradas a lo largo de un cierto tiempo y que son reconocidas socialmente aunque sea de una forma pasiva. Su fundamento social hace que el Derecho pueda otorgar determinados efectos jurídicos a situaciones socialmente toleradas. El hecho es consagrado por el Derecho. En virtud de razones de seguridad jurídica, del adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el Estado, transcurrido un cierto lapso de tiempo, renuncia a su *ius puniendi*: he ahí el verdadero fundamento, según algunos autores, de la prescripción del delito⁹.

b) Razones de política criminal y de finalidad de la pena. En la pena, para la mayoría de las concepciones penalistas actuales, predomina su función preventiva. Desde el punto de vista de la prevención, la prescripción puede también combatirse si se considera, en forma análoga a Bentham, que el criminal hábil para esquivar la persecución es siempre peligroso. Mas puede argüirse también, como lo hace Antón Oneca, que una larga vida honrada después de la comisión de un delito, y más si se trata de un delito accidental, revela una falta de temibilidad¹⁰. La prontitud de la pena es uno de los principales frenos de los delitos, por esta razón, desde un punto de vista estrictamente político, más vale no obrar que obrar demasiado tarde¹¹.

c) Razones procesales y de fiabilidad de la prueba. Existe un amplio consenso acerca de la vigencia de los principios de inmediatez y celeridad

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Vid. G. GUINARTE en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 678, y F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 465.

¹⁰ A. ONECA, *Derecho Penal*, Tomo I Parte General, Madrid, 1949, pág. 576.

¹¹ R. MERLE y A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujàs, 1973, pág. 852.

en el proceso penal. El propio Beccaria mantenía que en los delitos atroces el tiempo de examen para probarlos debe ser disminuido en proporción al aumento de plazo de prescripción ¹². En el mismo sentido, Cuello Calón afirma que en Derecho Penal las pruebas han de ser frescas y fehacientes ya que, si transcurre mucho tiempo desde la comisión del delito, pueden dar origen a sensibles errores judiciales ¹³.

Junto a esos básicos argumentos a favor de la prescripción se han ofrecido otros entre los cuales se pueden citar los siguientes ¹⁴:

a) La prescripción puede ser concebida como un límite que la sociedad impone a la potestad punitiva del Estado la cual, debido a su intensidad y sus consecuencias, implica un riesgo potencial a la dignidad de las personas

b) En íntima conexión con el fundamento anterior, la prescripción representa también una garantía de los ciudadanos frente al posible uso arbitrario y abusivo del poder judicial que podría concretarse en procedimientos injustificadamente indefinidos.

c) La prescripción, según Pastor Alcoy, puede ser entendida también como una garantía para la víctima porque también ésta está interesada en un proceso penal sin dilaciones. La prescripción penal da posibilidad a la víctima de iniciar las acciones civiles, y le ahorra sufrimientos inútiles al no obligarla a recordar hechos dolorosos.

EL OLVIDO Y EL PERDÓN COMO FUNDAMENTOS DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El olvido y el perdón se refieren ante todo a un hecho que le sucede a un individuo o a una acción realizada por un individuo. El olvido tiene pues el carácter de “hecho”, de algo involuntario que le acaece a un determinado sujeto que pierde la memoria de un acontecimiento pasado. La memoria, o la percepción en general, como reconocen todos los psicólogos, tienen un carácter eminentemente selectivo. Es una imposibilidad física el mantener todo el pasado y las impresiones asociadas al mismo en los

¹² BECCARIA, *Op. Cit.*, pág. 84.

¹³ CUELLO CALÓN, *Op. Cit.*, pág. 780.

¹⁴ Resumimos aquí algunos de los argumentos dados por F. PASTOR ALCOY, *La Prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 1996, págs 19 y 20.

archivos de nuestra memoria. Existe un sentido profundamente utilitario de la memoria que lleva al individuo a desprenderse de recuerdos inútiles que carecen de interés para su futuro, si bien, también existe una memoria desinteresada que se entretiene lujosamente en imágenes inútiles del pasado. Son los dos aspectos de la memoria de los que hablaba Bergson. No obstante, aunque puede hablarse de una memoria y una percepción desinteresadas, de hecho, según Bergson, percepción y memoria están orientadas hacia la acción ¹⁵. La memoria, normalmente, irá a buscar en su pasado las representaciones más capaces de insertarse en la situación actual. Al constituir los recuerdos el punto de enlace con la acción, es lógico que el individuo trate de desprenderse de todos aquellos que le resultan estériles. El olvido supone sepultar aquellos recuerdos inútiles para el flujo de la vida. Incluso los hábitos, las repeticiones y las rutinas orientadas a la acción constituyen formas de comportamiento aprendidas de memoria de cuyo aprendizaje no se guarda recuerdo alguno ¹⁶.

Existe otra perspectiva del olvido como actitud ante determinados sucesos traumáticos del sujeto. El individuo, a fin de integrar en su vida los traumas pasados, suele adoptar una actitud de duelo que desemboca normalmente en una aceptación de las heridas, las limitaciones o las pérdidas irreversibles de un determinado objeto. No obstante, el duelo puede derivar fácilmente hacia la melancolía que algunos consideran como una patología de la memoria. En un ensayo de 1915 que lleva precisamente por título *Duelo y Melancolía*, Freud define la melancolía como una predisposición morbosa de determinados sujetos ante la pérdida de un ser amado o de bienes equivalentes como la patria, la libertad, el ideal etc. ¹⁷. La melancolía –dice Freud– se caracteriza psíquicamente por un estado de ánimo profundamente doloroso, una cesación del interés por el mundo exterior, la pérdida de la capacidad de amar, la inhibición de todas las funciones y la disminución del amor propio ¹⁸. La actividad de duelo normal llega a superar la pérdida del objeto y logra entablar con la realidad una relación lúcida. Se acaba por aceptar el veredicto que la realidad impone a todos los recuerdos del individuo, y que se basa en el hecho de que el objeto no existe ya. La ruptura de los vínculos con un objeto del que se acep-

¹⁵ H. BERGSON, *Materia y memoria* en *Obras Escogidas*, Madrid, Aguilar, 1967, págs 410 y sgs.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ S. FREUD, *Duelo y Melancolía* en *Obras Completas II*, trad. Luis López Ballesteros, Madrid, Biblioteca Nueva, pág. 2091.

¹⁸ *Ibid.*

ta su muerte y desaparición, permite al individuo afrontar su vida con realismo y una cierta esperanza ¹⁹. La melancolía, sin embargo, no se resigna a cortar los lazos con el objeto perdido y mantiene con él una actitud ambivalente de amor y odio. Por un lado no quiere olvidarlo, pero, por otro, quisiera salir del sufrimiento destructivo que le ocasiona el obsesivo recuerdo. La curación de la melancolía no puede venir sino de un cierto olvido o una reelaboración del recuerdo dirigida por el psicoanalista ²⁰.

Si el olvido, en determinadas condiciones, logra desbloquear la incapacidad para la acción de los individuos que se logran zafar del peso paralizante de sus propios recuerdos, algo parecido sucede con el perdón que puede definirse como la eventual curación de alguien herido por una falta que le ha provocado una incapacidad existencial para actuar ²¹. Ahora bien, mientras el olvido hace referencia a la relación del individuo consigo mismo, el perdón exige la presencia de dos individuos. La experiencia del perdón, como subraya Hannah Arendt, no puede realizarse en la soledad, requiere la presencia del otro ²². Se trata pues de una relación bilateral en la que pueden distinguirse a su vez, tal y como hace Ricoeur, dos ejes: uno vertical y otro horizontal.

El eje vertical va desde la profundidad de la falta y de la culpa hasta la altura del perdón. El lenguaje del que pide perdón, del ofensor, del pecador, es un lenguaje de acusación moral, de confesión, mediante el cual se vincula con su acción reconociéndose culpable. Sobre él se alza una voz que celebra el amor y la alegría anunciando la existencia misma del perdón ²³. Se trata de una relación completamente asimétrica, jerárquica, entre el que da y el que recibe el perdón, y que encuentra su modelo supremo en la relación religiosa del hombre con Dios y en el amor cristiano entre hombre y hombre. El crimen del rey David se expresa en un grito “desde lo hondo” que pide al Señor, único de quien procede el perdón, ser desligado del peso irresistible de sus delitos (Salmo 129). En el mismo sentido, en el famoso himno a la caridad de San Pablo (1 Cor 13) se nos dice “la caridad todo lo excusa, todo lo cree, todo lo tolera”. Si la caridad excusa “todo”, ello significa que, desde un punto de vista cristiano, no existe nada que sea imperdonable. Así expresado, el perdón tiene un carácter excepcional y

¹⁹ *Ibid.*, pág. 2098.

²⁰ Vid en este sentido el ensayo de FREUD, *Recuerdo, Repetición y elaboración* en *Obras Completas II*, págs 1063 y sgs.

²¹ Vid. P. RICOEUR, *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, pág. 593.

²² H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Point, 1984.

²³ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 625.

gratuito que bordea lo imposible. Incluso esta pureza originaria puede llevar a otorgar perdón a alguien que no lo haya pedido. A *sensu contrario*, no podría hablarse de perdón allí donde no existen aquella pureza y desinterés de tipo religioso. Por esta razón Derrida ha afirmado lo siguiente: “Siempre que el perdón esté al servicio de una finalidad, por muy noble y espiritual que sea (remisión, redención, reconciliación o salvación) siempre que tienda a restablecer una normalidad (social, nacional, política, psicológica) por un trabajo de duelo, por alguna terapia o ecología de la memoria, el perdón no será puro”²⁴.

Puede hablarse también de un eje horizontal del perdón en el cual se equilibra un poco la disimetría y la desproporción existente en la relación de verticalidad. Fuera del carácter extraordinario del perdón cristiano, y aún dentro de él, existe implícito un interés, evidentemente para el que recibe el perdón, pero también para quien lo da. Ambas partes se sitúan en una especie de contrato que, aunque no tenga un carácter mercantil, no deja de reportar ciertos beneficios. La palabra perdón o perdonar, tanto en castellano como en la mayoría de las lenguas occidentales (*gift-forgiving*, *geben-vergeben*, *dono-perdono*...) hace referencia al don, a un exceso de dar, a un regalo. La donación si bien lleva implícito su carácter de liberalidad, su no esperar recibir nada a cambio, no está exenta de cierta visión económica que se estructura en la forma de el *do ut des*. La donación coloca al donante en una situación de superioridad y eso obliga al beneficiario a corresponder para librarse del peso de la deuda reestableciendo la igualdad. Esto puede aplicarse incluso al amor cristiano. Como bien ha visto Ricoeur, en los propios Evangelios se contiene esta lógica de la donación: “Si amáis a los que os aman, ¿qué mérito tenéis? Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué mérito tenéis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor. Pero vosotros amad a vuestros enemigos, haced bien y prestad sin esperanza de remuneración, y será grande vuestra recompensa...” (Lc 6, 32 - 35). La donación, el perdón otorgado al enemigo no está exento de esperanza ni de interés. Lo que el amor espera en el fondo es que el perdón acabe por transformar al enemigo en amigo²⁵.

Hasta aquí hemos tratado del olvido y el perdón en su sentido primario e individual. Lo que interesa ahora es determinar si desde el punto de vista de la colectividad, de un sujeto colectivo como la sociedad,

²⁴ J. DERRIDA, *Le siècle et le pardon en Foi et savoir*, Paris, Seuil, 2000, pág. 107.

²⁵ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 625.

resulta plausible hablar de olvido y de perdón. Derrida se inclina por una respuesta negativa. Para él, no puede confundirse el concepto de perdón en su sentido religioso, heroico y casi imposible, que acabamos de ver, con otros conceptos como el de excusa, disculpa, amnistía o prescripción, que son adoptados por el derecho. El perdón –dice Derrida– resulta, en principio, irreductible y heterogéneo al Derecho penal. Jamás podrá fundarse una política o un derecho sobre el perdón²⁶. Distinta es la posición de Ricoeur para quien las manifestaciones individuales del olvido están indisolublemente mezcladas a sus formas colectivas. La memoria individual se desarrolla y se ejerce en el seno de una sociedad que ejerce el poder de imponer a sus miembros la forma de recordar y los acontecimientos que hay que recordar²⁷. Hollwachs ha defendido en este sentido la existencia de unos marcos sociales de la memoria. La memoria colectiva no se constituye a partir de combinaciones de recuerdos individuales, sino que tiene un carácter propio e independiente. La sociedad, según Hollwachs, dispone de instrumentos para recomponer una imagen del pasado que se pueda acomodar a las ideas dominantes del presente²⁸. Del mismo modo que un individuo llega a deformar sus recuerdos de infancia para hacerlos encajar en la situación presente y así poder actuar, la sociedad realiza una actividad parecida en orden a su práctica colectiva. Para ello la sociedad obliga a los individuos, cada cierto tiempo, no solamente a reproducir mentalmente los acontecimientos anteriores de sus vidas, sino también a retocarlos, recortarlos, completarlos, a fin de que aún convencidos de que sus recuerdos son exactos, éstos adquieran un prestigio que la realidad no poseía²⁹. Al igual que en el individuo, y no solamente en un sentido analógico, puede hablarse de traumatismos colectivos y de heridas de la memoria colectiva que normalmente suelen ir asociadas a manifestaciones históricas de violencia. Las grandes conmemoraciones sociales de duelo o de exaltación están al servicio de esa gestión colectiva del recuerdo como instrumentos de acción o de curación³⁰.

Lo dicho con respecto al olvido cabe ser afirmado con respecto al perdón. También aquí acudimos a las ideas de Ricoeur para quien existe toda

²⁶ DERRIDA, *Op. Cit.*, pág. 104.

²⁷ RICOEUR, *Op. Cit.*, págs 67 y sgs.

²⁸ M. HOLLWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, 1994, pág. VIII.

²⁹ *Ibid.*, pág. 113.

³⁰ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 95.

una odisea del perdón que va desde las más íntimas regiones del yo que se siente culpable ante su conciencia hasta las regiones más alejadas del yo como las esferas de lo político o de lo jurídico en las que el individuo es sometido a una acusación pública ³¹. En su sentido más profundo el perdón es, como hemos visto, desinteresado, gratuito, ilimitado e incluso puede ser otorgado a quien no lo ha pedido. Pero esta forma pura no excluye la existencia de otras formas impuras de perdón, que, en mayor o menor medida, participan de aquella idea. Puede haber también perdón aunque éste esté inspirado por la finalidad utilitaria de lograr una reconciliación o establecer una paz individual o social, o si exige para ser otorgado una previa petición de perdón. Por esta razón es legítimo hablar de instituciones de perdón. Por supuesto de instituciones religiosas como la confesión en la Iglesia católica una de cuyas misiones es la de administrar el perdón, absolviendo, y también, en ocasiones, “reteniendo” los pecados. Pero también de instituciones jurídicas que, como tendremos ocasión de ver más adelante, regulan las condiciones del perdón al individuo que ha ofendido a la sociedad.

Aunque, conforme a lo expuesto, pudiera considerarse que los conceptos de olvido y perdón quedan suficientemente clarificados, lo cierto es que en torno a ellos se da una cierta coincidencia que suele derivar en confusión. Por ello no está de más que aportemos algunos criterios suplementarios para su distinción. El olvido en el individuo tiene un carácter inconsciente e involuntario mientras que, desde el punto de vista de la sociedad, el olvido, aunque conserve también ese carácter inconsciente, suele adoptar a veces la forma de un imperativo, de un deber. En ambos casos el olvido aparece ligado al transcurso natural de un período de tiempo. El perdón, por el contrario, es un acto voluntario y ético-religioso, es decir, no vinculado a un suceso natural como puede ser el efecto del tiempo sobre el individuo o la sociedad. Como ha señalado Abecassis, el perdón exige la memoria. Si el ofendido se reencuentra con el ofensor y olvida que fue humillado, no puede perdonarle porque no se acuerda de la ofensa. “El perdón verdadero –dice Abecassi– es un acto positivo gracias al cual la víctima se acuerda del crimen y, sin embargo, decide no tomarlo en cuenta en sus relaciones con el ofensor” ³². Por tanto, perdonar no es olvidar ni olvidar es perdonar. El perdón, conforme a lo dicho, mantiene una superioridad ética sobre el olvido. El perdón constituye el horizonte

³¹ *Ibid*, pág. 594.

³² A. ABECASSIS, *L'acte de mémoire*, en el libro colectivo *Le Pardon. Briser la dette et l'oubli*, Paris, Autrement, 1991, pág. 152.

escatológico y utópico de una historia en la que todos los hombres aparecerán reconciliados entre sí. El perdón, para la concepción judeocristiana dominante, es una categoría extrajurídica colocada por Yahvé en el inicio de la historia. Esta categoría, por muy difícil que sea su aplicación, es necesaria para llevar a cabo el proyecto divino de paz y amor entre los hombres ³³.

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL OLVIDO Y EL PERDÓN

Aceptada la posibilidad de que el olvido y el perdón son categorías que pueden aplicarse a la sociedad, se trata de desarrollar ahora su traducción institucional en la esfera del derecho. Las fórmulas jurídicas son siempre expresión de necesidades sociales, tienen su origen en la vida humana y están al servicio de la vida humana. Como hemos visto, la sociedad, a fin de realizar una práctica colectiva orientada hacia el futuro, tiene necesidad de olvidar acontecimientos inútiles o traumáticos o bien tiene que perdonar a antiguos culpables a fin de lograr una reconciliación social. El olvido y el perdón de la sociedad se ejercen pues sobre determinados individuos que han cometido actos hostiles contra esa sociedad. Esta acaba por desvincular al individuo de sus actos, renuncia a llamarlos al orden y a exigirles reparación. Las condiciones en las cuales una determinada sociedad procede a eximir de responsabilidad a un individuo por determinados crímenes, suelen venir reguladas en los correspondientes Códigos Penales y estar redactadas en unos términos muy parecidos. En España, actualmente, están desarrolladas en el artículo 130 del Código Penal de 1995. Cada una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal que allí se contemplan pueden ser reconducidas al olvido o al perdón, con todas las reservas que ya hemos expuesto en el precedente apartado.

- La muerte del reo puede ser fácilmente emparentada con el olvido de la sociedad, que el derecho se encarga de consagrar. La relación psicológica entre el individuo y sus actos criminales que está en el centro mismo de su ser imputable, desaparece con la muerte. La sociedad solo puede exigir responsabilidad a quien puede responder algo que, evidentemente, no puede hacer un muerto. Algunos Códigos Penales como el francés no hablan, a propósito de la muerte del culpable, de extinción de la responsabilidad, sino de

³³ *Ibid.*, pág 165.

extinción de la pena, y por ello admiten que, aún después de muerto, el culpable debe responder de las costas procesales, y le deben ser decomisados, confiscados o clausurados sus negocios o empresas. Se llega incluso a mantener la posibilidad de que se ejecute la pena de multa después de haber fallecido el reo. Serrano Butragueño, sin oponer ningún argumento jurídico al cobro de las costas procesales, al comiso de los efectos del delito o al cierre de la empresa que hubiera servido de vehículo para delinquir, rechaza totalmente, por ir en contra de la finalidad preventiva de la pena, la procedencia de la ejecución de una pena de multa contra un reo fallecido ³⁴. Pero más allá de la inutilidad de la ejecución de la pena, la muerte del reo conlleva la desaparición, el olvido, de su responsabilidad jurídico penal. Como ya vimos, el olvido es un fenómeno que pertenece al orden natural. También la muerte. Del mismo modo que desaparecen algunas huellas e impresiones que sobre nuestro cerebro ejercieron determinados acontecimientos, con la muerte de un individuo desaparece la causa del perjuicio que éste provocó a la sociedad y por esa razón es olvidado por el Derecho penal. Evidentemente, desde un punto de vista histórico, las huellas de un individuo siguen siendo recordadas durante mucho tiempo, pero, para el Derecho penal, que es de lo que aquí tratamos, los actos pasados de un individuo muerto carecen de relevancia y son olvidados inmediatamente. La responsabilidad penal es siempre individual, basada en la vinculación psicológica del individuo con sus actos, si el individuo desaparece también lo hará su capacidad de responder penalmente.

- El cumplimiento de la condena, contemplado en el apartado 2.º del artículo 130, aunque sería más preciso referirse al cumplimiento de las penas, constituye asimismo una forma de olvido. Con el cumplimiento de la pena el individuo salda su deuda con la sociedad y vuelve a gozar de una cierta “virginidad judicial” ³⁵. Mas la ejecución de la pena no constituye en sí misma una plena rehabilitación. El reo debe también dejar transcurrir un período de tiempo para poder cancelar definitivamente sus antecedentes penales. El mero análisis lingüístico revela la proximidad de significación entre

³⁴ I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1998, pág. 806.

³⁵ C. BOURGUET, “Entre amnistie et l’imprescriptible” en el volumen colectivo *Le Pardon*, *Op. Cit.*, pág. 59.

olvido y cancelación de antecedentes. Así como el olvido individual consiste en la desaparición del cerebro de cualquier huella dejada por un acontecimiento pasado, la cancelación de antecedentes penales supone una eliminación del delito de la memoria de la sociedad. El reo es liberado, en virtud del cumplimiento de la pena y del acto administrativo de cancelación de antecedentes, del peso de sus pasados actos para iniciar así una nueva vida.

- El indulto en el ámbito de la justicia penal, implica, según la definición de Jellineck, la intervención del poder ejecutivo mediante la cual se perdonan, atenúan o suspenden condicionalmente las consecuencias jurídicas de una condena judicial firme³⁶. La estructura del indulto hace de él, por tanto, una institución muy próxima al perdón ya que tiene su fundamento en un acto gracioso, de generosidad del poder hacia determinados individuos. Se trata, sin embargo, de un derecho de gracia que se encuentra sometido a determinadas condiciones legales y que, por tanto, no puede entenderse como un acto caprichoso. Según el artículo 62 de la Constitución española, corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a las leyes, aunque la tramitación de los indultos corresponda al Ministerio de Justicia y su concesión al Consejo de Ministros. Estas condiciones legales, definidas en el caso español en la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 modificada por Ley 1/1988 de 14 de enero, hacen del indulto, aunque éste sea total, un acto que mantiene sus distancias con respecto a lo que moralmente se entiende como perdón. En primer lugar porque consiste en eximir a un “condenado” del cumplimiento total o parcial de la pena. El hecho de que deba ejercerse sobre un penado supone que el indulto no puede perdonar la previa condena de los tribunales. Por otra parte, si se trata de un indulto total, éste debe obedecer a razones de justicia, equidad o utilidad pública apreciadas por el Tribunal sentenciador. Incluso después de que se le haya concedido el indulto, el indultado para conseguir su plena rehabilitación deberá cumplir con los trámites administrativos para la cancelación de sus antecedentes penales. Todas estas condiciones permiten llegar a la afirmación de que si el indulto es una institución jurídica de perdón, se trata de un perdón parcial sometido a una amplia gama de requisitos y condiciones previos³⁷.

³⁶ Cit. Por SERRANO BUTRAGUEÑO, *Op. Cit.*, pág. 896.

³⁷ BOURGUET, *Op. Cit.*, pág. 50.

- La amnistía. Si bien no está incluida específicamente entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal señaladas en el artículo 130 del Código Penal, es evidente que se trata de una medida de gracia de carácter general que tiene su origen en una ley específica aprobada por las Cortes. Tradicionalmente, la amnistía como una decisión colectiva de los Parlamentos, se ha dirigido, a diferencia del sentido individual del indulto, a la exención de responsabilidad penal de determinadas categorías de delincuentes para afrontar una situación de cambio político. Existe polémica, no obstante, acerca de si puede considerarse una institución jurídica de olvido o perdón. Ricoeur se inclina decididamente por la equiparación de amnesia y olvido. La misma raíz etimológica nos muestra una evidente proximidad entre las palabras de amnistía y amnesia³⁸. El propósito de la amnistía es esencialmente político y consiste en la búsqueda de la paz cívica a través de la reconciliación de ciudadanos enemigos. El paradigma lo encontramos en el decreto de amnistía promulgado en Atenas en el 403 a. de C. al cual iba unida una fórmula de juramento que debía ser pronunciada individualmente por cada ciudadano. Bajo pena de maldiciones por perjurio, cada ciudadano se comprometía a no recordar los males pasados. El olvido de la discordia, de las injusticias sufridas y de las reyertas familiares pasadas, se situó en el origen de la nueva organización institucional de la democracia ateniense a principios del siglo IV a de C.³⁹. Pero también la amnistía puede ser equiparada a un perdón parcial. A este respecto Bourguet distingue entre una amnistía de penas y una amnistía de hechos. Esta segunda, al aplicarse a unos hechos que aún no han sido juzgados pero que han perdido su condición de punibles, tiene todas las características de un olvido impuesto a toda la sociedad y en especial a las víctimas de los hechos pasados y a los antiguos delincuentes que quisieran rehusar la aplicación de una gracia que no han pedido. Por el contrario, la amnistía que se aplica a unos delitos ya castigados con penas comprendidas en unos determinados límites, tiene los rasgos de un perdón condicionado a la cuantía de esas penas⁴⁰.

³⁸ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 585.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ BOURGUET, *Ibid.*, págs 53 y sgs.

- El perdón del ofendido. Tenemos aquí ya expresamente citada la palabra perdón, algo así como un derecho de gracia que la ley concede a las víctimas de determinados delitos y que algún tratadista ha considerado como un indulto impropio. Se trata, sin embargo, de un perdón parcial y condicionado a la existencia de ciertos requisitos. En primer lugar, y como sucede en el derecho de gracia, se puede aplicar única y exclusivamente “cuando la Ley así lo prevea”. Estos casos suelen reducirse, como en el Código Penal español, a delitos semiprivados como los de calumnias e injurias (Arts 205 y sgs), descubrimiento y revelación de secretos (Arts. 197 a 200) o daños imprudentes (Art. 267). Asimismo, el perdón debe ser otorgado “de forma expresa y antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta”. Estos dos requisitos se fundamentan en el hecho subrayado por nuestra jurisprudencia de que el perdón del ofendido tiene el carácter de un “perdón jurídico” ajeno a sentimientos morales y religiosos. Exige por tanto unas formalidades como la de realizarse ante el Tribunal sentenciador y la de ser otorgado de forma “firme, absoluta, inequívoca e incondicional”⁴¹.
- Por último, y antes de entrar en el análisis específico de la prescripción, podríamos aludir a determinadas figuras jurídicas penales que de una forma más o menos expresa participan de una actitud de perdón o al menos de clemencia con respecto al delincuente. A título de ejemplo puede citarse todo el juego de las atenuantes que constituyen algo así como un catálogo de disculpas parciales que la sociedad acepta para disminuir el rigor en la determinación de la pena. Asimismo instituciones como la condena condicional y la libertad condicional constituyen inequívocas formas de perdón (condicional) a un delincuente en razón a su carencia de antecedentes penales o a su buena conducta.

LA PRESCRIPCIÓN Y LO IMPRESCRIPTIBLE

Analizadas las principales causas de extinción de la responsabilidad penal en tanto que instituciones jurídicas del olvido o el perdón, vamos ahora a proceder a una consideración más detenida de la prescripción. Como en otras figuras ya contempladas, nos encontramos aquí con unas

⁴¹ S.T.S. 18 feb 1987 y S.T.S. 2^a 13 jul. 1988.

opiniones divididas, cuando no confusas, acerca de su asimilación al olvido o al perdón. Así, por ejemplo, Bentham, como ya hemos visto, cuando habla de la prescripción lo hace refiriéndose a “delitos que deben gozar del privilegio del perdón”⁴². Beccaria, por el contrario, parece insistir más en el tema del olvido cuando afirma que no merecen prescripción “aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria”⁴³.

La distinción entre amnistía y prescripción lleva a Bourguet a la conclusión de que la prescripción es más un perdón que un olvido ya que se conserva la memoria de la infracción si bien su sanción no sea ya posible⁴⁴. A análoga conclusión llega Ricoeur para quien a diferencia de la amnistía que impone un olvido y tiende a borrar todas las huellas psíquicas o sociales de un acontecimiento, la prescripción no pretende borrar aquellas huellas sino prohibir el camino hacia ellas. La prescripción hace, pues, referencia a lo irreversible en el tiempo⁴⁵. No obstante, Ricoeur acaba concluyendo que la institución de la prescripción, que implica tanto un transcurso de tiempo como una inercia o pasividad social, ejerce un papel que es heterogéneo al perdón⁴⁶.

Pese a todas las objeciones que puedan hacerse, considero que la prescripción del delito es una institución directamente emparentada con el olvido según lo definimos anteriormente. La prescripción se basa en primer lugar en un hecho natural como es el transcurso de un lapso de tiempo y carece, por tanto, de la dimensión ética que conlleva el perdón. Por otra parte, el perdón suele ir unido a una previa petición de perdón, como sucede en la institución jurídica del indulto. Esta previa petición está totalmente ausente en el caso de la prescripción que actúa de forma automática. La prescripción representa para las víctimas de un delito algo así como la imposición de un olvido. De nada sirve que se recuerde el hecho delictivo y que sus huellas sean visibles porque para el Derecho han dejado de existir, su irrelevancia jurídica es lo mismo que su inexistencia o su extinción física. Con la prescripción el Estado refuerza el carácter conclusivo o definitivo de determinadas situaciones o resoluciones judiciales de acuerdo con el principio de la seguridad jurídica, imponiendo su irreversibilidad. La institución de la prescripción rompe el círculo vicioso de la venganza entre familias que sin la imposición del olvido estarían perpetua-

⁴² BENTHAM, *Op. Cit.*, pág. 300.

⁴³ BECCARIA, *Op. Cit.*, pág. 86.

⁴⁴ BOURGUET, *Op. Cit.*, pág. 56.

⁴⁵ *Op. Cit.*, pág. 611.

⁴⁶ *Ibid.*

mente enzarzadas en la reproducción y actualización de sus agravios históricos. Ahora bien, establecida la conveniencia del olvido consagrado por la prescripción de los delitos para una mejor gestión de la sociedad, cabe ahora preguntarse por su justicia, lo cual nos remite a la noción de imprescriptibilidad.

El debate sobre la imprescriptibilidad comenzó a adquirir una dimensión internacional en 1964, año en que, de conformidad con muchas legislaciones internas, se cumplía el plazo máximo de prescripción de 20 años aplicable a los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. A punto de cumplirse ese plazo con la conciencia de que muchos criminales de guerra seguían impunes, tuvieron lugar algunas iniciativas legislativas por parte de los Estados que habían sufrido de forma más intensa los actos de barbarie cometidos por los nazis. Se adelantó el Estado de Israel con una ley retroactiva, S-710 de 1950 modificada en 1963 con motivo del caso Eichman, en cuyo artículo 12 se disponía que las reglas de derecho común relativas a la prescripción de los crímenes ordinarios no eran aplicables a los delitos previstos en ella: crímenes contra el pueblo judío, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad ⁴⁷.

En el mes de abril de 1964 la Dieta polaca promulgó una ley tendente a evitar que los criminales nazis, culpables de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra mundial, se sustrajeran a la acción de la justicia. A estos efectos se establecía que la prescripción fijada en el Código Penal ordinario no era aplicable en el caso de que no se hubieran iniciado o proseguido acciones a causa de que el criminal no hubiera sido descubierto, aprehendido o extraditado ⁴⁸. Se trataba así de superar los obstáculos que se oponían a la represión de los criminales de guerra nazis por parte de los Tribunales polacos, la cual dependía en muchas ocasiones de la buena voluntad de otros Estados, fundamentalmente de la República Federal alemana, para extraditar a los presuntos culpables. La prescripción era aplicable, no obstante, a aquellos delitos si la interrupción del procedimiento era debida a desidia o negligencia de las autoridades policiales o judiciales polacas. Pero la República Federal de Alemania había declarado ya en este año que, en virtud de la Constitución y de la Ley alemana, las acciones penales relativas a criminales de guerra, quedarían paralizadas el 8 de

⁴⁷ H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén. Un ensayo sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Biblioteca Nueva, 1999.

⁴⁸ Vid. P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pág. 18.

mayo de 1965. En este contexto político, a iniciativa de una comisión de juristas polacos, tuvo lugar en Varsovia, entre el 5 y el 7 de junio de 1964, un coloquio internacional que reunió a una destacada representación de juristas de los principales países de Europa y que, como vamos a ver, llegó a ejercer una notable influencia.

El tema central del coloquio de Varsovia fue el de proceder a un análisis de los principios jurídicos para la represión de los crímenes de guerra y crímenes cometidos por los nazis, a la luz de los principales instrumentos jurídicos existentes hasta la fecha como la Declaración de Moscú de 1943, la resolución de Yalta de febrero de 1945, los acuerdos de Postdam de 2 de agosto de 1945, el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 que aprobó el estatuto del Tribunal militar internacional y la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.º 95/1, de 11 de diciembre de 1946, que adoptó el citado estatuto. De todos los principios jurídicos extraídos del análisis de los citados instrumentos jurídicos, el de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra en sentido amplio, pasó a ocupar una posición central. Una de las conclusiones del coloquio consistió precisamente en subrayar que “la prescripción no es un derecho natural, sino un favor excepcional introducido recientemente en ciertas legislaciones aunque es ignorado por otras, especialmente por el derecho anglosajón”⁴⁹. Uno de los argumentos esenciales del coloquio para defender la imprescriptibilidad fue el de señalar que los crímenes cometidos por los nazis fueron crímenes contra la humanidad, de carácter internacional, y que, por tanto, tenían una naturaleza completamente distinta de los delitos de derecho común sobre los que podía regir la legislación interna del Estado en cuyo territorio se hubiesen cometido. La conferencia estimó en consecuencia que “existiría violación del derecho internacional si un país, refiriéndose a las reglas concernientes a la prescripción de delitos de derecho común, se negase a perseguir los crímenes nazis con el pretexto de que se trataba solamente de asesinatos individuales castigados por el derecho interno”⁵⁰. La persecución y el castigo de crímenes contra la humanidad no debían, pues, ser considerados como una competencia exclusiva de los Estados, sino como una obligación internacional y universal impuesta a los mismos por el derecho de gentes. En definitiva, el coloquio de Varsovia concluyó con un llamamiento a la opinión mundial, a los gobiernos y a las organizaciones internacionales para que contribuyeran a hacer triunfar la

⁴⁹ M. ROLLAND, “Le Colloque de Varsovie et la notions d’imprescriptibilité par nature”, *Après demain* n.º 79, décembre 1965, pág. 16.

⁵⁰ *Ibid.*

causa de la justicia sobre las fuerzas del crimen y de la injusticia, aún mal sofocadas, del nazismo.

Aún con vacilaciones e imprecisiones, como la de no hacer una distinción precisa entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, la conferencia de Varsovia tuvo una decisiva influencia en la adopción de leyes sobre imprescriptibilidad. A ella, como ha subrayado Mertens, corresponde el mérito de haber afirmado, desde junio de 1964, la imprescriptibilidad por naturaleza de los crímenes contra la humanidad y de haber abierto el camino al movimiento legislativo que acabó consagrando esta concepción ⁵¹.

Debido en parte al impulso del coloquio de Varsovia, muchos países, tanto de la Europa del Este como de la Europa occidental, recogieron en sus respectivas legislaciones el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Así, aparte de la ley polaca de abril de 1964 a la que ya nos hemos referido, pueden citarse la Ley de la República Democrática alemana de 1 de septiembre de 1964, la Ley checoslovaca de 24 de septiembre de 1964, el Decreto Ley n.º 27 de 1964 en Hungría, el Decreto del Presidium del Soviet Supremo de 4 de marzo de 1965, el Decreto búlgaro de 22 de marzo de 1965 o la Ley yugoeslava de 4 de abril de 1965, por lo que se refiere a la Europa del Este. Y en lo que respecta a la Europa occidental, cabe citar la Ley belga de 3 de diciembre de 1964, la Ley francesa de 26 de diciembre de 1964 y la Ley austriaca de 31 de marzo de 1965. Evidentemente no podemos entrar aquí en un análisis detallado de todas esas disposiciones ⁵², pero sí vamos a detenernos, dada su importancia y el debate suscitado en torno a la prescripción, en el caso de la República Federal de Alemania.

Al terminar la Segunda Guerra mundial, toda la población de Alemania se ve sometida a un proceso de examen de conciencia en relación con su participación en un régimen criminal. Es la cuestión de la culpabilidad, la *Shuldfrage* tan lúcidamente analizada por Karl Jaspers y Hannah Arendt ⁵³ que vuelve a plantearse con intensidad en el año 1964 cuando se plantea el problema de la prescripción de los delitos cometidos por los nazis durante la Segunda Guerra mundial. Mientras la República Democrática alemana, pretendidamente desnazificada, se erige en defensora de

⁵¹ MERTENS, *Op. Cit.*, pág. 25.

⁵² Para ello puede acudir al citado libro de MERTENS, págs 25 a 112.

⁵³ K. JASPERS, *Die Schuldfrage*, Frankfurt, Surkhamp Verlag, 1948 y H. ARENDT, *Organised Guilt and Universal Responsibility* en el volumen *Penser l'Evenement*, Paris, Belin, 1985.

la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, enarbolándola como una bandera de propaganda, la República federal se muestra claramente remisa, cuando no hostil, a la aceptación de ese principio jurídico. Antes de concluir el año 1964, el Gobierno federal anunció la decisión de que el 9 de mayo de 1965, fecha en que se cumplía el plazo máximo de prescripción de 20 años previsto en su Código Penal, quedarían prescritos todos los delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Tal decisión se fundamentaba jurídicamente en la Constitución de la República Federal, en cuyo artículo 103 &2 se establece que “un acto solo puede ser objeto de una pena cuando su carácter reprehensible haya sido estipulado por la ley con anterioridad a la comisión de dicho acto”. Para el Gobierno alemán, avalado por muchos juristas, la modificación del plazo de prescripción, supondría una violación de ese precepto constitucional e iría en contra del principio de legalidad y de seguridad jurídicas, dando por sentado que la prescripción era una institución no de carácter procesal sino sustantiva ⁵⁴.

Dicha decisión del Gobierno alemán suscitó una airada reacción por parte de muchos otros países como Israel o todos aquellos que, como ya hemos visto, habían recogido en sus legislaciones el principio de la imprescriptibilidad. Reacción contraria de la que se hicieron eco organizaciones de juristas, algún sector de la opinión pública y ciertos intelectuales. A título de ejemplo podemos referirnos al artículo del filósofo francés, catedrático de filosofía moral en la Sorbona, Vladimir Jankélevitch, publicado en enero de 1965 y cuyo título: *L'imprescriptible*, resulta suficientemente expresivo. ¿Es tiempo de perdonar o al menos de olvidar? Al parecer –responde Jankelevitch– veinte años son suficientes para que lo imperdonable se convierta milagrosamente en perdonable o que, de pleno derecho y de un día a otro, lo inolvidable sea olvidado. Un crimen que era inexpiable hasta mayo de 1965 deja súbitamente de serlo a partir de junio y, así, el olvido oficial o legal comienza esta noche a las doce ⁵⁵. En esta frase irónica y amarga en la que Jankelevitch mezcla las nociones heterogéneas de perdón, olvido y expiación para referirse a la prescripción, se revela el escándalo y el horror que en muchos provoca la posible impunidad de alguien que con sus actos criminales ha negado la esencia del hombre en tanto que hombre. Pues eso han hecho quienes pretendieron la exterminación del pueblo judío, propósito que fue el fruto de la “maldad pura”, de la “maldad más diabólica y gratuita que haya conocido la huma-

⁵⁴ Vid. S. GLASER, “Quelques observations sur la prescription en matière de la criminalité de guerre” en *Revue de droit pénal et criminologie*, 1965, nº 6.

⁵⁵ V. JANKELEVITICH, *L'Imprescriptible*, Paris, Seuil, 1986, pág.17.

nidad”. Por eso, afirma Jankelevitch, “olvidar este crimen gigantesco contra la humanidad sería un nuevo crimen contra el género humano”⁵⁶. El transcurso del tiempo que trabaja en la erosión de las montañas, que consuela y cicatriza, que favorece el perdón y el olvido, no puede nada contra la hecatombe moral del nazismo. Apenas una semana después de que el Parlamento francés adoptara el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad por Ley de 24 de diciembre de 1964, Jankelevitch apoya decididamente ese principio: “Resulta en general incomprensible que el transcurso del tiempo, proceso natural sin valor normativo, pueda ejercer una acción atenuante sobre el insoportable horror de Auschwitz”⁵⁷.

Con el trasfondo de ese intenso debate político y debido a la presión de la opinión pública nacional e internacional, el Gobierno alemán, en el mes de febrero de 1965, decidió revisar su anterior decisión y someter al *Bundestag* la cuestión de la prescripción. Pocas semanas antes, el 27 de enero de 1964, la Comisión Jurídica de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa redactó un proyecto de recomendación al Comité de Ministros en la que se invitaba a los Gobiernos de los países miembros a “adoptar las medidas adecuadas para evitar que por el juego de la prescripción o por cualquier otro medio, quedaran impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra mundial, y más especialmente los crímenes contra la humanidad”. Asimismo se recomendaba la creación de un comité de expertos para elaborar una convención que garantizara la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad⁵⁸. Estas conclusiones fueron saludadas y adoptadas con entusiasmo por un coloquio franco-alemán de juristas que se desarrolló en Estrasburgo entre el 27 y 28 de febrero de 1964, en el cual se destacó la improcedencia de argumentar motivos de carácter constitucional interno para oponerse a la abolición o prolongación de los plazos de prescripción para crímenes contra la humanidad, al tiempo en que se insistía en la idea de una convención internacional que se pronunciase de forma definitiva sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad⁵⁹.

El debate iniciado en el *Bundestag* alemán el día 10 de marzo de 1965, enfrentó de forma apasionada a los partidarios de la prescripción y a los opuestos a la misma. Finalmente se logró llegar a una solución de com-

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 25.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 26.

⁵⁸ MERTENS, *Op. Cit.*, pág. 115.

⁵⁹ MERTENS, *Op. Cit.*, pág. 62 y sgs.

promiso mediante la cual se seguía admitiendo el plazo de prescripción de 20 años establecido en el Código Penal alemán, pero cambiando el *dies a quo* de su cómputo. En lugar de tomar como fecha de partida el 8 de mayo de 1945, día en que cesaron las hostilidades, se decidió adoptar la del 31 de diciembre de 1949, fecha en que se creó la República Federal de Alemania. De esta forma se provocaba, de hecho, una prórroga en el plazo de prescripción de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra mundial, hasta el 31 de diciembre de 1969. Por algunos observadores se hizo notar que aquella prórroga no implicaba más que una tregua en la polémica sobre la prescripción, algo que resultó ser cierto. En el período comprendido entre 1965 y 1969, salieron a la luz numerosos casos de antiguos criminales de guerra nazis que ocupaban puestos importantes en la Administración de la República Federal. Comenzando por el director de la Oficina de persecución de criminales nazis de *Ludwigsbourg* que resultó ser un antiguo nazi, hasta el Canciller federal Kiesinger acusado de haber colaborado con Goebbels o el propio presidente de la República federal, M. Luebke, a quien un grupo de antiguos prisioneros de *Buchenwald* responsabilizó de la muerte de cientos de detenidos. A ello había que añadir la multiplicación durante estos años de procesos contra criminales de guerra, si bien en la mayoría de los casos fueron tratados por los Tribunales con una escandalosa benignidad. Pero en cualquier caso, lo cierto es que la proliferación de escándalos y procesos de desnazificación hizo que, en general, el pueblo alemán se mostrase en 1969 más dispuesto que en 1965 a aceptar el principio de imprescriptibilidad con respecto a los crímenes contra la humanidad ⁶⁰.

El coloquio de juristas de Varsovia, el dictamen de la Comisión jurídica del Consejo de Europa, todas las disposiciones legales sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad adoptadas en numerosos países de Europa, el amplio e intenso debate habido en la República Federal, la multitud de iniciativas de organizaciones internacionales y no gubernamentales, no podían sino converger en un instrumento internacional que fue la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 ⁶¹. La

⁶⁰ Sobre estos aspectos vid. MERTENS, *Op. Cit.*, págs 62 y sgs.

⁶¹ A/ XXIII/ 2391 de 26 de noviembre de 1968 1727 a, y también A. GRAVEN, "Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. La signification et la portée de la décision de l'Assemblée Générale des Nations Unies de 26 de novembre 1968" en *Revue des droits de l'homme* 1969 II, 1.

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, tal y como aparecen definidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 8 de agosto de 1945, confirmado por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, no es sino la expresión de la necesidad de afirmar ese principio en el derecho internacional y así “asegurar su aplicación universal”. Asimismo, de conformidad con las Resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, se condenaban como crímenes de lesa humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, por otra. El fundamento esencial de la resolución consiste en considerar que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los crímenes de derecho internacional más graves” y que la aplicación a los mismos de normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios “suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”⁶².

POR UNA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Según he señalado al principio de esta exposición, conforme a lo previsto en el Art. 131, 1 del Código Penal Español, los delitos de terrorismo, como cualquier otro delito cuya pena máxima sea de prisión de quince o más años, prescriben a los veinte años. A mi juicio, con la aplicación de este precepto se puede abocar a determinadas situaciones que repugnan a los más elementales dictados de la conciencia ética, y para cuya evitación no habría otro procedimiento que el de abrir un debate sobre la modificación del citado artículo. Precisamente, este debate podría inscribirse dentro de la amplia discusión que está teniendo lugar en nuestro país en torno a la revisión del sistema de penas del Código Penal español en lo que respecta a los delitos de terrorismo. La propuesta que aquí realizo es la de declarar imprescriptibles los delitos de terrorismo, mostrando ante todo la debilidad que, en el caso de estos delitos, tienen los clásicos argumentos fundadores de la prescripción, es decir, el argumento de la seguridad

⁶² Vid. El preámbulo de la citada Resolución 2391.

jurídica, el de la política criminal y función preventiva de la pena, y el de la dificultad de la prueba.

1.º Ya hemos visto que uno de los principales argumentos para justificar la institución de la prescripción del delito consiste en señalar que de esta forma el Derecho consagra una situación de hecho consolidada, eliminando así la incertidumbre que pudiera provocar una continua revisión o reversión de antiguas situaciones. Declarando firmes, consentidas e irreversibles determinadas situaciones por el mero transcurso del tiempo, el Derecho contribuiría a realizar si no un valor de justicia basado en el deber ser, al menos una confianza de los individuos en lo que es. La institución de la prescripción del delito se basa, por tanto, en el presupuesto de que el olvido legal que consagra, coincide con un olvido social en el sentido de que, como dice Bloy, el hecho delictivo pierde su relevancia para la vida social del presente⁶³. O bien en el de que, como dice García Pérez, “la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma no requiere que se castiguen todas las infracciones”, pudiendo incluso llegar a ser contraproducente para ese sentimiento de confianza y seguridad jurídica el castigo de un delito cuando ha transcurrido mucho tiempo desde su comisión⁶⁴.

No obstante, a mi juicio, los anteriores argumentos se muestran irrelevantes cuando se tratan de aplicar a delitos de terrorismo. Puede ser traída aquí a colación la proposición ya citada de Beccaria por la cual negaría el beneficio de la prescripción a aquellos delitos atroces de los cuales guardan los hombres una larga memoria. La mayoría de los delitos de terrorismo, por su propia esencia, buscan convertir el terror en un espectáculo. Se trata, en su mayor parte, de hechos atroces que por su misma atrocidad quedan grabados para siempre en la memoria colectiva. Son, en definitiva, hechos socialmente “inolvidables” a los que, en cuanto tales, a no ser que se incurra en evidente contradicción, no ha de aplicárseles el “olvido legal” que implica la prescripción. La memoria individual o histórica, como ya señalamos en su momento no siempre coincide con la memoria legal. Es perfectamente posible seguir guardando memoria de un hecho delictivo, legalmente olvidado. Pero cuando existe una flagrante contradicción entre la intensidad de la memoria individual y social y su expresión o reconocimiento jurídicos, el resultado es el de una mayor inseguridad jurídica y el de una mayor desconfianza en la validez de las normas.

⁶³ R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strauausschliessungs und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, Dunker & Humboldt, 1976, pág. 188.

⁶⁴ O. GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 344.

Pero, aún más que en su carácter inolvidable, el fundamento de la imprescriptibilidad de un delito de terrorismo estaría en que el mero transcurso del tiempo no lo convierte en un hecho histórico que nada tenga que ver con el presente. En este sentido tiene razón Bloy cuando afirma que los hechos delictivos, transcurrido un cierto tiempo, acaban considerándose como historia y perdiendo su relevancia para la vida social del presente, razón por la cual se hace innecesario que la sociedad reaccione con una pena ⁶⁵. El delito de terrorismo, al menos los delitos de terrorismo cometidos por ETA en España, por mucho tiempo que haya transcurrido, siguen manteniendo un carácter desgraciada y terriblemente actual tanto para las víctimas como para la sociedad española en su conjunto. Cada atentado terrorista contribuye a actualizar todos los atentados anteriores, es algo así como una macabra dosis de recuerdo de la presencia constante de una organización criminal en la que siguen militando quienes cometieron atentados que hoy siguen impunes. Cada terrorista individual queda contagiado por la responsabilidad, al menos moral, de quienes atentaron con posterioridad a él. A efectos puramente dialécticos podría llegar a afirmarse que, aún admitiendo los plazos de prescripción de un delito de terrorismo, éstos quedarían moralmente interrumpidos con cualquier atentado posterior cometido por la organización.

Recientemente, con motivo de la próxima salida de la cárcel de determinados etarras condenados a penas de varios centenares de años, pero que se beneficiaron del sistema de redención de penas previsto en el Código Penal de 1973, se ha vuelto a poner de relieve esa contradicción entre el olvido legal y el olvido social. El cumplimiento de la condena, como ya hemos señalado, con la posterior cancelación de antecedentes penales, es una institución de olvido legal. No hay nada que oponer a esta institución. Pero el hecho de que un terrorista condenado por la comisión de varios asesinatos, que no ha dado ninguna muestra de arrepentimiento, pueda llegar a convivir en su pueblo de origen con los familiares de su víctima, eso sí crea una cierta polémica y malestar social. Se habla incluso de atenuar ese olvido legal del asesinato cometido con alguna institución jurídica ya utilizada en Italia o Alemania, como la libertad vigilada del terrorista que ya ha extinguido su responsabilidad, o de aumentar la pena máxima de 30 a 35 años ⁶⁶. Pero lo que resulta hasta cierto punto incomprensible es que se debata sobre los medios legales para evitar que un asesino recalcitrante

⁶⁵ R. BLOY, *Op. Cir.*, pág. 188.

⁶⁶ Vid el artículo "Los asesinos vuelven a casa", *El Mundo* 13 de agosto de 2001.

salga en libertad a los 22 años de cárcel, y no se diga nada sobre la posibilidad de que un parecido asesino, que ha tenido la habilidad o la fortuna de esconderse en un país vecino o remoto durante 20 años, pueda campar a sus anchas por territorio español sin que el derecho pueda evitarlo. Defender esa situación en nombre de la seguridad jurídica no parece ciertamente una bella causa.

2.º La defensa de la prescripción del delito, apoyándose en el hecho de la inutilidad de la pena que se pudiera imponer transcurrido un plazo amplio de tiempo, no resulta tampoco defendible en el caso de un delito de terrorismo. Ante todo, conviene recordar brevemente cuáles son los fundamentos de las diferentes teorías de las penas. En primer lugar, las teorías absolutas de la pena que tienen a Kant como su más destacado representante, justifican la pena por su racionalidad y justicia, independientemente de finalidades humanitarias o utilitarias. La pena es un mal que ha de oponerse de forma equivalente a la maldad del delito, es una retribución justa y equilibrada por el mal que se ha cometido⁶⁷. También Hegel puede adscribirse a esta teoría si bien se muestra más abierto a la posibilidad de que la pena varíe de acuerdo con circunstancias históricas y sociales, en este sentido dirá que “Un Código Penal pertenece a su época y a la situación de la sociedad civil en ella”⁶⁸. En cuanto las teorías relativas fundamentan la pena en las finalidades que puedan obtenerse con la imposición de la misma y, en particular, con su función preventiva. A este respecto se distinguen quienes, como Feuerbach, se declaran partidarios de una prevención general insistiendo en el efecto intimidatorio que las penas ejercen sobre los miembros de la sociedad y los que, como Von Listz, inician la teoría de la llamada prevención especial que considera que la pena es prevención mediante represión del delincuente concreto. Corrección, intimidación e inocuización son para Von Listz los tres posibles efectos positivos que la pena ha de buscar realizar acomodándose a los distintos tipos de delincuente⁶⁹. Por último están la teorías de la unión que buscarían una síntesis de las anteriores tomando de las teorías absolutas la idea de justicia en la pena y de las relativas la idea de utilidad. En este sentido Roxin, precursor de la llamada teoría dialéctica de la unión, pretende evitar exa-

⁶⁷ KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina, Madrid, Tecnos, 1994.

⁶⁸ HEGEL, *Principios de Filosofía del Derecho*, trad. J.L. Vermal, Buenos Aires, Ed Sudamericana, & 218.

⁶⁹ VON LISTZ, *La Idea de fin en Derecho Penal*, trad. C. Pérez del Valle, Granada, 1995, pág. 83. Sobre una visión general de las distintas teorías de la pena vid. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención” en *Poder Judicial* n° 46, págs 83 y sgs.

geraciones unilaterales y reconducir todos los fines de la pena hacia vías socialmente constructivas ⁷⁰. El enfoque metodológico propuesto por Roxin supone una conexión entre dogmática y política criminal que propugna la introducción de las valoraciones de ésta en la primera ⁷¹. En íntima conexión con esta concepción, la mayoría de la doctrina alemana ha procedido a distinguir dos elementos: el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena. Mientras el primero hace referencia a un juicio de valor, el segundo contiene un juicio de utilidad o conveniencia ⁷². Estos dos principios, según ha señalado García Pérez, son identificables y coexisten necesariamente en el sistema de Derecho penal. “La aparente ausencia de uno de estos dos planos en algunas construcciones se debe –según García Pérez– a que en ellas se acentúa uno de ellos, aunque de forma más o menos encubierta se encuentran elementos del otro. En realidad este modelo es necesario en cualquier ordenamiento jurídico que no haga suya la máxima de que el fin justifica los medios” ⁷³. Todo precepto penal entraña, por tanto, una doble legitimación, una basada en la adecuación a valores y otra en la adecuación al fin. Si bien pueda afirmarse, como lo ha hecho Pérez Manzano, que la legitimidad conforme a valores está un poco olvidada en el análisis actual de la pena, no puede abandonarse, en absoluto una referencia a dicha legitimación ⁷⁴.

Las breves consideraciones anteriores sobre la fundamentación de la pena resultaban imprescindibles para proceder a una crítica de quienes defendieran la prescripción del delito de terrorismo basándose en el argumento general de que una pena impuesta al cabo de 20 años sería inútil y contraproducente desde el punto de vista de la política criminal. Evidentemente, desde la perspectiva de la justicia y del merecimiento de la pena, sería difícilmente justificable afirmar que la pena impuesta a un asesino, aunque sea al cabo de veinte años, es injusta o inmerecida. No es esta la cuestión. El problema que aquí se plantea es doble. Por una parte el de si resulta adecuado prescindir absolutamente de la consideración de valor en el hecho de que un injusto culpable como el asesinato terrorista quede impune por el mero transcurso del tiempo. Por otra, el de si realmente

⁷⁰ ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pág. 34.

⁷¹ Vid. GARCÍA PÉREZ, *Op. Cit.*, pág. 308.

⁷² BLOY, *Op. Cit.* y GARCÍA PÉREZ, *Op. Cit.*, pág. 50.

⁷³ GARCÍA PÉREZ, *Op. Cit.*, pág. 322.

⁷⁴ PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Madrid, UAM, 1990.

resulta demostrada la inutilidad o ineficacia de la pena impuesta por un delito de terrorismo cometido hace veinte años.

En lo que se refiere al primer problema, resulta evidente la superación histórica de las teorías absolutas y retribucionistas según las cuales, conforme a la ley del talión, tal y como quería Kant, se impusiese la pena de muerte a quien ha asesinado. También, y aunque el tema se haya debatido, resulta hoy totalmente impropio, a la par que inconstitucional según el Derecho español, la pena de cadena perpetua. El problema valorativo que aquí se plantea no es el de saber hasta dónde debe llegar la cuantía de la pena, sino el de reafirmar un principio ético cual es la defensa y el valor de la vida humana. La pena impuesta a quien ha asesinado conlleva el intento por restaurar un orden ético violado, fundamentado en la dignidad de todo ser humano individual. Como ha señalado Legendre, todas las construcciones relativas al crimen y a la pena están en relación con lo que los romanos llamaban “instituir la vida”. La sentencia judicial que condena al asesino restaura el principio de humanidad no solo de la sociedad sino del propio condenado, reintegra al asesino a la comunidad de los humanos, marginalizando el significado de su crimen⁷⁵. Dejar impune un asesinato, atribuyendo consecuencias éticas a un hecho físico como el mero transcurso del tiempo, significaría en el fondo una banalización de la vida humana. En definitiva, prescindir de estas consideraciones éticas y desconectarlas totalmente de una pena, o ausencia de pena, fundamentada en una presunta conveniencia, no parece muy conforme a una teoría de la pena basada en la dialéctica de valor y eficiencia.

En cuanto al juicio de efectividad cabe también poner en tela de juicio las afirmaciones según las cuales resultaría de todo punto inútil e ineficaz la imposición de una pena a un terrorista que ha cometido su delito hace más de 20 años. Desde el punto de vista de la eficacia y la necesidad de la pena en los delitos de terrorismo, la experiencia parece demostrar que, en general, la mayoría de los terroristas no modifican su actitud ni sus ideas, ni dan muestras de arrepentimiento aún después de permanecer muchos años en prisión. Entre las tres posibles finalidades de la pena que señalaba Von Listz: corrección, intimidación e inculcación, no parece realista pretender que la pena impuesta al terrorista vaya a tener un efecto intimidatorio sobre los demás miembros de su organización. En el caso de los delitos de terrorismo, la función de prevención general, por muy duras que

⁷⁵ P. LEGENDRE, l'Impardonable, en el vol. *Le Pardon...*, *Op. Cit.*, pág. 36. Sobre el concepto de marginalización del significado del hecho vid. G. JAKOBS, “Sobre la Teoría de la Pena”, *Poder Judicial* nº 47., pág. 154.

sean las penas que se hayan impuesto, no ha podido ser confirmada a la luz de la experiencia histórica. Lo mismo cabría decir de la función correctora. Parece sensato partir del presupuesto político de que el delincuente terrorista es incorregible y que lo único que puede pretender la pena es su inocuidad. ¿Es realista afirmar que el terrorista que cometió un asesinato hace más de veinte años es inocuo? A mi juicio la respuesta debe ser claramente negativa. Si se duda razonablemente de la inocuidad de un terrorista que ha cumplido una condena de veinte años hasta el punto de tratar de someterlo a una especie de libertad vigilada tras la cárcel, ¿en virtud de qué argumento puede afirmarse la inocuidad de un terrorista que ha permanecido en libertad durante veinte años tras la comisión de su crimen? El olvido sin más, la institución jurídica del olvido que representa la prescripción del delito, no puede presentarse con honestidad como una medida de política criminal eficaz en la lucha antiterrorista mientras siga subsistiendo una organización que legitime los crímenes pasados, presentes y futuros.

Ahora bien, si la política criminal en la lucha antiterrorista no puede fundamentarse en instituciones jurídicas del olvido como es la prescripción, sí puede hacerlo en instituciones jurídicas del perdón tales como el indulto o la atenuación y remisión de la pena, condicionando siempre, eso sí, el otorgamiento del perdón a la previa petición del mismo. Dado el tema del presente trabajo centrado en la prescripción, no podemos entrar aquí en el análisis complejo y detallado de estas causas de atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, algo que, por otra parte fue objeto de un exhaustivo estudio por parte de la profesora Cuerda-Arnau, que se centró en el análisis del Art. 57 bis, b) introducido por Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo, antecedente inmediato del vigente artículo 579 del Código Penal de 1995 ⁷⁶. La “petición de perdón” para que los Jueces o Tribunales puedan imponer la pena inferior en uno o dos grados, se fundamenta en un arrepentimiento eficaz que implica tanto el abandono voluntario de las actividades terroristas y la confesión de los hechos en que se haya participado, como una colaboración con las autoridades para impedir la actuación o desarrollo de las bandas con que haya colaborado. En esta medida el argumento pragmático y de eficacia en la lucha antiterrorista se muestra con tanta evidencia que permite justificar un rebajamiento de las exigencias éticas de la pena. El pronóstico favorable sobre

⁷⁶ M.L. CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995.

la peligrosidad del individuo y el daño infligido a la organización terrorista por su actuación, son fundamentos incontestables para el otorgamiento de un perdón por muy parcial que este sea y aunque esto implique un tratamiento privilegiado que ni siquiera pueden alcanzar los inculpados por delitos leves ⁷⁷.

Lo que nos interesa subrayar aquí también es el hecho de que el juego de la prescripción del delito puede ir en contra de la medida de política criminal por la que se atenúa la pena del terrorista que se presenta voluntariamente a las autoridades para colaborar con ellas. Efectivamente, pensemos en un hipotético terrorista que hace muchos años que delinquirió y se está planteando la posibilidad de entregarse. Es lógico que dados los costes personales y el riesgo que para él y su familia puede representar la colaboración con las autoridades, especule con el plazo de prescripción de 20 años. Transcurrido este plazo sabe que obtendrá mayores beneficios que los derivados del artículo 579 del Código Penal. Este le ofrece tan solo un perdón parcial mientras que con el transcurso del plazo de prescripción logrará una absolucón total y mucho menos costosa.

3.º Aunque tenga menos importancia, hemos de hacer una breve referencia al argumento que defiende la prescripción del delito por motivos procesales. El transcurso del tiempo, se nos dice, puede originar errores judiciales a la hora de juzgar los delitos porque en ese momento las pruebas “no estarán frescas”. En el fondo este argumento que se suele utilizar para justificar la prescripción tiene un carácter complementario pues por sí solo carece de consistencia. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, como ya hemos visto, no puede ser puesta en entredicho por este argumento. En delitos graves y espectaculares como los de terrorismo que quedan grabados en la memoria de la sociedad, los medios de prueba acumulados, incluso la prueba de testigos, pueden llegar a tener un carácter irrefutable. Pero, además, como ha señalado Bockelmann, el transcurso del tiempo no lleva aparejados necesariamente problemas de prueba. Hay pruebas incontestables que aparecen al cabo de mucho tiempo y delitos recién cometidos cuya prueba resulta problemática. El Derecho procesal penal dispone por otra parte de mecanismos para evitar posibles errores de apreciación de la prueba, en particular el peligro

⁷⁷ Frente a C. LAMARCA que en su obra *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, considera que la peligrosidad del terrorista se mantiene aún después de haberse beneficiado de la atenuación, GARCÍA PÉREZ en *Op. cit.*, pág. 211, considera que el fundamento de la atenuación está en un pronóstico favorable de peligrosidad.

de dictar sentencias erróneas por una prueba insuficiente o endeble puede quedar conjurada por el principio *in dubio pro reo* ⁷⁸.

Analizados y rebatidos los argumentos tradicionales a favor de la prescripción, en lo que a los delitos de terrorismo se refiere, vamos a proceder a continuación a suministrar dos argumentos adicionales referentes a consideraciones históricas y al papel de las víctimas.

1.º Razones históricas y de derecho comparado. La prescripción del delito, como hemos tenido ocasión de ver al principio de esta exposición, si bien se remonta a la antigüedad, solo comenzó a adoptarse en los países de tradición romanista a principios del siglo XIX. Pero, aunque vinculada al *Códe de Procédure Penal* de Napoleón, la prescripción no puede ser considerada ni nunca lo ha sido, como una institución vinculada a los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Su origen convencional e histórico fue convenientemente destacado por las diferentes comisiones de juristas, creadas en el año 1964, para debatir la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Se trata, por tanto, de una institución que no puede ser revestida de los caracteres de inmutabilidad y universalidad. En todo el ámbito del derecho anglosajón la institución de la prescripción del delito es ignorada, y así, por ejemplo, podemos comprobar cómo el ladrón del tren correo de Londres, al volver voluntariamente a Inglaterra para bien morir, después de haber pasado treinta años en Brasil, es detenido e ingresado en prisión al no poderse beneficiar de prescripción alguna. Pero también, en el ámbito jurídico dominado por el Derecho Romano encontramos soluciones diferentes no solo en la variedad de plazos, sino también en la admisión de la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Así en el Art. 78 del Código Penal Alemán donde se establecen los distintos plazos de prescripción que van desde los 30 años para los delitos castigados con pena de reclusión perpetua hasta los 3 años para los delitos castigados con pena de prisión hasta un año, se determina también la imprescriptibilidad tanto del delito de genocidio como del de asesinato. En el Código Penal italiano, Art. 157, se establecen seis escalas que van desde los 2 años para los delitos castigados con pena de multa hasta los 20 años para los delitos sancionados con pena de reclusión no inferior a 24 años. No obstante, en este último caso algunos autores sostienen la idea de que para penas mayores a la reclusión no rige el beneficio de la prescripción ⁷⁹.

⁷⁸ BOCKELMAN, *Niederschriften über die Sitzunguen der Grossen StrafrechtKommission*, Vol. II, cit. por GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 286.

⁷⁹ BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1978, pág. 806 y G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol 6, pág. 366.

A esto habría que añadir que en el ámbito del Derecho Internacional contemporáneo se ha ido produciendo una indudable apertura hacia el concepto de imprescriptibilidad, como ya hemos visto a propósito de los crímenes contra la humanidad, pero que también se puede reseñar en otros delitos como el de robo o exportación ilegal de objetos artísticos pertenecientes al patrimonio cultural de un país, según la Convención de la UNESCO de protección de bienes culturales de 1970. Siguiendo esta evolución Bourguet cree en la probabilidad de que los límites de lo inaceptable y de lo imprescriptible vayan extendiéndose a medida en que se vaya reconociendo una necesidad de disuasión para determinados delitos: “es preciso que el autor potencial de tales actos sepa, por anticipado, que no puede esperar la protección del tiempo, ni del espacio”⁸⁰. El proceso de internacionalización del delito de terrorismo ha ido llevando poco a poco a la adopción de instrumentos jurídicos internacionales encaminados a la supresión de santuarios terroristas, y a que el terrorista no pueda sentirse protegido por una determinada frontera. El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, es una buena muestra de esa tendencia⁸¹. Eliminar la protección del espacio para el terrorismo, mediante la cooperación internacional, puede ser un paso para el firme rechazo de que el terrorista pueda protegerse en el transcurso del tiempo.

2.º El papel de las víctimas. Como ha destacado el profesor Beristain, el Derecho penal tradicional se ha edificado sobre la relación fundamental y prácticamente única: delincuente-Estado, sin prestar ninguna atención a la víctima⁸². El proceso iniciado en los años setenta en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología ha provocado un cambio radical de perspectiva. En el año 1979 fue creada la Sociedad Internacional de Victimología y, desde esa fecha, el número de estudios, congresos e iniciativas dedicados a destacar el papel de la víctima en el Derecho penal, no ha hecho más que acrecentarse. Uno de los numerosos aspectos en los que la importancia de la víctima tiene que ser destacada es en su papel en las distintas fases del proceso penal. En general ese papel ha sido totalmente pasivo, mientras que progresivamente se va intentando conso-

⁸⁰ BOURGUET, *Op. cit.*, pág. 59.

⁸¹ Sobre el carácter internacional del delito de terrorismo vid. J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000.

⁸² A. BERISTAIN (dir.), *Victimología*, VIII Cursos de Verano de San Sebastián, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1990, pág. 85.

lidar su derecho a la información en el momento del registro o admisión de la renuncia, en todos los estados de la instrucción del proceso, en el momento en que el ministerio público o el juez adopten decisiones que les conciernan, así como su derecho a ser informado sobre las posibilidades de compensación dentro o fuera del proceso penal. En este sentido la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo, presentó a finales de 2000 un informe para la redacción de un Estatuto de las víctimas en el Proceso Penal ⁸³. En coherencia con esa tendencia habría que situar el problema de la prescripción del delito bajo la perspectiva de la víctima. Aunque uno de los ejes de la reforma del Estatuto de las víctimas en el proceso penal es la de lograr una justicia penal no vindicativa, sería erróneo interpretar la oposición de la víctima a la prescripción del delito como un mero deseo de venganza. Por el contrario, sería comprensible y legítima la frustración de una víctima del terrorismo si, transcurrido el tiempo señalado, llegara a ver en libertad a quien le infligió su daño sin haber obtenido la más mínima satisfacción moral o económica. El libro estremecedor de Cristina Cuesta que recoge numerosos testimonios de víctimas del terrorismo de ETA, tiene como expresivo título *Contra el Olvido* y nos saca a la luz las cifras negras de muchos crímenes que quedan aún por esclarecer, y de los numerosos procesos en que las víctimas ignoran la situación procesal de quien atentó contra ellas. “Luchar contra el olvido –dice Cuesta– es progresar en el conocimiento de una sociedad dañada que ha dañado mucho a otras, que no ha merecido lo sufrido y que no supo reaccionar a tiempo. El olvido, además de imposible es antipedagógico” ⁸⁴. Por esta razón la prescripción del delito de terrorismo podría llegar a ser considerada por las víctimas como la consagración de un antipedagógico discurso jurídico del olvido que arroja la tierra del tiempo sobre multitud de crímenes sin esclarecer.

Todos los argumentos que acabamos de ofrecer para declarar imprescriptibles los delitos de terrorismo, necesitarían completarse con las adecuadas consideraciones de técnica legislativa. Habría de discutirse entonces sobre el carácter sustantivo o procesal de la prescripción y sobre la posibilidad de su aplicación retroactiva tal y como se hizo en la República Federal de Alemania en 1964, algo que también ha sido ampliamente

⁸³ A. BERISTAIN, Víctimas y Terrorismo en el Parlamento Europeo, *El País*, 30 de mayo de 2001.

⁸⁴ C. CUESTA, *Contra el olvido*. Testimonios de víctimas del terrorismo, Madrid, Temas de Hoy, 2000, pág. 221.

debatido en nuestro derecho ⁸⁵. Asimismo se tendría que decidir acerca de si la imprescriptibilidad, aparte de la ya afirmada sobre el delito de genocidio, pudiera extenderse bien al delito de terrorismo o bien al asesinato en general tal y como se hace en el Código Penal alemán. Queden simplemente apuntados esos temas para el improbable caso de que las propuestas aquí realizadas con motivo del asesinato del General Querol, lleguen a debatirse públicamente.

⁸⁵ Una revisión de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema puede verse en los comentarios de SERRANO BUTRAGUENO, *Op. cit.*, págs 899 a 903. En cuanto al debate sobre el carácter de ley ordinaria u orgánica que ha de tener la prescripción vid S.T.C. 152/1987 de 7 de octubre que la considera ley ordinaria, en contra el comentario crítico de RODRÍGUEZ RAMOS, “Prescripción del delito y derechos fundamentales” en *La Ley* 1988.

EL CASTIGO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES CONTINUADOS

JUAN ANTONIO PÉREZ PARENTE
Coronel Auditor
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Burgos

SUMARIO

DELIMITACIONES CONCEPTUALES. EL CASTIGO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES CONTINUADOS. POSTURAS DOCTRINALES. RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES. SU INCIDENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA EN EL ÁMBITO MILITAR. CONCLUSIONES.

DELIMITACIONES CONCEPTUALES

En el seno del Título XIII del Código Penal de 1995, se castigan los denominados delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, pero a lo largo de su articulado resulta difícil precisar si nos encontramos ante uno u otro grupo de delitos, máxime, como indica González Rus¹ si se atiende a su aspecto lesivo en relación con el bien jurídico tutelado, “ya que algunos delitos socioeconómicos acaban incidiendo en el patrimonio individual, y, del mismo modo, algunos delitos patrimoniales tienen una trascendencia que va más allá de lo puramente privado”.

Cierto que el propio legislador, en el Capítulo X del indicado Título, en las disposiciones comunes a los capítulos anteriores, concretamente en la excusa absolutoria del artículo 268, parece calificar de delitos patrimoniales a los que le preceden, esto es, a los tipificados en los artículos 234 al

¹ GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ “Curso de Derecho Penal Español. Parte especial” Dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons. 1996 Pág. 584. Sobre tal indeterminación véase también entre otros, LANDECHO VELASCO, CARLOS y MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN “Derecho Penal español. Parte especial”. Tecnos, 1996. Pág. 182.

267, deduciéndose que serían delitos socioeconómicos los comprendidos entre el artículo 270 al 304, pero resulta discutible, ateniéndonos a esta presumible clasificación legal, que, por ejemplo, la llamada y polémica usurpación pacífica (art. 245.2) sea un delito netamente patrimonial², porque ¿qué perjuicio patrimonial se causa al no encontrarse dentro de la órbita del tipo ni el ánimo de lucro ni la posible utilidad reportada?

Lo mismo podríamos predicar del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262) ya que lo verdaderamente protegido es la libertad de pujar de los licitadores, aunque como indica Serrano Gómez³, con apoyo jurisprudencial, podría tratarse de un delito pluriofensivo, ya que, además, de la libertad de los licitadores, también se protegerían los intereses patrimoniales de los propietarios de los bienes objeto de concursos o subastas públicas.

Otro tanto cabe decir del delito de daños contra bienes afectos al servicio de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del artículo 265, en el que el bien jurídico protegido no es el patrimonio individual, sino la Defensa Nacional⁴.

Por todo ello, y siguiendo la concepción jurídico-económica dominante del patrimonio⁵, entendemos por delitos patrimoniales, aquellos, cuyo objeto material tiene un valor económico y produce una disminución del acervo patrimonial que corresponde a una persona.

Esto es, elementos comunes a todos los delitos patrimoniales son el valor económico y el daño patrimonial.

Para formar parte del patrimonio las cosas han de estar dotadas de valor económico, han de ser directamente convertibles en dinero; exigen-

² MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS. "La llamada usurpación pacífica: artículo 245.2 del Código Penal". Actualidad Penal n.º 40 de 1997. Págs. 901 a 915.

³ SERRANO GOMEZ, ALFONSO. "Derecho Penal. Parte especial.". Delitos contra el patrimonio. Dykinson, 1996. Pág. 464.

⁴ Véase SERRANO BUTRAGEÑO, IGNACIO "Los delitos de daños", 1994. Pág. 391. ANDRES DOMINGUEZ, ANA CRISTINA, "Los daños a objetos de las Fuerzas Armadas" en "La Ley" n.º 4365 de 1997. De la misma autora: "El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas". Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. 1999. Pág. 215 a 217.

⁵ Véase, entre otros, RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, SERRANO GOMEZ, ALFONSO, "Derecho Penal español. Parte Especial". Dykinson, 1993 Pág. 371; TORIO LOPEZ, ANGEL "Acción y resultado típico en la estafa procesal" libro de homenaje a Antón Oneca. Universidad de Salamanca, 1982. Pág.896; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Derecho Penal. Parte especial". Tirant lo Blanch, 1996. Pág 212; HUERTA TOCILDO, SUSANA, "La Protección del patrimonio inmobiliario", Madrid, 1980. Pág 35; BAJO FERNANDEZ, MIGUEL "Manual de Derecho Penal: delitos patrimoniales y socioeconómicos" Madrid, 1993. Pág 268; VIVES ANTON, TOMAS SALVADOR, en la obra colectiva "Derecho Penal. Parte especial" Tirant lo Blanch, 1993. Pág. 795.

cia que deriva no sólo del concepto económico jurídico de patrimonio que subyace en nuestro Código Penal, sino del hecho de que nuestro Código se basa primordialmente en el daño objetivo, pues si bien el sistema de cuantías ha sido atemperado no ha sido erradicado.

Vinculando estrechamente al concepto de patrimonio se encuentra también el de daño patrimonial. Elemento esencial a los delitos patrimoniales en la medida en que en él se concreta la lesión al concreto bien o interés patrimonial constituyendo el denominador común a todos los delitos pertenecientes al grupo y el fundamento de la ilicitud penal patrimonial. El daño patrimonial consiste, en la disminución económicamente apreciable del conjunto de bienes económicos que pertenecen a una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico. Ha de consistir en una pérdida económica, valorable en dinero, pero reflejada en la privación de bienes o derechos que se encuentran bajo la disposición del sujeto en virtud de una relación jurídica.

Por otra parte, el ente jurídico denominado delito continuado⁶ o “*concurso continuatus*”, fue en sus orígenes, una creación de la práctica medieval que se introdujo en el ordenamiento punitivo español merced a las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, pues el Código Penal, antes de su Reforma por Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, ni conocía, ni se ocupaba de tal “*nomen iuris*”.

Precisamente, dicha entidad ontológica, antes de la expresada Reforma, fue objeto de una doble valoración punitiva según la índole del delito cometido, distinguiéndose entre aquellos en los que cabía sumar la entidad de los actos parciales y obtener como resultado un delito único más grave, que era lo que sucedía en los delitos patrimoniales cuya pena se determinaba en función del valor económico del objeto material o del perjuicio, por lo que el delito resultante suponía, por ejemplo, un hurto por valor de la totalidad de lo sustraído en las diversas acciones, y los casos en que los actos parciales no eran susceptibles de adición cuantitativa que se reflejara en la continuación delictiva, como era el caso de las

⁶ CASTIÑEIRA PALOU, M.^a TERESA, “El delito continuado”, Bosch, 1977. Págs. 173 y sig. SANZ MORÁN, ANGEL, “El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa”, Universidad de Valladolid, 1986. Págs. 195 a 208. CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, “Problemas penales y procesales del delito continuado” Ed. P.P.V., 1990. CUERDA RIEZU, ANTONIO “Concurso de delitos y determinación de la pena”, Tecnos, 1991. Págs 97 a 138. COBO DEL ROSAL, MANUEL “Sobre el delito continuado”, en la obra colectiva “Unidad y pluralidad de delitos” en Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1995. Págs 241 a 263. CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO “El delito continuado”, Marcial Pons, 1997.

falsedades o el cohecho, en cuyo supuesto la pena no resultaba más grave que la correspondiente a cada uno de los distintos hechos calificados separadamente. Es decir, en los primeros la pena se imponía por la total cuantía de lo sustraído (Sentencias de la Sala 2.^a, entre otras, de 12 de junio de 1967. Ref. Ar. 3276, 5 y 25 de mayo de 1973. Ref. Ar. 1948 y 2421, y, 17 de noviembre de 1978. Ref. Ar. 3446) y en los segundos se castigaba por la pena correspondiente a uno sólo de los delitos (Sentencias de 2 de abril. Ref. Ar. 1686 y 5 de noviembre de 1971. Ref. Ar. 4473 y 24 de enero de 1977. Ref. Ar. 77).

Ni que decir tiene, que tal sistema punitivo, criticado fuertemente por la doctrina patria, daba lugar a un privilegio o a una agravación, según la índole de las diversas figuras delictivas realizadas. En los delitos cuya pena no parecía vinculada a la cuantía o valor de lo sustraído o defraudado, el delito continuado operaba siempre de manera privilegiadora. En cambio, si la pena se determinaba en función de la cuantía, la consideración como unidad delictiva, cuya pena se fijaba teniendo en cuenta el montante total de lo sustraído o defraudado, podía provocar un “salto” de marco penal que, incluso, diera lugar a una pena concreta más grave que la resultante de la aplicación de los límites del artículo 70, regla 2.^a, del anterior Código Penal.

Es por ello, que en los últimos años y como ya advirtiera, entre otras muchas, la Sentencia de 1 de marzo de 1995 (A.P. Ref. 392), el delito continuado no era una ficción “*pietatis causae*”, esto es, sólo aplicable en caso de que favoreciera al reo, ni un expediente de política criminal destinado a que no quedaran impunes conductas que eran conocidas y probadas en su totalidad, pero que, respecto a las cuales, no era posible singularizar las distintas acciones, ni un modo de evitar el castigo leve o irrisorio de comportamientos que, contemplados aisladamente eran de manifiesta levedad, pero que conjuntados y, encadenados entre sí, revestían un grave atentado a bienes jurídicos ajenos, sino un ente jurídico de esencialidad real, dotado de existencia y nombre propio y autónomo.

Del estudio de esa misma jurisprudencia, (Sentencias de la Sala II de 20 de marzo, 2 de octubre y 16 de diciembre de 1998. Ref. Ar. 2432, Ref. Ar. 8038 y Ref. Ar. 10.317, de 27 y 28 de enero de 1999, Refs. Ar. 830 y 831, 18 de marzo de 1999, Ref. Ar. 2406, 28 de septiembre de 2000, Ref. Ar. 8260) para la admisión del delito continuado se hace preciso: a) Una pluralidad de hechos o acciones, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido objeto de enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes, pues, de resolverse en el mismo proceso. b) Un plan pre-

concebido, equivalente al denominado dolo unitario, dolo conjunto o designio único, concibiendo el sujeto o sujetos activos la plural dinámica comisiva como un todo monolítico, un designio criminal común, hablándose también de culpabilidad homogénea capaz de ligar las diversas infracciones, o bien el aprovechamiento de idéntica ocasión, pudiendo equipararse tal expresión a ocasiones semejantes o parecidas, con empleo de la misma o equivalente dinámica comisiva. c) Unidad u homogeneidad de delitos, entendida en el sentido de que las múltiples actuaciones queden subsumidas en idéntico tipo penal o en semejante o emparentadas figuras delictivas d) Identidad del sujeto o sujetos activos en todas las acciones consideradas, lo que no es óbice para cooperaciones limitadas -autoría adhesiva- que quedarían fuera de la continuidad e) No se hace precisa la identidad de sujetos pasivos, si bien su concurrencia habrá de valorarse como dato, altamente indiciario, de la presencia de la continuidad. f) Que los bienes jurídicos atacados no tengan naturaleza eminentemente personal, dado que la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano -vida, integridad física o moral, libertad- imposibilita todo intento unificativo o aglutinador, y g) Desenvolvimiento de las diversas acciones en el mismo o aproximado entorno espacial, sin un distanciamiento temporal que las haga aparecer ajenas y desentendidas las unas de las otras.

Al hilo de las precedentes consideraciones, y con las dificultades apuntadas en orden a la catalogación de los delitos patrimoniales, la cuestión que pretendemos abordar y analizar a lo largo de esta exposición, es la relativa a la concreta punición de los delitos patrimoniales continuados, tal como expresa la rúbrica de este trabajo, y su posible aplicación a los “delitos contra la Hacienda en el ámbito militar”, singularmente a los tipos delictivos de los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar.

EL CASTIGO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES CONTINUADOS: LA CLAUSULA DEL PERJUICIO TOTAL CAUSADO

El artículo 74 del actual Código Penal, en parecidos términos, aunque no en su punición, al artículo 69 bis del anterior Código Penal, regula esta institución, disponiendo que, en esta clase de delitos, se impondrá “la pena señalada a la infracción más grave en su mitad superior”, para acto seguido, en su párrafo 2.º, prescribir que “si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total cau-

sado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiese notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”, refiriéndose, por último, en su párrafo 3.º a la no aplicación de la continuidad delictiva si se trata de ofensas a bienes eminentemente personales, exceptuando de la excepción las infracciones contra el honor y la libertad sexual, pues en tales supuestos se debe atender a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Respecto de la regla de determinación de la pena contenida en el párrafo 1.º, esto es, aplicación de la pena del delito más grave en su mitad superior, Molina Blázquez⁷, considera que esta norma plantea un grave problema de interpretación, ya que, cuando el legislador alude a la infracción más grave, ¿a qué se refiere?, a la pena del tipo más grave, a la pena del tipo una vez considerados el grado de desarrollo y participación, o, a la pena del tipo una vez aplicadas todas las posibles degradaciones, incluidas las circunstancias atenuantes, optando por la solución de que la infracción más grave debe considerarse una vez aplicadas todas las degradaciones de pena posible. La solución sería la misma que la adoptada por la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, para el cálculo de la pena del concurso ideal de delitos, esto es, debe atenderse a la pena que en concreto tenga cada delito en función de las circunstancias concurrentes, y en particular, las representadas por los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (Por todas, con cita de abundante jurisprudencia, Sentencia de 12 de julio de 2000, Ref. “La Ley” 9886).

Ahora bien, en el párrafo 2.º, tratándose de infracciones contra el patrimonio, la pena se tiene que imponer, como ya dijimos, teniendo en cuenta el total perjuicio causado, pero ¿qué quiere ello decir?

En concreto, cabe preguntarse si este párrafo 2.º del art. 74, se está refiriendo a una norma específica de determinación de la pena en los delitos patrimoniales, o, por el contrario debe cohonestarse con el párrafo 1.º del mismo precepto. Dicho de otra forma, en los delitos patrimoniales una vez considerado el perjuicio total causado ¿se debe imponer la pena en su mitad superior?

⁷ MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN “La aplicación de la pena”. Bosch, 1996. Pág.219. La misma solución en CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, “La individualización judicial de la pena”. Colex, 1997. Pág 162.

POSTURAS DOCTRINALES

La respuesta a tan enigmática cuestión no ha recibido una contestación unánime en la doctrina española. A tal respecto, Mir Puig⁸, Terradillos Basoco y Mapelli Caffarena⁹, y García Arán¹⁰, aunque no de un modo rotundo, parecen inclinarse en el sentido de que se trata de una regla específica de determinación de la pena.

En esta misma dirección, aunque de un modo más diáfano, Boldova Pasamar¹¹, afirma que “el párrafo 2.º del artículo 74”, contiene un sistema especial de determinación de la pena para las infracciones contra el patrimonio. La pena así obtenida excluye la aplicación del párrafo 1.º.

Asimismo, Bello Landrove¹², sostiene que “si el delito patrimonial no reúne las exigencias de gravedad y masa, no sufrirá otra agravación que la de graduarse la pena en función al perjuicio total causado, sin que sea ni siquiera obligatoria la imposición de la pena en su mitad superior”.

Finalmente, De Vicente Martínez¹³, postula que el párrafo 2.º del artículo 74, “no establece una concreta penalidad para el delito continuado, ya que se trata de una regla especial o específica que determina unos marcos penales distintos de los demás delitos continuados. En síntesis, el párrafo 2.º no está sometido, a efectos del cálculo de la pena, al apartado 1.º”.

En contra de tales argumentaciones Llorca Ortega¹⁴ y De Lamo Rubio¹⁵, entienden que fijada la pena en atención al perjuicio total causado, ésta debe imponerse en su mitad superior, conjugando así el apartado 1.º del artículo 74, con su inciso segundo.

⁸ MIR PUIG, SANTIAGO “Derecho Penal. Parte general”. Barcelona, 1996. Pág. 660.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, JUAN y MAPELLI CAFARENA, BORJA “Las consecuencias jurídicas del delito”. Civitas, 1996. Pág. 197.

¹⁰ GARCÍA ARÁN, MERCEDES “Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”. Aranzadi, 1997. Pág. 92. De la misma autora véase “El delito de hurto”. Tirant lo Blanch, 1998. Pág. 182.

¹¹ BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, “Lecciones de consecuencias jurídicas del delito”, obra conjunta con GRACÍA MARTÍN, LUIS (Coordinador) y ALASTUEY DOBON, M.ª CARMEN. Tirant lo Blanch, 1998. Pág. 213.

¹² BELLO LANDROVE, FEDERICO, “Determinación de la Pena”, en la obra colectiva “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Págs. 363 y 364.

¹³ DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO “El delito de robo con fuerza en las cosas”, Tirant lo Blanch, 1999. Págs. 154 y 155

¹⁴ LLORCA ORTEGA, JOSÉ, “Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995”. Tirant lo Blanch, 1996. Págs. 203 y 204.

¹⁵ DE LAMO RUBIO, ANTONIO “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”, Bosch, 1997. Pág. 360.

Para el primero de los últimamente citados autores, tras poner de manifiesto una mayor responsabilidad en la realización de varias acciones en unidad continuada que en la comisión de un solo delito patrimonial, “si en la formación de la pena del delito continuado patrimonial únicamente hubiera de operar el perjuicio total causado, los resultados serían desconcertantes y contrarios a toda lógica jurídica, ya que, suprimido en la actualidad el sistema de castigo por cuantías, el monto del perjuicio únicamente produce el efecto de determinar el tránsito de la falta al delito”.

En favor de la última postura doctrinal expuesta, se manifiesta la consulta n.º 3 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de septiembre de 1999 sobre delitos patrimoniales¹⁶, que parte de la compatibilidad entre los párrafos 1.º y 2.º del artículo 74, aduciendo: a) Que el Código actual no recoge ya, como criterio para imponer la pena, la cuantía de lo sustraído siguiendo un sistema de escalas, b) Que el delito continuado es una figura de caracteres propios y con pena definida, que no recoge las limitaciones del artículo 77, del Código Penal, y c) Que si el Legislador hubiese deseado que los delitos patrimoniales tuvieran un criterio penológico distinto, así lo habría recogido, tal y como lo hace, excepcionándolo, con las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales.

En cualquier caso, como observa Choclán Montalvo¹⁷, el criterio de determinar la pena en base a la suma del perjuicio total causado ofrece problemas de difícil solución. Así, cuando no todas las acciones se han consumado, pues entonces no cabe hablar todavía de perjuicio en el sentido del valor objeto de la acción.

En estos casos, prescindir de la punición de las infracciones imperfectas supondría un injustificado privilegio al autor, penarlos por separado, agravaría la situación, de quien no ha consumado todas las infracciones, respecto de quien sí lo ha hecho.

Asimismo, continua diciendo el citado autor, cuando las infracciones no sean idénticas, sino tan sólo homogéneas, ello puede conllevar problemas de determinación del tipo aplicable para extraer la pena inicial conforme al perjuicio total causado.

En la práctica, y respecto a la primera de las reflexiones del precitado autor, la jurisprudencia de la Sala II, viene reiterando “que la imperfección ejecutiva de alguno de los hechos objeto de acusación y condena no impide la consideración global de todos ellos como delito continuado, incluido el inten-

¹⁶ Véase Actualidad Penal, Ref. 670 de 1999.

¹⁷ CHOCLAN MONTALVO, JOSE ANTONIO “El delito continuado”. Ob. cit. Pag. 351.

tado, ya que las circunstancias en atención a las cuales se aprecia la continuidad delictiva se dan, igualmente, en todos los delitos acumulables, con independencia de cual fuere el grado de perfección o imperfección ejecutiva de los mismos” (Sentencia de 26 de enero de 2000, con cita de las Sentencias de 29 de abril de 1989, 28 de abril de 1998 y 9 de julio de 1999. Ref. Ar. 326)

Hasta aquí las posturas doctrinales respecto a la interpretación que deba dársele a la cláusula del artículo 74.2, en relación con la imposición de la pena atendiendo al perjuicio total causado, pero veamos cual ha sido la solución jurisprudencial que se le ha dado a esta cuestión, aunque ya se puede anticipar que tampoco es unánime ni definitivamente consolidada.

RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

En primer lugar, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de fecha 27 de Marzo de 1998¹⁸, entendió, que para convertir varias faltas en delito, es preciso que se den los requisitos del delito continuado, esto es, ejecución de un plan preconcebido o utilización o aprovechamiento de idéntica ocasión.

Es por ello que, la Sentencia de 17 de Abril de 1998 (Ref. Ar. 3780) afirma que, “la transformación automática de varias faltas en delito, merced a la suma de varios perjuicios, supone un ataque a la culpabilidad, pues se pasa de una culpabilidad menor (calificada como falta) a una culpabilidad mayor (entendida como delito)”. Por lo tanto, para transformar varias faltas en delito es preciso: 1.º Que las diversas acciones se lleven a cabo en ejecución de un plan preconcebido, y 2.º Que ese plan tenga por finalidad un enriquecimiento indiscriminado.

En el caso examinado en la citada resolución, el acusado había realizado dos sustracciones en diversos lugares y con ostensible diferencia temporal, no constando que respondiera todo ello a un plan preconcebido, por lo que se calificó como dos faltas de hurto, pese a que la cuantía aprehendida excediera de las 50.000 pesetas¹⁹.

¹⁸ Véase SOTO NIETO, FRANCISCO “Faltas continuadas de hurto. Transformación en delito continuado”, en “La Ley” n.º 4554 de 1998. Págs. 15 y 16.

¹⁹ Repárese que algún sector doctrinal, reflexionando sobre el grado de culpabilidad detectable en el autor, no acepta la conversión de varias faltas en delito. En este sentido, GARCÍA ARÁN, MERCEDES “El delito de hurto” Ob. cit. pág. 182, CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO “El delito continuado” Ob. cit. Págs. 204 a 211. SERRANO BUTRAGEÑO, IGNACIO “Las penas en el Código Penal de 1995” Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n.º 1 abril-mayo 1996, pág 200.

No obstante, un problema que no fue abordado por el indicado Pleno y la anterior resolución fue, el relativo, a si una vez convertida la sucesión de faltas en un delito continuado, resultaba imperativo operar con el apartado 1.º del art. 74, es decir, imponer la pena en su mitad superior.²⁰

La cuestión ha sido resuelta de forma pacífica e ininterrumpida por las Sentencias, entre otras, de la Sala II, de 23 de diciembre de 1998 (Ref. Ar. 9848), 14 y 28 de julio de 1999 (Ref. Ar. 6649 y 6664), 14 de febrero, 22 de mayo, 31 de julio, 22 de septiembre y 7 de noviembre de 2000 (Ref. Ar. 428, “La Ley” 7122, Ref. Ar. 7480, 8078 y 9974), en el sentido de que “si cada una de las infracciones es constitutiva de falta, se atiende al perjuicio total causado, y se castiga con la pena base asignada al delito, pero no en su mitad superior”.

Esto es, si la continuidad ya se ha tenido en cuenta para convertir las distintas faltas en un delito continuado, no procede imponer la pena en su mitad superior, ya que ello supondría una interpretación forzada y extensiva, y, por tanto, en contra del reo, implicaría un “bis in idem” y sería contraria al principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena.

Pero de esta conclusión surge un nuevo interrogante, ¿la postura jurisprudencial anterior es aplicable cuando las distintas acciones son, cada una de ellas, constitutivas de delito?

La respuesta jurisprudencial no es del todo concluyente ni todo lo nítida y diáfana que debería ser, pues se observan, claramente, dos interpretaciones.

Así, las Sentencias de 21 de abril y 24 de mayo de 1999 (Ref. Ar. 3203 y 5247) estiman que si cada una de las infracciones contra el patrimonio es de por si constitutiva de delito se impone la pena en su mitad superior, enlazando lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 74, con lo establecido en su apartado 1.º.

Por el contrario, las Sentencias de 17 de marzo y 11 de octubre de 1999 (Ref. Ar. 2946 y 7027), la primera en una serie de defraudaciones por importe de 49.923 pts., 56.148 pts., 119.531 pts. y 145.465 pts., y la segunda relativa a una malversación continuada, estiman que el párrafo 2.º del art. 74, es una regla singular para la determinación de la pena en los delitos patrimoniales –que por su semejanza puede aplicarse al delito de mal-

²⁰ Véase SOTO NIETO, FRANCISCO “Delito continuado. Infracciones contra el patrimonio. Determinación de la pena” en “La Ley” n.º 4787 de 1999. Pág. 16.

versación de caudales públicos— al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1.º, de tal forma que, en atención a la moderada entidad del perjuicio total causado se puede imponer la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en su mitad superior.

Añadiéndose, “que de no interpretarse así el precepto, carecería de sentido, la obligada referencia al perjuicio total causado, impuesta al juzgador, en el texto legal, a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto”.

A juicio de Soto Nieto²¹, tal tesis “brinda nuevas aportaciones que suponen una novedosa toma de posición en este progresivo acercamiento hacia mayores márgenes decisionales por parte del Juez o Tribunal. Se amplifica, mejor se generaliza, el presupuesto justificativo de la solución alternativa que se postula como sustentada en la propia dicción del artículo 74.2”.

No puedo por menos de mostrar mi extrañeza ante semejante conclusión, porque se añade al artículo 74.2, un elemento normativo —moderada entidad del perjuicio total causado—, que no figura en tal regla de determinación de la pena, pero es que, además, la jurisprudencia posterior, ni zanja ni aclara la cuestión.

De esta forma, la Sentencia de la Sala II de 1 de Marzo de 2000 (Ref. “La Ley” 7291), en un caso de estafa por abandono de dos establecimientos públicos sin abonar el hospedaje, siendo el importe de la defraudación de 63.965 pts y 94.676 pts, respectivamente, condena al inculpado por delito continuado de estafa, imponiendo la pena en su mitad superior.

La ulterior Sentencia de 12 de abril de 2000 (Ref. Ar. 3037), en un supuesto de apropiación indebida, en que la suma de lo apropiado en cada ocasión supera las 50.000 pesetas, condena por delito continuado imponiendo la pena en su mitad superior.

No obstante, las Sentencias de 9 y 11 de mayo y 17 de junio de 2000 (Ref. Ar. 4888, 4892 y 6314), las dos primeras referentes a un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y la tercera relativa a dos estafas, causantes de un perjuicio de 463.821 pesetas y 327.850 pesetas, vuelven a insistir en que la regla del apartado 2.º del artículo 74, tiene carácter sin-

²¹ SOTO NIETO, FRANCISCO “Nueva aportación jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 74.2 del Código Penal”, en “La Ley” n.º 4849 de 1999. Págs. 15 y 16.

gular, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1.º, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del “perjuicio total causado”, pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena.

Por último, cabe preguntarse, qué sucede cuando todas o algunas de las acciones, individualmente consideradas, integren una modalidad agravada, ¿deben sancionarse también conforme al párrafo 2.º o se ha de aplicar el párrafo 1.º del artículo 74?

A este respecto, las Sentencias de la Sala II de 21 de marzo y 15 de septiembre de 2000 (ref. Aranzadi 3332 y 8468), optan por la aplicación del párrafo 1.º del repetido artículo 74. Concretamente, en el Fundamento Legal Tercero de la última resolución citada, se dice textualmente: “según ha declarado esta Sala, en los delitos patrimoniales continuados, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado (lo que supone una norma penológica especial respecto de la genérica del apartado 1.º del artículo 74) salvo que las acciones que se integren en el delito continuado, por si mismas, ya sean de “especial gravedad”, como sucede en el caso de autos, en el que las sucesivas apropiaciones llevadas a cabo por el acusado fueron de más de un millón y medio de pesetas, de casi cuatro millones de pesetas y de más de cinco millones de pesetas, supuestos en los que se aplicará también la norma del párrafo 1.º”.

De ello se deduce que, para este sector jurisprudencial, si se trata de acciones que puedan integrarse en el tipo básico del hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa o apropiación indebida hay que aplicar el párrafo 2.º del artículo 74, como regla específica, sin necesidad de imponer la pena en su mitad superior, pero si se trata de los tipos agravados de estos delitos, concretamente de aquellos que toman en cuenta la gravedad del perjuicio patrimonial irrogado (artículos 235.3.º, 241.1.º y 250.6.º) sí se aplica la pena del tipo agravado en su mitad superior.

Esta solución, a juicio de De Vicente Martínez²², resulta incoherente ya que si el párrafo 2.º es independiente del apartado 1.º a efectos de penalidad, y un sector doctrinal y jurisprudencial se inclina por la no aplicación

²² DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO “El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones continuadas contra el patrimonio”, en la obra colectiva “El nuevo Derecho Penal. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz”, coordinada por Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats. Aranzadi, 2001, Pág. 200.

de la pena en su mitad superior, no puede afirmarse, cuando se trate de figuras agravadas, que si es de aplicación a la regla 2.º del artículo 74, el inciso “la pena del delito más grave”, esto es, o bien se acepta en su totalidad que el párrafo 1.º es regla general que abarca también al párrafo 2.º, o por el contrario, y de forma también global, se rechaza que el primer párrafo extienda su radio de acción al segundo.

SU INCIDENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR

Como ya tuvimos ocasión de pronunciarnos²³, la regulación del artículo 74 del Código Penal, por no oponerse a la especial naturaleza de los delitos militares ni a los preceptos del Código Castrense, debe entenderse plenamente aplicable a los mismos, y así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia de la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo.

No obstante, aunque los Tribunales Militares venían apreciando la figura de la continuidad delictiva (Sentencias de la Sala V, entre otras, de 30 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 y 29 de diciembre de 1999, sobre hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995) no podían aplicar “*strictu sensu*” su consecuencia jurídica, toda vez que el artículo 69 bis del Código Penal de 1944/1973 obligaba a imponer la pena correspondiente al delito más grave, que podía ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, y como resulta conocido, en el Código Penal Militar de 1985 no existían escalas graduales ni división de la pena en grados.

Sin embargo, llama poderosamente la atención la Sentencia de la Sala V, de 7 de junio de 1999, ya que acogiendo los motivos casacionales interpuestos por el Fiscal Togado, condena al procesado por un delito continuado de “Desobediencia” de los artículos 102 del Código Penal Militar y 74 del Código Penal Común, a una pena de un año de prisión, siendo así que tal consecuencia jurídica es errónea, pues si se aplica el artículo 74, y asignándose por el Legislador al tipo básico de la “Desobediencia” una pena que, en abstracto, oscila de los tres meses y un día a los dos años, la pena que “realmente” debió ser impuesta no es la de un año, sino la de un año, un mes y catorce días como límite mínimo, aunque Sentencias posteriores, como la de

²³ PÉREZ PARENTE, JUAN ANTONIO y BARRADA FERREIROS, ALFONSO “Las reglas para la aplicación de las penas en el Código Penal de 1995 y el Código Penal Militar. Actualidad Penal n.º 41 de 1996. Pág. 824.

2 de diciembre de 1999 o 17 de febrero de 2000 aciertan plenamente con la penalidad asignada al delito continuado.

Por lo que se refiere a los “delitos contra la Hacienda en el ámbito militar”, singularmente con los tipificados en los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar, relativos a la sustracción, destrucción, deterioro, abandono o receptación de material militar, es cierto que difieren de los delitos patrimoniales, no sólo en cuanto al sujeto activo, sino también respecto al objeto material de la acción y al bien jurídico protegido, ya que como puso de manifiesto Blecua Fragua²⁴, el interés tutelado “es la integridad de los recursos materiales que constituyen el patrimonio afecto a las Fuerzas Armadas para cumplir su misión en el marco de la Defensa Nacional y en los términos señalados por la Constitución “, pero, no obstante tales diferencias, sí existe cierta similitud con los delitos patrimoniales de apoderamiento en la acción consistente en sustraer o con los delitos patrimoniales sin enriquecimiento (daños) en la acción que consiste en destruir o deteriorar efectos militares, amén de que la sustracción, deterioro o destrucción de tales efectos llevada a cabo por un sujeto que no ostente la condición de militar tendría que ser considerada como hurto, robo o daños, en función de cual hubiera sido la dinámica de la acción delictiva.

Es por tal semejanza o parecido, por la que entiendo que a los delitos de los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar pueden aplicárseles las reglas penológicas de los delitos patrimoniales continuados, y, en especial, la regla 2.ª del artículo 74 del Código Penal, referente a la cuantía del perjuicio total causado, reproduciéndose así la discusión de si ese apartado 2.º debe ensamblarse o no con lo prevenido en el párrafo 1.º del mismo. Aunque en este punto, y hasta el momento de redactar estas líneas, no conozco ningún pronunciamiento de la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo, que se refiera o se haya pronunciado sobre tan concreta problemática.

CONCLUSIONES

1.ª) Entiendo que la cláusula de concreción de la pena en los delitos patrimoniales continuados referente a la totalidad del perjuicio causado, habiendo ya abandonado el Código Penal el sistema de cuantías, debe interpretarse como ya lo hicieran Rodríguez

²⁴ BLECUA FRAGUA, RAMÓN “Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar”, en la obra colectiva “Comentarios al Código Penal Militar” coordinado por RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS y el citado autor. Civitas, 1988. Pág. 2017.

Devesa²⁵ y Cantarero Bandrés²⁶, entre otros, en el sentido de que únicamente posibilita la conversión de varias faltas en delito, concurriendo, eso sí, los elementos configuradores del delito continuado.

2.^a) Un sector de jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, al referirse a la “pequeña o moderada entidad de perjuicio total causado” para imponer la pena básica asignada a la infracción patrimonial continuada, eludiendo, con tal fórmula, la imposición de la pena en su mitad superior, está introduciendo en el art. 74.2 del Código Penal, un elemento normativo que potencia el arbitrio judicial a la hora de concretar la pena, pero, correlativamente, se crea cierta inseguridad jurídica, puesto que origina una jurisprudencia contradictoria que permite que conductas afines merezcan un trato punitivo diferente. De este modo, y como ya hemos expuesto, la Sentencia de 17 de marzo de 1999, considera cuatro defraudaciones por importe total de 371.067 pesetas como delito continuado, pero aplica el tipo básico de la estafa sin exasperación punitiva, mientras que la Sentencia de 1 de marzo de 2000, considera dos defraudaciones por importe total de 158.641 pesetas como delito continuado, aplicando el tipo básico de la estafa en su mitad superior.

3.^a) Ante tal situación doctrinal y jurisprudencial, quizás fuera conveniente la celebración de un Pleno no jurisdiccional de la Sala II, al objeto de unificar la doctrina emanada de nuestro Tribunal de Casación, tal como ya han tenido lugar para solventar otros problemas interpretativos del Código Penal de 1995. Concretamente, en materia de delitos patrimoniales, amen del ya reseñado, cabe citar el Pleno del 22 de mayo de 1997, respecto de que la agravación del robo con fuerza en las cosas en local abierto al público solo opera en horas de horario comercial²⁷; el Pleno de 27 de febrero de 1998, sobre la posibilidad de aplicar el tipo atenuado de robo con violencia o intimidación en las personas aún en los supuestos de exhibición de armas o instrumentos peligrosos; el Pleno de 19 de octubre de 1998, sobre absorción del delito de allanamiento de local comercial en los robos cometidos en establecimientos o locales abiertos al público; o el Pleno de 15 de diciembre de 2000, relativo a la no exigencia de convivencia entre hermanos para la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal²⁸.

²⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA y SERRANO GÓMEZ, ALFONSO “Derecho Penal español. Parte general” Dykinson, 1993. Págs. 864 y 865.

²⁶ CANTARERO BANDRES, ROCÍO “Problemas penales y procesales del delito continuado” Ob. cit. Pág. 143.

²⁷ Véase el acta extendida al efecto en a obra de ROBLEDO VILLAR, ANTONIO “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” Bosch, 1997. Págs. 72 y 73.

²⁸ Con más detalle GRANADOS PÉREZ, CARLOS “Acuerdos del Pleno de la Sala Penal de T.S. para la unificación de jurisprudencia. Años 1991-2000” Dykinson, 2000.

**III. ESTUDIOS
DE DERECHO
INTERNACIONAL
HUMANITARIO**

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN BUSCA DE SU EFICACIA

POR MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ
*Director Técnico del Centro de Estudios del D.I.H.
de la Cruz Roja Española,
Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Complutense de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

1. A lo largo de su evolución, el Derecho internacional humanitario, igual que otros sectores del Derecho internacional, ha ido desarrollando reglas sustantivas, orientadas a regular la conducta de los beligerantes en cualesquiera situaciones de conflicto armado y a proteger a las víctimas de la guerra¹; y, por otro lado, ha venido pugnando por elevar sus niveles de eficacia mediante la creación de instituciones y procedimientos capaces de garantizar, en la mayor medida posible, la correcta aplicación de aquellas reglas.

La cuestión de la aplicación, en situaciones reales de conflicto, del Derecho internacional humanitario se ha convertido en una cuestión crucial, a la vista de las graves violaciones que sufre este Derecho cada vez

¹ Hoy puede darse por superada la rígida distinción entre el Derecho de la Haya (regulación de la conducta de los beligerantes) y el Derecho de Ginebra (protección de las víctimas de la guerra), toda vez que, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, “esas dos ramas del Derecho aplicable en casos de conflicto armado han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se han convertido en un régimen complejo único, conocido actualmente como Derecho internacional humanitario” (párrafo 75 de la opinión consultiva). Ver sobre esta cuestión nuestro estudio sobre “Las relaciones entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 315-393; pp. 325-327.

que estalla la violencia bélica, y cualquiera que sea la naturaleza del conflicto. En una de sus resoluciones², la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 3-7 de diciembre de 1995) se mostró alarmada “por el desfase, cada vez mayor, entre los compromisos de índole humanitaria que contraen algunas partes en un conflicto armado y las prácticas profundamente inhumanas de esas mismas partes”. En la misma línea, el “Documento de Referencia” preparado por el C.I.C.R. para la XXVII Conferencia Internacional (Ginebra, 31 de octubre-6 de noviembre de 1999) señala que, aun siendo común a todas las áreas del Derecho internacional el problema de llevar a acciones las obligaciones jurídicas de los Estados, “hay, no obstante, un contraste particularmente marcado entre las normas altamente desarrolladas del Derecho humanitario, muchas de las cuales gozan de aceptación universal, y las reiteradas violaciones de estas normas en los conflictos en todo el mundo”³.

II. REGLAS SUSTANTIVAS Y MECANISMOS DE APLICACIÓN

2. En la doctrina, L. Condorelli ha puesto de relieve recientemente cómo en el Derecho internacional humanitario la expansión de las reglas de fondo, calificada de “modesta” por él mismo, se ha quedado corta en comparación con el desarrollo “muy considerable” de los medios orientados a asegurar la aplicación de aquellas reglas⁴.

Ciertamente, en el nivel de las reglas sustantivas, el Derecho internacional humanitario sigue precisando desarrollos adicionales que contribuyan a completar un conjunto normativo de por sí ya muy rico en cuanto a su contenido. Así, se ha destacado la necesidad de adaptar a las circunstancias actuales ciertos aspectos de este sector jurídico, como las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados en el mar, la identificación de los medios de transporte sanitarios, la protección especial debida a personas pertenecientes a categorías particularmente vulnerables, la regulación de la efectividad y el control de la prestación de asistencia humanitaria a las víctimas de la guerra, la prohibición o limitación de cier-

² Resolución n.º 2, “Protección de la población civil en periodo de conflicto armado”.

³ Documento de Referencia, Capítulo 1, 11.

⁴ L. Condorelli: “L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire”, en *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Pedone, París, 1998, pp. 127-133; p. 128.

tas armas, etc.⁵ A lo que hay que añadir la conveniencia de continuar esforzándose en extender la aplicación de las reglas contenidas en los Convenios de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977 a los conflictos armados internos, de acuerdo con una estimulante línea jurisprudencial abierta por el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia o con las disposiciones establecidas al respecto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en lo tocante a la tipificación de los crímenes de guerra (artículo 8, párrafo 2, c) y e) del Estatuto).

Ahora bien, en ese contraste advertido por L. Condorelli entre un desarrollo discreto del *law-making* y una evolución aparentemente mas amplia del *law-enforcement*, este autor, tras reconocer que a través de la creciente actuación de nuevos actores –sobre todo las Naciones Unidas– en la escena del Derecho internacional humanitario se han ido estableciendo diversos medios de control y seguimiento de la aplicación de las normas de este sector jurídico, no deja de advertir que sería una visión idílica de las cosas el sostener que el Derecho es bueno pero que por desgracia es poco respetado en la práctica: “La verdad –señala el citado autor– es que el Derecho internacional humanitario rehúsa organizar eficazmente su propia puesta en práctica (*mise en oeuvre*)”, y que la comunidad internacional, “quitando eventuales medidas selectivas y caso por caso, rehúsa hacer frente de manera sistemática al deber de asegurar el respeto de las reglas humanitarias”⁶.

A la vista de las atrocidades cometidas por las partes contendientes en el curso de los cerca de treinta conflictos armados que están teniendo lugar en nuestros días –casi todos ellos internos, si bien con riesgo de internacionalización en no pocos casos–, casi no nos queda otra salida

⁵ Ver en este sentido el estudio introductorio sobre “El control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados” de E. Orihuela Calatayud en el libro *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos* (edición a cargo de la propia autora), McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1-64; p. 57. Algunos de los aspectos mencionados por esta autora como necesitados de desarrollo ya han sido objeto de importantes iniciativas normativas, pudiendo citarse al respecto, en un plano no oficial, el Manual de San Remo sobre el Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados en el mar, y, en el terreno del Derecho convencional, textos de la relevancia del Protocolo facultativo a la Convención de 1989 sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, o de los Protocolos IV (armas láser o cegadoras) y II enmendado (minas, armas trampa y otros artefactos) a la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y de la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción.

⁶ L. Condorelli: trabajo citado, p. 133.

que darle la razón a L. Condorelli en su apreciación tan escéptica sobre el estado actual del Derecho. Y es que en definitiva no hay nada (tanto en el nivel de las reglas de fondo como en el de los instrumentos de garantía y control) que pueda sustituir a la voluntad política de los Estados soberanos.

Ello no exime, sin embargo, de seguir explorando vías por las cuales pueda fortalecerse progresivamente el respeto por los Estados y por otros sujetos internacionales (organizaciones internacionales involucradas en operaciones de paz, grupos armados rebeldes en conflictos internos) de los principios y normas del Derecho internacional humanitario, asegurando, sobre todo, a través de mecanismos institucionales operativos, que esos principios y normas sean efectivamente acatados.

III. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES PRECISAS POR VÍA CONVENCIONAL O CONSUECUDINARIA

3. En vista de esos objetivos, se hace necesario ante todo que los Estados consientan en quedar vinculados por dichos principios y normas.

Desde las instituciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, así como desde las Naciones Unidas, se viene insistiendo en la necesidad de que los Estados que todavía no lo han hecho se incorporen a los instrumentos convencionales básicos de Derecho internacional humanitario. Así pues, el Derecho de Ginebra y el Derecho de Nueva York concurren en el esfuerzo por conseguir una adhesión universal a esos instrumentos.

Esa exhortación a los Estados viene conduciéndose sobre todo a través de un diálogo constante del C.I.C.R. con los gobiernos concernidos. Por otra parte, la Conferencia internacional para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 30 de agosto-1 de septiembre de 1993) vino a reiterar la solicitud a todos los Estados de que no escatimen esfuerzos para examinar o volver a examinar, a fin de promover la universalidad del Derecho internacional humanitario, la posibilidad de ser partes en diversos instrumentos jurídicos subsiguientes a los Convenios de Ginebra de 1949. El interés del C.I.C.R. y de otros componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se centra sobre todo en los dos Protocolos adicionales de 1977, la Convención de 1980 sobre prohibicio-

nes o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales y sus cuatro Protocolos, la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional abierto a la firma en Roma en 1998 –que pese a no estar aún en vigor ya ha sido objeto, a 30 de noviembre de 2001, de 47 ratificaciones o adhesiones– y la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción.

4. Resulta perentoria, sobre todo, la incorporación a los dos Protocolos adicionales de 1977, por formar con los Convenios de 1949 (que ya han ganado casi vigencia universal al obligar formalmente a 189 Estados) el núcleo duro de la normativa del Derecho internacional humanitario. 159 y 151 Estados, respectivamente, han consentido hasta ahora en obligarse por los Protocolos I (conflictos internacionales) y II (conflictos sin carácter internacional). Durante la década de los 90 el proceso de incorporación a estos básicos textos convencionales –que refuerzan la protección de las personas y bienes civiles y recogen esenciales reglas sobre métodos y medios de combate procedentes del Derecho de La Haya– se ha enriquecido con la inclusión entre sus partes contratantes de Estados tan significados como Brasil, Colombia, Cuba (ratificación del Protocolo II en 1999), Egipto, Etiopía, Francia (ratificación del Protocolo I en 2001)⁷, Grecia (ratificación del Protocolo II en 1993), Irlanda, Kenya, Líbano, Lituania, Macedonia, Mongolia, Nicaragua, Panamá, Reino Unido, República Dominicana, Sudafrica, Venezuela, Zambia y Zimbabwe.

Quedan todavía, no obstante, fuera de los dos Protocolos o de uno de ellos diversos Estados, entre ellos Afganistán (I y II), Angola (II), Azerbaiján (I y II), República Democrática del Congo (II), Eritrea (I y II), Estados Unidos (I y II), Haití (I y II), India (I y II), Indonesia (I y II), Irak (I y II), Israel (I y II), Japón (I y II), Marruecos (I y II), México (II), Mozambique (II), Myanmar (I y II), Pakistán (I y II), Siria (II), Somalia (I y II), Sri Lanka (I y II) y Turquía (I y II). Bien por el peso específico de algunos de esos Estados, bien por haber atravesado o estar atravesando situaciones

⁷ Según se ha podido advertir, la incorporación de Francia en 1984 al Protocolo II tan sólo era un gesto diplomático que el gobierno francés hacía en un intento de compensar el efecto producido por su negativa a vincularse por el Protocolo I, oficialmente motivada por la “falta de consenso” sobre el problema de la disuasión nuclear. Ver en este sentido Ph. Bretton: “Actualité du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés”, en *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, cit., pp. 57-72; p. 61.

de conflicto bélico⁸, es de desear que en un futuro no lejano todos ellos se sumen a la lista de partes en ambos instrumentos, superando las dificultades de orden político que encuentran para ello. En cualquier caso, los Estados, apegados aún a una cierta concepción de la soberanía, no renuncian a seguir sintiéndose dueños de sus propias decisiones. Y así hemos podido apreciar cómo algunas delegaciones gubernamentales presentes en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja presionaron para que se cambiara el tenor del proyecto del “Plan de Acción” preparado por el C.I.C.R. para su discusión en la Conferencia, consiguiendo que en el objetivo final 1.3 se obviara la referencia expresa a los convenios específicos a los que se invitaba a los Estados a adherirse, y sustituyendo la frase “toman las medidas necesarias para ser partes en los mismos o contribuir a la realización de sus objetivos” por la menos comprometedora, por genérica y vaga, “estudian o vuelven a estudiar la posibilidad de adherirse a los tratados pertinentes concertados desde la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949”.

5. Una parte de las normas de Derecho internacional humanitario pertenece, sin duda, al Derecho internacional general o consuetudinario. Su identificación posee una gran trascendencia atendiendo, por un lado, a la posibilidad de considerar vinculados por ellas a los Estados que no son partes en los tratados que las recogen o incorporan, y, por otro lado, a la posibilidad de considerar aplicables a ciertas categorías de conflictos determinadas normas que por las razones que sean no han sido incorporadas en los instrumentos convencionales que los regulan (piénsese, así, en el reducido contenido normativo del Protocolo adicional II en contraste con el del bloque convencional de 1949 y el del Protocolo adicional I). En nuestra opinión, es sobre todo la conexión sustancial de ciertos principios y reglas del Derecho internacional humanitario con la protección de derechos básicos de los individuos o de las colectividades⁹ lo que explica su

⁸ En opinión de Ph. Bretton (loc. cit. en la nota precedente), basta con pensar en la situación interna de los Estados reacios a incorporarse al Protocolo II para comprender las razones de tal actitud.

⁹ En lo que respecta a los derechos colectivos en el contexto del Derecho internacional humanitario, se puede hacer referencia, entre otros aspectos, a la protección general de las poblaciones contra los efectos de las hostilidades (Título II –artículos 13 a 26– del cuarto Convenio de Ginebra, Sección I del Título IV –artículos 48 a 67– del Protocolo adicional I), a la condena de ciertas prácticas como las deportaciones o los traslados en masa de índole forzosa (artículo 49 del cuarto Convenio de Ginebra, artículo 85, párrafo 4, a) del Protocolo adicional I) a los fines de una política de “limpieza étnica”, a la prohibición de castigos colectivos (artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra, artículo 75, párrafo 2 del Protocolo adicional I), etc.

pertenencia al Derecho internacional general, sin que ello obste a la correlativa vigencia de esos principios y reglas a través de su inserción en textos convencionales que, como los cuatro Convenios de 1949 en relación con los conflictos armados internacionales (y, dentro de ellos, el artículo 3 común en relación con los no internacionales), han alcanzado aceptación universal.

Teniendo en cuenta que, dada esa aceptación universal de los Convenios de 1949, los mismos constituyen hoy la expresión de una *opinio iuris generalis* de los Estados, el interés debe centrarse en la identificación de aquellas disposiciones de los dos Protocolos adicionales de 1977 que pueden considerarse en la actualidad representaciones del Derecho internacional consuetudinario. En este sentido ha sido una buena idea el haber encargado al C.I.C.R. elaborar, con la asistencia de expertos que representen a distintas áreas geográficas y diversos sistemas jurídicos, y en consulta con gobiernos y organizaciones internacionales, un informe sobre las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales y de otra índole; aunque no se puede desconocer la dificultad de la tarea y la relatividad de sus resultados, teniendo en cuenta las dudas que pueden suscitarse en cuanto a la existencia de una posible práctica general, respaldada por una *opinio iuris* que puede presentarse incierta o poco clara, respecto de diversas reglas –incluidas algunas de tipo institucional, operacional o procesal– contenidas en los correspondientes tratados.

IV. “RESPETAR Y HACER RESPETAR”

A) LA OBLIGACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DE INCORPORAR Y APLICAR EN EL ORDEN ESTATAL EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

6. En orden a asegurar, en el doble plano internacional e interno, la efectiva aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario, tanto los cuatro Convenios de 1949 (artículo 1 común) como el Protocolo adicional I (artículo 1, apartado 1) enuncian el compromiso de los Estados partes de respetar y hacer respetar sus disposiciones en todas las circuns-

tancias¹⁰. Esta obligación incondicional (“en todas las circunstancias”) a cargo de los Estados partes en esos tratados de respetar y hacer respetar sus disposiciones significa que sobre cada Estado recae, por una parte, el deber de hacer todo lo posible para que dichas disposiciones sean respetadas por sus órganos y en general por el conjunto de personas sujetas a su jurisdicción, y, por otra parte, el deber de actuar de modo apropiado para conseguir que tales disposiciones sean observadas por todos, en particular por los demás Estados. Este último aspecto puede justificar en ciertos casos el emprender acciones colectivas. No en vano se ha dicho que si ciertos nuevos protagonistas de las relaciones internacionales han podido entrar en escena para garantizar el respeto de las reglas humanitarias, tal entrada se ha hecho pasando por la puerta del artículo 1 de los Convenios, convertido en un principio clave del Derecho humanitario¹¹.

7. Un aspecto básico de esta obligación genérica de respetar y hacer respetar las normas convencionales de Derecho internacional humanitario es la concreta obligación de proveer a la ejecución interna de las mismas, “nacionalizándolas”, esto es, convirtiéndolas en parte integrante del ordenamiento jurídico estatal¹². El C.I.C.R. viene insistiendo desde hace años en la necesidad de poner en pie en los distintos Estados “medidas nacionales de aplicación en tiempo de paz” de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales, necesidad encarecida, por lo demás, en sucesivas reuniones de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En

¹⁰ Si bien el Protocolo adicional II no contiene tal previsión, creemos que, al no hacer éste sino desarrollar y completar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949, la obligación de respetar y hacer respetar los Convenios se aplica por esta vía a los conflictos internos, extendiéndose a las distintas normas del Protocolo adicional II que desarrollan y completan dichos Convenios en este sector. Ver al respecto nuestro estudio “Consideraciones sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario, con especial referencia a su aplicación en el orden interno”, en *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1097-1113; p. 1099.

¹¹ L. Condorelli: trabajo citado, p. 129.

¹² Cfr. L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes: “Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet* (C. Swinarski, rédacteur), Genève-La Haye, 1984, pp. 17-35; p. 25. Estos autores advierten hasta qué punto las posibilidades de ver el Derecho internacional humanitario convenientemente respetado dependen de que los Estados respondan a su obligación de adaptar su propio Derecho interno a aquel Derecho, tanto más cuanto que la práctica demuestra lo poco que hay que esperar de los mecanismos internacionales de aplicación, que en los conflictos sobrevenidos a partir de la segunda guerra mundial apenas han sido utilizados (loc. cit., *ibid.*), excepción hecha –añadimos por nuestra parte– de las laudables intervenciones del C.I.C.R. con base en esa indeclinable iniciativa humanitaria que caracteriza a las diversas instituciones integrantes del Movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

este contexto, se ha tendido a poner especial énfasis en la conveniencia de adoptar y aplicar con rigor la legislación necesaria para que surta efecto la obligación de velar por que no quede impune quien cometa, u ordene se cometan, violaciones del Derecho internacional humanitario, concediéndose al respecto recíprocamente los Estados cuanta asistencia sea necesaria en juicios penales, incluido el suministro de pruebas judiciales e información de fuentes competentes, entre ellas los refugiados¹³. Del lado de las Naciones Unidas, la Asamblea General, en diversas ocasiones (así, la resolución 55/148 de 12 de diciembre de 2000), se ha adherido a la incitación proveniente de las instituciones de la Cruz Roja internacional –incitación que no queda confinada al aspecto de la represión de las violaciones, sino que se extiende a otros aspectos como la reglamentación de la utilización de los emblemas protegidos y la protección de los bienes culturales– para que los Estados apliquen del modo más efectivo posible en el plano nacional las normas del Derecho internacional humanitario por las que ellos mismos quedaron vinculados al incorporarse a los correspondientes instrumentos convencionales.

B) LA OBLIGACIÓN DE ADAPTAR LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA
A LAS PRESCRIPCIONES CONVENCIONALES REFERENTES A LA REPRESIÓN
DE LAS INFRACCIONES

8. Sin perjuicio de la responsabilidad que puede corresponder al Estado por la violación de obligaciones derivadas de reglas de Derecho humanitario¹⁴, tiende a cobrar cada vez más importancia la depuración de

¹³ Así consta en una de las recomendaciones, la VII, del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra reunido en Ginebra los días 23 a 27 de enero de 1995.

¹⁴ Los tratados de Derecho humanitario no se desentienden de la cuestión de la responsabilidad estatal, si bien sus disposiciones al efecto, en exceso genéricas (artículos 51, 52, 131 y 148, respectivamente, de los cuatro Convenios de 1949, artículo 91 del Protocolo adicional I), requerirían ulteriores especificaciones normativas. En todo caso, en orden a la dilucidación de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones graves del Derecho humanitario, no dejan de estar abiertas las vías tradicionales de conciliación o de arbitraje o la vía contenciosa ante la Corte Internacional de Justicia. En lo que a ésta se refiere, recuérdese la sentencia de 27 de junio de 1986 sobre el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, o los desarrollos procesales de los asuntos, aún *sub iudice*, originados por la reclamación introducida el 20 de marzo de 1993 por Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y por la demanda de Yugoslavia contra diez Estados miembros de la Alianza Atlántica presentada el 29 de abril de 1999.

Conviene advertir, por lo demás, que un mismo hecho internacionalmente ilícito puede suscitar la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual, una y otra situándose en planos diferentes y pudiendo ser exigibles ante foros diferentes. Ver al respecto el artículo 25, apartado 4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

una responsabilidad individual de carácter penal por conductas contrarias a ciertas exigencias éticas elementales, entre las que se hallan sin duda diversas violaciones del *ius in bello* (crímenes de guerra). Si bien excepcionalmente el Derecho internacional puede hacer funcionar un aparato coactivo propio para juzgar a los responsables de esas conductas –como en los casos de los dos tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda o de la proyectada Corte Penal Internacional–, no suele ir más allá de la definición de los tipos delictivos, asumida en su caso por la legislación penal interna, dejando la tarea de persecución y punición en manos de los Estados. Ello conlleva que, en tanto continúe privándose al Derecho penal internacional de una estructura supranacional, éste seguirá desarrollando su sistema de aplicación indirecta actual¹⁵, basado en la cooperación policial y judicial entre los Estados y en la necesidad de una justa ponderación de los distintos títulos de jurisdicción que puedan ser invocados en orden a la represión de aquellas conductas.

En el ámbito del Derecho humanitario, los Convenios ginebrinos establecen a cargo de los Estados partes la obligación de adoptar medidas legislativas para determinar las sanciones penales que han de aplicarse a quienes cometan o den orden de cometer infracciones graves contra los propios Convenios¹⁶. Por su parte, el Protocolo adicional I enuncia el deber de los Estados partes en él de reprimir las infracciones graves¹⁷ e incluye una significativa cláusula orientada a evitar que queden exonerados de responsabilidad (penal o, en su caso, disciplinaria) los superiores por infracciones de sus subordinados si aquéllos tuvieran conocimiento de la infracción y no tomaran las medidas a su alcance para impedir la o reprimirla¹⁸. Tanto los Convenios como el Protocolo consolidan la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos incorporando sendas cláusulas que responden al arraigado principio *aut dedere aut iudicare*¹⁹.

9. En el plano nacional, una responsabilidad especial en orden a asegurar la estricta aplicación de las reglas del Derecho internacional humanitario recae sobre los jefes militares, en el doble aspecto de la prevención y

¹⁵ Cfr. M.C. Bassiouni: *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional* (traducción, notas y anexo de J.L. de la Cuesta), Tecnos, Madrid, 1984, p. 85.

¹⁶ Artículo 49 del primer Convenio, 50 del segundo, 129 del tercero y 146 del cuarto (primer párrafo de todos ellos).

¹⁷ Artículo 85, apartado 1.

¹⁸ Artículo 86, apartado 2.

¹⁹ Artículo 49 del primer Convenio, 50 del segundo, 129 del tercero y 146 del cuarto (segundo párrafo de todos ellos); artículo 88 del Protocolo adicional I.

de la represión de las infracciones²⁰. Pero en el orden general es el Estado, es decir, el conjunto de las instituciones estatales, el responsable de velar por el respeto de esas reglas, lo que supone que al Estado en cuanto tal le corresponde, sobre todo a través de la actuación del legislador y de los órganos judiciales, la tarea de definir y reprimir las violaciones de dichas reglas. Desde la doctrina²¹ y desde el propio entorno del C.I.C.R.²² se ha subrayado el carácter inderogable de la obligación de los Estados de no dejar en la impunidad a los autores de crímenes internacionales pertenecientes a la categoría de *ius cogens*, entre los que sin duda se encuentran las calificadas de infracciones graves en los Convenios de 1949 y en el Protocolo adicional I: con respecto a ellos, las obligaciones de los Estados se cifrarían, *inter alia*, en el deber de enjuiciar o de extraditar, la imprescriptibilidad de los actos de este tipo, la exclusión de cualquier clase de inmunidad (incluido el nivel de jefes de Estado o de gobierno), la imposibilidad de argüir el principio de obediencia a las órdenes de un superior salvo para invocarlo como causa atenuante de responsabilidad penal, la inderogabilidad de estas obligaciones en estados de emergencia o la exclusión como excusa absolutoria de los intereses y necesidades de índole política, militar o nacional, la garantía del derecho de todo aquel contra el que se hayan incoado acciones

²⁰ Ver al respecto el artículo 87 del Protocolo adicional I. Cabe entender que las reglas contenidas en este precepto (y en el apartado 2 del artículo 86) son de igual aplicación en el contexto de los conflictos no internacionales, en los cuales los deberes de los jefes hay que entenderlos referidos a los jefes de todas las partes contendientes, incluidos, pues, los grupos armados de oposición. Por otro lado, y desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, se ha propuesto interpretar el artículo 91 del Protocolo (que declara responsable al Estado de los actos realizados por quienes forman parte de sus fuerzas armadas) en consonancia con otros del propio Protocolo y de los Convenios de 1949 a fin de extender la responsabilidad estatal a los actos realizados por personas no militares como los funcionarios de la administración civil; en este sentido S. E. Nahlik: "Le problème des sanctions en droit international humanitaire", en *Etudes et essais...*, op. cit. supra en nota 12, p. 471.

En lo que se refiere al Derecho español, las prescripciones internacionales sobre la especial responsabilidad de las autoridades castrenses han sido "interiorizadas" en diversos textos, entre ellos, la Ley Orgánica 4/1987 de competencia y organización de la jurisdicción militar, el Código Penal Militar de 1985, la Ley Orgánica 12/1985 sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 1978. Ver Estado Mayor del Ejército: *Orientaciones. El Derecho de los conflictos armados*, T. III, 1996, Capítulo 6.

²¹ Ver M.C. Bassiouni: "La represión de crímenes internacionales: *ius cogens* y *obligatio erga omnes*", en *Represión nacional de las violaciones del Derecho internacional humanitario (sistemas romano-germánicos)* (Informe de la reunión de expertos, Ginebra, 23-25 de septiembre de 1997), C.I.C.R., Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, s. f., pp. 29-55; pp. 29, 30.

²² Ver M. T. Dutli: "La represión, a nivel nacional, de las violaciones de las normas del Derecho internacional humanitario y los trabajos del Servicio de Asesoramiento del C.I.C.R.", en *Represión nacional...*, cit. en la nota precedente, pp. 23-28; pp. 24-25.

penales a consecuencia de esos actos a un juicio justo, el deber de facilitar la cooperación con otros Estados en lo concerniente a la asistencia judicial y la extradición, y la jurisdicción universal, principio éste que propicia la persecución y el castigo de los autores de las infracciones cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar donde el acto se perpetre.

Por desgracia, algunos de estos distintos aspectos de lo que deberían ser las obligaciones básicas de los Estados en lo que respecta a la punición de crímenes que van contra intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, no cuentan con un reconocimiento universal del que pudiera deducirse una *opinio iuris* general de los Estados. En este sentido se ha podido denunciar la existencia de una brecha entre la teoría del Derecho y la realidad jurídica, señalando cómo la práctica de los Estados evidencia que con harta frecuencia se concede impunidad a los crímenes de *ius cogens*, que el principio de la jurisdicción universal dista de ser reconocido y aplicado generalmente y que el deber de enjuiciar o extraditar recibe tan sólo una aplicación ocasional y no parece establecido salvo cuando se deriva de las obligaciones específicas de un tratado²³. Ello obedece a la barrera que la soberanía de los Estados sigue representando para una efectiva represión de las conductas aquí consideradas, lo que explica que a menudo las exigencias de la justicia se abandonan en aras de una solución política.

10. Respetar y hacer respetar el Derecho internacional humanitario implica, ante todo, dar ejecución en el plano interno a las reglas de ese Derecho a través de una actividad legislativa de adaptación, y, en segundo lugar, establecer por vía de acuerdo entre los Estados un sistema de cooperación judicial efectivo que, al amparo del principio *aut dedere aut iudicare* y ajustándose en lo posible a las pautas de la jurisdicción universal, excluya que los crímenes de guerra queden impunes²⁴. No obstante, y considerando los obstáculos que frenan los esfuerzos por hacer efectivas las obligaciones de los Estados en este terreno, el intento de instaurar una

²³ En este sentido Bassiouni en loc. cit. supra en nota 21, pp. 30-31.

²⁴ Se ha sugerido al respecto que, en lo que se refiere a las conductas contrarias al Derecho internacional humanitario, aquellos ordenamientos estatales que sólo hayan tipificado esas conductas como delitos cuando sean realizadas por los nacionales deberían ser completados para acomodarlos a la jurisdicción universal que de los Convenios de 1949 y del Protocolo adicional I se deriva; en este sentido E. Orihuela en el estudio citado supra en nota 5, p. 46. Ello sin perjuicio de añadir por nuestra parte que las infracciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados no internacionales deberían poder ser perseguidas a su vez en aplicación de la jurisdicción universal (tal vez con carácter potestativo y no obligatorio) sobre la base del Derecho internacional consuetudinario.

jurisdicción penal internacional de carácter permanente, complementaria respecto de la de los Estados, debe ser bien recibido y apoyado por la comunidad internacional. El efectivo ejercicio de esa jurisdicción, al igual que el de las jurisdicciones *ad hoc* ya creadas y en activo, requiere a su vez una actividad legislativa interna a través de la cual se organice la colaboración entre las autoridades nacionales y el tribunal o corte internacional, teniendo en cuenta la necesidad de identificar las instancias judiciales internas competentes para entrar en relación directa con dicho tribunal o corte, de regular el procedimiento que ha de seguirse cuando los tribunales nacionales sean requeridos de inhibición por la jurisdicción internacional, de establecer las condiciones de la detención y entrega de la persona inculpada así como del cumplimiento de las penas de privación de libertad en el territorio del Estado en caso de haber aceptado éste hacerse cargo del condenado a fines de ejecución de la sentencia, etc.²⁵

C) EL DEBER DE DIFUSIÓN

11. Conocer las reglas y hacérselas conocer a quienes deben aplicarlas en cada caso contribuye a garantizar su respeto y su correcta ejecución. Se trata, por otra parte, de un deber, de una obligación convencional a cargo de los Estados vinculados por los Convenios²⁶ y por los Protocolos²⁷. El compromiso de difusión presenta, como se ha dicho²⁸, un carácter absoluto (“tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra”), y el cumplimiento de la obligación correspondiente se proyecta en el cumplimiento de la que a nivel particular recae sobre los comandantes en relación con sus subordinados²⁹, previendo el Protocolo I, a fin de hacerla posible, la formación de personal cualificado³⁰ y de Consejeros jurídicos en las fuerzas armadas³¹.

En la resolución 21 (“Difusión del Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados”) aprobada en el seno de la Conferen-

²⁵ Estos y otros aspectos aparecen regulados en Derecho español en las dos Leyes orgánicas, 15/1994 de 1 de junio y 4/1998 de 1 de julio, para la cooperación con los Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente. Y, una vez ratificado por España (el 24 de octubre de 2000) el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se hace preciso elaborar un nuevo texto legal para la cooperación con la Corte que, *mutatis mutandis*, siga la línea de las dos mencionadas leyes orgánicas.

²⁶ Artículos 47, 48, 127 y 144, respectivamente, de los cuatro Convenios de 1949.

²⁷ Artículo 83 del Protocolo adicional I, artículo 19 del Protocolo adicional II.

²⁸ E. Orihuela: op. cit., pp. 8-9.

²⁹ Artículo 87, apartado 2.

³⁰ Artículo 6, apartado 1.

³¹ Artículo 82.

cia diplomática celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977 con vistas a la adopción de los dos Protocolos adicionales, se venía a invitar a los Estados a adoptar distintas medidas en orden a una difusión eficaz del Derecho internacional humanitario y de los principios fundamentales que constituyen su base (concebir y poner en práctica modalidades de enseñanza de este Derecho adaptadas a las condiciones nacionales, realizar en tiempo de paz la formación de un personal calificado apto para enseñar este Derecho y para facilitar su aplicación, intensificar su enseñanza en las universidades –facultades de Derecho, Ciencias Políticas y Medicina, entre otras– e introducirla en las escuelas secundarias o asimiladas)³².

La difusión en tiempo de paz conlleva, según disponen los textos convencionales, el compromiso de incorporar el estudio de dichos textos en los programas de instrucción militar y, hasta donde sea posible, civil, a fin de que los principios que están en su base sean conocidos por el conjunto de la población. Desde las instituciones de Cruz Roja se ha venido insistiendo en la necesidad de que los Estados elaboren y utilicen manuales sobre el Derecho de los conflictos armados como parte integrante de la formación militar, redoblen sus esfuerzos para impartir la enseñanza del Derecho internacional humanitario a instructores civiles y castrenses así como a los miembros de administraciones civiles, fuerzas armadas y fuerzas de seguridad (incluidos, en particular, quienes participen en operaciones de mantenimiento de la paz), sensibilicen a los medios de comunicación sobre la necesidad de que las reglas humanitarias sean respetadas en situaciones de conflicto, velen por la incorporación de estas reglas en los procedimientos operacionales de sus fuerzas armadas y de seguridad, y faciliten en lo posible las iniciativas del C.I.C.R. para que, en cooperación con las Sociedades Nacionales y la Federación Internacional, medios de comunicación, instancias religiosas y otras instancias equiparables, desarrolle maneras innovadoras de promover la aceptación del Derecho internacional humanitario y los principios de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por todas las partes involucradas en situaciones de conflicto armado³³.

12. Sin perjuicio de la relevancia de las actuaciones del C.I.C.R. y de la Federación Internacional en la labor de incitación de la actividad de los

³² Ver *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª edición, Ginebra, 1994, pp. 294-295.

³³ Ver, en esta línea, la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), la recomendación IV del Grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 1995), y el Plan de Acción (1, objetivo final 1.4) aprobado en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1999), entre otras iniciativas.

Estados en este terreno de la difusión, un lugar señalado en orden a vencer las posibles negligencias o pasividades estatales les está reservado a las Sociedades Nacionales de Cruz Roja, por su cercanía a las instituciones oficiales y su capacidad de diálogo con ellas. Por poner un ejemplo, en el caso español el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (C.E.D.I.H.) de la Cruz Roja Española, aparte de su apreciable labor de asesoramiento técnico, dirige en buena parte sus esfuerzos a la difusión y enseñanza del Derecho internacional humanitario, impartiendo cursos y seminarios (alrededor de 60 cada año) dirigidos a las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad del Estado, estudiantes universitarios, miembros de las instituciones de Cruz Roja y población en general. En los últimos años el Centro ha venido desarrollando, además, una importante labor de formación en Derecho humanitario de oficiales de ejércitos africanos y de Europa oriental. Por otra parte, profesores del Centro participan en cursos dirigidos a militares y policías destinados a misiones de paz de carácter internacional; y miembros de Cruz Roja han estado presentes en maniobras militares, teniendo así oportunidad de colaborar en la aplicación del Derecho Internacional humanitario en situaciones reales. A la vista de todo ello, la Cruz Roja Española se congratula, entre otras cosas, por haber extendido su labor de difusión al ámbito universitario, haber consolidado su acción divulgativa hacia las esferas castrenses y de seguridad del Estado, haber iniciado una interesante experiencia de participación en procedimientos operacionales, haber dado una proyección internacional a las tareas de difusión del Derecho internacional humanitario de su citado Centro de Estudios, y, ya en el terreno del asesoramiento, haber hecho propuestas legislativas para el desarrollo del Derecho internacional humanitario en la legislación española³⁴.

D) VARIEDAD DE LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN

13. Las medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional humanitario revisten, como ya dijimos, una importancia especial. No se

³⁴ Entre ellas, la propuesta que en 1995 condujo a la inserción en el Código penal de un nuevo capítulo relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Ver sobre este punto nuestra ponencia "Sanción de infracciones graves y violaciones del Derecho internacional humanitario: Modelo de la legislación española", en *Derecho internacional humanitario. Memoria del Seminario-Taller Internacional, Centro Capitolio, La Habana, Cuba, 9 al 11 de marzo de 1998*, C.I.C.R., Guatemala, 1998, pp. 191-217.

trata sólo de medidas legislativas situadas, por ejemplo, en el ámbito de la represión de las infracciones graves de ese Derecho (ver más arriba), sino de un vasto conjunto de medidas, administrativas y de ejecución material, que ya en tiempo de paz deben poner en práctica los Estados a fin de garantizar la adecuada protección de personas y bienes en situaciones de conflicto armado. Un somero examen del bloque normativo internacional relativo a la protección de los bienes culturales (Convención de 1954 y sus dos Protocolos) nos puede dar la pauta de las actuaciones estatales de distinta índole que se requieren para la correcta aplicación de las correspondientes reglas. Por su parte, la Convención de 1954 enuncia, entre otros, el compromiso de los Estados partes de preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado mediante las medidas que consideren apropiadas (artículo 3), y asimismo el compromiso de respetar esos bienes absteniéndose de utilizar los mismos, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado (artículo 4). De estos dos compromisos se desprenden diversas obligaciones, algunas que por obvias no se enuncian *expressis verbis* en la Convención (así, confeccionar un inventario completo de los bienes dignos de protección) y otras que vienen exigidas por sus disposiciones, como el cumplimiento de las condiciones relativas a los bienes bajo “protección especial” (artículo 8, sobre todo apartados 1-a) y 5), la adopción de medidas para la protección del emblema (artículos 6, 10, 16 y 17), la aplicación de sanciones (artículo 28), etc., aparte del deber de difusión (artículo 25) y de los deberes de carácter militar de introducir en las ordenanzas para uso de las tropas disposiciones destinadas a asegurar la observancia de la Convención y de establecer en el seno de las unidades militares servicios o personal especializado cuya función sea velar por el respeto de estos bienes (artículo 7). En lo que se refiere al segundo Protocolo de la Convención, adoptado en 1999 con vistas a reforzar las medidas de protección previstas en ella, precisando nociones como la de necesidad militar e incluyendo disposiciones nuevas sobre responsabilidad y represión de las infracciones, se refiere, por ejemplo, dentro de las disposiciones generales relativas a la protección de los bienes culturales, a una serie de “medidas preparatorias” que deberán traducirse en acciones aplicativas a nivel interno: preparación de inventarios, planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o derrumbamientos de estructuras, preparación del traslado de bienes culturales muebles o suministro en su caso

de una protección adecuada *in situ*, designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de estos bienes (artículo 5). Hay que lamentar el hecho de que, hasta ahora, sólo unos pocos Estados, de entre el centenar que se han incorporado a la Convención de 1954, han obrado con diligencia en la adopción de medidas –algunas tan poco gravosas como las de señalización de los bienes– en cumplimiento de sus obligaciones convencionales. A fin de corregir esta situación, el C.I.C.R., en colaboración con la UNESCO, organizó una reunión de expertos sobre la aplicación a nivel nacional de las reglas de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que tuvo lugar en Ginebra los días 5 y 6 de octubre de 2000 y cuyas deliberaciones servirán de base para la redacción de unas líneas directrices sobre la aplicación nacional de la Convención de 1954 y de sus dos Protocolos.

E) CONVENIENCIA DE CREAR “ÓRGANOS DE ANIMACIÓN”

14. A fin de impulsar la adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, los Estados deberían crear órganos de *ad hoc* cuyas funciones fueran, entre otras, asesorar a las autoridades públicas y coordinar las actuaciones de las distintas dependencias de la Administración en orden a la aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario así como a su difusión y su desarrollo. Sobre la base de reiterados llamamientos del C.I.C.R. en este sentido, más de sesenta Estados han tomado ya una iniciativa de este tipo. En tales órganos deberían incluirse no sólo representantes de diferentes Ministerios (Defensa, Cultura, Asuntos Exteriores, etc.), sino también miembros de organizaciones no gubernamentales, con la correspondiente Sociedad Nacional de Cruz Roja a la cabeza, y otros integrantes de la sociedad civil (sanitarios, expertos, representantes de las universidades y de otros centros de investigación).

V. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS

A) LOS MEDIOS DE CONTROL

15. Si bien es cierto que en orden a la aplicación del Derecho internacional humanitario no hay, según ya dijimos, nada que pueda sustituir a la voluntad política de los Estados, hay que reconocer que este sector normati-

vo cuenta con mecanismos concebidos para propiciar la ejecución de sus prescripciones. No es éste el momento de hacer un examen crítico de las instituciones y vías procesales establecidas en el marco del Derecho internacional humanitario para controlar en diverso grado el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los textos convencionales y del Derecho consuetudinario. Baste decir que los Estados vienen mostrándose remisos a servirse de los medios de control ideados por ellos mismos y puestos a su disposición por los tratados de Derecho humanitario a los que voluntariamente se han incorporado. Entre esas instituciones y vías procesales se cuentan la figura de las Potencias protectoras y de sus eventuales sustitutos, la Comisión Internacional de Encuesta creada con base en el artículo 90 del Protocolo adicional I, los procedimientos, previstos en los Convenios, de conciliación³⁵ y de encuesta³⁶, y, en lugar muy destacado, el C.I.C.R., verdadero custodio de la legalidad humanitaria al amparo del derecho convencional de iniciativa que con carácter comprensivo le otorgan los tratados y que él utiliza sabiamente a través de diversas actuaciones de verificación, asistencia y supervisión apoyadas en un diálogo constante con las autoridades (incluidos los jefes de los grupos rebeldes en los conflictos internos), en lo que bien podría calificarse de ejercicio de “diplomacia discreta”. Quitando, desde luego, el papel tan positivo del C.I.C.R., no puede decirse que los mecanismos institucionales y procesales generados por el Derecho convencional humanitario hayan funcionado. Habría, pues, que incentivar el recurso a las Potencias protectoras –confeccionando tal vez una lista de Estados dispuestos a aceptar en su caso tal función y susceptibles a su vez de ser aceptados por un amplio número de Estados–, y habría que activar el resorte de la Comisión Internacional de Encuesta, la cual, pese a contar ya con 60 declaraciones de Estados partes en el Protocolo adicional I reconociendo su competencia para proceder a una investigación, todavía no se ha estrenado, bien por haberse negado alguna de las partes contendientes a recurrir a ella (así, en el conflicto de Bosnia-Herzegovina), bien so pretexto del carácter no internacional del conflicto³⁷.

³⁵ Artículo 11 de los tres primeros Convenios, artículo 12 del cuarto Convenio.

³⁶ Artículos 52, 53, 132 y 149, respectivamente, de los cuatro Convenios.

³⁷ Piénsese en la cadena de conflictos que se desarrolló en la región de los Grandes Lagos, a pesar de las claras prolongaciones internacionales en algunos casos. Por parte del C.I.C.R. se ha destacado la disposición de la Comisión Internacional de Encuesta de actuar, siempre que las partes enfrentadas lo consientan, en relación con conflictos internos; pero no pocos Estados, escudados en el tenor literal del artículo 90 del Protocolo I, son contrarios a aceptar tal posibilidad. Ello quedó patente en los debates habidos en el seno del Comité de redacción de la XXVII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

16. Una exploración de nuevas vías para introducir resortes, por tenues que sean, en orden a controlar la conducta de los Estados en este terreno, podría encontrar apoyo jurídico en disposiciones como el artículo 7 del Protocolo adicional I, que prevé la posibilidad de que el depositario de éste convoque reuniones de los Estados partes para estudiar problemas relativos a la aplicación de los Convenios y del propio Protocolo, por más que se hace la salvedad de que se trate de “problemas generales”. En concreto se ha sugerido la posibilidad de instaurar un sistema de control basado en la remisión por los Estados de informes periódicos a un órgano *ad hoc* (tal vez el propio C.I.C.R.), en la línea de los sistemas ya existentes en el campo de la protección internacional de los derechos humanos. Los Estados, no obstante, parecen reacios a consentir incluso un mecanismo de control tan poco constringente, de modo que la alternativa podría ser la introducción de un procedimiento de examen voluntario sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario en el plano nacional por los Estados interesados, en la dirección de una propuesta presentada al efecto por la Cruz Roja Danesa en cooperación con el Grupo Europeo de Apoyo Jurídico³⁸. Entre tanto, se sigue insistiendo en la conveniencia de articular un sistema operativo de intercambio de información sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario³⁹ a la vez que se alienta a los Estados –a través de esos comités nacionales que puedan crearse en su seno o por otros conductos– a remitir información sobre legislación, jurisprudencia y medidas adoptadas o proyectadas al Servicio de Asesoramiento del C.I.C.R.⁴⁰.

B) LOS CONTROLES “EXTERIORES” Y LA APARICIÓN EN ESCENA DE NUEVOS ACTORES INTERNACIONALES

17. Una disposición convencional en el campo del Derecho internacional humanitario alude a la posibilidad de participación de una organización internacional en la tarea de velar por el respeto de los principios y reglas de este sector jurídico. Se trata del artículo 89 del Protocolo adicio-

³⁸ Cfr. Consejo de Delegados (Sevilla, 26-27 de noviembre de 1997), proyecto de resolución sobre “Aplicación nacional del Derecho internacional humanitario”, 7.

³⁹ Ver en este sentido el “Plan de Acción” aprobado en la XXVII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *sub* objetivo 1.3, párrafo 13 *in fine*. Los Convenios (artículos 48, 49, 128 y 145, respectivamente) y el Protocolo adicional I (artículo 84) contemplan en abstracto este cauce de cooperación interestatal.

⁴⁰ Ver el citado “Plan de Acción”, *ibid.*, párrafo 14.

nal I, que bajo la sugerente rúbrica “Cooperación”, dispone que en situaciones de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo los Estados partes en éste se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, *en cooperación con las Naciones Unidas* y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de un precepto que convoca a los Estados a cooperar entre sí y con la organización universal con vistas a la adopción de medidas colectivas para hacer frente a posibles violaciones graves del Derecho humanitario. En este sentido, llevan razón quienes sostienen que dicho precepto se sitúa más bien en el terreno de la sanción que en el del control, pues parece responder en efecto a una finalidad sancionadora que presupone que los controles puestos en práctica no han conseguido evitar las infracciones. No obstante, esa “cooperación” a la que el artículo 89 alude, abre la posibilidad de acciones muy variadas de los distintos órganos de las Naciones Unidas, algunas confinadas en el terreno del control y otras ubicadas ya en el de la sanción, incluido *in extremis* el recurso a la fuerza armada no contrario a la Carta de las Naciones Unidas. Esto último plantea la delicada cuestión de la justificación y la determinación de las condiciones y límites de la “intervención humanitaria”, en su doble faceta de intervención para hacer frente a violaciones graves, continuadas y masivas de los derechos humanos y del Derecho humanitario (por ejemplo, en los casos de genocidio o de otras prácticas de “limpieza étnica”) o de intervención para garantizar que la asistencia humanitaria a las víctimas de un conflicto armado llegue de modo expedito a su destino en aquellos casos en que las autoridades de una o varias de las partes contendientes obstaculicen por la fuerza la conducción de los socorros. No nos parece oportuno abordar aquí cuestiones como ésta, respecto de las cuales se suscitan problemas relativos al *ius ad bellum* aun cuando sea en conexión con la necesidad de garantizar el respeto de principios y reglas del *ius in bello*. Limitémonos a señalar, en la línea de las reflexiones de destacados representantes del C.I.C.R.⁴¹, que existe en Derecho internacional un derecho de las víctimas a recibir asistencia, que las partes contendientes no pueden rehusar arbitrariamente consentir el envío de socorros, y que la intervención armada con fines humanitarios, aunque a veces sea necesaria, no deja de ser un mal menor en situaciones extremas, pues es el resultado de un

⁴¹ Cfr. al respecto Y. Sandoz: “Límites y condiciones del derecho de intervención humanitaria. Derecho de intervención y Derecho internacional en el ámbito humanitario. Hacia una nueva concepción de la soberanía nacional” (ponencia presentada en la sesión pública de la Comisión de Asuntos Exteriores y Seguridad del Parlamento Europeo sobre el derecho de intervención humanitaria, Bruselas, 25 de enero de 1994).

doble fracaso, el de la solución pacífica de diferencias y, en lo que aquí nos interesa, el del Derecho internacional humanitario, cuya finalidad, en las guerras, es hacer que se apliquen las normas humanitarias sobre una base consensual, sin necesidad de recurrir a la fuerza⁴².

18. En todo caso, hay que constatar que las Naciones Unidas vienen llevando a cabo un vasto y variado conjunto de acciones al servicio de la causa del respeto de las reglas humanitarias, pudiendo decirse en este sentido que el Derecho de Nueva York –en cuyo marco se ha acuñado la expresión “respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”– ha venido en ayuda de los Derechos de Ginebra y La Haya, a partir sobre todo de la consideración de que ciertas situaciones de conflicto bélico en las que los derechos humanos y los principios humanitarios son objeto de graves violaciones, constituyen de por sí amenazas para la paz y la seguridad internacionales en los términos de los capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas. En otro lugar⁴³ hemos examinado los distintos aspectos de la contribución de la Organización Mundial al desarrollo progresivo y la aplicación del Derecho internacional humanitario (resoluciones, de naturaleza legislativa o política, de la A.G.N.U.; actuaciones de relatores especiales, grupos de trabajo y otros órganos en la esfera de los derechos humanos, con funciones de desarrollo de normas, de supervisión o de investigación de los hechos; buenos oficios, estudios y verificación a cargo del Secretario General; y, sobre todo, adopción de medidas muy variadas –creación de comisiones de investigación y de tribunales penales internacionales, presión sobre las partes contendientes para que respeten el Derecho humanitario, condena de las violaciones, despliegue de acciones coercitivas en casos extremos– por parte del C.S.N.U.). En relación con algunos de esos aspectos, se suele poner de relieve el riesgo de politización de la acción, lo que, no sin razón, ha llevado a excluir que la O.N.U. constituya el mecanismo ordinario de *mise en ouvre* del Derecho internacional humanitario, o que, en particular, el Consejo de Seguridad pueda funcionar como el medio corriente para asegurar el respeto de este Derecho en todas las situaciones, aun admitiendo la posibilidad de considerar

⁴² Ni que decir tiene que, desde la perspectiva del Derecho internacional general, deben rechazarse las acciones unilaterales de fuerza (de Estados individuales o de grupos o alianzas de Estados) que, aunque puedan responder a fines humanitarios, no estén ancladas en el sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas. Y, por otra parte, debe considerarse que toda intervención armada, independientemente de sus motivos, supone la estricta aplicación del Derecho internacional humanitario.

⁴³ Ver nuestro estudio citado supra en nota 1, especialmente pp. 369-384.

en circunstancias muy excepcionales su intervención como una especie de *ultima ratio*⁴⁴.

C) LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA “INTERNA”

19. Una cuestión pendiente para el Derecho internacional humanitario –o, más bien, para quienes lo construyen y aplican– es la regulación de los conflictos armados internos. Aun reconociendo las dificultades de orden político (sobre todo la renuencia de los gobiernos a aceptar la atribución a los grupos rebeldes de un estatuto jurídico-bélico de cierta entidad) en orden a proveer de una protección reforzada a quienes participan en las hostilidades en estos casos, razones éticas y jurídicas militan, creemos, en pro de extender a los conflictos internos, hasta donde sea posible, el régimen básico (reglas de los estatutos de combatiente y de prisionero de guerra, reglas sobre protección de las personas y bienes civiles contra los efectos de las hostilidades) previsto para los conflictos internacionales. Sin perjuicio de que una progresiva equiparación en el plano de la regulación positiva pueda abrirse paso a través de paulatinos desarrollos por vía consuetudinaria, hay que darle la razón al Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia cuando, en la decisión del 2 de octubre de 1995 de su Sala de Apelaciones en el caso *Tadic*, sostiene que “what is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife”⁴⁵. Desde sus propios presupuestos de acción, el C.I.C.R. viene contribuyendo, con sus indicaciones a los gobiernos para que respeten y apliquen en los conflictos internos diversas reglas codificadas para los conflictos internacionales, sobre todo en lo que se refiere al *status* de los prisioneros, a consolidar esa tendencia a la equiparación jurídica. Tendencia que, en el plano sociológico, encuentra hoy apoyo en el hecho de que, desde el punto de vista de la polemología, no resulta fácil seguir defendiendo la rígida dicotomía conflictos internacionales / conflictos sin carácter internacional, a los efectos de aplicación a unos y otros de reglas del juego diferentes. Una de las lagunas más ostensibles del Derecho humanitario en

⁴⁴ En este sentido, L. Condorelli en su citado trabajo en los *Mélanges Thierry*, pp. 130-131. Ver asimismo las consideraciones que a propósito del artículo 89 del Protocolo adicional I hace Ph. Bretton en su también citado trabajo en dichos *Mélanges*, pp. 69-70.

⁴⁵ Párrafo 119 de la decisión.

relación con los conflictos internos es la falta de previsión de resortes institucionales de garantía y control, según resulta patente en el terreno del *fact-finding*, que no cuenta en este tipo de conflictos con órganos y técnicas previstos para los internacionales en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I de 1977. Los órganos que en diversas organizaciones internacionales velan por el respeto de los derechos humanos pueden prestar en este aspecto una contribución positiva, al igual que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en el caso de conflictos internos que en su apreciación pongan en peligro la paz) y las jurisdicciones penales internacionales.

20. Está, en fin, esa zona gris constituida por las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores (sucesos de la plaza de Tiannamen, estallidos recurrentes de violencia en la India o en Argelia, conflicto de Chiapas), respecto de las cuales, y a falta de un proceso objetivo de calificación de la situación como conflicto armado o como simples actos esporádicos o discontinuos de violencia inferiores al umbral que permitiría aplicar las reglas del Protocolo II, los Estados pueden sentirse tentados a rebajar su nivel de respeto de los derechos humanos a ese núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse ni siquiera en situaciones excepcionales de peligro público, sin que por otra parte las garantías propias del Derecho humanitario –al menos las previstas para los conflictos armados internos– resulten aplicables⁴⁶. Ello aconseja que se haga un esfuerzo en seguir desarrollando el Derecho en este punto, a fin de añadir al núcleo duro de los derechos no derogables según el Derecho Internacional de los derechos humanos unas reglas mínimas *ad hoc* (sobre protección especial de personas pertenecientes a grupos vulnerables, protección de heridos, condiciones de privación de libertad, diligencias penales, etc.) que se acercasen al nivel protector asegurado por el artículo 3 común en el ámbito del Derecho internacional humanitario.

⁴⁶ Se ha indicado al respecto que, comparado a estas garantías, el núcleo duro de los derechos humanos carece en particular de reglas sobre protección y asistencia a los heridos, prohibición de las deportaciones, limitaciones al uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad y, sobre todo, garantías judiciales, con el riesgo, en este caso, de poder verse vaciado el derecho a la vida de una gran parte de su sustancia. En este sentido, M. Sassóli: “Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l’homme: Une comparaison”, en *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht/Annuaire Suisse de Droit International*, Vol. XLIII, 1987, p. 30. Ver asimismo T. Meron: “On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, en *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, 3, pp. 602-603.

VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN

21. A lo largo de su evolución, el Derecho internacional humanitario, igual que otros sectores del Derecho internacional, ha ido desarrollando reglas sustantivas, orientadas a regular la conducta de los beligerantes en cualesquiera situaciones de conflicto armado y a proteger a las víctimas de la guerra; y, por otro lado, ha venido pugnando por elevar sus niveles de eficacia mediante la creación de instituciones y procedimientos capaces de garantizar, en la mayor medida posible, la correcta aplicación de aquellas reglas.

A pesar de los logros alcanzados, existen todavía, a las puertas del III Milenio, vacíos jurídicos y carencias institucionales en el Derecho internacional humanitario. La superación de la situación presente depende en buena parte de la voluntad política de los Estados, pero no se debe pasar por alto la significación que en este orden de cosas tiene la difusión de las normas de este sector jurídico en el seno de las fuerzas armadas, de los cuerpos de seguridad del Estado y de la propia sociedad civil; para lo cual resulta necesaria la colaboración de las autoridades públicas, de las instituciones de enseñanza y de los diversos componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

El C.I.C.R. viene insistiendo en la necesidad de una adhesión universal a los instrumentos convencionales básicos del Derecho internacional humanitario, incluidos algunos relativos a la prohibición o la limitación del empleo de ciertos tipos de armas o a la instauración de mecanismos internacionales con capacidad para juzgar a personas responsables de la comisión de crímenes de guerra, como es el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Al mismo tiempo, el propio C.I.C.R., con base en las aportaciones de varios gobiernos y sociedades nacionales de Cruz Roja, se esfuerza en la actualidad en deducir de la práctica de los Estados la vigencia de ciertas reglas humanitarias en cuanto Derecho consuetudinario, es decir, con independencia de su formulación en textos convencionales como los Protocolos adicionales de 1977.

Pero, aparte de esa cuestión de la aceptación lo más amplia posible de las normas del Derecho internacional humanitario, está el aspecto crucial de la aplicación efectiva de dichas normas por parte de los Estados. Deberían reforzarse al respecto los mecanismos que propicien el seguimiento de las medidas estatales que vayan adoptándose en ejecución de las obligaciones convencionales contraídas (intercambio de información entre los gobiernos, cooperación con las Naciones Unidas en situaciones de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo adicional I, activación de procedimientos

como los de conciliación y encuesta previstos en los Convenios de 1949 o el contemplado en el artículo 90 del Protocolo adicional I). Debería incluso idearse la implantación de mecanismos nuevos de control, extraídos tal vez de la experiencia de los órganos que, en el seno de las Naciones Unidas o de ciertas organizaciones internacionales regionales, actúan en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos.

Las medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional humanitario revisten una importancia especial. No se trata sólo de medidas legislativas situadas en el ámbito de la represión de las infracciones graves de ese Derecho, sino de un vasto conjunto de medidas (administrativas y de ejecución material) que ya en tiempo de paz deben poner en práctica los Estados a fin de garantizar la adecuada protección de personas y bienes en situaciones de conflicto armado; ello resulta patente, por ejemplo, en la esfera de la protección de los bienes culturales cubierta por la Convención de 1954 y sus dos Protocolos.

Es indispensable, por otra parte, reconocer que ciertas pautas normativas de carácter humanitario recogidas en los textos convencionales vigentes, por basarse en la rígida dicotomía conflictos internacionales/conflictos sin carácter internacional, no responden a las realidades sociológicas que hoy apuntan en el ámbito de la polemología. Ello debería llevar a una relativización progresiva de la clásica distinción entre conflictos internos e internacionales a fin de aplicar a aquéllos un cuerpo de normas que garantice una protección de Derecho humanitario equiparable a la dispensada en el marco de la regulación de los conflictos de naturaleza interestatal. Por lo demás, la comunidad internacional debería esforzarse en establecer cauces normativos e institucionales que aseguren en situaciones de crisis una calificación objetiva del conflicto como conflicto armado, a los efectos de la constatación de su existencia en cada caso. Y, en lo concerniente a los supuestos marginales de “tensiones internas y disturbios interiores”, habría que seguir trabajando en la elaboración de unas reglas mínimas capaces de garantizar una protección humanitaria básica en tales situaciones que se caracterizara por su especificidad frente a las reglas procedentes del campo de los derechos humanos.

En vista de la deseada eficacia del sistema, habría, en fin, que promover en el interior de los Estados la creación de mecanismos e instituciones (asesores jurídicos de las fuerzas armadas, comisiones nacionales de carácter interministerial con participación de representantes de la sociedad civil, etc.) que fortalezcan la capacidad –y el interés– de adaptación de la política estatal a las exigencias del Derecho internacional humanitario.

EL SEGUNDO PROTOCOLO DE LA CONVENCIÓN DE 1954 PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO, HECHO EN LA HAYA EL 26 DE MARZO DE 1999

FERNANDO PIGNATELLI Y MECA

Coronel Auditor

Vicesecretario General Técnico del M. Defensa.

SUMARIO:

I. La revisión de la Convención de 14 de mayo de 1954. II. El Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999. 1. Consideraciones generales. 2. Análisis del capitulado. 2.1. Introducción. 2.2. Disposiciones generales. 2.2.1. Medidas en tiempo de paz. La salvaguardia y el respeto. 2.2.2. Medidas en tiempo de conflicto armado. Precauciones y protección de bienes culturales en territorio ocupado. 2.3. Protección reforzada. 2.4. Infracciones penales y ejercicio de la jurisdicción. 2.5. El ámbito temporal de aplicación. Los conflictos armados de carácter no internacional. 2.6. Cuestiones institucionales, medidas de ejecución y cláusulas finales.

I. LA REVISIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 14 DE MAYO DE 1954

Los principios inspiradores de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecha en La Haya el 14 de mayo de 1954, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), son, según resulta del párrafo cuarto del Preámbulo de este Instrumento, *los relativos a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, proclamados en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907* (artículos 27 de los Reglamentos Anejos a las Convenciones II, de 29 de julio de 1899 y IV, de 18 de octubre de 1907 y 5 de la Convención IX, de 18 de octubre de 1907) *y en el Pacto de Washington del 15 de abril de 1935*, también conocido como *Pacto Roerich*¹.

¹ Sobre esta cuestión, y, en general, la Convención de 14 de mayo de 1954, cfr., en detalle, GARCÍA LABAJO, Juan Manuel: “*La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado*”. Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, enero-junio de 1995, págs. 457 y ss.; cfr. SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: “*La protección de los bienes*

Según los artículos 2 y 9 de aquella Convención las Partes en ella adquieren básicamente, *en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos o más de las Altas Partes contratantes, aún cuando alguna de ellas no reconozca el estado de guerra, así como en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de*

culturales en tiempo de guerra". Cuadernos de difusión interna del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Oficina Central de la Cruz Roja Española, Madrid, 1987; cfr. NAHLIK, Stanislaw: "Protección de los bienes culturales", en "Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario". Instituto Henry Dunant, Editorial Tecnos, S.A. y UNESCO, Madrid, 1990, págs. 203 a 213; cfr. DÍEZ DE VELASCO, Manuel: "Instituciones de Derecho Internacional Público". Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, págs. 843 y 844 (Capítulo XLIII, redactado por CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol); cfr. DE LA CALZADA, M.: "La protección jurídico-internacional del patrimonio cultural en caso de guerra". Revista de Estudios Políticos, núm. 63, págs. 141 a 182; cfr. EUS-TATHIADES, Constantin Th.: "La protection des biens culturels en cas de conflit armé et la Convention de La Haye du 14 mai 1954". Études de droit international, 1929-1959, tome III, Éditions Klissiounis, Atenas, 1959, págs. 393 a 524; cfr. VERRI, Pietro: "La suerte de los bienes culturales en los conflictos armados". Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 68, marzo-abril de 1985, págs. 67 a 85.

Sobre los antecedentes de la protección que han recibido durante los conflictos armados los bienes culturales y la evolución histórica de las normas de derecho internacional concernientes a la misma, cfr. TOMAN, Jiri: "La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention et du Protocole de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que d'autres instruments de droit international relatifs à cette protection". Collection Patrimoine mondial, Éditions UNESCO, 1994; cfr. BOYLAN, Patrick: "Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)", UNESCO (CLT-93/WS/12), París, 1993, págs. 23 a 47; cfr. CARCIONE, Massimo: "La protezione dei Beni Culturali prima della convenzione dell'Aja", en "La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità". Società Italiana per la Protezione dei Beni Culturali, Fondazione Europea Dragàn, Milano, 1997, págs. 49 a 56; cfr. FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, José Luis: "El Derecho de los conflictos armados". Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, págs. 705 a 719; cfr. NAHLIK, Stanislaw E.: "Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé". Recueil des cours de l'Académie du droit international de La Haye, vol. 120, 1967-I, págs. 65 a 163.

Sobre la influencia en la Convención de las "non natae" Reglas de la guerra aérea o "Proyecto de Código para la reglamentación de la guerra aérea" elaborado por la Comisión de Juristas reunida en el Palacio de la Paz de La Haya entre diciembre de 1922 y febrero de 1923, siguiendo el encargo que al efecto se había formulado en la Conferencia de Washington de 1922, cfr. HANKE, Heinz Marcus: "Reglamento de La Haya de 1923 sobre la guerra aérea: contribución al desarrollo de la protección que el derecho internacional otorga a la población civil contra los ataques aéreos". Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 115, enero-febrero de 1993, págs. 12 a 45.

Sobre la protección de los bienes culturales muebles, cfr. FRIGO, Manlio: "La protezione dei Beni Culturali mobili e il diritto internazionale", en "La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità", ob. cit., págs. 57 a 79. Sobre la noción, y los efectos en orden a la protección, de la "necesidad militar", cfr., NAHLIK, Stanislaw, ob. cit., págs. 209 y 210; cfr., TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 164 a 170; cfr. ROUSSEAU, Charles: "Le Droit des Conflits Armés". Éditions A. Pedone, París, 1983, pág. 133.

una Alta Parte contratante aún cuando esa ocupación no encuentre ninguna resistencia militar, las obligaciones de *salvaguardia* y *respeto* de los bienes culturales y de garantizar, cuando se trate de bienes culturales colocados bajo protección especial, la *inmunidad* de éstos, quedando las Partes en la Convención obligadas por la misma aún cuando uno de los Estados que intervengan en el conflicto no sea Parte en ella², y previéndose, para el caso de *conflicto armado que no tenga carácter internacional* y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, que cada una de las Partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de la Convención relativas al *respeto* de los bienes culturales, a la vez que procurarán poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de la Convención o parte de ellas³.

Consta la repetida Convención de un Preámbulo, de un texto con un total de cuarenta artículos y de un Reglamento para su aplicación que forma parte integrante del tratado y que contiene, a su vez, otros veintiún artículos más.

Al tiempo que la Convención, en 1954 se concluyó un Protocolo para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado por el que las Partes en él adoptan el compromiso tanto de *impedir la exportación* de los bienes culturales de un territorio ocupado por ellas, como de *colocar bajo secuestro* los bienes de tal índole importados en su territorio que procedan, directa o indirectamente, de territorio ocupado y *garantizar la devolución* de los mismos al término de las hostilidades a las autoridades

Sobre las disposiciones relativas a la protección de bienes culturales y lugares de culto en los conflictos armados no internacionales, cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli: “*Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*”. Ediciones Universidad de Salamanca, 1992, Capítulo VI, págs. 121 y 122; cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli: “*La regulación jurídica internacional de los conflictos armados sin carácter internacional*”. Oficina Autónoma de la Cruz Roja de Cataluña, Barcelona, 1992, págs. 125 y ss.

Sobre la Conferencia Diplomática sobre el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, celebrada en La Haya del 14 al 26 de marzo de 1999, y, en general, sobre el *Proyecto de Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954* de febrero de 1999, cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, en “*Uno Scudo Blu per la salvaguardia del patrimonio mondiale*”. Società Italiana per la protezione dei Beni Culturali. Fondazione Europea Dragàn, Edizioni Nagard, Milano, 1999, págs. 81 a 116; cfr. FERRARI, Giuliano: “*L'applicazione della Convenzione dell'Aja a livello internazionale e le problematiche della revisione*”, en “*Uno Scudo Blu per la salvaguardia del patrimonio mondiale*”, ob. cit., págs. 117 a 120.

² Cfr. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel, ob. cit., pág. 459.

³ *Ibidem*, pág. 459; cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 74, 75 y 159 a 161.

competentes del territorio anteriormente ocupado, y que ahora, según el artículo 1 k) del Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, pasa a denominarse *Primer Protocolo*.

Resulta palmario que desde la adopción de la Convención el 14 de mayo de 1954 han acontecido múltiples, flagrantes y, en ocasiones, gravísimos casos de infracción de sus disposiciones con motivo del más de un centenar de conflictos armados acaecidos en diversas regiones del mundo desde entonces. En tales conflictos, especialmente en los habidos en la última década del siglo pasado en la región europea de los Balcanes como consecuencia de la desmembración de la estructura estatal unitaria de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia y en la región del Golfo a consecuencia de la invasión de Kuwait por Irak, se ha puesto de manifiesto la *insuficiencia* del articulado de la Convención de 1954 para prevenir los ataques, saqueos y destrucciones de los bienes culturales⁴; por otra parte, el escaso número de bienes inscritos, a petición de los Estados, en el *Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial* previsto en el artículo 8 del tratado de mérito, había alertado, ya en tiempo de paz, sobre la precariedad del estado de aplicación de éste, que, por otro lado, no ha alcanzado el número de ratificaciones de que han sido objeto los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o los propios Protocolos de 8 de junio de

⁴ Para una visión de la afectación de los bienes culturales como consecuencia del conflicto habido en Bosnia-Herzegovina, cfr. PEDONE, Agostino: “*Bosnia: l'intervento militare italiano*”, en “*La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità*”, ob. cit., págs. 38 y 39; cfr. MANISCALCO, Fabio: “*Itinerari artistici perduti*”, en “*La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità*”, ob. cit., págs. 40 a 45. En el mismo sentido, y por lo que afecta a Croacia, cfr. MUZAR, Marinka: “*Prospettive di ricostruzione dei Beni Culturali in Croazia*”, en “*La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità*”, ob. cit., págs. 123 a 134. Respecto a la antigua Yugoslavia, en general, cfr. Informaciones sobre la aplicación de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, Informes de 1995, UNESCO, págs. 8, 9, 24 a 27 (Croacia) y 43 a 46 (República Federativa de Yugoslavia -Serbia y Montenegro-). Por lo que atañe a la Segunda Guerra del Golfo, cfr. SAPORETTI, Claudio: “*I Beni Culturali nella guerra del Golfo*”, en “*La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità*”, ob. cit., págs. 115 a 121 ; cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie: “*Nuevas normas para la protección de los bienes culturales durante un conflicto armado*”. Revista Internacional de la Cruz Roja, núm.151, septiembre de 1999, pág. 104. “*La eficacia de la Convención de 1954 se convirtió en materia de preocupación general a comienzos de los años noventa, durante la segunda guerra del Golfo y la guerra de la antigua Yugoslavia*”; cfr. Informaciones sobre la aplicación de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, Informes de 1995, UNESCO, págs. 7 y 8. En relación con el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán por la región de Nagorno-Karabaj, cfr. Informaciones sobre la aplicación de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, Informes de 1995, UNESCO, pág. 9.

1977, Adicionales a aquéllos⁵, lo que no permite, en modo alguno, otorgarle el carácter de normativa consuetudinaria aplicable en los conflictos armados que, para los de carácter internacional, sí han alcanzado los Convenios de Ginebra de 1949, constituyendo buena prueba de esta falta del requisito de la *opinio iuris sive necessitatis* el texto de los subapartados ix) y xiii) del apartado b) y iv) y xii) del apartado e), ambos del artículo 8.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de 17 de julio de 1998⁶.

A la vista de ello, el Gobierno de los Países Bajos decidió, en 1991, aportar una revisión de la Convención de 1954 como parte de su contribución al decenio del derecho internacional humanitario de las Naciones Unidas, lo que movió a la UNESCO a encargar y financiar, junto al Gobierno holandés en cuanto fuerza impulsora del proceso, *una revisión de los objetivos y el funcionamiento de la Convención y del Protocolo, con miras a identificar medidas para mejorar su aplicación y eficacia y definir si sería o no necesaria una revisión de la Convención, mediante, quizás, un Protocolo adicional* ⁷.

Se emprendió así, en consecuencia, un proceso de mejora del régimen jurídico internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, a partir de una primera reunión de expertos celebrada en La Haya en julio de 1993, seguida posteriormente de nuevas reuniones de expertos (Lauswolt –Holanda– del 9 al 11 de febrero de 1994, París en noviembre de 1997 y Viena del 11 al 13 de mayo de 1998) y de otras de los Estados Partes en la Convención (París, 13 de noviembre de 1995 y 24 al 27 de marzo de 1997), e, incluso, en el ámbito interno europeo, reuniones de concertación a nivel comunitario y de la Unión Europea (Houtem –Holanda– en 1998 y Berlín y Londres a principios de 1999). Culminación de estos trabajos fue la convocatoria por parte de la

⁵ Hasta abril de 2001 la Convención ha sido ratificada por un total de 100 Estados y, en la misma fecha, el Primer Protocolo lo había sido por 83 Estados. España ratificó la Convención mediante Instrumento de Ratificación de 7 de julio de 1960 (BOE número 282, de 24 de noviembre de 1960) y se adhirió al Protocolo mediante Instrumento de Adhesión de 26 de junio de 1992 (BOE número 178, de 25 de julio de 1992), entrando en vigor respecto a nuestro país el 7 de octubre de 1960 y el 26 de septiembre de 1992, respectivamente.

⁶ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 83 y 84; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”. Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000, págs. 305 a 308, 314 a 316, 367 y 368 y 378 a 380.

⁷ Cfr. BOYLAN, Patrick, ob. cit., pág. 19.

UNESCO de una Conferencia Diplomática sobre el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que, organizada por el Gobierno del Reino de los Países Bajos, tuvo lugar en La Haya del 14 al 26 de marzo de 1999⁸.

II. EL SEGUNDO PROTOCOLO DE 26 DE MARZO DE 1999

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Fruto de los trabajos de la Conferencia Diplomática fue la adopción, por consenso, de un tratado internacional cuya denominación oficial es la de *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, llevando, de acuerdo con lo prevenido en su artículo 40, la fecha del 26 de marzo de 1999, en que fue aprobado por el Pleno de la Conferencia Diplomática, si bien no se abrió oficialmente a la firma hasta el 17 de mayo siguiente, durante la celebración de una ceremonia oficial en La Haya en el marco de las celebraciones del Centenario de la Primera Conferencia Internacional de la Paz⁹, habiendo sido firmado en dicha fecha por veintisiete Estados,

⁸ Sobre los antecedentes, en detalle, del proceso de revisión, cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 84 a 90; cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 104 y 105.

Para el Proyecto del Orden del Día de la Conferencia Diplomática, cfr. Doc. HC/1999/2, de febrero de 1999; para el Proyecto de Reglamento Interno de la Conferencia Diplomática, cfr. Doc. HC/1999/3, de febrero de 1999; para la sinopsis de las exposiciones relativas al Proyecto de Segundo Protocolo recibidas de las Altas Partes Contratantes en la Convención de 1954, de otros Estados miembros de la UNESCO y de Organizaciones Internacionales, cfr. Doc. HC/1999/4, de enero de 1999 (Addenda a dicha exposición sinóptica, cfr. Doc. HC/1999/4/Add.1, de marzo de 1999).

⁹ Cfr. UNESCO Doc. HC/1999/7, 26 de marzo de 1999. La razón del lapso temporal que transcurrió entre la fecha que lleva el Protocolo y la de su apertura a la firma por los Estados fue debida, además de la indicada de hacerla coincidir con el Centenario de la Primera Conferencia Internacional de la Paz, a que los idiomas de trabajo de la Conferencia Diplomática fueron exclusivamente el inglés y el francés, alegándose para ello razones presupuestarias, que finalmente prevalecieron pese a las intensas gestiones desarrolladas por las representaciones ante la UNESCO de los países de habla española; pero, en el curso de la Conferencia Diplomática, se consiguió que, a tenor de su artículo 39, el Segundo Protocolo esté redactado también en español, como texto auténtico, junto a los demás oficiales de Naciones Unidas, a saber, árabe, chino, francés, inglés y ruso, lo que obligó a preparar posteriormente en la sede de la UNESCO, en París, antes de la apertura a la firma del Protocolo, las traducciones del inglés y del francés a esas otras cuatro lenguas cooficiales. La

entre ellos España, que lo hizo *ad referendum*, quedando a partir de entonces abierto a la firma de todos los Estados Partes en la Convención hasta el 31 de diciembre de 1999, siendo sometido, según su artículo 41, a la ratificación, aceptación o aprobación por las Altas Partes contratantes que lo hayan firmado, y, según su artículo 42, a la adhesión del resto de las Altas Partes Contratantes a partir del 1 enero de 2000, siendo depositario el Director General de la UNESCO.

A primeros del año 2001 han firmado ya el Segundo Protocolo un total de treinta y nueve Estados; en cualquier caso, será necesario para su *entrada en vigor*, según sus artículos 41 y 43, el depósito ante el Director General de la UNESCO de *veinte Instrumentos* de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una vez que se hayan llevado a cabo aquellas por los Estados signatarios conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales internos¹⁰, debiendo producirse la entrada en vigor tres meses después de aquel depósito; para los Estados que ratifiquen, acepten, aprueben o se adhieran al Segundo Protocolo una vez que se haya producido su entrada en vigor, ésta se producirá tres meses después de que hubieren depositado el respectivo Instrumento. Para las *situaciones de conflicto armado*, ya sea de carácter internacional o sin él, el artículo 44 del Instrumento que se analiza prevé, por obvias razones tuitivas de los bienes culturales afectados, que *surtan efecto inmediato* las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones del Segundo Protocolo depositadas por las Partes en conflicto con independencia de que el depósito se haya efectuado antes o después de haberse iniciado las hostilidades o la ocupación; sería conveniente, dada la importancia de las disposiciones del Segundo

pretensión de que el texto final del Segundo Protocolo estuviera redactado, tan solo, en francés e inglés, resultaba intolerable e inconcebible, ya que si tanto la Convención (artículo 29) como el Primer Protocolo (párrafo último) están hechos, también, en español y ruso, sería ilógico que el Instrumento que viene ahora a adicionar o complementar a aquella no apareciera redactado, cuando menos, en los mismos idiomas oficiales; sobre esta concreta cuestión, cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 109 y 110.

¹⁰ En su reunión de 19 de enero de 2001 el Consejo de Ministros adoptó un acuerdo por el que se aprueba la firma *ad referendum* del Segundo Protocolo y se dispone su remisión a las Cortes Generales a efectos de lo previsto en el artículo 94.1 de la Constitución, previos los informes de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores de 17 de noviembre de 1999, de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa de 16 de diciembre de 1999, de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales del Ministerio de Educación, Ciencia y Deportes de 28 de diciembre de 1999, dictamen del Consejo de Estado de 29 de junio de 2000 e informe del Ministerio de Justicia de 20 de diciembre de 2000. Ha sido ratificado por España el 6 de julio de 2001.

Protocolo, que sus prescripciones fueran aplicadas por las fuerzas armadas de los Estados que lo ratifiquen cuando éstas tomen parte en operaciones de paz, incluso *anticipadamente a la entrada en vigor* del Instrumento de mérito, es decir, aun cuando éste no haya entrado efectivamente en vigor por no haberse alcanzado el número de veinte ratificaciones necesario, lo que permitiría interiorizar *ex ante* la convicción de la operatividad del tratado de que se trata.

Consta este Segundo Protocolo de un total de cuarenta y siete artículos, número superior incluso al de la propia Convención, lo que permite advertir lo sustancial de la mejora adicionada por este nuevo texto convencional al vigente régimen jurídico internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Técnicamente no se trata, sin embargo, de una revisión de la Convención de 1954. En el artículo 39 de esta última se estableció, en su día, un complicado procedimiento de revisión de la misma y de su Reglamento, fundamentado sobre la base del consenso entre las Partes y la unanimidad en sus decisiones, de tal manera que las modificaciones que pretendieran introducirse únicamente entrarían en vigor si fueran aceptadas por todos y cada uno de los Estados Partes en la Convención, bastando en consecuencia la oposición, o, incluso, la simple inacción, de uno sólo de ellos para frustrar todo el proceso revisorio.

Durante el proceso de revisión se mantuvieron abiertas *cuatro opciones sobre la técnica de modificación* de tratados que debía emplearse para reformar la Convención de 1954. Consistía la primera en enmendar la Convención, si bien su inconveniente era que cualquier enmienda requeriría la aprobación unánime de los Estados Partes en aquélla, lo que resultaba prácticamente imposible, dada la arriscada actitud, sobre todo, de los anglosajones, cuya reluctancia a una inmunidad absoluta en caso de conflicto armado no ya de todos los bienes culturales sino, incluso, de los de importancia más grande, ha constituido, tradicionalmente, la verdadera amenaza para la incolumidad de tales bienes; la segunda opción era la aprobación de una Convención nueva e independiente, lo que habría requerido negociaciones sustanciales, con la desventaja de crear dos sistemas separados, por lo que esta opción nunca se consideró realmente; la tercera consistía en la aprobación de un Protocolo que tuviera por objetivo la revisión de la Convención, pero ello hubiera requerido, igual que en la primera, unanimidad; la cuarta opción, que finalmente fue la que prevaleció, propugnaba que el nuevo tratado fuera un Protocolo adicional que no modificara en modo alguno

la Convención de 1954, sino que la complementara y fuera aplicable únicamente a los Estados que la ratificaran¹¹.

Es por ello por lo que se ha optado por dar a este nuevo Instrumento la forma de un Protocolo *de carácter adicional o complementario, no modificativo*. De manera que el Segundo Protocolo parte del respeto al contenido de la Convención, el cual deja íntegramente en vigor, sin entrañar derogación alguna del mismo, disponiendo al efecto su artículo 2 que “*complementa a la Convención en lo relativo a las relaciones entre las Partes*”; lo que significa que su alcance se limita a establecer un nivel más alto de protección para los bienes culturales con respecto al régimen establecido en la Convención, desarrollando y mejorando su contenido, pero sin oponerse ni contravenir en nada el tenor de sus preceptos, tal y como se señala en el párrafo segundo de su Preámbulo, a cuyo tenor las Partes reiteran “*la importancia de las disposiciones de la Convención*” de 1954, “*haciendo hincapié en la necesidad de completar esas disposiciones con medidas que refuercen su aplicación*”¹².

Este procedimiento de adopción de un Protocolo de carácter adicional resulta amparado jurídicamente por el artículo 24 de la Convención de 1954, que permite la concertación entre las Partes de “*acuerdos especiales sobre cualquier cuestión que juzguen oportuna*”, con tal de que no disminuyan la protección ofrecida por el texto de aquélla a los bienes culturales; pero, en último extremo, y con carácter general, puede basarse, a nuestro juicio, en el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que permite a las Partes en un tratado multilateral “*celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas*”, si, como acontece en este supuesto por mor del anteañudido artículo 24, “*la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado*”, puesto que se exige, para ello, que la modificación “*no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes corresponden en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones*” y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la conse-

¹¹ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 106. “*Los Protocolos de 1977 adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sirvieron de precedente muy útil. En consecuencia, se hicieron todos los esfuerzos para garantizar que cada disposición del Segundo Protocolo fuera, en efecto, adicional a la Convención de 1954*”.

¹² *Ibidem*, pág. 106. “*El Segundo Protocolo es adicional a la Convención de 1954, que sigue siendo el texto de base. Sólo los Estados que hayan ratificado la Convención de 1954 podrán ser Partes en el Segundo Protocolo*”.

cución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto, lo que es el caso¹³.

De acuerdo con lo prevenido en los artículos 40, 41.1 y 42.1, en relación con el artículo 1.d), todos ellos del Segundo Protocolo, y habida cuenta de la naturaleza adicional o complementaria de este Instrumento, sólo podrán llegar a ser Partes en el mismo los Estados que ya lo sean en la Convención, únicos para los que se abre aquél a la firma y posterior ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, en su caso; y, naturalmente, con carácter meramente facultativo para ellos, que quedan enteramente libres de obligarse o no por este nuevo tratado. En cambio, un Estado que no sea Parte en la Convención no podrá ser tampoco Parte en este Segundo Protocolo; no obstante lo cual, establece el artículo 3.2 que las Partes en éste seguirán obligadas por él en sus relaciones recíprocas aunque otro Estado con el que se hallen en conflicto armado no sea Parte en el Segundo Protocolo, e igualmente aplicarán las prescripciones de dicho Instrumento si el Estado Parte en el conflicto no obligado por el Segundo Protocolo acepta sus disposiciones, y durante todo el tiempo que este último Estado las aplique.

En el Preámbulo del Segundo Protocolo se explicitan *las tres líneas axiológicas que inspiran el contenido fundamental* de este Instrumento. Consiste la primera en ofrecer a las Partes en la Convención de 1954 *una mejora de la protección de los bienes culturales* en caso de conflicto armado, a la vez que “*establecer un sistema reforzado de protección para bienes culturales especialmente designados*”; es la segunda facilitar a las Partes en aquella Convención “*un medio para participar más estrechamente en la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado mediante el establecimiento de procedimientos adecuados*”, es decir, una estructura administrativa *ad hoc*; y, finalmente, la tercera encierra la pretensión de que “*las reglas que rigen la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado deberían reflejar la evolución del derecho internacional*”, evolución que, fundamentalmente, y por lo que concierne a dicha cuestión, se plasma, en los artículos 52, 53, 57 y 58 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, ello sin perjuicio de afirmarse que “*las reglas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las*

¹³ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 92. “... no se trata aquí de modificar la Convención de 1954, sino de, con asunción del completo bloque normativo que esta constituye, aumentar y mejorar, facultativamente, el nivel de protección y los procedimientos para el logro de ésta”.

cuestiones no reguladas en las disposiciones del presente Protocolo”, integrándose tales reglas por las contenidas en el artículo 27 del Reglamento Anejo a las Convenciones de la Haya II, de 29 de julio de 1899 y IV, de 18 de octubre de 1907.

El cuerpo del Segundo Protocolo, integrado por su articulado, aparece dividido sistemáticamente en Capítulos, ordenados del 1 al 9, intitulados “*Introducción*” (artículos 1 a 4), donde se contienen las definiciones de los términos comunes utilizados en el Segundo Protocolo y las reglas relativas a su ámbito de aplicación y su relación con la Convención, a las que ya nos hemos referido anteriormente; “*Disposiciones generales relativas a la protección*” (artículos 5 a 9); “*Protección reforzada*” (artículos 10 a 14); “*Responsabilidad penal y jurisdicción*” (artículos 15 a 21); “*Protección de los bienes culturales en los conflictos armados de carácter no internacional*”, que consta de un solo artículo, el 22; “*Cuestiones institucionales*” (artículos 23 a 29); “*Difusión de la información y asistencia internacional*” (artículos 30 a 33); “*Aplicación del presente Protocolo*” (artículos 34 a 38); y “*Cláusulas finales*” (artículos 39 a 47), cuyo contenido, en lo fundamental también, ya hemos referido, al tratar sobre las cuestiones relativas a las lenguas, firma, ratificación y entrada en vigor.

2. ANÁLISIS DEL CAPITULADO

2.1. INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica “*Introducción*”, el Capítulo 1 contiene, en su artículo 1, un elenco de *definiciones de términos* que, posteriormente, se utilizan a lo largo del articulado, algunas de las cuales constituyen verdaderos *conceptos normativos*; si bien la mayoría no ofrece novedad alguna, las contenidas en los párrafos f) y g), atinentes a las definiciones de *objetivo militar e ilícito*, sí resultan ser algo más que una mera remisión a la Convención, el desarrollo de un acrónimo o la definición de conceptos elementales del derecho de los tratados.

La definición de *objetivo militar* que se contiene en el párrafo f) del artículo 1, a cuyo tenor por aquél “*se entenderá un objeto que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuye eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrece en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*”, no figuraba en el

Proyecto de febrero de 1999¹⁴; en esta definición se ha tenido en cuenta el concepto normativo ya acuñado en el artículo 52.2 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977¹⁵, si bien la sustitución de la disyuntiva “o” que se utiliza en este último por la copulativa “y” que se viene ahora a introducir en la definición del párrafo f) de este artículo 1, resulta, a nuestro juicio, *muy elogiable* (con independencia de que la redacción del párrafo de mérito fuera adoptada de propósito u obedezca, como nos tememos a la vista de las deficiencias de redacción que presenta el texto del Segundo Protocolo, a la poca meticulosidad y a la falta de rigor con que se condujo la Conferencia Diplomática), puesto que, a tenor de la misma, a la contribución eficaz a la acción militar ha de unirse la ventaja militar definida que ofrece la destrucción, captura o neutralización, doble requisito de estimación inexcusable para entender, en cada caso, concurrente este elemento objetivo normativo, lo que implica una mayor exigencia, y dificultad, para apreciar la existencia de un objetivo militar, y convalidar un ataque contra el mismo, a diferencia de lo que ocurre con la definición que ofrece el artículo 52.2 del Protocolo I, a tenor de la cual basta la concurrencia de una cualquiera de ambas circunstancias de contribución eficaz o de ventaja militar para hallarnos ante un objetivo militar, facilitando, así, la posibilidad de desencadenar el ataque.

Ya se ha dicho que el artículo 2 resulta fundamental para llegar a comprender cuales son los criterios de relación del Segundo Protocolo con la Convención de 1954¹⁶, a la que viene a implementar.

2.2. DISPOSICIONES GENERALES

Bajo la rúbrica “*disposiciones generales relativas a la protección*”, el Capítulo 2 arbitra, en los cinco preceptos que lo integran (artículos 5 a 9), una serie de medidas tuitivas en relación a los bienes culturales, a adoptar tanto en tiempo de paz como en caso de conflicto armado.

2.2.1. Medidas en tiempo de paz. La salvaguardia y el respeto

Conforme al artículo 2 de la Convención de 1954 las dos obligaciones fundamentales que entraña el régimen general de protección de los bienes culturales son la *salvaguardia* y el *respeto* de los mismos.

¹⁴ Cfr. Doc. HC/1999/1/Rev. 1, de febrero de 1999.

¹⁵ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 91.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 91 y 92.

En virtud del artículo 3 de la Convención de 1954 las Partes en ella “*se comprometen a preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas*”, sin concretarlas; se concibe, pues, la salvaguardia como una genérica obligación de hacer que comprende un conjunto de medidas positivas que cada Parte ha de adoptar, ya desde tiempo de paz, con respecto a los bienes culturales situados en su propio territorio¹⁷.

No señala, sin embargo, la Convención qué medidas concretas han de adoptarse para preparar la protección de los bienes culturales en previsión del estallido de un conflicto armado, sino que se deja por completo la cuestión a la voluntad soberana y a las posibilidades técnicas y económicas de cada Estado.

En el artículo 5 del Segundo Protocolo se ha tratado de brindar una mayor claridad a este respecto, suministrando *ejemplos específicos* de medidas concretas, de gran importancia práctica para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que deben tomarse en tiempo de paz¹⁸. Viene así dicho precepto a concretar, con carácter meramente ejemplificativo o de *numerus apertus*, como resulta del empleo de la frase “*en su caso*”, tales medidas preparatorias de salvaguardia, las cuales han de estar ya preparadas *en tiempo de paz*, lo que resulta de todo punto deseable, porque el frecuente carácter súbito y repentino que adquiere el surgimiento de los conflictos armados a partir de la segunda mitad del pasado siglo muestra bien a las claras que lo que no esté ya preparado anteriormente difícilmente podrá organizarse y llevarse a efecto con garantías de éxito una vez iniciadas las hostilidades. Las medidas que, en enumeración no exhaustiva, se señalan en el aludido artículo 5 son “*la preparación de inventarios, la planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o el derrumbamiento de estructuras, la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada in situ de esos bienes y la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales*”.

La primera de las medidas preparatorias a la que se refiere este precepto del Segundo Protocolo es de tipo *organizativo* y consiste en la *preparación de inventarios* de los bienes culturales. El listado, descripción o catalogación de los bienes es una labor que, por su prolijidad y compleji-

¹⁷ Cfr. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel, ob. cit., pág. 464; cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 76 a 83.

¹⁸ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 106 y 107.

dad, no parece susceptible de llevarse a cabo con las debidas garantías tras el rompimiento de las hostilidades, por lo que, obviamente, ha de estar ya realizada en tiempo de paz; constituye una medida que puede servir en tiempo de conflicto armado para diversos fines protectores de los bienes, tales como prevenir su expolio o su exportación ilícita, facilitar la devolución de los mismos al término de las hostilidades, posibilitar su eventual reconstrucción o restauración, etc., ello sin perjuicio de proporcionar a las fuerzas contendientes información relativa a la existencia y ubicación de los bienes con el fin de garantizar la efectividad del cumplimiento de la obligación de respeto.

Se contemplan también en este precepto medidas de tipo *material*, bien de *carácter arquitectónico* por lo que se refiere a los bienes inmuebles, consistentes en la *planificación de medidas de emergencia* para la protección contra incendios o el derrumbamiento de estructuras, bien de *carácter técnico* por lo que se refiere, en concreto, a los bienes culturales muebles, consistentes en la *preparación del traslado* de bienes culturales de tal índole o la adopción de una *protección adecuada in situ* de los mismos. En relación con el traslado de bienes culturales fuera de las zonas expuestas a sufrir daños en el curso de las operaciones militares, debe recordarse las disposiciones contenidas en el Capítulo III de la Convención de 1954, completadas en este punto por las del artículo 17 de su Reglamento, concernientes a los traslados de bienes culturales una vez ya iniciado el conflicto, disposiciones que quedan del todo inalteradas, al no referirse para nada a ellas el Segundo Protocolo.

Finalmente, el artículo 5 del Segundo Protocolo se refiere a una medida de tipo *institucional*, consistente en la *designación de autoridades competentes* que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales. Se trata de una medida de nuevo cuño, conforme a la cual cada Estado deberá, con arreglo a su propia normativa y organización internas, proceder a la designación de las autoridades competentes en esta materia de salvaguardia en tiempo de paz de los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado, autoridades que podrían ser tanto de índole propiamente estatal como autonómica, provincial o local.

Naturalmente, para hacer efectiva la protección de los bienes culturales también se requieren recursos financieros y conocimientos técnicos¹⁹, para lo que el artículo 29 del Segundo Protocolo dispone la creación de un *Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto*

¹⁹ *Ibidem*, pág. 107.

Armado, Fondo que se constituirá con carácter de *fondo fiduciario* de conformidad con las disposiciones del Reglamento Financiero de la UNESCO, y sus recursos solo se utilizarán, de acuerdo con el artículo 23.3 c), con arreglo a las orientaciones que proporcione el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado que se crea por el artículo 24 y para los fines que dicho Comité decida, especificándose en el artículo 29.4 los recursos de que constará²⁰; aunque algunos Estados propugnaron en la Conferencia Diplomática que las contribuciones fueran obligatorias, dicha propuesta fue finalmente rechazada²¹, integrándose tales recursos por las contribuciones voluntarias aportadas por las Partes, las contribuciones, donaciones o legados aportados por otros Estados (obviamente no Partes en el Segundo Protocolo), la UNESCO u otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales y organismos públicos o privados y particulares, los intereses que devenguen los recursos del Fondo, los fondos recaudados mediante colectas e ingresos procedentes de actos organizados en beneficio del mismo y cualesquiera otros recursos autorizados por las orientaciones proporcionadas por la Reunión de las Partes para la utilización del Fondo por el Comité.

Los *finés* del Fondo son, según el artículo 29.1 a) y b), conceder ayuda financiera o de otra clase tanto en apoyo de medidas preparatorias o de otro tipo que se hayan de adoptar en tiempo de paz para salvaguardar un bien cultural o colocarlo bajo protección reforzada o para difundir el Segundo Protocolo como en relación con medidas de emergencia y medidas provisionales o de otro tipo que se hayan de adoptar con miras a la protección de los bienes culturales en periodos de conflicto armado o de reconstrucción inmediatamente posteriores al fin de las hostilidades con arreglo, según se indica con carácter meramente ejemplificativo, a lo que se señala en el artículo 8 a) respecto al alejamiento de bienes culturales muebles de las proximidades de objetivos militares o al suministro *in situ* de protección adecuada.

Mientras las medidas preparatorias para salvaguardar los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado se adoptan en tiempo de paz, según se ha visto, las actuaciones, negativas o positivas, en que se materializa la obligación de respeto de tales bienes resultan exigibles y, en consecuencia, adquieren virtualidad, una vez ya *desencadenadas*

²⁰ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 106 y 107.

²¹ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 107.

las hostilidades efectivamente, afectando tanto al Estado en cuyo territorio se hallen situados los bienes y que, por consiguiente, ejerce jurisdicción sobre ellos y es titular de los mismos a efectos de su protección en caso de conflicto armado, como a la Parte adversa a éste. A tenor de lo prevenido en el artículo 4 de la Convención de 1954, la de respeto se configura como una obligación de *contenido plural*, que si bien se integra, fundamentalmente, por deberes de abstención, o no hacer, respecto de los bienes culturales, comporta también algún deber de índole positiva, o de actuación, en relación con aquellos.

Entre la serie o elenco de actos prohibidos en que se materializa la obligación de abstención en que, fundamentalmente, se concreta el deber de respeto de los bienes culturales, el primero, y quizá primordial, aunque no el único, de todos ellos es el deber fundamental que, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del aludido artículo 4 de la Convención, pesa sobre las Partes en conflicto de *garantizar la neutralidad* de los bienes culturales, es decir, su permanencia al margen de aquel, sin interferir en las operaciones militares ni proporcionar ventaja a ninguno de los contendientes. Se impone así, en primer término, a la Parte en cuyo territorio se hallen los bienes, el deber de abstenerse “*de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado*”. Se trata, en realidad, de la proscripción de la utilización del bien para fines que, directa o indirectamente, puedan ser considerados militares y lo conviertan, por tanto, en un objetivo militar. Un ejemplo de ello es el que proporciona el párrafo 3 del artículo 8 de la Convención de 1954 en relación con los *centros monumentales* definidos en el artículo 1 c) de la misma, a tenor del cual “*se considerará que un centro monumental está siendo utilizado para fines militares cuando se emplee para el transporte de personal o material militares, aunque sólo se trate de simple tránsito, así como cuando se realicen dentro de dicho centro actividades directamente relacionadas con las operaciones militares, el acantonamiento de tropas o la producción de material de guerra*”.

La segunda prohibición en que se concreta o que integra el deber de garantizar la neutralidad de aquellos bienes consiste en abstenerse “*de todo acto de hostilidad*”, respecto de los mismos, comprendiéndose, dentro del mandato prohibitivo, cualquier clase de acción u operación que implique el uso de la fuerza contra dichos bienes, en un sentido análogo al que tiene la expresión “*ataques*”, acuñada, con posterioridad a la Convención de 1954, por el Protocolo I Adicional de 1977, cuyo artículo 49.1 los

define como “*los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos*”.

En definitiva, el deber de garantizar la neutralidad de los bienes culturales, en cuanto núcleo fundamental de la obligación de respeto contenida en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, significa, básicamente, que una Parte no puede utilizar los bienes culturales para fines militares ni la otra atacarlos²².

Sin embargo, la propia Convención admite, según resulta, *a sensu contrario*, del tenor del párrafo 2 del artículo 4 de la misma, que una y otra Parte puedan dejar de cumplir sus obligaciones respectivas “*en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento*”. Es decir, que el deber de observancia o cumplimiento de dichas obligaciones puede ceder ante las necesidades militares que surjan de manera vinculante u obligada para las Partes en conflicto, necesidades que, en razón o por causa de su carácter absoluto, pueden permitir a estas últimas ya utilizar esos bienes para fines militares, ya atacarlos; y todo ello en razón o por causa de la invocación de esa necesidad militar *imperativa* que la Convención contempla sin definir de ninguna manera, constituyendo así un *concepto jurídico indeterminado*, y cuya concurrencia determinará una causa de justificación de la conducta de la Parte que, en base a ella, incumpla su obligación de respeto de los bienes culturales, utilizándolos para fines militares o lanzando un ataque contra ellos.

El *principio de la necesidad militar* es la expresión de una regla frecuente en las normas del derecho internacional de los conflictos armados, en virtud de la cual se atribuye a los beligerantes la facultad de dejar de observar un precepto jurídico que ampara a las personas o bienes protegidos cuando sea ello imprescindible para el cumplimiento de la misión; bien entendido que dicho principio tiene un *carácter taxativo*, de manera que únicamente puede justificar la conducta contraria a la norma cuando ésta así lo permita expresamente.

Dejando aparte lo que, cual se ha visto, respecto a los bienes culturales protegidos en caso de conflicto armado dispone el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención de 1954, en relación con los bienes u objetos mate-

²² Cfr. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel, ob. cit., pág. 465; cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 84 a 100. Afirma el autor, respecto a la necesidad militar imperativa, que “*certes, cette dérogation garantit la relative liberté des Parties. Mais elle constitue simultanément un important affaiblissement tant de l’engagement de ne pas exposer les biens à une destruction ou à une détérioration que de l’abstention de tout acte d’hostilité à l’égard de ces biens*”.

riales protegidos el principio de la necesidad militar aparece expresado tanto en el artículo 23 G) del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anejo a las Convenciones de La Haya II, de 29 de julio de 1899 y IV, de 18 de octubre de 1907, que prohíbe “*destruir o apoderarse de las propiedades enemigas, excepto los casos en que estas destrucciones o apropiaciones sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra*”, como en el artículo 53 del Convenio IV de Ginebra de 1949, que, en caso de ocupación, prohíbe a la Potencia ocupante “*destruir bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a organismos públicos, y a agrupaciones sociales o cooperativas, salvo en los casos en que tales destrucciones las hicieren necesarias las operaciones bélicas*” y, finalmente, en el artículo 54.5 del Protocolo I Adicional de 1977, que, “*habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión*”, viene a justificar la política de tierra quemada, al admitir que “*una Parte en conflicto podrá dejar de observar*”, dentro de ese territorio nacional que se encuentre bajo su control, las prohibiciones de “*atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego*”, en el supuesto o “*cuando lo exija una necesidad militar imperiosa*”.

La Convención de 1954 adopta en su artículo 4.2 la noción de *necesidad militar imperativa*, establecida, hasta entonces, cual se ha señalado, como tope aplicable a la conducción de hostilidades por las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y el Convenio IV de Ginebra de 1949, debido a que no había muchos otros límites establecidos aplicables a la conducción de hostilidades y a la circunstancia de que algunos documentos que habían identificado tales límites no habían logrado convertirse en derecho convencional vinculante²³, constituyendo una de las metas de la Conferencia Diplomática de 1999 conferir un contenido a la noción de necesidad militar imperativa, con miras a concretar el significado y efecto de lo que venía constituyendo un concepto jurídico indeterminado.

²³ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 108 y 109. Afirma el autor que es el caso del artículo 24 de las Reglas de La Haya sobre la guerra aérea de 1922-1923, a cuyo tenor “*el bombardeo aéreo sólo es legítimo cuando va dirigido contra un objetivo militar, es decir, un objetivo cuya destrucción total o parcial sea, para el beligerante, una clara ventaja militar*”.

Redactada a la vista de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, en la que, con el hoy impensable beneplácito de la opinión pública, se consideraba aceptable atacar ciudades enteras, la Convención de 1954 procura proteger los bienes culturales de valor, si bien tal enfoque quedó superado a partir de que el artículo 52 del Protocolo I Adicional de 1977, tras proclamar, en su apartado 1, que “*los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias*” y que “*son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2*”, preceptúa, en este último, que “*los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares*”, objetivos que define con mayor claridad y selecciona más cuidadosamente, al añadir que “*en lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o inutilización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*”²⁴; este enfoque, según el cual los bienes culturales son, generalmente, bienes civiles y, como tales, no deben ser atacados, no pudiendo ser objeto de ataque mas que si se convierten en objetivo militar, constituye una *evolución* del derecho internacional que ofrece una respuesta más clara al interrogante de cuando puede atacarse los bienes culturales, por lo que, ineluctablemente, había de ser tenido en consideración en una mejora de la Convención de 1954 como la que pretende el Segundo Protocolo, dado que, en el curso de la Conferencia Diplomática de 1999 que lo suscribió, incluso por algunos Estados no Partes en el Protocolo I de 1977 (como Estados Unidos, Turquía y la India) se vino a confirmar que aquella definición del artículo 52.2 tiene carácter de *derecho consuetudinario*²⁵.

La definición de objetivo militar que se contiene en el referido artículo 52.2 del Protocolo I Adicional aparece integrada, con carácter mixto alternativo, por *dos elementos o criterios*, bastando, como, con anterioridad se expresó, la concurrencia o apreciación de tan solo uno cualquiera

²⁴ *Ibidem*, pág. 110. Esta definición de objetivo militar “*fue uno de los mayores logros de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (CDDH) –convocada por el Gobierno suizo en 1974–, que el 8 de junio de 1977 aprobó el Protocolo adicional I*”; cfr. PILLOUD, Claude y PICTET, Jean: “*Article 52. Protection générale des biens de caractère civil*”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*”. “*Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*”. Comité International de la Croix-Rouge. Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, págs. 645 a 655.

²⁵ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 110 y 111.

de ellos para constituir el concepto de mérito. Tales elementos son, en primer término, la naturaleza, la ubicación, la finalidad y la utilización del objeto o bien, siendo suficiente con que uno cualquiera de tales extremos o circunstancias, tal y como resulta del empleo de la disyuntiva “o”, contribuya eficazmente a la acción militar; en segundo lugar, la condición de objetivo militar concurrirá en aquel objeto cuya destrucción, total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida, bastando, igualmente, que la ventaja militar concreta, delimitada o precisa, en las circunstancias concomitantes al supuesto fáctico en relación o respecto al que la misma se pondere, derive, con carácter mixto alternativo a la vista del empleo de la disyuntiva “o”, ya de la destrucción, en todo o en parte, ya de la captura, ya, finalmente, de la neutralización del bien u objeto de que se trate²⁶.

Por el contrario, y en razón de lo expuesto, la definición de objetivo militar que se contiene en el artículo 1 f) del Segundo Protocolo de 1999 no coincide, a nuestro juicio, con el concepto del artículo 52.2 del Protocolo I Adicional de 1977, ya que aquí la Conferencia Diplomática llevó a cabo un auténtico *desarrollo* de esta última norma del derecho internacional humanitario, en nuestra opinión *muy afortunado*, siempre que no se intente desvirtuar por medio de las reservas. En efecto, cual antes se señaló, se exige ahora (si bien, como no podía ser de otra forma, solo a los efectos del Segundo Protocolo) para apreciar la condición de objetivo militar que antes de proceder a la destrucción, total o parcial, toma o neutralización, del objeto, concurren en el mismo, de manera *acumulativa*, dos criterios o elementos que tienen que ver con la *naturaleza, ubicación, finalidad o utilización de los bienes* y con la *ventaja militar que se pretende alcanzar* con su destrucción, total o parcial, captura o neutralización²⁷, debiendo cualquiera de las primeras ser tal que *contribuya eficazmente a la acción militar*, mientras que la ventaja militar definida que pueda alcanzarse en las circunstancias del caso ha de venir ofrecida, alternativamente, ya por la *destrucción total o parcial*, ya por la *captura*, ya por la *neutrali-*

²⁶ Cfr. PILLOUD, Claude y PICTET, Jean: “Article 52. Protection générale des biens de caractère civil”, ob. cit., pág. 651. “La définition comprend deux éléments: a) la nature, l’emplacement, la destination, l’utilisation, qui apportent une contribution effective à l’action militaire; b) la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation, qui apportent en l’occurrence un avantage militaire précis. Dès le moment où ces deux éléments sont, en l’occurrence, réunis, on a affaire à un objectif militaire au sens du Protocole”.

²⁷ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 111. “Estos criterios tienen tanta claridad como pudo negociarse durante la CDDH y son bastante estrictos”.

zación del bien. La obligatoriedad de que concurren conjuntamente ambos criterios o elementos para que pueda predicarse de un bien cultural el carácter o condición de objetivo militar contra el que puede lanzarse un ataque, implica una obvia restricción con respecto a lo estipulado en el Protocolo I Adicional de 1977 y un auténtico progreso en orden a la protección de los bienes culturales.

La noción de objetivo militar, como tal, incorpora la idea de *necesidad militar*, de forma que una vez que un bien adquiere aquel carácter puede ser destruido, tomado o capturado o neutralizado, salvo en ciertos casos, lo que significa reconocer la necesidad militar de atacar determinados bienes en el contexto de un conflicto armado en razón de constituir objetivos militares²⁸.

Históricamente, el concepto de necesidad militar no ha limitado de manera significativa, dada su ambigüedad, la forma de conducir la guerra. Si la delicuescente noción de *necesidad militar imperativa* no puede constituir una limitación efectiva a la conducción de las hostilidades, dado que, en general, las cuestiones para las que se aceptan cláusulas discrecionales basadas en la necesidad militar son las que no se puede reglamentar, es lo cierto que las cuestiones no reglamentadas constituyen, precisamente, un ámbito propicio para la evolución del derecho.

Un tal *desarrollo o evolución*, consistente en acotar el concepto de necesidad militar imperativa, se introduce en el Segundo Protocolo, al restringir su aplicación y virtualidad legitimadora de la utilización militar de los bienes culturales o del ataque contra los mismos a los casos expresamente previstos en los párrafos a) y b) del artículo 6 de este nuevo Instrumento y a condición de que se cumplan, además, los requisitos también expresamente establecidos en el señalado precepto. En definitiva, se redimensiona el concepto de necesidad militar, pues se trata de precisar los contornos de aquel concepto jurídico indeterminado, a fin de otorgar *seguridad jurídica* a la protección de los bienes culturales, superando la *anomia* en que, hasta ahora, se desenvolvía la apreciación de la necesidad militar justificativa de la derogación de los compromisos tuitivos de los mismos.

De las prescripciones contenidas en los aludidos párrafos a) y b) de este artículo 6 cabe deducir, en resumen, que sólo podrá llevarse a cabo una derogación del derecho-deber de respeto de los bienes culturales invocando una necesidad militar imperativa, ya sea para *dirigir un acto de hos-*

²⁸ *Ibidem*, pág. 111.

tilidad contra un bien cultural que, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar, no existiendo otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrezca el hecho de lanzar un ataque contra el bien de que se trate, ya sea para *utilizar* un bien cultural con una finalidad que pueda exponerlo a la destrucción o al deterioro cuando y durante todo el tiempo en que resulte imposible elegir entre esa utilización del bien cultural y otro método factible para obtener una ventaja militar equivalente, cuando se trate de *obtener con ello* (es decir, con el ataque o con la utilización) *una ventaja militar que resulte imposible lograr en la práctica de otra manera, por no existir ningún otro método factible ni ninguna otra alternativa*; con todo lo cual se quiere objetivar la concurrencia de la necesidad militar imperativa, poniendo de relieve el carácter real de la imperatividad, es decir, de la obligatoriedad, de la necesidad militar, justificativa bien de la utilización, bien del ataque, o, en su caso, de ambos.

En definitiva, el núcleo del *respeto* se centra ahora en el tenor, *a contrario sensu*, del artículo 6 a) i) del Segundo Protocolo, de conformidad al cual solo cuando la función del bien cultural transforme a éste en un objetivo militar podrá aquél ser objeto de ataque.

La *función* que se dé al bien cultural equivale o consiste en la *utilización del mismo por su titular*, de forma activa, en los términos del artículo 53 b) del Protocolo I Adicional de 1977, es decir, en el hecho de manejar, usar, dar aplicación, valerse o servirse de dicho bien con finalidad militar o de apoyo o contribución eficaz al esfuerzo militar de una Parte en el conflicto, transformándolo, así, en objetivo militar. La apreciación de la sujeción o adecuación a la norma convencional de la invocación de la necesidad militar imperativa del artículo 4.2 de la Convención como causa de justificación de un eventual acto de hostilidad dirigido contra un bien cultural ha de reducirse, en consecuencia, a la conclusión o resultado de un juicio de relevancia en el que se ponderen los bienes jurídicamente dignos de consideración en conflicto, a saber, de un lado, la *ventaja militar* que, racionalmente, ofrezca el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra el bien o, en su caso, de utilizarlo con una finalidad que lo convierta en objetivo militar, y, de otro, los *efectos de la alternativa* a la obtención de dicha ventaja, opción cuya realización debe ser o resultar posible o factible en la realidad y ofrecer, previsiblemente, un resultado (“*ventaja militar*”) equivalente o equiparable, en los términos del artículo 57.3 del Protocolo I Adicional de 1977, al que, también con toda probabilidad, deban producir u ocasionar el ataque o utilización proyectados. Los términos en que apa-

recen convencionalmente establecidas las premisas de este juicio de inferencia sobre la licitud de la invocación de la necesidad militar imperativa descartan la posibilidad de admitir, junto al de la utilización, el criterio de la ubicación del bien cultural como, en algún momento de la Conferencia Diplomática y por alguna de las Delegaciones que en ella tomaron parte, se pretendió²⁹.

En definitiva, ni la *naturaleza*, ni la *finalidad*, ni la *ubicación* de los bienes culturales pueden otorgar el carácter o consideración de objetivo militar a aquellos; la ubicación no puede, en modo alguno, equipararse o abarcar la función o utilización.

La *utilización* del bien cultural en apoyo del esfuerzo militar, que lo transforma en un objetivo militar, ha de venir, también, *justificada*, al igual que el *acto de hostilidad* dirigido contra dicho bien, consecuente y posteriormente a tal utilización, por razones de *necesidad militar imperativa*, ello a tenor de lo prevenido en el artículo 6 b) del Segundo Protocolo, de cuyo tenor se infiere que tan solo cuando no se disponga, como equivalente o alternativa (“*resulte imposible elegir*”), de “*otro método factible para obtener una ventaja militar equivalente*”, podrá utilizarse, justificadamente, por la Parte detenedora, los bienes culturales con una finalidad que pueda exponerlos a la destrucción o al deterioro, es decir, de manera tal que se conviertan en objetivo militar; la imposibilidad de elección implica que, aquí también de manera objetiva, el cambio o alteración de la situación fáctica no pueda conseguirse o lograrse, en razón de que no resulte hacedero, ágil, posible o realizable obtener una ventaja militar equivalente.

Por otra parte, en los supuestos de derogación del deber jurídico de respeto de los bienes culturales con fundamento en una necesidad militar imperativa, ya para dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural, ya para utilizarlo con una finalidad que pueda exponerlo a la destrucción o al deterioro, los párrafos a) y b) del artículo 6 del Segundo Protocolo, como una garantía más de protección de los bienes culturales, fijan, taxativa-

²⁹ *Ibidem*, págs. 112 a 116. Analiza, en detalle, el autor el debate habido en el seno de la Conferencia Diplomática sobre esta ancilar cuestión, destacando el activo apoyo de las Delegaciones egipcia y griega a “*la restricción según la cual los bienes culturales podrían convertirse en objetivo militar únicamente por su utilización. Argumentaron que los bienes culturales que no fueran utilizados de ningún modo para una acción militar, nunca debían ser objeto de ataques. Si la mera ubicación de un bien cultural lo transformara en un objetivo militar, se vería muy disminuida la protección de los bienes culturales. Añadieron que para que un bien cultural se convirtiera en objetivo militar era necesario que existiera una acción positiva del titular de tal bien, enfoque que apoyó el CICR*”.

mente, un *límite temporal* a dichas derogaciones, periodo o lapso temporal que, en el supuesto de dirigir un acto de hostilidad contra el bien, se señala que comprende “*cuando y durante todo el tiempo en que : i) ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar; y ii) no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo*”, mientras que, en el segundo caso, es decir, en el supuesto de utilizar el bien con una finalidad que lo exponga a la destrucción o al deterioro, abarca “*cuando y durante todo el tiempo en que resulte imposible elegir entre esa utilización de los bienes culturales y otro método factible para obtener una ventaja militar equivalente*”; en el primer caso, los dos requisitos han de concurrir, de manera conjunta, durante todo el plazo, suponiendo la ausencia de uno de ellos (habitualmente, el de carencia de alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente, en razón de que las circunstancias hagan posible lograr una ventaja militar igual a la que ofrece el ataque contra el bien cultural convertido en objetivo militar por un procedimiento distinto a aquel) la falta de justificación de la derogación, en el supuesto de continuar ésta una vez desaparecido el requisito, y la consecuente inoperatividad, siempre desde el punto de vista jurídico, de una eventual alegación de la necesidad militar imperativa.

La *confusión* que rodea el concepto de necesidad militar imperativa en el artículo 4 de la Convención (y que no se despejaba en el texto del Proyecto de Segundo Protocolo de febrero de 1999³⁰) viene, pues, a aclararse en el artículo 6 a) del Segundo Protocolo mediante la segunda condición, consistente en que no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo militar en que ha venido así a convertirse el bien cultural, por lo que, consecuentemente, en la práctica nunca podrá invocarse la necesidad militar para justificar un ataque a los bienes culturales que simplemente, en razón de su ubicación, obstaculicen el paso de fuerzas militares en avanzada, pues, casi siempre, existirán otras alternativas para eludirlos; en definitiva, como se ha señalado³¹, a nuestro

³⁰ Cfr. Doc. HC/1999/1/Rev. 1, de febrero de 1999; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 92 y 93.

³¹ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 111. El texto entre corchetes del artículo 57.3 del Protocolo I Adicional de 1977, en la nota a pie de página 22, muestra como quedaría dicho precepto “*para los Estados que hayan aprobado tanto el Protocolo adicional I como el Segundo Protocolo*”.

juicio acertadamente, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares y uno de ellos sea un bien cultural, no deberá atacarse éste, implicando, de hecho, esta norma la inclusión, para los Estados Partes tanto en el Segundo Protocolo de 1999 como en el Protocolo I Adicional de 1977, de los bienes culturales entre los objetivos militares que, de conformidad con el artículo 57.3 del Protocolo I Adicional, no deberán atacarse, caso de poder elegir otro.

Finalmente, y para el supuesto de que, una vez que, por su función o utilización, un bien cultural se ha convertido en objetivo militar y no existe otra alternativa posible, habiendo perdido su protección contra cualquier ataque, el Segundo Protocolo subordina el desencadenamiento del ataque al cumplimiento de *dos condiciones de naturaleza formal*, de índole *jerárquica* la una e *intimatoria o admonitoria* la otra, con el propósito de otorgar a los bienes culturales en su conjunto un *plus* de protección.

A tal efecto, en primer término, de acuerdo con el artículo 6 c) del Segundo Protocolo, la *decisión de atacar o de utilizar militarmente* el bien cultural sobre la base de las excepciones o derogaciones que han quedado expuestas no podrá ser adoptada a nivel táctico por cualquier combatiente, como, de hecho, venía propiciando la indefinición al respecto del artículo 4.2 de la Convención, sino, precisamente por *un oficial*, requisito jerárquico éste que constituye una garantía adicional, con la que se pretende que la aplicación práctica de la normativa internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado se haga sobre el terreno de la manera más rigurosa posible, dada la formación superior presumible en los militares que ostenten el rango de oficiales. Como regla general, ha de tratarse del oficial “*que mande una fuerza de dimensión igual o superior a la de un batallón*”, es decir, un teniente coronel, por lo menos, “*o de menor dimensión cuando las circunstancias no permitan actuar de otra manera*”, de suerte que también los oficiales al mando de compañía y sección pueden adoptar dicha decisión, cuando no les sea posible interesar aquella de sus superiores³².

En segundo lugar, a tenor del párrafo d) del artículo 6 del Segundo Protocolo, en caso de haberse decidido emprender un ataque contra un bien cultural es preciso, además, que previamente se dé “*aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre y cuando las circunstancias lo permitan*”. Se trata, en definitiva, de extender a los supuestos de ataque contra los bienes culturales en general el requisito del *previo aviso*

³² *Ibidem*, pág. 117.

o intimación ya existente en el artículo 11.2 de la Convención de 1954, si bien, únicamente, con respecto a los bienes colocados bajo protección especial, y usado también frecuentemente en el derecho internacional humanitario en relación con los ataques a otros bienes u objetos especialmente protegidos, como las unidades y establecimientos sanitarios y los hospitales civiles (artículos 21 del Convenio I de Ginebra, 19 del IV y 13 del Protocolo I Adicional), los buques-hospitales (artículo 34 del Convenio II de Ginebra) y los edificios, refugios y material de los organismos de protección civil (artículo 65.1 del Protocolo I Adicional); el previo aviso o intimación puede, tal vez, hacer desistir a la otra Parte de la utilización indebida del bien cultural en que está incurriendo o, cuando menos, darle la posibilidad de adoptar medidas de protección, como la de poner en salvo los bienes culturales muebles.

Tanto la exigencia de que la orden de ataque al bien cultural haya de ser emitida, en todo caso, por un oficial, en los términos que se han señalado, como la del aviso con la debida antelación y por medios eficaces no son sino condiciones *adicionales* a la autorización del ataque, no contempladas en la Convención de 1954, con las que se trata de proporcionar u otorgar un nivel de protección suplementario al bien cultural que se ha convertido en objetivo militar por concurrir una necesidad militar imperativa, protección que va más allá de aquella de la que se benefician, a tenor del Protocolo I Adicional de 1977, todos los bienes civiles, y que, en algunos aspectos, se asemeja a la protección de la población civil como tal³³.

2.2.2. Medidas en tiempo de conflicto armado. Precauciones y protección de bienes culturales en territorio ocupado.

Los Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, suponen la adaptación de las normas sobre conducción de las hostilidades contenidas en el viejo *derecho de La Haya* a las modernas condiciones que caracterizan al fenómeno bélico, asegurando una más extensa y precisa protección a la población civil y a los bienes civiles contra los efectos de las operaciones militares, constituyendo uno de sus logros fundamentales la codificación, en el artículo 48 del Protocolo I Adicional, del *principio de distinción*, que no sólo se va a ver recogido por primera vez en un texto convencional, sino que va a ver precisado su alcance

³³ *Ibidem*, págs. 121 y 122.

y contenido, al ser acompañado por un conjunto de normas precisas, corolarios del propio principio, que contribuirán a asegurar su efectividad, constituyendo, en definitiva, el artículo 48 aludido la codificación del principio de distinción en su dimensión tanto personal como material³⁴.

El señalado precepto, sobre el que se construye todo el sistema de protección de la población y los bienes civiles, proclama que “*a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”; se trata, pues, de garantizar tanto el respeto, es decir, la actitud de abstención, como la salvaguardia, en cuanto actitud positiva de preservación de sufrimientos o destrucciones o daños o prestación de defensa, apoyo y socorro, lo que, imperativamente (“*harán*”), se impone a las *Partes en conflicto*, es decir a atacantes y defensores, indistintamente.

El principio no encuentra una formulación tan terminante en lo concerniente a los conflictos armados internos, pues el artículo 13 del Protocolo II Adicional de 1977 se limita a afirmar que “*la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares*”, aun cuando es lo cierto que el artículo 22.1 del Segundo Protocolo de 1999 dispone que el mismo “*se aplicará en caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que se haya producido en el territorio de una de las Partes*”; como más adelante se señala, todo el Segundo Protocolo se aplica en los conflictos armados sin carácter internacional de igual manera que en los de dicha índole.

En la formulación que recibe en el artículo 48 del Protocolo I Adicional, el principio de distinción tiene el carácter de *norma consuetudinaria*,

³⁴ Cfr. JORGE URBINA, Julio: “*Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil*”. Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 144 a 146; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 93 y 94; cfr. PILLOUD, Claude y PICTET, Jean: “*Article 48. Règle fondamentale*”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*”, ob. cit., págs. 607 a 611. “*Tel qu’il a été adopté, cet article a le grand avantage d’établir clairement la règle selon laquelle une distinction doit toujours être faite entre la population civile et les combattants d’une part, les biens de caractère civil et les objectifs militaires d’autre part, et de proclamer le respect et la protection dus à la population civile et aux biens de caractère civil*”.

y ese mismo carácter se confiere a algunas normas concretas contenidas en el meritado Instrumento y ligadas a tal principio, dirigidas a reforzar y asegurar su efectividad, como las prohibiciones de ataques deliberados contra la población civil y de ataques indiscriminados contenida en el artículo 51, la de atacar los bienes civiles proclamada en el artículo 52, la de atacar bienes culturales que se consagra en el artículo 53, la de causar hambre a la población civil y destruir los bienes indispensables para su supervivencia a que se refiere el artículo 54 y buena parte de las medidas de precaución contenidas en los artículos 57 y 58³⁵.

En concordancia con el contenido del principio de distinción, los actos de hostilidad solo pueden tener por objeto o ir dirigidos contra objetivos militares, sin que tal exclusividad obste a que, como consecuencia o efecto de los ataques, puedan ocasionarse a los bienes de carácter civil, incluidos los bienes culturales, situados en la proximidad de objetivos militares *daños colaterales o incidentales*. Para evitar tales daños, el artículo 57.1 del Protocolo I Adicional proclama el principio según el cual “*las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil*”, estableciendo, a continuación, una serie de *precauciones* o restricciones a la forma en que han de prepararse o llevarse a cabo los ataques contra objetivos militares, dirigidas a limitar, en la medida de lo posible, los daños que se pudieran ocasionar, con carácter incidental, a las personas o a los bienes civiles, es decir, los daños colaterales, pues la responsabilidad del atacante no termina una vez establecida la legitimidad del ataque sobre un bien concreto, sino que comprende el deber de adoptar las medidas tendientes a restringir o circunscribir lo más posible las consecuencias de ese ataque, pues el principio de distinción quedaría desvirtuado si los efectos destructivos de aquél no se limitan a los objetivos militares y se extienden, de una forma excesiva e indiscriminada, sobre la población y los bienes civiles³⁶.

La necesidad de reducir los efectos de las hostilidades a los objetivos militares en que consiste el principio de distinción comporta la adopción de medidas concretas relacionadas con la forma de conducir las operaciones militares por parte de los beligerantes, destacando, entre ellas, la aplicación del *principio de proporcionalidad* o la imposición a ambos contendientes de diversas obligaciones en relación con *medidas de precaución*

³⁵ Cfr. JORGE URBINA, Julio, ob. cit., págs. 148 a 160.

³⁶ *Ibidem*, págs. 175 y 176.

que deben adoptar para minimizar los daños colaterales³⁷. En definitiva, las Partes contendientes vienen obligadas, por mor de las exigencias que conlleva el principio de distinción, a adoptar una serie de precauciones activas y pasivas en los ataques y contra los efectos de éstos, llevándose a cabo en los artículos 7 y 8 del Segundo Protocolo de 1999 la determinación de las que la Parte atacante y la que sea titular del bien cultural o lo tenga bajo su jurisdicción deben adoptar concretamente en orden al respeto de los bienes culturales.

Gracias a la introducción de la noción de objetivo militar en el artículo 1 f) del Segundo Protocolo pudieron incluirse en éste, a través de sus citados artículos 7 y 8, las normas relativas a la conducción de las hostilidades contenidas, fundamentalmente, en los artículos 57 y 58 del Protocolo I Adicional de 1977, aplicándolas específicamente a los bienes culturales, reafirmando, aclarando en relación con tales bienes y adaptándolas convenientemente a éstos³⁸; merced a los artículos 7 y 8 del Segundo Protocolo se hace efectiva la recepción, dentro de la normativa específica de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de estas obligaciones precautorias tendentes a dar efectividad al principio de distinción.

En primer lugar, se establece, en el artículo 7 del Segundo Protocolo, que es trasunto del artículo 57 del Protocolo I Adicional, las precauciones que habrán de adoptarse, en relación con los bienes culturales protegidos en virtud del artículo 4 de la Convención, en “*la conducción de operaciones militares*”, término, el de *conducción*, suficientemente amplio que cubre todas las fases de la preparación, el planeamiento, la decisión y la ejecución de un ataque.

En la *preparación*, tales precauciones se concretan, según el artículo 7 a), en “*hacer todo lo que sea factible para verificar que los objeti-*

³⁷ *Ibidem*, pág. 176; cfr. PILLOUD, Claude y PICTET, Jean: “Article 57. Précautions dans l’attaque”, en “Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)”, ob. cit., págs. 695 a 708. “Il s’agit d’un principe général qui impose aux belligérants un devoir important à l’égard des populations civiles. Cette disposition complète heureusement la règle fondamentale de l’article 48 («Règle fondamentale»), qui enjoint aux Parties au conflit de faire toujours une distinction entre la population civile et les combattants, ainsi qu’entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires. Il est bien évident qu’en respectant cette obligation, les Parties au conflit épargneront la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil... La proportionnalité vise les effets accidentels des attaques sur les personnes et les biens, ainsi que le marque l’adverbe «incidentallement». Les dangers que courent la population civile et les biens de caractère civil résultent de facteurs très divers”.

³⁸ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 123.

vos que se van a atacar no son bienes culturales”; en el *planeamiento*, según el artículo 7 b), en *“tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar y, en todo caso, reducir lo más posible los daños que se pudieran causar incidentalmente a los bienes culturales”*; en la *decisión*, según el artículo 7 c), en *“abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente daños a los bienes culturales”* que, de producirse, *“serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”*, lo que constituye, en realidad, un supuesto de aplicación particular a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado del principio de proporcionalidad consagrado en los artículos 51.5 b) y 57.2 a) iii) y b), ambos del Protocolo I Adicional de 1977, según el cual se prohíben, como indiscriminados, aquellos ataques que sea previsible que causarán daños civiles incidentales considerados excesivos con relación a la ventaja militar concreta y directa prevista, exigiéndose una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos o justificados por la importancia militar del objetivo contra el que se dirige el ataque y los daños colaterales indeseables por rebasar el límite de lo permitido³⁹; y en la *ejecución*, según el artículo 7 d), en *“suspender o anular un ataque en curso si se advierte que el objetivo es un bien cultural”* o si *“es de prever que el ataque causará incidentalmente daños a los bienes culturales que serían excesivos en relación con la*

³⁹ Cfr. JORGE URBINA, Julio, ob. cit., págs. 178 a 182; cfr. PILLOUD, Claude y PICTET, Jean: *“Article 51. Protection de la population civile”*, en *“Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)”*, ob. cit., págs. 627 a 643. Respecto al texto del apartado b) del párrafo 5 del artículo 51 del Protocolo I Adicional de 1977 afirman los autores que *“est calquée sur la formule de l'article 57 («Précautions dans l'attaque»), relatif aux mesures de précaution. ... l'attaque doit être dirigée contre un objectif militaire, avec des moyens qui n'excèdent pas l'objectif mais sont adaptés à sa seule destruction, et les effets des attaques doivent être limités comme le prévoit le Protocole; en outre, si ces conditions sont remplies, il faut que les pertes et dommages civils incidents ne soient pas excessifs. La disproportion entre les pertes et dommages causés et l'avantage militaire attendu pose évidemment un problème délicat; certaines situations ne laisseront subsister aucun doute, tandis que, dans d'autres situations, il y aura matière à hésitation. Dans de tels cas, comme on l'a dit plus haut, c'est l'intérêt de la population civile qui doit primer.*

On a aussi avancé l'idée que des pertes et dommages civils, même très étendus, pouvaient être justifiés si l'avantage militaire en jeu présentait une grande importance. Une telle conception va à l'encontre des règles de base du Protocole; en particulier, elle est contraire à l'article 48 («Règle fondamentale») et aux paragraphes 1 et 2 du présent article. Le Protocole ne fournit aucune justification à des attaques causant des pertes et dommages civils étendus. Les pertes et dommages causés incidemment ne doivent jamais être considérables”.

ventaja militar concreta y directa prevista”, es decir, daños colaterales o incidentales desproporcionados.

A su vez, en segundo término, el artículo 8 del Segundo Protocolo, que es trasposición del artículo 58 del Protocolo I Adicional de 1977 a este concreto campo de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, recoge los aspectos del amparo, aseguramiento o defensa pasiva de los mismos mediante la adopción, con respecto a ellos, de *precauciones contra los efectos de las hostilidades*, de manera que se obliga a las Partes en conflicto, en toda la medida de lo posible, con respecto a los bienes culturales *muebles*, a *alejarnos de las proximidades de objetivos militares* o a suministrarles una *protección adecuada in situ*, y, con respecto a los bienes culturales, *muebles e inmuebles* (a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 b) del Segundo Protocolo “*por «bienes culturales» se entenderán los bienes culturales definidos en el Artículo 1 de la Convención*”, artículo 1, este, que hace referencia a “*los bienes, muebles o inmuebles*”), a *evitar la ubicación de objetivos militares* en sus proximidades⁴⁰.

El artículo 9 del Segundo Protocolo, que cierra el Capítulo 2 de este Instrumento, trata de perfeccionar y ampliar la protección de los bienes culturales en caso de *ocupación, total o parcial*, por una Parte contratante del territorio de otra.

Como ya quedó señalado anteriormente, además de lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Convención de 14 de mayo de 1954, se concluyó también, al tiempo que ésta, un Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que, a tenor de lo prevenido en el párrafo k) del artículo 1 del Segundo Protocolo de 1999, viene ahora, lógicamente, a denominarse *Primer Protocolo*; este Primer Protocolo tiene por objeto, en síntesis, tanto impedir la exportación de los bienes culturales de un territorio ocupado, como garantizar la devolución de los mismos al término de las hostilidades a las autoridades competentes del territorio de

⁴⁰ Cfr. PILLOUD, Claude y PICTET, Jean: “Article 58. Précautions contre les effets des attaques”, en “Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)”, ob. cit., págs. 709 a 716. “Il n’en reste pas moins que les Etats ont souscrit ici à un triple devoir d’agir, qui doit impérieusement se traduire par des instructions à donner et surtout par des mesures à prendre dès le temps de paix, même si l’article ne s’adresse strictement qu’aux Parties au conflit. Certaines de ces mesures ont un caractère préventif ou conservatoire, puisqu’il s’agit de ne pas construire certains bâtiments en un lieu déterminé, ou de déplacer des objectifs de la zone où ils se trouvent, ou encore d’écarter des points dangereux la population et ses habitations. Les Etats ont d’ailleurs, nous l’avons dit, tout intérêt à les prendre”.

procedencia, sin que en ningún caso los bienes culturales puedan retenerse a título de reparaciones de guerra.

En relación con los *territorios ocupados*, a la prohibición, ya existente en el Primer Protocolo, de “*toda exportación*” de bienes culturales se añade ahora, en el artículo 9 de este Segundo Protocolo, la de “*cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos*” de tales bienes, es decir, los realizados “*bajo coacción o de otra manera, en violación de las reglas aplicables de la legislación nacional del territorio ocupado o del derecho internacional*”, según la definición contenida en el artículo 1 g) de este Instrumento; quedan, en consecuencia, a salvo las exportaciones, desplazamientos o transferencias lícitos, como es, entre otros, el caso contemplado en el párrafo 5 del Primer Protocolo, a saber, el de los bienes culturales procedentes del territorio de una Parte contratante depositados por ella, a fin de protegerlos contra los peligros de un conflicto armado, en el territorio de otra Alta Parte contratante, y que habrán de ser devueltos por ésta, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio de procedencia.

Se prescribe, igualmente, en este artículo 9 que la Potencia ocupante queda, además, obligada a prohibir e impedir no solo “*toda excavación arqueológica, salvo cuando sea absolutamente indispensable para salvaguardar, registrar o conservar bienes culturales*”, sino también “*toda transformación o modificación de la utilización de bienes culturales con las que se pretenda ocultar o destruir testimonios de índole cultural, histórica o científica*”; se trata, pues, de evitar que el ocupante lleve a cabo o permita, con su inacción o su aquiescencia, las excavaciones arqueológicas o la alteración o manipulación del uso que deba darse o se venga dando a bienes culturales en territorio ocupado cuya finalidad sea la de privar a la población originaria del mismo de sus señas de identidad cultural, histórica, científica, nacional, religiosa, etnológica, antropológica, etc., desnaturalizando, expoliando o destruyendo su patrimonio arqueológico, lo que puede llegar a constituir una inicua forma de *genocidio cultural* ⁴¹.

Es, en consecuencia, sumamente loable el que en el artículo 9 de que se trata se exija, imperativamente (“*deberá*”), que “*toda excavación arqueológica, transformación o modificación de la utilización de bienes cultu-*

⁴¹ Esta conducta, reiteradamente practicada por el Estado de Israel en los territorios ocupados de Palestina, fundamentalmente el Cisjordania, unida a una activa *política de asentamientos* practicada por el Estado ocupante, fijando, con voluntad de permanencia, a parte de su propia población en el territorio ocupado, permite inferir fácilmente que se oculta tras ello el execrable propósito de tratar de despojar a la población autóctona ocupada de sus señas de identidad para, posteriormente, proceder a la anexión, total o parcial, del territorio bajo la ocupación.

rales en un territorio ocupado” haya de efectuarse “en estrecha cooperación con las autoridades nacionales competentes de ese territorio ocupado”, sin que la excepción prevista a dicha íntima cooperación (“a no ser que las circunstancias no lo permitan”) pueda servir de excusa para, reiteradamente, incumplir lo que, con carácter general, señala esta norma.

2. 3. PROTECCIÓN REFORZADA

Es sabido que durante el desarrollo de la Conferencia Intergubernamental convocada, en su día, para la elaboración de la Convención de 1954 aparecieron *dos tendencias* encontradas en cuanto a la definición de los bienes que debían ser objeto de protección, a saber, la de los Estados que consideraban que esta última debía extenderse al mayor número posible de bienes y la de los que mantenían la tesis de restringir la protección, como medio de hacerla más eficaz, solamente a determinados bienes de especial importancia, no ya sólo para el Estado titular, sino para la humanidad entera⁴².

Fruto del *compromiso* alcanzado entre ambas tendencias fue la solución de distinguir entre unos *bienes culturales bajo protección general* y otros *bienes culturales colocados bajo protección especial*, que, según el artículo 8 de la Convención de 1954, se contraen a “un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande”.

Para poder acceder a la protección especial establece el artículo 8 de la Convención tres requisitos que deben cumplir aquellos bienes *inmuebles* a los que se limita aquella protección. Es necesario, en primer lugar, desde un punto de vista positivo, que “se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante conside-

⁴² Cfr. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel, ob. cit., pág. 462; cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 92 a 99. “A la Conférence de La Haye de 1954 se manifesta donc clairement l’opposition entre les «réalistes», favorables à l’inclusion de la clause de la nécessité militaire, et les «idéalistes», qui voulaient en éliminer ou au moins en limiter l’utilisation ... Le délégué de l’Espagne considéra que si l’on voulait parvenir à une large application de la Convention et qu’elle reçoive l’appui réel et efficace du plus grand nombre possible d’Etats, y compris des grandes puissances, il était préférable d’élaborer une formule transactionnelle qui, évitant les attitudes radicales, admettrait, mais seulement à titre exceptionnel, la nécessité militaire dans le texte de l’article 4. La plupart des délégations acceptèrent donc l’opinion du délégué de la France que «seuls les biens culturels de haute valeur doivent être protégés; tout doit être mis en oeuvre pour assurer leur sauvegarde; mais, dans certaines hypothèses rares, extrêmement limitées, un bien culturel doit pouvoir être sacrifié»”.

rado como punto sensible, como, por ejemplo, un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones”, mientras que, desde un punto de vista negativo, se exige que tales refugios, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande “no sean utilizados para fines militares”. En segundo lugar, de manera especial, y por lo que concierne a los refugios para bienes culturales muebles, se previene que cualquiera de ellos “puede asimismo colocarse bajo protección especial”, con independencia o “cualquiera que sea su situación, siempre que esté construido de tal manera que según todas las probabilidades no haya de sufrir daños como consecuencia de bombardeos”, es decir, aunque no se encuentre a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante. Y, por último, la protección especial no se concede a los bienes culturales sino “mediante su inscripción en el «Registro Internacional de bienes Culturales bajo Protección Especial»”, inscripción que tiene carácter constitutivo y que “no podrá efectuarse más que conforme a las disposiciones” de la Convención de 1954, a petición del Estado en cuyo territorio se encuentren los bienes “y en las condiciones previstas en el Reglamento” para la aplicación de la Convención.

De acuerdo con el párrafo 5 del artículo 8 de la Convención, el hecho de que el refugio, el centro monumental o el bien cultural inmueble de importancia muy grande esté situado “cerca de un objetivo militar importante” no impedirá que se le pueda “colocar bajo protección especial siempre que la Alta Parte contratante que lo pida se comprometa a no hacer uso ninguno en caso de conflicto armado del objetivo en cuestión, y, especialmente, si se tratase de un puerto, de una estación ferroviaria o de un aeródromo, a desviar del mismo todo tráfico”, si bien “en tal caso, la desviación debe prepararse en tiempo de paz”⁴³.

La pretensión de sustraer ciertos bienes culturales al juego de aquella cláusula de la *necesidad militar imperativa* determinante de la pérdida de la protección fue otra de las razones causales de la previsión de la posibilidad de colocar estos bienes culturales bajo protección especial; a tal efecto, de acuerdo con el artículo 9 de la Convención “las Altas Partes contratantes se comprometen a garantizar la inmunidad de los bienes culturales bajo protección especial, absteniéndose, desde el momento de la inscripción en el Registro Internacional, de cualquier acto de hostilidad

⁴³ Cfr. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel, ob. cit., págs. 462 y 463.

respecto a ellos, salvo lo establecido en el párrafo 5 del artículo 8 y de toda utilización de dichos bienes o de sus proximidades inmediatas con fines militares”.

Empero, los términos absolutos de esta obligación quedaron finalmente *relativizados* con la introducción, en el párrafo 2 del artículo 11 de la Convención, merced a la insistente reclamación de los países anglosajones, de una cláusula que permite a las Partes en conflicto *suspender la inmunidad* de los bienes culturales bajo protección especial “*en casos excepcionales de necesidad militar ineludible y mientras subsista dicha necesidad*”. Consecuencia lógica de la aceptación de tal pretensión es que, en la práctica, no está claro cuales son los casos excepcionales de necesidad militar ineludible, confusión que era lo que, en definitiva, se trataba (con total éxito, obviamente) de propiciar, y que supuso, en suma, ocasionar una brecha de gran calado en el sistema de protección de esta clase de bienes. No parece que pueda escaparse a nadie, salvo a quienes, entonces, tan frívola y desavisadamente cedieron a la imposición, que entre el calificativo de *imperativa*, que se utiliza con respecto a la necesidad militar en el artículo 4.2 de la Convención en relación a la protección general, y el de *ineludible*, que es usado por el artículo 11.2 de aquella en lo atinente a la protección especial, no hay, en verdad, otra diferencia que la puramente gramatical, sin ninguna consecuencia jurídica ni trascendencia práctica, como no sea la del haz de cautelas con que se rodea, en este segundo caso, la decisión de suspender la inmunidad y que se explica, más que por razón del carácter ineluctable, insoslayable o inevitable de la necesidad militar, por el de la alta importancia de los bienes afectados.

En efecto, como triple garantía reveladora de la mayor protección que se dispensa a esta otra clase de bienes culturales frente a los de protección general, se establece en el artículo 11.2 y 3 de la Convención que la existencia de una necesidad militar ineludible “*no podrá ser determinada más que por el jefe de una formación igual o superior en importancia a una división*”, que, “*siempre que las circunstancias lo permitan, la decisión de suspender la inmunidad se notificará a la Parte adversaria con una antelación razonable*” y que “*la Parte que suspenda la inmunidad deberá en el plazo más breve posible, notificarlo por escrito, especificando las razones, al Comisario General de Bienes Culturales previsto en el Reglamento para la aplicación de la Convención*”.

Desafortunadamente, el sistema de protección especial ha tenido un éxito muy limitado, pues sólo se han inscrito en el Registro un centro

monumental y ocho refugios⁴⁴. Entre las razones que explican el reducido número de bienes inscritos en el Registro Internacional, y la consecuente inaplicación del sistema en la realidad, se aduce, en primer término, la práctica imposibilidad de cumplimentar la condición o exigencia de que el bien cultural se encuentre a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante, pues muchos bienes culturales valiosos se encuentran situados en el corazón de ciudades rodeadas de potenciales objetivos militares, sin que exista acuerdo respecto de lo que constituye una distancia *suficiente* (en 1954, al aprobarse la Convención, no se habían producido los progresos en el derecho internacional humanitario que se plasmaron en los Protocolos Adicionales de 1977, ni el estado de la evolución tecnológica ofrecía los actuales medios de combate que permiten, en teoría, alcanzar el blanco con la mayor precisión, con la consiguiente evolución de los métodos de guerra), y, en segundo lugar, que el proceso de inscripción se vio interferido por consideraciones de tipo político⁴⁵.

Dado que el sistema de la protección especial ha representado, sin duda, uno de los fracasos más notorios de la Convención de 1954, y teniendo en cuenta el carácter adicional o complementario a dicha Convención del Segundo Protocolo de 1999, se ha desechado en éste la idea de tratar de retocar o modificar el sistema de protección especial, que continúa, así, plenamente vigente e intacto, optándose por la creación de un sistema totalmente nuevo, novedad que explica el que haya tenido que dársele una denominación también nueva, pues seguir usando la expresión *protección especial* habría implicado una enmienda al sistema existente⁴⁶; se alumbra, así, en el Protocolo Segundo, otorgándole *carácter primordial o preferente* respecto al de protección especial, el que en tal Instrumento viene a denominarse *sistema de protección reforzada*, al que se refiere su Capítulo 3, y con respecto al cual dispone la norma de conflicto establecida en el artículo 4 para regular las relaciones entre el aludido Capítulo 3 y otras disposiciones de la Convención y del Segundo Protocolo que “*si a un*

⁴⁴ Cfr. Registro Especial de Bienes Culturales bajo Protección Especial, UNESCO, Doc. CLT-97/WS/12, agosto de 1997. El centro monumental es la Ciudad del Vaticano (18 de enero de 1960; la inscripción entró en vigor el 11 de marzo de 1960); los refugios son uno en Alt-Aussee, en Austria (17 de noviembre de 1967; la inscripción entró en vigor el 7 de enero de 1969), seis en los Países Bajos (dos en Zandvoort, dos en Heemskerk -cancelados el 22 de septiembre de 1994-, uno en Steenwijkerwold -cancelado el 22 de septiembre de 1994- y uno en Maastricht; su inscripción entró en vigor el 2 de julio de 1969) y el refugio central Oberrieder Stollen, en la República Federal Alemana (22 de abril de 1978; la inscripción entró en vigor el 26 de julio de 1978).

⁴⁵ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 117 y 118.

bien cultural se le ha otorgado a la vez una protección especial y una protección reforzada, sólo se aplicarán las disposiciones relativas a la protección reforzada”.

La colocación de un bien cultural bajo protección reforzada confiere a aquél *inmunidad*, disponiendo el artículo 12 del Segundo Protocolo, con redacción similar a la del artículo 9 de la Convención, que “*las Partes en un conflicto garantizarán la inmunidad de los bienes culturales bajo protección reforzada, absteniéndose de hacerlos objeto de ataques y de utilizar esos bienes o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares*”. La garantía de la inmunidad impone a los contendientes el deber tanto de *abstenerse de atacar* el bien como de *no utilizar este o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares*; esta última prohibición es de carácter genérico y se trata de abarcar con ella toda suerte de usos tanto del bien cultural propiamente dicho como de sus accesos, inmediaciones y, en general, los lugares, dependencias, etc., que constituyan o integren una unidad inescindible con aquel bien, lo que permite dar sentido a la ambigua expresión *alrededores inmediatos*⁴⁷, tan escasamente definitiva como *proximidades inmediatas*.

El Segundo Protocolo aclara y define, con mayor precisión que lo hace la Convención con relación a la protección especial, en qué supuestos un bien cultural que se encuentra bajo protección reforzada pierde ésta, precisando que tal pérdida tendrá lugar cuando y durante todo el tiempo en que *la utilización del bien* lo haya convertido en un objetivo militar y un ataque sea el *único medio factible* para poner término a la utilización de ese bien que lo ha convertido en objetivo militar⁴⁸.

La protección reforzada supone el tránsito de un concepto de tuición del bien cultural ligado a la soberanía estatal, es decir, una tutela de un símbolo del Estado, a la concepción de la protección de un interés propio de la comunidad internacional; mientras que la protección especial se articula en la Convención en torno a la garantía de un interés estatal, en el Segundo Protocolo la protección reforzada se modula en razón del amparo del interés colectivo de la comunidad internacional, lo que supone la objetivación de la misma sobre una base supraestatal.

Dispone al respecto el Segundo Protocolo en su artículo 13.1 que “*los bienes culturales bajo protección reforzada sólo perderán esa protección:*

⁴⁶ *Ibidem*, pág.119.

⁴⁷ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 96.

⁴⁸ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 120.

a) cuando esa protección se anule o suspenda en virtud del Artículo 14; o b) cuando y durante todo el tiempo en que la utilización del bien lo haya convertido en un objetivo militar”; la facultad de suspensión y anulación de la protección reforzada se reside por el artículo 14, en relación con el artículo 27. 1 b), ambos del Segundo Protocolo, en el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. La *anulación* de la protección reforzada tiene carácter *definitivo*, y se llevará a cabo retirando el bien de la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada en que esté inscrito mediante la cancelación del asiento o apunte en que la inscripción consiste; la *suspensión* de la protección reforzada tiene carácter *provisional o temporal*, y se decidirá por el Comité por consecuencia de la utilización de esta clase de bienes en apoyo de una acción militar constitutiva de violación grave de la inmunidad de aquellos, no apareciendo clara la razón por la que, en el caso de suspensión, no haya de retirarse el bien de la Lista, aún con carácter temporal, o, al menos, dejar constancia en ella de la pérdida, con aquel carácter transitorio, de la inmunidad⁴⁹.

A su vez, afirma el artículo 13.2 que “*en las circunstancias previstas en el apartado b) del párrafo 1, ese bien sólo podrá ser objeto de un ataque: a) cuando ese ataque sea el único medio factible para poner término a la utilización de ese bien mencionada en el apartado b) del párrafo 1; b) cuando se hayan tomado todas las precauciones prácticamente posibles en la elección de los medios y métodos de ataque, con miras a poner término a esa utilización y evitar, o todo caso reducir al mínimo, los daños del bien cultural; c) cuando, a menos que las circunstancias no lo permitan, por exigencias de legítima defensa inmediata: i) el ataque haya sido ordenado por el nivel más alto del mando operativo; ii) se haya dado un aviso con medios eficaces a las fuerzas adversarias, instándolas a poner un término a la utilización mencionada en el apartado b) del párrafo 1; y iii) se haya concedido un plazo razonable a las fuerzas adversarias para regularizar la situación*”.

La pérdida de la protección reforzada está, pues, condicionada a que la utilización del bien cultural lo convierta en un objetivo militar. El término *utilización* que emplea el artículo 13.1 b), frente al de *función* que se usa en el artículo 6 a) i) respecto al sistema de protección general de todos los bienes culturales, no determina o supone diferencia alguna respecto a este

⁴⁹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 97.

último sistema en cuanto al nivel de protección ni respecto a la forma en que el bien cultural sometido a una u otra clase de protección puede convertirse en objetivo militar. Como se dijo en relación con el artículo 6 del Segundo Protocolo, la *función* que se dé al bien cultural *equivale o consiste en la utilización* del mismo por su titular de forma activa, en los términos del artículo 53 b) del Protocolo I Adicional de 1977, es decir, el hecho de manejar, usar, dar aplicación, valerse o servirse de dicho bien con finalidad militar o de apoyo o contribución eficaz al esfuerzo militar de una Parte en el conflicto, transformándolo, así, en objetivo militar⁵⁰.

La diferencia entre la protección general y la reforzada solo es nominal, no de contenido. De hecho, no existe un nivel de protección más bajo o más alto, pues la protección básica es la misma en cuanto que el bien no puede ser destruido, capturado ni neutralizado. No hay diferencia en el nivel de protección y no hace falta distinguir dos formas distintas en que un bien cultural puede convertirse en objetivo militar⁵¹.

La *diferencia sustancial* entre protección general y protección reforzada no reside en las obligaciones del atacante, sino en las del titular del bien cultural, ya que mientras que, en el primer caso, tiene este derecho a convertir el bien cultural, de ser necesario, en objetivo militar, utilizándolo para una acción militar, en el caso de la protección reforzada el artículo 15.1 b) del Segundo Protocolo considera como una de las *violaciones graves* de éste “*utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares*”, por lo que el Estado titular *nunca* tiene derecho a convertir el bien colocado bajo tal suerte de protección en objetivo militar utilizando éste o sus alrededores inmediatos para una acción militar⁵², supuesto en el que no entra en juego lo previsto en el artículo 13.2.

En definitiva, el adjetivo *reforzada* induce a error si se considera en su significación sustancial y no en su aspecto formal, pues la esencia del sistema es que se refiere a una forma de protección *formalizada, registrada o certificada*. El titular del bien formaliza, registra o certifica, mediante la solicitud de inscripción en la Lista, su compromiso de que nunca utilizará

⁵⁰ Cfr. WENGER, Claude F.: “Article 53. Protection des biens culturels et des lieux de culte”, en “Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)”, ob. cit., págs. 657 a 667. “Il est interdit d'utiliser les biens protégés à l'appui de l'effort militaire”.

⁵¹ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 120.

⁵² *Ibidem*, pág. 121.

el bien o sus alrededores inmediatos con fines militares, y, por consecuencia, el bien nunca podrá convertirse en objeto de un ataque, pudiendo compararse el registro de un bien cultural en la Lista a una declaración reconocida internacionalmente por la que se establezca una localidad no defendida⁵³ en los términos del artículo 59 del Protocolo I Adicional de 1977; por la solicitud de inscripción se formaliza un *compromiso funcional* por virtud del cual se exterioriza la asunción de una obligación negativa de comportamiento.

Utilizar con fines militares un bien incluido en la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada equivaldría a una violación grave del Segundo Protocolo y el infractor estaría sujeto a una sanción penal como criminal de guerra. El hecho de solicitar la inscripción de un bien cultural en la Lista implica que el Estado titular no se plantea la posibilidad de utilizar el bien o sus alrededores inmediatos con finalidad militar en un conflicto armado, y, por ello, se compromete formalmente a no hacerlo al registrar aquella solicitud.

Por lo que concierne a cuales sean los bienes que podrán acceder a la protección reforzada, se prescinde en el artículo 10 del Segundo Protocolo de toda enumeración similar a la que se contiene en el artículo 8.1 de la Convención de 1954 de las tres categorías fundamentales de bienes, únicos a los que puede, según este tratado, conferirse la protección especial, a saber, refugios, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles. Ahora, *todos los bienes culturales*, incluso los muebles, resultan susceptibles de protección reforzada con tal de que reúnan determinadas características o condiciones, al proclamar el citado artículo 10 que “*un bien cultural podrá ponerse bajo protección reforzada siempre que se cumplan las tres condiciones siguientes: a) que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad; b) que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado; y c) que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines*”.

En su artículo 24.1, en relación con el 27.1 b), el Segundo Protocolo crea un *Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, órgano de índole ejecutiva, y, por ende, el que goza de

⁵³ *Ibidem*, pág. 121.

competencias de mayor calado del conjunto de órganos que constituyen el entramado institucional que se crea para la protección del patrimonio cultural durante los conflictos armados, entre cuyas atribuciones está la de “conceder, suspender o anular la protección reforzada a bienes culturales, y establecer, actualizar y promover la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada”; por su parte, el artículo 11.10 del señalado Instrumento dispone que se “concederá la protección reforzada a un bien cultural a partir del momento en que se inscriba en la Lista” antes referida, lo que pone de relieve el carácter *constitutivo* de la inscripción.

Se ha suprimido, pues, el incierto criterio de la *distancia suficiente* entre el bien cultural y un gran centro industrial o cualquier objetivo militar importante y, de acuerdo con el tenor del artículo 11. 5, ha quedado restringida de manera estricta la posibilidad de interponer objeciones a la inscripción, de manera que la decisión de otorgar o denegar la protección reforzada solo puede tomarse sobre la base de la concurrencia, acumulativa, de las tres condiciones que establece el artículo 10, debiendo las objeciones a la concesión ser precisas y apoyarse en hechos⁵⁴, por lo que, en consecuencia, el cumplimiento de las condiciones enumeradas en el artículo 10 del Segundo Protocolo viene a ser el requisito esencial para la obtención de la protección reforzada.

Resulta, así, en primer término, exigible, con respecto a los bienes, cualesquiera que sean, el cumplimiento del tradicional requisito de su importancia excepcional, lo que se expresa en el párrafo a) del artículo 10 del Segundo Protocolo con la fórmula “*que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*”; remite esto, casi literalmente, al concepto de *patrimonio mundial* usado en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, hecha en París el 23 de noviembre de 1972 (Instrumento de Aceptación de 4 de mayo de 1982; BOE de 1 de julio de 1982), donde se prevé la existencia de una Lista del Patrimonio Mundial a cargo del *Comité del Patrimonio Mundial*, organismo que se instituye en el propio tratado con representación de los diversos Estados, Lista en la que podrán inscribirse monumentos, conjuntos y lugares “*de un valor universal excepcional*”, los cuales quedarán así sometidos a un sistema de protección internacional consistente, básicamente, en la cooperación y asistencia internacionales para la conservación del bien.

En todo caso, es lo cierto que ni la Convención ni el Segundo Protocolo ni, en general, la doctrina iusinternacionalista, ofrecen un *concepto* de

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 118.

bien cultural. Del análisis de ambos Instrumentos y teniendo en cuenta ciertas aportaciones doctrinales⁵⁵ creemos que puede inferirse que, a los efectos a que tales tratados se contraen, debe entenderse por bienes culturales *todas aquellas cosas con entidad real que, con independencia de su naturaleza mueble o inmueble, y cualesquiera que sean su régimen jurídico y su titularidad dominical, constituyen el testimonio material de un valor de civilización, es decir, poseen un valor cultural objetivo, independiente del económico, para la colectividad humana en general*. El valor cultural objetivo de estos bienes trae origen o razón de que *cumplen una función o poseen una utilidad cultural o social*, por lo que se consideran acreedores a una tutela especial en caso de conflicto armado en tanto que por la comunidad internacional se les reconoce un valor histórico, cultural o artístico, reconocimiento que es resultado de una valoración colectiva, generalmente mantenida a lo largo del tiempo por varias generaciones.

En cuanto *manifestación de sensibilidad y aprecio social*, es decir, de la cultura de un pueblo, el interés en mantener o conservar la incolumidad de cada uno de estos bienes, y del conjunto de ellos en cuanto constitutivo del patrimonio histórico, cultural o artístico de la humanidad toda, constituye un *bien jurídico de carácter general o social*, puesto que refleja una aspiración colectiva común a todos los seres humanos, por lo que puede hablarse de la comunidad internacional en su conjunto como titular última de dicho patrimonio y, consecuentemente, como sujeto de un derecho a la tutela y conservación del mismo y de los elementos que lo integran. La función de la protección que se brinda a estos bienes durante los conflictos armados es de naturaleza *social*, en la medida en que se trata de posibilitar, a través de ella, tanto la conservación de lo que constituye la herencia *indisponible* de la capacidad colectiva de los pueblos, y, por ende, una de las claves de su identidad, como su disfrute por la generalidad de los seres humanos como forma de acceso a la cultura, de participación cultural y, en definitiva, de conquista y afirmación de su libertad y, por ello, la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado puede calificarse como *factor de paz*.

No obstante, la equiparación entre la aludida *Lista del Patrimonio Mundial* y la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada no es automática, tanto por el hecho de que esta última es establecida, actuali-

⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: “Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVIII, Fascículo I, enero-abril de 1995, págs. 33 y ss.

zada y promovida, según el inciso segundo del artículo 27.1 b) del Segundo Protocolo de 1999, por el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, como porque la de la Convención de 1972 incluye también bienes pertenecientes al llamado *patrimonio natural*, que no entran dentro del ámbito material objetivo de aplicación del Segundo Protocolo de 1999, limitado o circunscrito a los bienes culturales. Con todo, parece incuestionable que los bienes de este último carácter que ya figuren inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial reunirán, *prima facie*, ese primer requisito que se exige para el acceso a este nuevo sistema de protección reforzada, consistente en que se trate de *un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad*⁵⁶.

El hecho de que se use ampliamente la Lista del Patrimonio Mundial constituirá un incentivo para tratar de hacer funcionar la Lista a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del artículo 27 del Segundo Protocolo, ya que la utilidad de una tal Lista reside en su renombre mundial, debiendo constituir su simple existencia una eficaz herramienta de prevención y protección ante las negativas y graves implicaciones políticas que cualquier utilización militar de un bien incluido en la Lista o cualquier ataque contra el mismo comportaría para la Parte en conflicto que realizara tal actuación, ello sin perjuicio de que la misma constituiría un crimen de guerra grave⁵⁷.

Aunque la Lista del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, no se estableció necesariamente, en 1972, para utilizarse en la guerra, la UNES-

⁵⁶ En diciembre de 2000 el Comité Patrimonio Mundial había inscrito 690 bienes en la Lista del Patrimonio Mundial; estos bienes eran 529 bienes culturales, 138 bienes naturales y 23 bienes mixtos, situados en 122 Estados Partes en la Convención de 1972. España figuraba con 35 bienes inscritos, a saber: Parque y Palacio Güell y Casa Milá en Barcelona (1984); Monasterio y Sitio del Escorial en Madrid (1984); Catedral de Burgos (1984); Alhambra, Generalife y Albaicín en Granada (1984); Centro histórico de Córdoba (1984); Monumentos de Oviedo y del Reino de Asturias (1985); Cuevas de Altamira (1985); Ciudad vieja de Segovia y su Acueducto (1985); Ciudad vieja de Santiago de Compostela (1985); Ciudad vieja de Avila e iglesias extra-muros (1985); arquitectura mudéjar de Teruel (1986); Parque nacional de Garajonay (1986); Ciudad vieja de Cáceres (1986); Ciudad histórica de Toledo (1986); Catedral, Alcázar y Archivo de Indias de Sevilla (1987); Ciudad vieja de Salamanca (1988); Monasterio de Poblet (1991); Conjunto arqueológico de Mérida (1993); el Monasterio Real de Santa María de Guadalupe (1993); el Camino de Santiago de Compostela (1993); Parque Natural de Doñana (1994); Ciudad histórica fortificada de Cuenca (1996); la Lonja de la Seda de Valencia (1996); Palau de la Música catalana y hospital de Sau Pau, en Barcelona (1997); las Médulas (1997); Monasterio de San Millán de Yuso y de Suso (1997); arte rupestre del Arco Mediterráneo de la Península Ibérica (1998); Universidad y recinto histórico de Alcalá de Henares (1998); Ibiza, biodiversidad y cultura (1999); San Cristóbal de La Laguna (1999); Sitio Arqueológico de Atapuerca (2000); Palmeral de Elche (2000); iglesias románicas catalanas del Valle del Boí (2000); muralla romana de Lugo (2000); y conjunto arqueológico de Tarragona (2000).

⁵⁷ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 118 y 119.

CO se ha valido de la misma en defecto de una Lista *ad hoc*, como ocurrió en el caso de Dubrovnik, que, gracias a ella, resultó protegida, lo que demuestra la utilidad de disponer de una relación de los bienes culturales excepcionalmente valiosos que deberían gozar de protección durante un conflicto armado⁵⁸.

El segundo requisito que ha de concurrir en el bien cultural para que pueda ponerse bajo protección reforzada es, según el artículo 10 b) del Segundo Protocolo, que el propio Estado titular del mismo tenga voluntad de protegerlo, lo que se expresa con la exigencia de que exista una actuación nacional adecuada, plasmada en *medidas jurídicas y administrativas*, que reconozca su valor cultural e histórico excepcional y le garantice el más alto nivel de protección; en definitiva, la protección legal de que, a nivel interno, ha de gozar el bien debe, por un lado, reconocer, es decir, declarar, su carácter de patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad, o, lo que es igual, su valor cultural e histórico excepcional, y, por otro, ha de garantizar, con el más alto rango que exista en el ordenamiento interno, la protección de dicho bien, protección que no es, pues, de carácter material sino *legal*⁵⁹, viniendo el artículo 32.1 a avalar esta consideración, ya que la asistencia internacional que ha de solicitarse por los Estados que no puedan cumplir con este criterio del artículo 10 b) para obtener la protección reforzada ha de consistir en ayuda para preparar, elaborar o aplicar las leyes y disposiciones administrativas de que se trate. Este es, a nuestro juicio, el requisito definitorio del régimen o sistema de protección reforzada, pues a través de él se trasluce la realidad del propósito del Estado de reivindicar seriamente el *status* protector para el bien cultural de que se trate.

Finalmente, aunque se ha prescindido del requisito de la distancia o lejanía de cualquier objetivo militar importante, que, cual se dejó señalado, ha venido representando el mayor obstáculo para que los Estados se acogiesen al régimen de protección especial previsto en la Convención, se continúa, sin embargo, exigiendo el requisito de la *neutralidad del bien*, es decir, que el mismo no se utilice para fines militares ni para proteger instalaciones militares, a lo que solemnemente ha de comprometerse el Estado, efectuando una declaración en este sentido.

La concesión de la protección reforzada y consiguiente inscripción en la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada antes aludida es

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 119.

⁵⁹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 95.

competencia del *Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* que se crea en el artículo 24, del que solicitará el Estado bajo cuya jurisdicción o control se halle el bien la inscripción en la tan repetida Lista. En principio, sólo las autoridades de dicho Estado pueden presentar la solicitud de inscripción, con lo que se excluye que puedan hacerlo otros Estados, organizaciones internacionales o personas privadas; continúan, pues, vigentes los mismos principios de rogación y legitimación exclusiva del Estado titular del bien establecidos en la Convención de 1954 con respecto al sistema de protección especial, lo que no se compadece bien con la finalidad última a que responde la previsión de este sistema tuitivo, cual es la preservación a ultranza de determinados bienes de especial importancia no ya sólo para el Estado en cuyo territorio se encuentren situados sino para la humanidad entera. Tímidamente aflora, sin embargo, en este Segundo Protocolo una posible acción que puede emprenderse internacionalmente, ante la inactividad de aquel Estado, para la colocación del bien bajo protección reforzada, pues, se dice en el artículo 11.2 y 3 que “*el Comité podrá invitar a una Parte a que pida la inscripción*” en la Lista de un bien cultural que se halle bajo la jurisdicción o control de dicha Parte y que “*el Comité podrá tomar la decisión de invitar a una Parte a que pida la inscripción*” en la Lista de un bien cultural específico, aunque dicha Parte (y, en este caso, el Comité Internacional del Escudo Azul y otras organizaciones no gubernamentales con la competencia apropiada) no sea aquella bajo cuya jurisdicción o control se halle el bien.

Desde el punto de vista *procedimental*, la concesión de la protección reforzada, que se regula en el artículo 11 del Segundo Protocolo, exige menos requisitos formales que la de la protección especial establecida en la Convención de 1954, sin que se permita la *oposición* del resto de los Estados Partes a la inscripción del bien en la Lista, salvo el supuesto de no concurrencia de las condiciones que se determinan en el artículo 10⁶⁰.

A tal efecto, cuando el Comité reciba una petición de inscripción en la Lista informará de ella a todos los Estados Partes, que, en el plazo de sesenta días, podrán someterle *alegaciones* respecto a tal petición, alegaciones que estarán fundadas, exclusivamente, en la falta de cumplimiento de los criterios o condiciones establecidas en el artículo 10 para que el bien de que se trate pueda acceder a la protección reforzada y que deberán ser precisas y apoyarse en hechos y no en consideraciones de índole política;

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 94.

el Comité las examinará y proporcionará a la Parte solicitante una posibilidad razonable de responder a las mismas, procurando también solicitar el dictamen de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de expertos individuales. La decisión final será adoptada por mayoría de las cuatro quintas partes de los miembros del Comité presentes y votantes y solo podrá basarse en los criterios mencionados en el artículo 10. El Comité concederá la protección reforzada a un bien cultural a partir del momento en que se inscriba en la Lista, por lo que dicha inscripción tiene carácter constitutivo, y no meramente declarativo; el Director General de la UNESCO, por su parte, notificará sin demora la decisión del Comité relativa a la inscripción de un bien cultural en la Lista al Secretario General de las Naciones Unidas y a todos los Estados Partes en el Segundo Protocolo, para que pueda ésta surtir efectos *inter partes*.

En los supuestos excepcionales en que, formulada una petición de inscripción de un bien cultural en la Lista, el Comité concluya que la Parte que lleva a cabo la petición no puede cumplir con el criterio del párrafo b) del artículo 10, es decir, no puede brindar al bien protección por medio de medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado, podrá, no obstante, dicho Comité decidir la concesión de la protección reforzada siempre que la Parte solicitante formule una *petición de asistencia internacional* para dicho bien, que, en este caso, habrá de consistir, de acuerdo con el tenor del artículo 32.1, en “*ayuda para la preparación, elaboración o aplicación de las leyes, disposiciones administrativas y medidas mencionadas*” en el párrafo b) del artículo 10.

De otra parte, por motivos de *urgencia* y siempre en el supuesto de que las *hostilidades se hayan desencadenado efectivamente*, cualquiera de las Partes en conflicto podrá pedir al Comité la colocación bajo protección reforzada de los bienes culturales bajo su jurisdicción o control, demanda que el Comité transmitirá, inmediatamente, a todas las Partes en conflicto, procediendo, caso de que estas formulen alegaciones, a examinarlas urgentemente. La decisión de conceder la protección reforzada se adoptará por el Comité a título *cautelar o provisional*, siempre que concurren las condiciones de los párrafos a) y c) del artículo 10 y en función del resultado del procedimiento normal de concesión de la protección reforzada; esta decisión de concesión provisional de la protección reforzada se tomará con la mayor rapidez posible y por mayoría de las cuatro quintas partes de los miembros del Comité presentes y votantes.

La ambigüedad de las expresiones *urgencia, inmediatamente, urgentemente y mayor rapidez posible* hacen que, a nuestro juicio, el procedimiento adolezca, en la práctica, de la agilidad que sería precisa y de la que, en teoría, pretende dotársele, lo que se hubiera eludido con la fijación de plazos de caducidad, pues la finalidad de la concesión provisional de la protección reforzada es la de convertirse en definitiva o, en su defecto, caducar; se trata, evidentemente, de otra de las *carencias* que presenta el sistema, y que lo relativizan, privándolo de eficacia.

Por otra parte, según el artículo 14 podrá también el Comité *suspender* la protección reforzada en caso de que un Estado incurra en violaciones graves como consecuencia de la utilización del bien en apoyo de acciones militares; si las violaciones fueren continuas podrá incluso anular la protección, retirando el bien de la Lista. En todo caso, antes de adoptar la decisión que corresponda, el Comité dará oportunidad a las Partes de ser oídas.

Los bienes colocados bajo protección reforzada gozan de *inmunidad*, que las Partes en el Segundo Protocolo garantizarán, de acuerdo con el artículo 12, absteniéndose tanto de hacerlos objeto de ataques como de utilizarlos, a ellos o a sus proximidades inmediatas, en apoyo de acciones militares. La prohibición de utilización de los bienes es de contenido genérico y global y comprende todos los usos que signifiquen una contribución, directa o indirecta, a cualquier clase de acción u operación militar. Únicamente mientras dure esta utilización indebida, que convierte al bien en objetivo militar, y resulta por ello determinante de la pérdida de la protección reforzada, podrá la Parte adversa atacar dichos bienes, siempre y cuando se cumplan, además, en el ataque una serie de condiciones que se determinan en el artículo 13.2, a saber, que el “*ataque sea el único medio factible para poner término*” a dicha utilización; que “*se hayan tomado todas las precauciones posibles*” en la práctica, en cuanto a “*la elección de los medios y métodos de ataque*”, para poner término a esa utilización y evitar, o, en todo caso, reducir al mínimo, los daños al bien en cuestión; y, además, como cautelas adicionales, que se exigen no de un modo indefectible, sino subordinadas a que las circunstancias, derivadas de la legítima defensa, lo permitan, que el ataque sea “*ordenado por el nivel más alto del mando operativo*” y que, previamente a su lanzamiento, “*se haya dado un aviso por medios eficaces a las fuerza adversarias, instándolas a poner término a la utilización*” de que se trate y concediéndoles al efecto “*un plazo razonable*” para “*regularizar la situación*”.

De acuerdo con el tenor del artículo 11. 2 y 3 de la Convención, la *necesidad militar ineludible* determinante de la *suspensión de la inmunidad* de un bien cultural bajo protección especial, y consecuentemente justificativa de un ataque o acto de hostilidad respecto a dicho bien o de la utilización del mismo o de sus proximidades inmediatas con fines militares, no puede “*ser determinada más que por el jefe de una formación igual o superior en importancia a una división*”, prescribiéndose, además, que “*siempre que las circunstancias lo permitan, la decisión de suspender la inmunidad se notificará a la Parte adversaria con una antelación razonable*”, imponiéndose a la Parte que haya suspendido la inmunidad la obligación inexcusable de “*en el plazo más breve posible, notificarlo por escrito, especificando las razones, al Comisario General de Bienes Culturales*”⁶¹.

Aun cuando el Segundo Protocolo procura que estas condiciones sean *más rigurosas*⁶², es lo cierto que la introducción, como causa de exclusión del carácter absoluto de la obligatoriedad del cumplimiento de las mismas, de las *exigencias de la legítima defensa inmediata*, si bien no desnaturaliza plenamente el juego de estas condiciones, es evidente que lo *relativiza*.

En efecto, a tenor del artículo 13.2 c) del Segundo Protocolo las *condiciones formales* para lanzar un ataque contra un bien amparado por la protección reforzada sólo son exigibles “*a menos que las circunstancias no lo permitan, por exigencias de legítima defensa inmediata*”.

⁶¹ Cfr. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel, ob. cit., pág. 465; cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 164 a 170. Pone de manifiesto el autor la tortuosa actuación del Reino Unido; en el marco de la discusión sobre el artículo 11 de la Convención habida en el seno de la Conferencia Intergubernamental de 1954 “*pour le délégué du Royaume-Uni, il était «parfaitement clair... que, le principe de la nécessité militaire ayant été inséré dans la Convention pour le cas de la protection générale, (il) doit nécessairement y figurer lorsqu'il est question de la protection spéciale*». Il estima qu'il ne s'agissait là que d'une différence de degré. Il alla jusqu'à dire que sans une telle réserve «plusieurs pays ne se trouveraient plus en mesure de signer et de ratifier la Convention» ... Il est donc d'autant plus regrettable que les pays qui ont obtenu satisfaction lors de la Conférence n'aient pas procédé à la signature et à la ratification de ce texte ou à son adhésion”. Es el caso que hoy ni el Reino Unido ni los Estados Unidos han ratificado la Convención de 1954, no obstante la firme defensa que llevaron a cabo, en su día, de la introducción de la cláusula de necesidad militar, como medio para posibilitar la ratificación generalizada de aquella, sin que, al parecer, las cesiones que se hicieron para satisfacerlos fueran suficientes; por lo que, tal vez, pudiera haberse tenido presente esta incontrovertible realidad por parte de las Delegaciones participantes en la Conferencia Diplomática de 1999, a fin de no plegarse tan dócilmente a las pretensiones de quienes no parece que abriguen intención alguna de sujetarse, ni ahora ni nunca, a esta normativa.

⁶² Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 122.

Las exigencias de mérito, determinantes de la inexigibilidad del cumplimiento de las condiciones previstas en los subapartados i) a iii) del apartado c) del párrafo 2 del aludido artículo 13, son consecuencia de la *utilización* del bien cultural colocado bajo protección reforzada para *dirigir desde él un ataque contra* el enemigo, al que, en tal supuesto, y solo para reaccionar al ataque, se le exime de observar aquellas tres condiciones, ello, además, si las circunstancias concomitantes a dicha legítima defensa no permiten cumplirlas.

Así, aun cuando en la Conferencia Diplomática se intentó que la decisión de lanzar el ataque contra esta clase de bienes hubiera de tomarse al más alto nivel del Gobierno, dadas las implicaciones políticas de la decisión, la consideración de la diversidad de las estructuras políticas de los distintos Estados desaconsejó imponer una obligación semejante, exigiéndose, tan solo, que el ataque sea ordenado por el *más alto nivel operacional de mando*, en el bien entendido de que la orden se impartirá por el más alto nivel de gobierno en los casos en que el Jefe del Estado sea el comandante en jefe de las fuerzas armadas, y ello siempre que tal ataque no sea ordenado a otro nivel, en razón de que las circunstancias derivadas de las exigencias de la inmediata legítima defensa así lo impongan.

Igualmente, las exigencias del *aviso* con medios eficaces a las fuerzas opositoras y de concesión de un *plazo razonable* para regularizar la situación ceden ante la posibilidad de responder inmediatamente al fuego que se recibe desde un bien cultural bajo protección reforzada, si bien una y otra exigencia agregan, con carácter general, otro nivel suplementario de protección a estos bienes.

Con todo, y a pesar de estas excepciones, ha de concluirse que el sistema de protección reforzada representa *un progreso* en relación con la Convención de 1954, pues es mucho más alto el nivel al que debe ordenarse el ataque y se ha limitado considerablemente la imprecisa expresión “*siempre que las circunstancias lo permitan*”⁶³; si es cierto que la apreciación de las circunstancias que permitan invocar la legítima defensa inmediata es meramente subjetiva, no lo es menos que tal exigencia sólo podrá alegarse si se ha producido o lanzado un ataque desde el bien cultural bajo protección reforzada, supuesto fáctico este de existencia imprescindible para poder traer a colación una legítima defensa cuya exigibilidad se pretenda determinante de la licitud de un ataque contra un bien cultural de esta especie.

⁶³ *Ibidem*, pág. 123.

2. 4. INFRACCIONES PENALES Y EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

Uno de los más acreditados mecanismos para dotar de *eficacia* al derecho de los conflictos armados, particularmente en el ámbito del derecho internacional humanitario al que, sin duda, pertenece la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, consiste en establecer, en los Instrumentos convencionales en que la normativa constitutiva de esta rama del derecho internacional público se concreta, la obligación, que los Estados Partes en aquellos Instrumentos asumen, de tipificar en su derecho penal interno, como delitos, las violaciones graves (o, incluso, los actos contrarios o meras infracciones de obligaciones de comportamiento) de tales normas y castigarlas con adecuadas sanciones penales⁶⁴.

Este régimen de *eficacia o justicia universal* se articula, por vez primera, en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (artículos 50 del Convenio I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV), al establecerse en ellos que determinadas conculcaciones de los derechos reconocidos a lo largo de su articulado a favor de las *personas protegidas* en cada uno de tales Instrumentos constituirán *infracciones graves*, posteriormente denominadas *crímenes de guerra* en el artículo 85.5 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

Sobre las infracciones graves o crímenes de guerra, tipificados por vez primera en los Convenios de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977, se arbitra en estos cuerpos convencionales (artículos 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y 86 del Protocolo I) el llamado *sistema de jurisdicción universal*, a cargo de todos los Estados Partes en dichos tratados, con arreglo al principio *aut iudicare aut dedere*, de conformidad al cual las Partes contratantes se obligan a buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves o crímenes de guerra, “*debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas*” y pudiendo también aquellas Altas Partes, si lo prefieren, “*y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes*”.

Esta técnica adolece, sin embargo, de dos graves omisiones, a saber, que solo extiende el ámbito de la protección penal, convencionalmente

⁶⁴ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 97 y 98.

obligatoria, a los conflictos armados de carácter internacional, olvidando los conflictos armados internos o sin carácter internacional regulados por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949 y por el Protocolo II Adicional de 1977, y que sólo obliga a reprimir las infracciones graves o crímenes de guerra *stricto sensu*, mientras que respecto a todas las *demás infracciones o actos contrarios* a las normas de derecho internacional humanitario contenidas en aquellos cuatro Convenios de 1949 y Protocolo I de 1977 no existe obligación convencionalmente asumida de proceder a su sanción, pues el compromiso contraído es, simplemente, adoptar las medidas necesarias para *hacer que cesen*⁶⁵ (párrafos terceros de los artículos 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV e inciso segundo del artículo 86.1 del Protocolo I Adicional de 1977) aquellos actos, quedando la posibilidad de implementar sanciones, de cualquier clase (penales, disciplinarias), a la libre voluntad soberana de cada una de las Partes.

Con arreglo al *principio de justicia mundial o universal*, complementario del de la territorialidad como principio básico para la regulación de la eficacia de la ley penal en el espacio, el Estado en cuyo territorio se encuentre el autor de uno de los delitos a los que aquel principio afecta es competente para juzgarlo cualquiera que sea su nacionalidad y aunque haya cometido el delito en el extranjero y contra personas extranjeras o bienes cuyo titular sea extranjero; la atribución de competencia al *iudex deprehensionis* comporta la consideración del reducido número de delitos a los que aquel principio afecta como un ataque a los intereses de la comunidad internacional y, consecuentemente, implica una cierta uniformidad de las legislaciones penales, habiéndose introducido aquel principio de justicia mundial o universal en las modernas legislaciones con carácter complementario, para el castigo de aquellos delitos que atentan evidentemente contra los intereses de la comunidad internacional, entre los que resultan, a nuestro juicio, los más caracterizados, los *crímenes de guerra*⁶⁶.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 98.

⁶⁶ Cfr. CERESO MIR, José: “Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción”. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, págs. 206 y 207; cfr. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, n° 4. Coedición de la Escuela Diplomática, la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, págs. 243 y ss. “El principio de jurisdicción universal habilita al Estado para actuar en defensa de intereses de la comunidad internacional en su

Desde un punto de vista estrictamente positivo, en la actualidad el principio de justicia mundial o universal solo rige para los crímenes de guerra perpetrados *en conflictos armados internacionales*, habida cuenta de que, como se señaló, se establece en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I Adicional de 1977 y opera, tan solo, para las *infracciones graves o crímenes de guerra en sentido estricto*, por lo que tampoco afecta, desde el indicado punto de vista positivo, a los llamados *actos contrarios* o simples *infracciones* de los indicados Convenios y Protocolo.

Por otro lado, el derecho internacional humanitario comprende, a la vez, derecho convencional y derecho consuetudinario no consagrado en instrumentos jurídicos, habiendo una parte importante del primero pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, estando constituido el derecho internacional humanitario convencional que, fuera de toda duda, ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario por el derecho aplicable en los conflictos armados consagrado en los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra, la Convención IV de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y su Reglamento Anejo, de 18 de octubre de 1907 (prácticamente idénticos a la Convención II de La Haya, de 29 de julio de 1899 y su Reglamento Anejo), la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945; por lo que atañe a los Convenios de Ginebra, son normas de derecho internacional humanitario y *constituyen el núcleo del derecho*

conjunto y se aplica a un número reducido de crímenes definidos por el Derecho internacional convencional o consuetudinario. Es la trascendencia e importancia de estos intereses la que fundamenta la legitimación de cualquier Estado para actuar contra ellos, reprimirlos y sancionar a los culpables con independencia de su nacionalidad y del lugar de la comisión, así como de la participación del Estado de la nacionalidad en los convenios internacionales que la establecen, y de la afición de los nacionales del Estado que la ejerce por los delitos que se persiguen. No se trata, por tanto, de un principio que opere sobre cualquier tipo de infracción, perfilándose como un criterio complementario y subsidiario del principio de la territorialidad ..., es preciso destacar la existencia de convenios internacionales que contienen cláusulas en las que está prevista la jurisdicción universal para la represión y sanción de algunos de ellos. Se trata de las Convenciones de Ginebra de 1949, del Protocolo I, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra citados, del Convenio de la Haya de 14 de agosto (sic.) de 1954, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el Segundo Protocolo, de 26 de marzo de 1999, a este Convenio de la Haya, de la Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes... Aunque es preciso destacar que las cláusulas y regímenes establecidos no son homogéneos”.

*consuetudinario aplicable en los conflictos armados de carácter internacional*⁶⁷.

En este derecho internacional humanitario convencional de carácter consuetudinario la protección de los bienes culturales sólo aparece prevista, obviamente en forma harto elemental, en los artículos 27 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anejo a las Convenciones de La Haya II, de 29 de julio de 1899 y IV, de 18 de octubre de 1907 (el primero de los cuales señala que “*en los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, ... siempre que no se utilicen dichos edificios con un fin militar*”, añadiéndose en el segundo a la enumeración antedicha “*los monumentos artísticos*”), utilizando análoga dicción el artículo 5 de la Convención IX de La Haya de esta última fecha sobre el bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra. La Convención de La Haya de 1954, aún formando parte, de manera indubitable, del derecho internacional humanitario, no ha alcanzado aquel carácter de derecho consuetudinario.

La Convención de La Haya de 1954 se enmarca dentro del derecho internacional humanitario de carácter convencional, si bien, en punto al sistema de eficacia de sus preceptos, no siguió, sin embargo, el mismo sistema de jurisdicción universal establecido en los Convenios de Ginebra de 1949. Y así, en su artículo 28, bajo la rúbrica “*Sanciones*”, dispone tan sólo que “*las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera, una infracción de la presente Convención*”. La circunstancia de que en la Convención no se tipifique, especifique o describa un elenco de infracciones graves, unida a la posibilidad de que la eventual respuesta *in foro domestico* a una hipotética conculcación de las prescripciones de la misma pudiera circunscribirse al ámbito meramente disciplinario, alejan a esta prescripción de la posibilidad de entender que se establezca en ella un auténtico sistema de eficacia universal. Prueba de ello es

⁶⁷ Cfr. Doc. S/25704, de 20 de mayo de 1993 (“*Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 –1993– del Consejo de Seguridad*”), del Secretario General de las Naciones Unidas, aprobado por el Consejo de Seguridad por la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993 (Doc. S/RES/827 -1993-, de 25 de mayo de 1993), párrafos 33, 35 y 37.

que no abundan los Estados que incriminen en su ordenamiento penal interno las conculcaciones de la normativa internacional protectora de los bienes culturales en caso de conflicto armado, siendo de destacar que la regulación española al respecto, contenida en los artículos 613 y 614 del Código Penal, resulta sumamente loable⁶⁸.

La reunión de expertos celebrada en Viena entre el 11 y el 13 de mayo de 1998, última antes de la Conferencia Diplomática a celebrar en La Haya del 14 al 26 de marzo de 1999, abordó, en síntesis, los asuntos que deberían centrar el debate y constituir, una vez consensuados, el armazón o contenido fundamental del futuro Instrumento. Entre este núcleo de cuestiones fulcrales se decidió diferir al momento de conocer los resultados de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de la CPI el tema de la responsabilidad penal individual y su plasmación a nivel de infracciones, sanciones y procedimiento. El fracaso que, respecto a la protección de bienes culturales, supone, *de facto*, la regulación contenida en el Estatuto de la CPI, pues, frente a la propuesta española en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, que trataba de introducir, en lo relativo a la enumeración de los bienes protegidos, el concepto de *bienes culturales* usado en la Convención de La Haya de 1954, así como en los artículos 53 y 85. 4 del Protocolo I Adicional de 1977, para lo cual anteponía al texto propuesto, y finalmente aceptado, la frase “*los ataques (intencionales) contra bienes culturales internacionalmente protegidos*”, prosperó la actual regulación contenida en el artículo 8.2 del Estatuto de la CPI, inspirada en el vetusto artículo 27 del Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II, de 1899 y IV, de 1907⁶⁹, hizo que la Conferencia Diplomática de 1999 abordara de pleno la

⁶⁸ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 99; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El modelo español*”, en “*Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario*”. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja, Comité Internacional de la Cruz Roja, Publicaciones (Ginebra) y Plaza y Janés Editores, Bogotá (Colombia), 2000, págs. 179 a 187; cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., págs. 318 y 319. “*Dans la rédaction de ce texte, on s’inspire de l’alinéa premier de l’article 49/50/129/146 commun aux Conventions de Genève. Les États s’engagent à édicter la législation nécessaire. Cette législation doit être mise à exécution dès le temps de paix. A notre avis, la législation devrait fixer, pour chaque infraction, une sanction*”.

⁶⁹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 89; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 305 a 307. Para la propuesta española, cfr. Doc. A/CONF. 183/C.1/L. 4, de 17 de junio de 1998 (la adición del adjetivo *intencionales* se llevó a cabo *in voce*).

cuestión de las infracciones, si bien en la de competencia procuró atemperar los avances logrados en el Estatuto de Roma.

En el Capítulo 4 del Segundo Protocolo de 1999 se establece una suerte de *régimen de eficacia o justicia universal*, similar al que, en los términos que han quedado expuestos, se articula en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I Adicional a aquellos de 1977, a cargo de los Estados que vengan a ser Partes en aquel Instrumento para lograr la eficacia de sus prescripciones y, por ende, dado el carácter complementario del mismo, de todo el contenido o bloque normativo de la Convención de 1954, que, por mor de aquella complementariedad, quedará integrado en el Segundo Protocolo⁷⁰.

En las disposiciones, de naturaleza penal y procesal, que se contienen en dicho Capítulo 4 se lleva a cabo una *mejora* sustancial del sistema de represión de las infracciones de las normas internacionales relativas a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, incluido el del Estatuto de la CPI, que, cual se ha señalado, adolece, en la regulación sustantiva, contenida en su artículo 8, de los crímenes de guerra atinentes a bienes culturales, de referencias a normas tan fundamentales al efecto como la propia Convención de 1954, no limitándose, por lo demás, a reproducir el ya mencionado sistema clásico de jurisdicción universal establecido en los Convenios de Ginebra, puesto que se recogen también los desarrollos o evoluciones más recientes establecidas en otros textos internacionales en cuanto a la represión de las infracciones de las normas del derecho internacional humanitario, principalmente el Protocolo I Adicional de 1977, además de hacerse referencias implícitas a otros Instrumentos que todavía no han llegado a entrar en vigor, como el propio Estatuto de la CPI.

En primer lugar, se establece la distinción, desconocida en el artículo 28 de la Convención, que, cual se dijo, no contiene un catálogo de infracciones graves, entre las “*violaciones graves del presente Protocolo*”, que se tipifican en el artículo 15.1, y “*otras violaciones*”, a las que se hace referencia en el artículo 21.

Respecto a las *violaciones graves*, el artículo 15.2 dispone, en su inciso primero, que “*cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente Artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas*”.

⁷⁰ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 97 y 98.

Para la aplicación o puesta en práctica de esta norma o disposición convencional de carácter *no autoejecutivo*, ejemplo paradigmático de *obligación de resultado*, puesto que solo puede satisfacerse mediante una actuación legislativa o reglamentaria que la implemente en el ámbito interno o estatal, el inciso segundo del párrafo 2 del repetido artículo 15 viene a fijar, con carácter *imperativo*, ciertas características o peculiaridades que, obligadamente (“*se conformarán*”), han de inspirar aquella labor legislativa de trasposición a los ordenamientos penales internos respectivos, al señalar que, al tipificar como delitos y sancionar con penas adecuadas las infracciones graves recogidas en el párrafo 1 del artículo 15, “*las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos*”. A nuestro juicio, esta prescripción implica que, a la hora de incriminar *in foro domestico* las infracciones contenidas en el artículo 15.1 del Segundo Protocolo, los Estados Partes en él deberán prevenir expresamente, caso de que no se haga en la parte general de su Código Penal o en las reglas de aplicación concreta a este tipo de delitos contra la comunidad internacional, la sanción de todas las *formas de resolución manifestada*, e, igualmente, deben prevenir que no quede impune la conducta de aquellos *superiores*, ya sean *militares* u *otros superiores* (políticos, policiales, etc.) que *consientan o no impidan* (o, en todo caso, *no promuevan su castigo*) la comisión, por sus subordinados, de aquellas infracciones graves, de acuerdo con lo que, al efecto, se previene en los artículos 86.2 en relación con el 87.1 y 3, ambos del Protocolo I Adicional de 1977, 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY) de 1993, 6.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR) de 1994 y 28 del Estatuto de la CPI de 1998.

La *responsabilidad penal* prevista en el Capítulo 4 es siempre *individual o personal*, recayendo sobre *personas naturales o físicas*, ya que a lo largo del mismo se hace referencia, en varios preceptos, a “*toda persona*” (artículo 15.1), a la “*persona*” (artículos 17 y 20.2) y, concretamente, a la “*responsabilidad penal individual*” (artículos 15.2 y 16.2 a) y b)).

El artículo 38 del Segundo Protocolo permite la exigencia de la *responsabilidad subsidiaria* de los Estados Partes, al estipular que sus normas no afectan, al establecer la responsabilidad penal individual, a la responsabilidad de aquellos Estados “*conforme al derecho internacional, com-*

prendida la obligación de reparación”. Viene a seguirse así lo que se señala, por vez primera, en el artículo 91 del Protocolo I Adicional de 1977, y, recientemente, por el artículo 25.4 del Estatuto de la CPI⁷¹.

La exigencia que, *ex artículo 15.2 del Segundo Protocolo*, pende sobre las Partes en éste, según la cual, en la tipificación como delitos, y consiguiente previsión del adecuado reproche penal, de las infracciones enunciadas en el párrafo 1 de aquel precepto “*se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos*”, implica, a nuestro juicio, en primer término, la *inoperancia de cualquier inmunidad derivada del cargo oficial* que ocupe el presunto responsable de una infracción de tal índole para quedar exento de responsabilidad penal, ineficacia que, a mayor abundamiento, se infiere de la frase “*sin excepción alguna*” contenida en el artículo 17.1, y que no es sino una manifestación de lo que entendemos que es ya un principio general del derecho internacional penal de igualdad de todas las personas ante la ley penal internacional, con derogación de todas las inmunidades o exenciones de la pena por razón de la condición personal del presunto culpable, aun cuando fuere Jefe de Estado o de Gobierno, o representante democráticamente elegido, ello en línea con el criterio establecido en los artículos 6 y 7.1 y 2 del Estatuto del TPIY, 5 y 6.1 y 2 del Estatuto del TPIR y 25 y 27 del Estatuto de la CPI⁷².

En segundo lugar, la exigencia de mérito ha de comportar que, en el ámbito interno, la *responsabilidad penal de los superiores* por las infracciones de que se trata cometidas por sus subordinados se configure, a título de autor, como una *forma de participación* criminal, pues es posible que

⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”. Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000, págs. 401 y 402; cfr. DE PREUX, Jean: “*Article 91. Responsabilité*”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*”, ob. cit., págs. 1.079 a 1.084.

⁷² Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 102; sobre el origen de la desaparición, en el ámbito del derecho internacional penal, de las tradicionales inmunidades diplomáticas (artículo 7 del Estatuto de Nüremberg y Principio III de la Resolución 95 -I- de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946), cfr. CEREZO MIR, José: “*Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción*”, ob. cit., pág. 217; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, ob. cit., págs. 397 y 398.

concurra en este supuesto una forma de acción penalmente relevante cual es la comisión por omisión, en la cual la no evitación del resultado por el legalmente (en cuanto convencionalmente) obligado a actuar puede llegar a equivaler a su causación; como se señala en relación con los artículos 86.2 del Protocolo I Adicional de 1977, 7.3 del Estatuto del TPIY, 6.3 del Estatuto del TPIR y 28 del Estatuto de la CPI, la omisión por los superiores de su obligación específica, convencionalmente impuesta, de actuar en una u otra forma puede equipararse a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación, lo que sólo podrá suceder cuando el dolo de quien se encuentre como superior en posición de garante (conocimiento e intención) abarque la producción del resultado lesivo, al menos a título de dolo eventual⁷³.

Finalmente, y por lo que atañe a la *obediencia jerárquica*, esta no habrá de jugar como causa de exención de la responsabilidad criminal de los subordinados que vengan acusados de la perpetración de una de estas infracciones en los supuestos en que hayan obrado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior, si bien tal circunstancia podrá, eventualmente, ser considerada como *atenuatoria* de la responsabilidad criminal de aquellos, ello en línea con lo previsto al efecto en los artículos 7.4 del Estatuto del TPIY, 6.4 del Estatuto del TPIR y 33 del Estatuto de la CPI⁷⁴.

Por lo que atañe a la previsión concreta de cuales sean las infracciones graves, el artículo 15.1 del Segundo Protocolo dispone que “*cometerá una infracción grave en el sentido de este Protocolo toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos: a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada; b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares; c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a*

⁷³ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 102 y 103; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, ob. cit., págs. 410 a 416; cfr. DE PREUX, Jean: “*Article 86. Omissions*”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*”, ob. cit., págs. 1.029 a 1.040.

⁷⁴ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 103; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, ob. cit., págs. 430 a 438.

gran escala; d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo; y e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos”.

Dado que el artículo 28 de la Convención de 1954 había quedado, en gran parte, en letra muerta, puesto que no establece una lista de las violaciones merecedoras de sanción penal, siendo así que la experiencia confirma que dicha relación es esencial si se pretende instituir a nivel mundial un sistema completo y coherente de represión penal de los crímenes de guerra, es éste uno de los principales ámbitos en que el Segundo Protocolo *aclara y desarrolla el derecho humanitario* con respecto a los bienes culturales⁷⁵.

Los *cinco actos* que el párrafo 1 del artículo 15 define como constitutivos de violaciones graves son acreedores a una sanción penal en el supuesto de que se cometan de manera *intencional y en violación de la Convención o del Segundo Protocolo*.

Se exige, en consecuencia, que para que cualquiera de los actos que se incriminan como infracción grave pueda consumarse como tal crimen de guerra la actuación del agente no pueda ser calificada de imprudente, puesto que, expresamente se exige el *carácter intencional o doloso* de las conductas constitutivas de infracción grave.

Se introduce, igualmente, como *elemento objetivo del tipo de naturaleza normativa*, aplicable a las *cuatro primeras* conductas que se incriminan y a la tercera de las acciones (*uso indebido*) que integran la quinta, la exigencia de que la actuación constitutiva de infracción grave haya de serlo *en violación de la Convención de 1954 o del Segundo Protocolo de 1999*, lo que, *a sensu contrario*, implica que, de concurrir una de las circunstancias que, a tenor de lo previsto en cualquiera de ambos Instrumentos, permiten, o, mejor, justifican, la utilización de los bienes culturales o el ataque a los mismos, resultará obligada la apreciación de una *causa de justificación* determinante de la falta de antijuridicidad, y, consecuentemente, de la impunidad de la conducta típica; creemos, empero, no obstante la *deficiente redacción* del precepto, que en el supuesto de la infracción del apartado e) del párrafo 1 del artículo 15 nunca podrá apreciarse causa justificativa de ninguna de las dos primeras y de la última de las conductas (robar, saquear y perpetrar actos de vandalismo) que integran esta infracción

⁷⁵ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 124.

compleja, de naturaleza *pluriofensiva*, puesto que la *necesidad militar*, sea *imperativa*, conforme a los artículos 4 de la Convención y 6 del Segundo Protocolo, sea *ineludible*, a tenor de lo prevenido en el artículo 11 de la Convención, y la posibilidad de hacer objeto de un *ataque a los bienes culturales bajo protección reforzada* de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2 del Segundo Protocolo jamás pueden amparar la comisión de actos de robo, saqueo o vandalismo contra los bienes culturales.

En el artículo 15.1 se contienen *dos clases de violaciones graves*. En efecto, *las tres primeras*, es decir, las comprendidas en los apartados a), b) y c), corresponden a lo que en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I Adicional de 1977 se denominan *infracciones graves* o *crímenes de guerra*, y, respecto a ellas, y sobre la base del principio de jurisdicción universal, los Estados tienen el deber de enjuiciar o extraditar a los acusados de haberlas cometido, de acuerdo con lo prevenido al efecto en el artículo 18.1 del Segundo Protocolo.

Sobre estas tres violaciones graves los Estados han de ejercer *jurisdicción universal*, de manera que deben ejercer competencia para enjuiciarlas no sólo cuando la infracción se cometa en territorio nacional o cuando el inculpado sea nacional, ello de conformidad con las disposiciones de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 16 (aplicables a los cinco casos o supuestos constitutivos de violaciones graves), sino también cuando sea un no nacional el que cometa una de las tres infracciones de mérito, de acuerdo con lo prevenido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 16, en cuyo supuesto la jurisdicción universal se ejerce siempre que el presunto autor esté presente o se halle en el territorio del Estado.

Las dos primeras violaciones se refieren a los bienes culturales *inmuebles* bajo *protección reforzada* y en ellas se incrimina tanto el *ataque* contra tales bienes como la *utilización* de los mismos, lo que implica un *desarrollo del derecho internacional humanitario*, ya que, de conformidad con el artículo 85.4 d) del Protocolo I Adicional de 1977, solo el ataque contra esta clase de bienes y solo en la medida en que cause extensas destrucciones de los mismos, es decir, en cuanto constituya una infracción *de resultado*, es constitutivo de un crimen de guerra, mientras que, ahora, se incrimina el simple hecho de hacer objeto a estos bienes de un ataque, aún cuando no comporte resultado alguno, lo que implica que se sanciona una infracción *de mera actividad*, y, de otra parte, en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 15 se sanciona ahora,

ex novo, el hecho de utilizar los bienes culturales de que se trata o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares, infracción, igualmente, de *simple actividad*.

En definitiva, mientras que, de conformidad con el Protocolo I Adicional de 1977, solo el ataque a estos bienes, y solo en la medida en que cause su amplia o importante destrucción, constituye un crimen de guerra, en el Segundo Protocolo de 1999 se establece un equilibrio entre la responsabilidad penal del atacante y la del defensor⁷⁶, incriminando tanto el ataque como la utilización de los bienes culturales, sin exigir, en ninguno de ambos casos, la producción de resultado alguno, es decir, constituyendo infracciones de pura y simple actividad.

La tercera violación grave es ya una infracción *de resultado*, pues se refiere, con carácter mixto alternativo, a la destrucción o apropiación de los bienes culturales *en general*, pero el carácter o efecto amplio o extenso que han de tener ambas actuaciones, o, mejor, las resultas de las mismas (pues la destrucción ha de ser *importante* y la apropiación ha de llevarse a cabo *a gran escala*), las convierte en violaciones graves equiparables a las infracciones graves⁷⁷; se trata de una infracción *compleja*, de naturaleza *pluriofensiva* y *de resultado*, en la que se castiga tanto el hecho de causar destrucciones importantes como el de apropiarse en gran escala los bienes culturales en general, es decir, los colocados bajo protección especial, bajo protección reforzada o bajo protección general. Las destrucciones, para ser importantes, habrán de recaer, generalmente, sobre inmuebles (aunque no es descartable que pueda estimarse concurrente este elemento objetivo del tipo de afectar la destrucción a un gran número de bienes culturales muebles), mientras que la apropiación a gran escala puede tener por objeto, indistintamente, bienes muebles o inmuebles (siendo previsible que más frecuentemente recaerá sobre muebles).

Las *dos últimas violaciones graves*, comprendidas en los apartados d) y e) del párrafo 1 del artículo 15, traen causa de las previsiones al respecto del Estatuto de la CPI, que reconoce que esos actos son crí-

⁷⁶ *Ibidem*, págs. 125 y 126. “No se aceptó una propuesta planteada por el delegado de China para prohibir los daños colaterales a los bienes culturales bajo protección reforzada, lo que hubiera significado un gran progreso en el sistema existente. Como el Segundo Protocolo exige a las partes en conflicto abstenerse de cualquier utilización de dichos bienes culturales o de sus proximidades inmediatas en apoyo a una acción militar, dicha norma habría podido encajar en el Segundo Protocolo”.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 126.

menes de guerra sujetos a sanción penal⁷⁸, por lo que constituyen novedosos *desarrollos del derecho internacional humanitario*.

En efecto, en los subapartados ix) y xiii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 8 del aludido Estatuto se tipifica como crímenes de guerra tanto el hecho de “*dirigir intencionalmente ataques contra edificios destinados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares*”, como el de “*destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo*”, si bien, en uno y otro caso, el *contexto* en que la conducta típica se produzca o tenga lugar ha de ser el de un *conflicto armado de carácter internacional*, incluido el supuesto de la *ocupación*⁷⁹. A su vez, en los subapartados iv) y xii) del apartado e) del meritado párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la CPI se sancionan idénticas conductas, siempre que el *contexto* en el que éstas tengan lugar y con el que han de estar necesariamente relacionadas sea un *conflicto armado que no sea de índole internacional*, con independencia de que pueda subsumirse en el ámbito material de aplicación conceptual del artículo 3 común a los Convenios de 1949 o del artículo 1 del Protocolo II Adicional de 1977⁸⁰.

Se incrimina en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 15 del Segundo Protocolo el hecho de hacer objeto de un ataque a un bien cultural, que, obviamente ha de ser *inmueble* (pues no parece que pueda un bien mueble constituirse en el objeto de un ataque), protegido, indistintamente, por la Convención o el Segundo Protocolo; se trata de una infracción de *mera actividad*, pues lo que se castiga es el simple hecho de lanzar el ataque contra un bien cultural inmueble que goce de cualquiera de los diferentes tipos de protección que pueden brindar ambos Instrumentos, *salvo que sea un bien inmueble colocado bajo protección reforzada*, pues en este caso la actuación habría de incardinarse en el tipo incriminado en el apartado a) de este artículo 15.1.

Finalmente, en el apartado e) del artículo 15.1, siguiendo el tenor del artículo 4.3 de la Convención, se incrimina un elenco de *cuatro actuaciones*, cuyo objeto se circunscribe a los bienes culturales protegidos por la Convención, es decir, los colocados bajo protección general y bajo protec-

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 127.

⁷⁹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 285, 305 a 308 y 314 a 316.

⁸⁰ *Ibidem*, págs. 352, 367 y 368 y 378 a 380.

ción especial. Las *cuatro actuaciones* que se incriminan en esta infracción de naturaleza *compleja y pluriofensiva* son el robo, el saqueo, el uso indebido y el vandalismo, siempre que el objeto de cualquiera de tales actuaciones sean aquellos bienes, tipificándose tanto el atentado contra la propiedad de los mismos o contra su incolumidad física como su utilización contraria a las prescripciones convencionales. Constituye, a nuestro juicio, un craso error el que, *prima facie*, a tenor de la literalidad del precepto, no queden protegidos contra estas cuatro actuaciones los bienes culturales colocados bajo protección reforzada, si bien, en el futuro, nada impide a los Estados que, a la hora de tipificar estas infracciones en su derecho interno, extiendan la sanción de estas conductas al supuesto de que recaigan sobre bienes culturales objeto de protección en virtud del Segundo Protocolo.

Tanto el *robo* como el *saqueo* consisten en la salida del bien cultural del ámbito de tutela dominical a que corresponda, con la consiguiente obtención por el agente de la efectiva posesión penal del mismo, aun cuando fuere por cortísimo tiempo. En uno y otro caso se exige un específico ánimo de apropiación o lucro, que es independiente de la efectiva obtención por el autor de un provecho económico.

El *robo* implica cualquier sustracción o apoderamiento del bien, aun sin fuerza, violencia o intimidación, tomándolo el agente para sí, pudiendo aquí subsumirse el mero hurto; por su parte, el *saqueo* no es sino la rapiña o apoderamiento del bien sin el consentimiento del propietario, que, habitualmente, se lleva a cabo inmediatamente después del enfrentamiento, y que, de realizarse masiva o sistemáticamente, se convierte en pillaje. Creemos que en ambos supuestos sólo los bienes muebles pueden ser el objeto sobre el que recaiga la acción típica.

El *uso indebido* de los bienes culturales protegidos por la Convención no es sino el utilizar o emplear a aquellos bienes, ya bajo protección general o ya bajo protección especial, en violación de las prescripciones de los artículos 4.1 y 9 de aquella. Habrá de tratarse, a nuestro juicio, de bienes inmuebles.

Finalmente, la perpetración de actos de *vandalismo* abarcará todas aquellas conductas que tengan por objeto bienes culturales protegidos por la Convención y que consistan en destrucciones de los mismos no subsu- mibles, por no resultar importantes, en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, causación de daños o deterioros de la indemnidad de tales bienes, etc. La actuación podrá recaer, indistintamente, sobre bienes muebles o inmuebles.

Con respecto a las violaciones graves reseñadas en el artículo 15.1 del Segundo Protocolo se establecen unas reglas competenciales que vienen a articular un sistema que pudiéramos llamar de *jurisdicción universal limitada o corregida y facultativa*, en el sentido de que no afecta a todas, sino tan sólo a parte de estas infracciones graves (en concreto, a las comprendidas en los tres primeros apartados del artículo 15.1), y de que, además, la persecución de las mismas no se atribuye indiscriminadamente a cualquier Estado, sino que se exige en todo caso la concurrencia de unos nexos o puntos de conexión con el delito o con la persona del delincuente; dispone a tal efecto el artículo 16 del Segundo Protocolo que *“cada Parte adoptará las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de las infracciones indicadas en el Artículo 15, en los siguientes casos: a) cuando la infracción se haya cometido en el territorio de ese Estado; b) cuando el presunto autor sea un nacional de ese Estado; c) cuando se trate de las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del primer párrafo del Artículo 15, en caso de que el presunto autor esté presente en el territorio de ese Estado”*.

Es decir, que, respecto a estas tres violaciones graves, se proclama la jurisdicción universal de los Estados Partes en el Segundo Protocolo, en cuanto que los mismos resultan competentes para conocer o enjuiciar tales hechos no solo cuando la infracción se haya cometido en su territorio o cuando el autor sea uno de sus nacionales, sino cuando el presunto autor de tales infracciones sea nacional de cualquiera de los Estados Partes en el Segundo Protocolo y se encuentre en el territorio del Estado, si bien se limita o corrige esta jurisdicción universal al excluirse del régimen de la misma, a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 16, a los miembros de las fuerzas armadas y a los nacionales de los Estados que no sean Partes en el Segundo Protocolo, que, salvo en el caso de los nacionales de dichos Estados no Partes que sirvan en las fuerzas armadas de un Estado Parte, *“no incurrirán en responsabilidad penal individual”* en virtud o a resultas del Segundo Protocolo, es decir, no les serán aplicables las normas que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2, haya adoptado una Parte en el Segundo Protocolo y por las que haya tipificado como delito y previsto la sanción con penas adecuadas para las personas que hubieren cometido una cualquiera de las violaciones graves que se determinan en el artículo 15.1. En conclusión, los Estados no Partes en el Segundo Protocolo no sólo no tienen obligación de enjuiciar, sancionar y extraditar a dichas

personas, sino que sus nacionales quedan excluidos de esa pretendida jurisdicción universal, si bien el alcance de esta excepción, que es, en realidad, una auténtica *desnaturalización* de lo que pueda ser un juego normal del principio de eficacia o justicia universal, ha tratado de atemperarse con el reconocimiento, en el artículo 16.2 a), de que, en virtud del derecho nacional e internacional aplicable, incluido el derecho internacional consuetudinario, los Estados pueden ejercer jurisdicción sobre dichas personas⁸¹.

En todo caso, se ha dicho⁸² que nada en el Segundo Protocolo limita la capacidad de los Estados para legislar, penalizar o tratar de cualquier otra forma cualquier infracción del mismo, además de que con el artículo 28 de la Convención de 1954 se tuvo la intención de estipular una jurisdicción universal obligatoria.

En suma, con respecto a estas concretas infracciones graves, y de la forma limitada o restringida que se ha señalado (prácticamente, nos hallamos ante una jurisdicción universal *a la carta*), rige el principio “*aut iudicare aut dedere*”, de manera que, de acuerdo con el artículo 17.1 del Segundo Protocolo, el Estado Parte en el citado Instrumento en cuyo territorio se compruebe la presencia del presunto autor de una de ellas deberá, siempre que se trate de un nacional de un Estado Parte en el Segundo Protocolo, bien extraditarlo en favor del Estado del lugar de comisión del delito o del que sea nacional el delincuente, bien, someterlo “*sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades judiciales competentes*” para que lo “*procesen con arreglo a un procedimiento conforme a su derecho nacional o, si procede, a las normas pertinentes del derecho internacional*”. Es decir, que salvo que el autor de una cualquiera de estas tres violaciones graves se encuentre, sea cual fuere su nacionalidad, en territorio del Estado en el que hubiera cometido el hecho presuntamente constitutivo de cualquiera de ellas, el principio “*aut iudicare aut*

⁸¹ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 126. Según afirma el autor, la disposición de exclusión del régimen de jurisdicción universal obligatoria de los nacionales de los Estados que no son Partes en el Segundo Protocolo se incluyó “*a solicitud de Estados Unidos*”, postura que, a nuestro juicio, con resultar absolutamente regresiva, es coherente con la que mantuvo y viene manteniendo esta potencia en relación al artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y, en general a dicha institución, o, mejor, organización, internacional, aun cuando resulta un verdadero dislate el que la Conferencia Diplomática se plegara tan dócilmente a tamaña imposición, más aún teniendo tan reciente la resistencia que la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de la Corte Penal Internacional opuso en Roma a las exigencias norteamericanas.

⁸² *Ibidem*, págs. 126 y 127.

dedere” sólo tendrá plena virtualidad sobre nacionales de Estados Partes en el Segundo Protocolo, o, lo que no deja de ser un supuesto más bien hipotético, en los casos en que se trate de súbditos de un Estado no Parte que sirvan en las fuerzas armadas (aquí se incluirán las fuerzas disidentes en caso de conflicto armado de carácter no internacional) de un Estado Parte en dicho tratado.

Las dos últimas violaciones graves, es decir, las enunciadas en los apartados d) y e) del párrafo 1 del artículo 15 del Segundo Protocolo *equivalen a crímenes de guerra*, pero los Estados sólo tienen la obligación de reprimirlas mediante sanciones penales en base a que hayan sido *cometidas en el territorio del Estado* o que *el presunto autor sea nacional del Estado*, no existiendo, de acuerdo con el artículo 16.2 a), obligación de ejercer jurisdicción en el caso de que la infracción sea cometida en el extranjero por un no nacional, aunque el Estado puede, facultativamente, ejercer su jurisdicción en este caso. Refleja esta situación un sistema de *jurisdicción universal facultativa* para estos crímenes de guerra, a tenor del cual todos los Estados tienen jurisdicción para enjuiciar a no nacionales por crímenes de guerra cometidos en el extranjero, pero no tienen obligación de hacerlo si los crímenes no equivalen, como en estos dos supuestos, a infracciones graves, lo que también se desprende claramente del tenor del artículo 16.2 a) del Segundo Protocolo⁸³.

En todo caso, el hecho de que estas dos violaciones graves no se hayan incluido en una disposición general relativa a “*otras violaciones*”, que solo exigiría a los Estados reprimir tales actos sin especificarles los medios para hacerlo, aproximadamente en los términos en que lo hace el artículo 21 del Segundo Protocolo, es digno de elogio.

Se fija un *standard* mínimo en cuanto a las *garantías* de que debe gozar, en cualquier caso, la persona a la que se procese en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.1 por cualquiera de las infracciones enunciadas en los apartados a) a c) del artículo 15.1, al disponer el artículo 17.2 del Segundo Protocolo que “*sin perjuicio, llegado el caso, de las normas pertinentes del derecho internacional, a toda persona a la que se instruya un procedimiento en virtud de la Convención o del presente Protocolo se le garantizará un tratamiento equitativo y un proceso imparcial en todas las etapas del procedimiento con arreglo al derecho nacional e internacional, y en ningún caso se le proporcionarán menos garantías de*

⁸³ *Ibidem*, págs. 127 y 128.

las que reconoce el derecho internacional”, garantías, estas últimas, que consideramos que habrán de ser las que se señalan en el artículo 75 del Protocolo I Adicional de 1977, y que serán aplicables a quienes vengán incriminados por *cualesquiera* de las infracciones contenidas no ya en el artículo 15.1, sino también en el artículo 21, ambos del Segundo Protocolo⁸⁴.

De otro lado, en sus artículos 18 y 20 el Segundo Protocolo facilita jurídicamente la extradición desde un Estado Parte en el mismo a otro en razón de las infracciones graves tipificadas en los apartados a) a c) de su artículo 15.1, al establecer que estas tres infracciones graves se reputarán incluidas entre las que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición que tengan ya concertado las Partes en el Segundo Protocolo con anterioridad a la entrada en vigor de este Instrumento, y que, incluso, cuando no tuvieren concertado ningún tratado, podrá aquél constituir la base jurídica para la extradición respecto de las infracciones graves indicadas; sin que, por lo demás, a los fines de extradición y de asistencia judicial recíproca, puedan ser consideradas tales tres infracciones como delitos políticos, conexos a los mismos o inspirados en motivos políticos, por lo que una petición de extradición o de asistencia judicial recíproca formulada en relación con una de estas infracciones no podrá ser rechazada por el único motivo, es decir, con la única fundamentación, de que se refiere a un delito político o un delito inspirado en motivos políticos.

Finalmente, en cuanto a las “*otras violaciones*” de la Convención o del Segundo Protocolo, el artículo 21 de este último Instrumento constituye, a nuestro juicio, un *muy novedoso desarrollo del derecho internacional humanitario* en esta cuestión, pues si bien es cierto que la obligación que asume cada Parte en el mismo es tan sólo la de adoptar “*las medidas legislativas, administrativas o disciplinarias que puedan ser necesarias para que cesen*” los actos constitutivos de tales violaciones distintas de las

⁸⁴ Cfr. PILLOUD, Claude y PICTEC, Jean: “Article 75. Garanties fondamentales”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*”, ob. cit., págs. 885 a 914. “... il marque un progrès important dans le droit humanitaire en stipulant, au bénéfice de tous ceux qui se trouvent, lors d'un conflit armé, au pouvoir d'une Partie au conflit, quelques normes minimales de protection, alors que, dans de telles circonstances, les textes relatifs aux droits de l'homme sont soumis à d'éventuelles dérogations. Il faut donc voir une conquête du droit humanitaire dans cette disposition, qui est appelée à rendre de réels services. En outre, l'article 75 constitue, plus encore que l'article 3 commun de 1949, taxé de «mini-convention», une sorte de «sommaire de la loi», surtout dans le domaine, très élaboré, des garanties judiciaires, ce qui facilitera certainement la diffusion du droit humanitaire et l'énoncé de ses principes fondamentaux”.

infracciones graves, siguiéndose así lo que es el criterio tradicional respecto a los actos contrarios o simples infracciones (párrafos terceros de los artículos 49 del Convenio I de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y 86.1 del Protocolo I Adicional de 1977), no lo es menos que ahora *se concretan o especifican* en este precepto, por vez primera, las conductas constitutivas de estas otras violaciones, señalando que las mismas son “*toda utilización de bienes culturales en violación de la Convención o del presente Protocolo*” (y que no sea susceptible, en razón de que el bien cultural sobre el que recaiga la acción típica no esté colocado bajo protección reforzada, de ser subsumida en el tipo cobijado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 15) y “*toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales desde un territorio ocupado en violación de la Convención o del presente Protocolo*”.

No existe obligación para las Partes en el Segundo Protocolo de tipificar en su derecho interno, como delitos, y sancionar en consecuencia, estas *otras violaciones*, aunque tampoco nada impide a un Estado soberano hacerlo así en su legislación penal interna, como claramente permite, por lo demás, el artículo 28 de la Convención, cuya vigencia se recuerda expresamente en este artículo 21 del Segundo Protocolo, ya que las medidas a adoptar para que cesen estas otras violaciones pueden ser simplemente administrativas o disciplinarias y no penales, pero, en todo caso, y esto es también una novedad, las medidas relativas a estas violaciones que cada Parte, imperativamente, tiene el deber de tomar (“*adoptará*”), sólo tendrán virtualidad en el supuesto de que los actos previstos como constitutivos de cada una de tales violaciones sean “*perpetrados deliberadamente*”, es decir, de manera dolosa o intencional, sin que haya obligación de adoptar medidas legislativas de tipo alguno respecto a eventuales actuaciones imprudentes.

2.5. EL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN. LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Segundo Protocolo este Instrumento se aplica tanto en los supuestos de conflicto armado internacional, incluido el caso de ocupación de todo o parte del territorio de una de las Partes a que se refiere el artículo 18 de la Convención de 1954 a que antes se hizo referencia, como en el “*caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que se haya producido en el territorio de una de las Partes*”, tal y como señala, en su párrafo 1, el artículo 22 del Segundo Protocolo.

En relación con la protección de los bienes culturales en los conflictos armados internos, el artículo 19 de la Convención limitaba las obligaciones de las Partes contendientes que, a su vez, lo fueran en dicho tratado, a aplicar, como mínimo, las disposiciones relativas al *respeto* de aquellos bienes, exhortándoles, a continuación, a “*poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones*” de la Convención o parte de ellas.

Avanzando en el camino abierto por los artículos 19 de la Convención de 1954 y 16 del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977⁸⁵, y con el fin de mejorar la protección de los bienes culturales en los conflictos armados de carácter no internacional, el artículo 22 del Segundo Protocolo, único de que consta el Capítulo 5 de dicho Instrumento, extiende a tales conflictos el carácter vinculante de sus disposiciones, las cuales resultarán obligatorias para los beligerantes *en su totalidad* y no solamente en lo relativo a la obligación de respeto, de manera que también resultarán aplicables imperativamente en los conflictos armados internos, entre otras, las disposiciones relativas a las precauciones en los ataques, a la protección reforzada, al sistema de represión de las infracciones y a la asistencia internacional.

Constituye este artículo 22, a nuestro entender, una de las más *progresivas* disposiciones del Segundo Protocolo, por cuanto que, como ha quedado expuesto, implica la extensión a los conflictos armados de carácter no internacional de la normativa protectora, y, sobre todo, de la obligación de sancionar las infracciones graves de la misma. Ni el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949 ni el Protocolo II Adicional de 1977, normas internacionales de aplicación a los conflictos armados sin carácter internacional, incluyen entre sus previsiones enunciado alguno sobre infracciones graves, dejando a salvo así el principio de soberanía. Por su parte, la Convención de 1954 ni en su rúbrica ni en su artículo 28 restringe o limita su

⁸⁵ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 104; cfr. JUNOD, Sylvie-Stoyanka: “*Article 16. Protection des biens culturels et des lieux de culte*”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*”. “*Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*”, ob. cit., págs. 1.487 a 1.492. “... les conditions d’application de la Convention ne sont pas modifiées par le Protocole, por autant, bien entendu, que la Partie contractante soit liée par la Convention. Si tel n’était pas le cas, l’article 16 s’appliquerait seul ... Il convient de relever que la Convention prévoit une possibilité de dérogation en cas de nécessité militaire impérative alors que l’article 16 du Protocole stipule l’interdiction de commettre tout acte d’hostilité sans exception”.

aplicación a los conflictos armados de carácter internacional, permitiendo una hermenéusis integradora de los artículos 18 y 19 de la misma entender que en los conflictos no internacionales sólo resultan aplicables, como mínimo, las disposiciones de aquel Instrumento sobre el respeto de los bienes culturales⁸⁶; pero mientras que la debilidad del artículo 19 de la Convención de 1954, en línea con el conjunto de la misma, ha sido reconocer que aquellas obligaciones podrían ceder en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento, el artículo 16 del Protocolo II Adicional de 1977 destaca el hecho de que la inmunidad del patrimonio cultural y espiritual es de carácter absoluto⁸⁷.

La extensión de la aplicación del Segundo Protocolo a los conflictos armados no internacionales es fundamental, pues la mayor parte de los conflictos armados modernos es de tal carácter y la historia ha demostrado que la protección de los bienes culturales durante dichos conflictos puede ser problemática⁸⁸. A este respecto, no hay que olvidar los progresos alcanzados desde la aprobación de la Convención de 1954, sobre todo en el ámbito de la represión penal, que si aún en 1977 seguía limitándose, a tenor de lo prevenido en el Protocolo I Adicional, a los conflictos armados internacionales, es lo cierto que, en 1994, a partir del Estatuto del TPIR, empieza a extenderse a los de carácter no internacional, para, en 1998, en el Estatuto de la CPI, consagrarse el reconocimiento de la necesidad de no establecer, cuando se trata de reprimir las violaciones del derecho internacional humanitario, distinción alguna entre conflicto armado internacional y no internacional.

Reviste, pues, particular importancia el hecho de que, como reflejo de aquella tendencia actual, todo el Segundo Protocolo, incluido el Capítulo relativo a la represión penal, se aplique a los conflictos armados no internacionales, en línea con el Estatuto de la CPI, que atribuye a ésta, *ex* artículo 8, el conocimiento de crímenes de guerra cometidos contra bienes culturales tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

El modelo adoptado en la redacción del artículo 22 del Segundo Protocolo es, a nuestro juicio, más el del Protocolo II Adicional de 1977 que el del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁸⁶ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, *ob. cit.*, pág. 104.

⁸⁷ Cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli: “*Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*”, *ob. cit.*, pág. 122.

⁸⁸ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, *ob. cit.*, pág. 128.

En todo caso, los párrafos 2, 3 y 5 de este precepto, transcribiendo prácticamente el texto de los artículos 1. 2 y 3 del Protocolo II Adicional de 1977, en la línea que, al respecto, se sigue en el artículo 8.2 d) y f) y 3 del Estatuto de la CPI⁸⁹, dejan a salvo el derecho de los Estados tanto a mantener el orden público usando la fuerza como a mantener, por todos los medios legítimos, la ley y el orden o defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado, proclamando la imposibilidad de invocar parte alguna del Instrumento de mérito como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Parte en cuyo territorio tenga lugar aquél, en línea con el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y la Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970⁹⁰.

El artículo 22 del Segundo Protocolo de 1999 viene, pues, a confirmar la innovadora aportación que supuso el artículo 4 del Estatuto del TPIR, superadora de la clásica regulación convencional que sólo consideraba infracciones graves o crímenes de guerra los cometidos con ocasión o durante un conflicto armado de carácter internacional, que culmina en los apartados c) y e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la CPI, en los que se contiene la incriminación de una serie de conductas llevadas a cabo en el *contexto* de un conflicto armado que no sea de índole internacional, lo que constituye uno de los mayores *avances* del Estatuto y un importante paso en el reconocimiento de la necesidad de romper definitivamente con una diferencia legal sin fundamento entre conflictos armados internos e internacionales⁹¹, refiriéndose a los bienes culturales los crímenes de guerra de , en aquel contexto de conflicto armado sin carácter internacional, dirigir ataques contra objetos protegidos, del artículo 8.2 e) iv) y destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo, del artículo 8.2 e) xii).

⁸⁹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 246 y 247.

⁹⁰ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 105.; cfr. JUNOD, Sylvie-Stoyanka: “*Article premier. Champ d’application matériel*” y “*Article 3. Non-intervention*”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif a la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*”, ob. cit., págs. 1.378 a 1.380 y 1.386 y 1.387; cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli: “*Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*”, ob. cit., págs. 68 a 71.

⁹¹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 351 a 354.

En relación con las violaciones graves enunciadas en el artículo 15.1 del Segundo Protocolo, el artículo 22.4 del mismo reconoce a todo Estado Parte en el tan citado Instrumento en cuyo territorio se produzca el conflicto armado sin carácter internacional la *prioridad de jurisdicción*, ello sin perjuicio, obviamente, de que si el Estado del territorio no desea o no puede ejercer tal jurisdicción se produzca la entrada en juego del artículo 16.1 c) y 2 a) del tratado.

El párrafo 4 del artículo 22, añadido a solicitud de China y la India, al reseñar que nada de lo dispuesto en el mismo “*menoscarará la prioridad de jurisdicción*” de la Parte en cuyo territorio se produzca el conflicto armado de carácter no internacional respecto a las violaciones graves contenidas en el artículo 15, viene a reconocer, en realidad, la *jurisdicción primaria* del Estado territorial, es decir, la responsabilidad principal que recae sobre éste en orden a ejercer la jurisdicción sobre dichas violaciones, lo que incluye investigar, enjuiciar y castigar a los infractores, aún cuando aquel carácter primario implica, obviamente, que si un Estado no ejerce dicha jurisdicción podrán ejercerla otros Estados o tribunales penales internacionales que tengan la competencia para hacerlo⁹².

En el artículo 22.6 viene, finalmente, a recordarse la regla, ya fijada en el artículo 19.4 de la Convención, de que la aplicación de las disposiciones del Segundo Protocolo referentes a los conflictos armados de carácter no internacional “*no producirá efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto*”, es decir, no implicará reconocimiento, de beligerancia, fundamentalmente, ni de ninguna otra índole, a las fuerzas disidentes⁹³.

Finalmente, la opinión general respecto a la potencial confusión que puede derivarse de la utilización, a lo largo del texto del Segundo Protocolo, del término “*Parte*”, definido, en el artículo 1 a), como “*un Estado Parte*” en aquel Instrumento, y de la frase “*parte en el conflicto*”, de la que sólo se percató la Conferencia Diplomática una vez que finalizaba, es que

⁹² Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., págs. 128 y 129.

⁹³ Cfr. TOMAN, Jiri, ob. cit., pág. 241. “*Il s’agit d’une disposition essentielle sans laquelle l’existence même de l’article 19 (et aussi de l’article 3) serait peu probable. Cette disposition constitue une sorte de garantie que l’application, même très restreinte, de la Convention en cas de guerre civile ne serait pas susceptible de gêner le gouvernement légal dans sa répression –considérée comme légitime– de la rébellion, ou de conférer le statut de belligérance d’où découlerait un surcroît d’autorité et de puissance pour l’adversaire ... Cette disposition précise que l’objectif de l’article n’est que la protection des biens culturels et que ce dernier ne touche en rien aux affaires intérieures de l’État. Par ailleurs, le fait que le gouvernement légal applique cet article, ne représente en aucun cas une reconnaissance d’un statut quelconque de la partie adverse*”.

la palabra “*parte*” en la frase “*parte en el conflicto*” incluye a los grupos disidentes de los Estados Partes en el Segundo Protocolo, puesto que las fuerzas no gubernamentales involucradas en un conflicto armado no internacional que se desarrolle en el territorio de un Estado Parte en el Segundo Protocolo están obligadas por éste en virtud de su ratificación por el Estado concernido; por el contrario, dicha palabra no incluye a terceros Estados que no hayan ratificado el Segundo Protocolo, puesto que a éstos se alude, en general, en éste como a “*partes*” en letra minúscula⁹⁴.

2.6. CUESTIONES INSTITUCIONALES, MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y CLÁUSULAS FINALES

Los cuatro últimos Capítulos del Segundo Protocolo son objeto, a continuación de un más conciso, si cabe, análisis del que, hasta aquí, se ha hecho de los que los preceden⁹⁵.

Bajo la denominación “*Cuestiones institucionales*”, el Capítulo 6 del Segundo Protocolo establece una amplia estructura administrativa. Si una de las carencias más comúnmente señaladas de la Convención de 1954 era la relativa a la falta de previsión de unos órganos permanentes específicamente encargados de velar por su aplicación, bastando con señalar a este respecto que ya en la primera Reunión de las Altas Partes Contratantes, celebrada en París en 1962, se aprobó, por unanimidad de los participantes, una Resolución en la que se reclamaba a la UNESCO la creación de un Comité de Expertos con esta finalidad, se ha establecido ahora a este efecto, en el Capítulo 6, un entramado orgánico, con participación de los Estados, constituido por la Reunión de las Partes, el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y el Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.

La *Reunión de las Partes* es una suerte de Conferencia o Asamblea General de todos los Estados Partes en el Segundo Protocolo. Se convocará, con carácter *ordinario*, al mismo tiempo que la Conferencia General de la UNESCO, o sea, cada dos años, según se previene en el artículo IV del Convenio de Londres de 16 de noviembre de 1945, constitutivo de la Organización; ello sin perjuicio de la previsión de la posibilidad de convocatoria por el Director General de la UNESCO de una *Reunión Extraordinaria* si así lo solicita un quinto, al menos, de los Estados Partes. A la Reunión

⁹⁴ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit., pág. 129.

⁹⁵ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 105 a 110.

de las Partes, que adoptará su propio Reglamento, corresponde, según el artículo 23.3, las atribuciones de elegir a los miembros del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, aprobar los Principios Rectores elaborados por dicho Comité para la aplicación del Segundo Protocolo, proporcionar las orientaciones y supervisar la utilización del Fondo por parte del Comité, examinar el informe presentado por éste y, en general, discutir cualquier problema relacionado con la aplicación del Segundo Protocolo, formulando recomendaciones cuando proceda.

El artículo 24 crea el *Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*⁹⁶, integrado por doce miembros o Partes elegidos por la Reunión de las Partes, debiendo, imperativamente, las Partes que sean miembros del Comité elegir, para que las representen en él, a “*personas competentes en las esferas del patrimonio cultural, la defensa o el derecho internacional*”, debiendo garantizar, a través de consultas mutuas, “*que el Comité en su conjunto reúna las competencias adecuadas en todas esas esferas*”; es decir, que, obligadamente, el Comité ha de estar integrado por personas profesionalmente cualificadas en los ámbitos cultural, militar y jurídico-internacional. Igualmente, deberá garantizarse una representación equitativa en el Comité de las distintas regiones y culturas del mundo.

Según los artículos 25 y 26, los miembros del Comité serán elegidos por la Reunión de las Partes por un período de cuatro años y sólo podrán ser reelegidos inmediatamente una vez (es de reseñar aquí la defectuosa, por redundante, redacción del artículo 25.1 –“*sólo podrán volver a ser elegidos inmediatamente una sola (sic.) vez*”–). El Comité celebrará reuniones *ordinarias* una vez al año y *extraordinarias* cuando lo estime necesario, pudiendo, de acuerdo con el artículo 27.3, invitar a sus reuniones, a título consultivo, a organizaciones profesionales eminentes tales como el Comité Internacional del Escudo Azul (CIEA), el Centro Internacional de Estudio de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (Centro de Roma) (ICCROM) y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), constituyendo *quorum* la mayoría de sus miembros y tomándose sus decisiones por mayoría de dos tercios de los miembros votantes, si bien se establece la salvedad de que los miembros del Comité que representen a Estados concernidos por un conflicto armado se abstendrán de participar en cualquier votación de decisiones relativas a bienes culturales afectados por dicho conflicto.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 106.

Según el artículo 28, las funciones de secretaría serán prestadas al Comité por la Secretaría General de la UNESCO, que preparará la documentación y el orden del día de sus reuniones y se encargará también de la aplicación o ejecución de sus decisiones.

Como atribuciones, que ejercerá en todo caso en cooperación con el Director General de la UNESCO, corresponden al Comité, según el artículo 27.1, las de elaborar los Principios Rectores para la aplicación del Segundo Protocolo, conceder, suspender o anular la protección reforzada y establecer, actualizar y promover la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada, vigilar y supervisar la aplicación del Segundo Protocolo y fomentar la identificación de bienes culturales bajo protección reforzada, examinar los informes cuatrienales de las Partes, formulando observaciones sobre ellos, y tratar de obtener precisiones sobre los mismos cuando sea necesario, así como preparar su propio informe sobre la aplicación del Segundo Protocolo para la Reunión de las Partes, recibir y estudiar las peticiones de asistencia internacional para los bienes bajo protección reforzada que formulen los Estados, determinar el empleo del Fondo y desempeñar cualquier otra función que le encomiende la Reunión de las Partes.

Finaliza el Capítulo 6 con la institución, en el artículo 29, del *Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, constituido con el carácter de *fondo fiduciario* y al que, con anterioridad, ya se ha hecho cumplida referencia⁹⁷.

Debe señalarse, en relación con esta cuestión, que ni en el texto del Segundo Protocolo ni en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de 1999 en que aquél se adoptó aparece referencia alguna a una importante medida de ejecución de tipo organizativo en el ámbito interno que recomendó, en su día, la Conferencia Intergubernamental celebrada en La Haya para la adopción de la Convención de 1954. En efecto, se aprobó entonces una Resolución, la número II, en la que la Conferencia formuló el voto de que cada una de las Altas Partes Contratantes, al adherirse a la Convención, constituyera, de acuerdo con su sistema constitucional y administrativo, un *Comité Consultivo Nacional* compuesto de un reducido número de personalidades, como, por ejemplo, altos funcionarios de los servicios arqueológicos, de museos, etc., un representante del Estado Mayor General, un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores, un especialista en derecho internacional y dos o tres miembros más, cuyas funciones y competencias guarden relación con las distintas cuestiones a las que se refiere la

⁹⁷ *Ibidem*, págs. 106 y 107.

Convención, Comité que estará bajo la autoridad del ministro o alto funcionario del que dependan los servicios nacionales encargados de velar por los intereses de los bienes culturales; dicho Comité podría ejercer, entre otras, las funciones de asesorar al gobierno respecto a las medidas necesarias para la puesta en práctica o aplicación de la Convención en los planos legislativo, técnico o militar, en tiempo de paz o de conflicto armado, intervenir cerca de su gobierno, en caso de conflicto armado o inminencia del mismo, para que los bienes culturales sitios en territorio nacional y en territorio de otros países sean conocidos, respetados y protegidos por las fuerzas armadas nacionales, según las disposiciones de la Convención y asegurar, de acuerdo con su gobierno, la relación y cooperación con los otros Comités Nacionales y con todo otro organismo internacional competente.

Creemos que, en aras a una mayor efectividad, dentro de cada Estado, de la normativa internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, sigue hoy siendo conveniente la creación de estos Comités Consultivos Nacionales, a todas luces semejantes a las *Comisiones Nacionales de Derecho Internacional Humanitario* que, por fortuna, tanto vienen proliferando por doquier en los últimos años, con la lamentable excepción, como desgraciadamente no puede dejar de ponerse de relieve, de España, donde, salvo en el campo de la punición de los crímenes de guerra y por mor de una iniciativa no gubernamental que se plasmó en el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal de 1995⁹⁸, el incumplimiento de las obligaciones convencionalmente asumidas por nuestro país en el ámbito del derecho internacional humanitario

⁹⁸ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, PIGNATELLI Y MECA, Fernando, PULGARIM DE MIGUEL, Francisco José y ANTÓN AYLLÓN, Manuel: “*Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949*”. Revista Española de Derecho Militar, núms. 56-57, julio-diciembre de 1990 y enero-junio de 1991, págs. 693 a 845; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “*Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código Penal español de 1995. Garantía del respeto de los derechos humanos en caso de conflicto armado*”. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 9, julio de 1998, págs. 245 a 248; cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel y ABAD CASTELOS, Montserrat: “*Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 3, 1999, págs. 456 y 457; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “*Delitos contra la comunidad internacional*”, en “*Seguridad nacional-Seguridad internacional*”. VIII Seminario Duque de Ahumada (7, 8 y 9 de mayo de 1996). Ministerio del Interior (Dirección General de la Guardia Civil)-Universidad Nacional de Educación a Distancia, págs. 87 y 88; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*El modelo español*”, en “*Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario*”, ob. cit., pág. 143.

es, por lo palmario y clamoroso, un permanente y bochornoso desdoro para el Estado español, destacando, especialmente, por lo que atañe a esta materia, la pasividad en el cumplimiento de la obligación de preparar en tiempo de paz la salvaguardia e identificación de los bienes culturales situados en territorio nacional contra los efectos previsibles de un conflicto armado⁹⁹. Solución igualmente válida sería la de atribuir a estas Comisiones Nacionales de Derecho Internacional Humanitario, donde existan, las funciones que se proyectaron en su día, en aquella Resolución II de la Conferencia Intergubernamental de 1954, como competencia de los Comités Consultivos Nacionales; ello habría de tener reflejo en la composición orgánica de dichas Comisiones, en las que deberían también integrarse representantes de las Administraciones culturales de los países respectivos, así como en las labores de difusión y asesoramiento propias de cada Comisión Nacional, las cuales quedarían entonces extendidas a la normativa sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

En los Capítulos 7 y 8 del Segundo Protocolo, y bajo las rúbricas respectivas de “*Difusión de la información y asistencia internacional*” y de “*Aplicación del presente Protocolo*”, se arbitra una serie de medidas tendentes a lograr, en la práctica, una mayor efectividad de la normativa internacional de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Se trata de *medidas de ejecución material*, tanto en tiempo de paz como en período de conflicto armado, que en parte ya se contenían en diversos preceptos de la Convención, a los que se da ahora, sin embargo, un alcance más amplio; son tales medidas, principalmente, las relativas a la *difusión*, a la *cooperación y asistencia internacional* y a los *procedimientos de conciliación*.

Respecto a la obligación de *difusión* del Segundo Protocolo, se gradúa ésta, en el artículo 30, de menor a mayor concreción y exigencia.

En efecto, mientras que en el párrafo 1 del artículo 30 se contiene algo que, por lo genérico y amplio de su redacción, no puede calificarse sino como mera sugerencia o pauta de conducta a seguir por los Estados Partes, y, por ello, no exigible jurídicamente, según la cual “*las Partes procurarán servirse de todos los medios apropiados y, en particular de programas de educación e información, para fomentar el aprecio y el respeto de*

⁹⁹ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 99; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La posición española ante el derecho internacional humanitario*”. I Jornadas del Grupo Español de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra (Madrid, noviembre de 1996), Madrid, 2000, págs. 33 a 35.

los bienes culturales por parte del conjunto de sus poblaciones”, en el párrafo 2 del citado precepto se cobija un mandato de objeto concreto y de carácter imperativo (“*difundirán*”), si bien de ámbito subjetivo y temporal indeterminado y amplio, a cuyo tenor “*las Partes difundirán lo más ampliamente posible el presente Protocolo, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado*”.

En el artículo 30.1 se contiene un principio general, desconocido en la Convención de 1954, en virtud del cual se insta (“*procurarán*”) a las Partes en el Segundo Protocolo a lograr, especialmente, aun cuando no exclusiva o únicamente, a través de programas educativos e informativos, que el conjunto o generalidad de su población aprecie y respete los bienes culturales, es decir, que han de llevar a cabo una labor pedagógica dirigida a que la totalidad de su población valore o estime los bienes culturales y, en razón de ello, les tenga o profese la consideración o respeto que el conocimiento de su significado y valor cultural objetivo, en cuanto plasmación de las más excelsas cualidades del ser humano y herencia de la capacidad colectiva de un pueblo, merece. Esta actividad educacional es el presupuesto básico para dar sentido al contenido de la obligación, esta sí de carácter imperativo, que a tales Partes impone el artículo 30.2, que viene a reproducir las prescripciones del artículo 25 de la Convención de 1954.

Finalmente, en el párrafo 3 del artículo 30 se cobija la verdadera *novedad* sustantiva de este precepto, ya que se señala en él una finalidad u objetivo concreto a la difusión del Segundo Protocolo que impera el artículo 30.2, además de concretar tres tipos de actuaciones a realizar por las Partes en cumplimiento de la obligación de difusión del Instrumento de que se trata contenida en el tan nombrado artículo 30.2.

En efecto, señala el artículo 30.3 que, como obligado efecto o consecuencia del cumplimiento de la obligación señalada por el artículo 30.2, “*toda autoridad militar o civil que en tiempo de conflicto armado esté encargada de aplicar el presente Protocolo habrá de tener pleno conocimiento de su texto*”. Se exige, pues, en este precepto, que es práctica reproducción del artículo 83.2 del Protocolo I Adicional de 1977, que la difusión obligada del Segundo Protocolo tenga por destinatarios directos y privilegiados a quienes, como autoridad militar o civil, hayan de asumir responsabilidades, en tiempo de conflicto armado, respecto a la aplicación del mismo (así, las autoridades a quienes corresponda la adopción de las medidas preparatorias de salvaguardia a que se refiere el artículo 5, quienes hayan de garantizar el respeto de los bienes culturales y, eventualmente, apreciar, en su caso, la concurrencia de una necesidad militar imperati-

va, adoptar las precauciones en el ataque o contra los efectos de las hostilidades, ejercer la autoridad sobre un territorio ocupado o hacer objeto de ataque a un bien cultural bajo protección reforzada, las autoridades, administrativas y jurisdiccionales, a quienes compete la investigación, acusación y eventual enjuiciamiento de las personas a quienes se impute la comisión de las violaciones graves u otras violaciones tipificadas en los artículos 15 y 21, etc.), que deben *conocer* sus prescripciones, lo que evitará tanto que tales personas realicen actos u omisiones que atenten a la incolumidad o indemnidad de los bienes culturales como que propicien la impunidad de quienes lleven a cabo tales actuaciones, vedando, en todo caso, la posibilidad de que aleguen, en su descargo, la ignorancia de la norma, es decir, un eventual *error de prohibición*; se consagra normativamente aquí lo que ha sido para la UNESCO una constante preocupación, a saber, la necesidad de formar adecuadamente a las personas a las que incumbe una responsabilidad fundamental a la hora de la aplicación o puesta en práctica de las disposiciones en que se consagra la protección de los bienes culturales, preceptos que tales personas deben conocer con exactitud y profundidad (“*pleno conocimiento de su texto*”), dadas las irreparables consecuencias que puede acarrear su ignorancia.

A este fin, y en los apartados a) a d) del párrafo 3 del artículo 30 se establece un conjunto de hasta *tres líneas directrices*, relativas a la *normalización militar*, a la *formación del personal, militar o civil*, encargado de aplicar el Segundo Protocolo (y, dado su carácter adicional, la Convención de 1954, cuyo entero contenido asume aquél) y a la *información entre las Partes*, concretadas en *cuatro actuaciones* a llevar a cabo por los Estados Partes en el Segundo Protocolo para dar exacto cumplimiento al novedoso compromiso asumido por ellos de que las autoridades militares o civiles antedichas tengan pleno conocimiento del texto de tal Instrumento.

En primer término, se consagra normativamente el ya clásico (por mor de general en el derecho internacional humanitario y expresamente señalado en el artículo 25 de la Convención, que no es sino reproducción de la obligación de difusión de los Convenios de Ginebra de 1949 contenida en los artículos 47 del Convenio I, 48 del II, 127 del III y 144 del IV, así como en los artículos 83 del Protocolo I Adicional de 1977 y 19 del II) deber para los Estados Partes en los Instrumentos en que se contiene el derecho internacional humanitario de carácter convencional de “*incorporar a sus reglamentos militares orientaciones e instrucciones relativas a la protección de los bienes culturales*”, de manera que las Partes en el Segundo Protocolo asumen la obligación de proceder a la normalización militar de las

prescripciones de éste y de la Convención sobre protección de los bienes culturales en los conflictos armados, a fin de que se reconozca y recuerde por sus *fuerzas armadas*, entre otros extremos, el carácter de bienes particularmente protegidos que tienen en los conflictos armados los bienes culturales, las limitaciones que deben observarse con respecto a ellos, absteniéndose tanto de dirigir actos de hostilidad contra tales bienes como de utilizar los mismos o sus proximidades inmediatas en apoyo de operaciones militares y las precauciones que deben observarse en orden a la debida aplicación del principio de necesidad militar en relación con los bienes culturales¹⁰⁰.

En segundo lugar, los Estados Partes “*en colaboración con la UNESCO y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, prepararán y llevarán a cabo programas de formación y educación en tiempo de paz*”.

Mientras que las orientaciones e instrucciones a que se refiere el apartado a) del párrafo 3 del artículo 30 tienen por destinatarios, exclusivamente, a los miembros de las fuerzas armadas de las Partes, ya que aquellas sólo adquieren virtualidad en el contexto de un conflicto armado en el que los individuos a quienes se dirigen los reglamentos militares toman parte, los programas de formación y educación en tiempo de paz a que se contrae este apartado b) van dirigidos, indistintamente, a quienes, independientemente de su condición civil o militar, se prevea que, en tiempo de conflicto armado, hayan de estar encargados de aplicar el Segundo Protocolo.

De esta forma, una clase de estos programas de formación y educación ha de ser, obviamente, los dirigidos específicamente a las *fuerzas armadas*, sobre cuyos miembros pesa primordialmente el cumplimiento, en situaciones reales de combate durante los períodos de conflicto armado, de las obligaciones de respeto y de garantía de la inmunidad de los bienes culturales; a este respecto, conviene recordar el compromiso asumido por los Estados Partes en la Convención de 1954, de acuerdo con el tenor del artículo 7 de la misma, frecuentemente incumplido, precisamente, por la ausencia de los correspondientes programas específicos de formación, de preparar o establecer, en el seno de sus unidades militares, *servicios o personal especializado* cuya misión consista en velar por el respeto a los bienes culturales y colaborar con las autoridades civiles encargadas de la sal-

¹⁰⁰ Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 107.

vaguardia de dichos bienes, debiendo, también, tenerse muy presente la necesidad de formar a *asesores jurídicos* en las fuerzas armadas que ejercen su función en relación con los jefes militares para la aplicación de esta normativa del derecho internacional humanitario, tal y como expresamente prescribe el artículo 82 del Protocolo I Adicional de 1977¹⁰¹. De otra parte, es claro también que otros de los programas de formación y educación de que se trata deben ir dirigidos al *ámbito civil*, tanto a las autoridades y funcionarios, estatales, regionales o locales, encargados de la administración del patrimonio cultural, como al personal directivo y técnico que desarrolle funciones de conservación, custodia y otras relacionadas con el cumplimiento de la obligación de salvaguardia de los bienes culturales.

Finalmente, deben también los Estados Partes en el Segundo Protocolo cumplir una obligación de información *inter partes* que se contiene, desdoblada, en los apartados c) y d) del párrafo 3 del artículo 30, si bien, en ambos casos, la comunicación mediante la que dicha información se intercambie ha de efectuarse “*por conducto del Director General*” de la UNESCO.

Recae, en el primer caso, el deber de *comunicación recíproca de información* sobre “*las leyes, disposiciones y medidas adoptadas*” en relación con la *difusión del conocimiento* del Segundo Protocolo, tanto mediante la

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 107 y 108; cfr. DE PREUX, Jean: “Article 82. Conseillers juridiques dans les forces armées”, en “*Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*”, ob. cit., págs. 971 a 981. “... dans les années 1950 se dessine, dans certaines armées, une nouvelle tendance en vue de compléter les instructions écrites par une assistance de juristes qualifiés. Cette initiative paraissait d’autant plus justifiée que, bien souvent, les manuels militaires ne se limitent pas à reproduire les textes des accords internationaux et ne reflètent pas ces accords. Ils témoignent, dans tous les domaines qui ne sont pas réglés d’une manière impérative ou incontestée par la loi internationale, de la pratique admise par l’Etat en question sans préjuger de la reconnaissance de cette pratique sur le plan international. Le point de savoir si une coutume s’est établie dans un sens ou dans un autre est une question de fait, non de réglementation adoptée par un Etat ou par un autre.

Force est également de reconnaître que, même en se limitant aux règles non controversées directement applicables par les commandants militaires sur le terrain, le droit des conflits armés devient de plus en plus complexe, détaillé et étendu ...

Le caractère obligatoire de la présente disposition a cependant été maintenu ... Rien n’autorise donc à penser que cette tâche elle-même pourrait être facultative. Plus précisément, le présent article crée l’obligation, à la charge des Parties au Protocole, d’adopter toute réglementation appropriée pour que des conseillers juridiques soient à la disposition des forces armées. Que les conditions d’utilisation ou de disponibilité de ces conseillers soient réglées en termes particulièrement souples ... ne change rien au fait que la création de postes de conseillers juridiques est obligatoire”.

incorporación de instrucciones y orientaciones *ad hoc* a los reglamentos militares como mediante la preparación y realización de programas de formación y educación en tiempo de paz, lo que parece responder a la finalidad de poner a disposición del conjunto de la comunidad internacional los conocimientos y experiencias sobre la materia; igualmente, el artículo 37.2 del Segundo Protocolo estipula que “*una vez cada cuatro años, las Partes presentarán al Comité un informe sobre la aplicación del presente Protocolo*”, lo que denota la importancia que se otorga a la efectiva puesta en práctica del mismo, siendo lo cierto que ya la Convención de 1954 imponía a las Partes, en su artículo 26.2, la obligación de dirigir al Director General, al menos cuatrienalmente, informes “*sobre las medidas tomadas, preparadas o estudiadas por sus respectivas administraciones para el cumplimiento*” de la Convención y del Reglamento para su aplicación¹⁰².

En el segundo supuesto, el deber de comunicación recíproca entre las Partes se contrae a las “*leyes y disposiciones administrativas que adopten para garantizar la aplicación del presente Protocolo*”, es decir, sobre las concretas *normas, de índole legal o reglamentaria*, que, por cualquiera de los Estados Partes, se hayan adoptado para la puesta en práctica o aplicación *in foro domestico* de cualesquiera prescripciones del Segundo Protocolo que no tengan carácter autoejecutivo y sean distintas de las contempladas en los apartados a) y b) del párrafo 3 de su artículo 30; creemos que tendrá por objeto esta comunicación, para la que expresamente se prescribe que se haga lo “*antes posible*”, lo que denota la importancia que se le otorga, las medidas nacionales, de índole naturalmente legislativa, dirigidas tanto a la tipificación como delitos de las infracciones graves referidas en el artículo 15.1 como a la fijación de penas adecuadas para aquellos, a cuya adopción se obligan los Estados Partes por mor de lo prevenido en el artículo 15.2, además de las normas, legislativas o reglamentarias, por las que se adopten medidas, bien sean de índole administrativa o disciplinaria, para que cesen las otras violaciones a que se refiere el artículo 21, ello sin perjuicio de las medidas de salvaguardia adoptadas de acuerdo con el artículo 5.

En todo caso, las prescripciones que, sobre difusión, se contienen en el Segundo Protocolo creemos que resultan aplicables tanto a dicho Instrumento como a la Convención de 1954, habida cuenta de que, dado el

¹⁰² Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, ob. cit., pág. 108. El Director General de la UNESCO recibió informes en 1962, 1965-1966, 1969-1970, 1977-1978, 1984, 1989 y 1994.

carácter adicional o complementario del Segundo Protocolo respecto a la Convención, asume aquél el entero contenido de ésta, por lo que la difusión del contenido del Segundo Protocolo implica, de consuno, la del contenido de la Convención.

Por lo que se refiere a la *cooperación y asistencia internacional*, por virtud de lo dispuesto en el artículo 31 “*en casos de graves violaciones*” del Segundo Protocolo “*las Partes se comprometen a actuar conjuntamente por conducto del Comité o por separado, en colaboración con la UNESCO y las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”; aparte de ello, el artículo 32 faculta a las Partes para pedir al Comité *asistencia internacional* en favor de los bienes culturales bajo protección reforzada, así como *ayuda* para preparar, elaborar o aplicar las leyes, disposiciones administrativas y las “*medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas*” de protección de un bien cultural a que se refiere el artículo 10 a) que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado, necesarias para colocar a un bien cultural bajo protección reforzada.

Siguiendo la línea establecida en el artículo 23 de la Convención, el artículo 33 del Segundo Protocolo faculta a las Partes para recurrir a la *asistencia técnica* de la UNESCO para la organización de la protección de sus bienes culturales, asistencia técnica que, a título meramente ejemplificativo (“*especialmente*”), se concreta tanto en *medidas preparatorias*, ya sean de salvaguardia y preventivas, ya sean organizativas para situaciones de emergencia o catástrofe (es decir, inundaciones, incendios, terremotos, etc.), como en la realización de *catálogos nacionales* de bienes culturales, mientras que se impone a la UNESCO el deber de prestar dicha asistencia “*dentro de los límites de su programa y responsabilidad*” y “*se insta a las Partes a proporcionar*”, con carácter bilateral o multilateral, dicha asistencia técnica; finalmente, se autoriza a la UNESCO a presentar a las Partes, por propia iniciativa, propuestas sobre estas cuestiones, reconociéndose así a la Organización una suerte de *derecho de iniciativa* en el que parece reflejarse la aspiración de convertirla en un remedo de *Cruz Roja del Arte*, asumiendo, en relación con los bienes culturales, una función similar a la que desarrolla el CICR, primordialmente, respecto de las víctimas de los conflictos armados (pues no puede olvidarse que la protección de los bienes culturales en los conflictos armados, aun cuando con carácter secundario, también le compete).

En el Capítulo 8 del Segundo Protocolo se articula un *procedimiento de conciliación* para resolver los desacuerdos o discrepancias entre las Par-

tes en conflicto sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones de dicho Instrumento; tal procedimiento no es sino un ejercicio de *buenos oficios* por parte de las Potencias Protectoras, de haberse designado éstas, o de tales buenos oficios o cualquier *otro medio de conciliación o mediación* por parte del Director General de la UNESCO, caso de no haberse designado aquellas.

En el primer supuesto, según el artículo 35 del Segundo Protocolo, que reproduce sustancialmente el tenor del artículo 22 de la Convención, las *Potencias Protectoras*, institución clásica del derecho internacional humanitario a que se refiere el artículo 8 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que, según el artículo 34 de aquel Instrumento primeramente citado, que reproduce, a su vez, el artículo 21 de la Convención de 1954, son “*las encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto*” y con cuyo concurso se aplicará el Segundo Protocolo, vienen obligadas a interponer “*sus buenos oficios siempre que lo juzguen conveniente en interés de los bienes culturales, y especialmente cuando haya desacuerdo entre las Partes en conflicto sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones*” de aquel tratado. Para ello, se faculta a las dichas Potencias Protectoras para, con la finalidad o al objeto de resolver aquel desacuerdo, proponer a las Partes en conflicto, por propia iniciativa o a invitación de una Parte en el Segundo Protocolo o del Director General de la UNESCO, la celebración de una *reunión* en el territorio de un Estado no Parte en el conflicto (y no necesariamente Parte en el Segundo Protocolo) entre los representantes de aquellas Partes en conflicto, particularmente las autoridades encargadas de la protección de los bienes culturales, propuesta de reunión que las Partes en conflicto vienen obligadas a hacer efectiva; la reunión será presidida por una personalidad perteneciente a un Estado no Parte en el conflicto propuesta por las Potencias Protectoras o presentada por el Director General de la UNESCO, que, una vez que sea aprobada por las Partes en conflicto, será invitada a participar, en calidad de Presidente, en la misma.

En el segundo supuesto, que constituye una novedad, el artículo 36 del Segundo Protocolo residencia, a falta de designación de Potencias Protectoras, en el *Director General de la UNESCO* la facultad de “*ejercer sus buenos oficios o actuar por cualquier otro medio de conciliación o mediación con el fin de resolver las discrepancias*” entre las Partes en conflicto, y en el *Presidente del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* la facultad de proponer a las Partes en conflicto, a petición de una Parte en el Segundo Protocolo, aunque no lo sea

en el conflicto, o del Director General de la UNESCO, la eventual celebración de una *reunión* de sus representantes, particularmente las autoridades encargadas de la protección de los bienes culturales, en el territorio de un Estado que no sea Parte en el conflicto (y que puede no ser Parte en el Segundo Protocolo).

Por último, merece repararse en el hecho de que en el Capítulo 9 del Segundo Protocolo, referente a las “*Cláusulas finales*”, nada se dice en relación con las posibles *reservas* al mismo, por lo que regirá en este extremo la regla general establecida en el artículo 19 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, que permite a los Estados formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, siempre que no sea incompatible con su objeto y fin. Ello significa que, merced a otra incomprensible cesión habida en el seno de la Conferencia Diplomática de 1999, de consecuencias no por previsibles menos lamentables, la aplicación de la totalidad de las disposiciones del Segundo Protocolo quedará sujeta al juego de las eventuales reservas de los Estados, lo que no constituye, precisamente, un buen augurio respecto al logro de la finalidad tuitiva del tratado de mérito, sobre todo por lo que concierne a la cuestión, ancilar en cuanto a la virtualidad de aquella finalidad, del sistema de eficacia universal de la sanción de las infracciones graves, que si ya en el propio texto aparece muy limitado en sus efectos, quedará, sin duda, a través de esta posibilidad de interposición de reservas, totalmente ayuno de operatividad.

**IV. ESTUDIOS
DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
Y ADMINISTRATIVO**

DERECHOS Y DEBERES DEL MILITAR PROFESIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO

*Ex Presidente de las Salas Segunda y
Quinta del Tribunal Supremo*

Desde que los nobles ingleses, allá en 1212, le arrancaron a Juan sin Tierra la “Carta Magna”, cuyo nombre ha servido desde entonces para designar retóricamente a las constituciones, todas las que han ido apareciendo en el mundo occidental en los dos o tres últimos siglos han tenido el carácter fundamental de declaraciones de derechos. Una constitución ha sido siempre, ante todo, una declaración de derechos. No es ése, por supuesto, su único contenido. En las constituciones se trazan también las líneas básicas de la organización del Estado, se distribuyen las funciones entre los diversos poderes públicos y se establecen los principios generales que deben orientar el ordenamiento jurídico que regulará la convivencia social. Pero el capítulo más importante de una constitución, su núcleo más esencial, su parte más decisivamente programática, es siempre una proclamación de derechos. De derechos del hombre y del ciudadano en la primera etapa del movimiento constitucional, también de derechos económicos y sociales en la segunda y de los llamados derechos de la “tercera generación” en el presente.

La razón más fácilmente perceptible de que las constituciones hayan sido históricamente, antes que ninguna otra cosa, declaraciones de derechos, la tenemos en el hecho de que el movimiento constitucional nace en Europa y en América del Norte, en los últimos decenios del siglo XVIII y en los primeros del XIX, a medida que los hombres cobran conciencia de su autonomía frente los poderes públicos, a medida que se descubren como ciudadanos y no meramente súbditos, esto es, a medida que están en condiciones de imponer sus derechos y limitar los poderes. Puede decirse que,

en su esencia más radical, las primeras constituciones son instrumentos para limitar el poder y garantizar las libertades, es decir, los derechos de los ciudadanos. Incluso las líneas básicas de la organización del Estado –que, como he dicho, también forman parte del cuerpo de toda constitución– se articulan de acuerdo con el principio de división de poderes cuya finalidad primordial es que los poderes se compensen y limiten recíprocamente para evitar que ninguno de sus titulares abuse del suyo, porque todo abuso de poder desemboca fatalmente en una restricción de los derechos de los ciudadanos.

Es por ello por lo que en los textos constitucionales situados en la más auténtica tradición del constitucionalismo europeo se reconocen y garantizan derechos y sólo en un segundo término se imponen deberes. Se declaran ciertamente algunos deberes básicos pero no con la misma solemnidad y el mismo énfasis con que se proclaman los derechos. En íntima coherencia con sus orígenes históricos, para el espíritu del movimiento constitucional los deberes deben ser predicados, ante todo, de los poderes públicos. Estos tiene, por lo pronto, el deber de respetar los derechos y libertades de los ciudadanos, el de no atropellarlos ni restringirlos indebidamente y, en muchos casos, el de procurar su plena realización mediante una actividad positiva o prestacional.

Esta forma de articulación de los derechos y los deberes de la persona es claramente perceptible en la Constitución Española –CE– de 1978.

En el título I de la CE, denominado “De los derechos y deberes fundamentales” –un tanto impropia porque luego se descubre que no existe la categoría de “deberes fundamentales”– y en su capítulo II, que tiene como epígrafe “derechos y libertades”, la sección 1.^a está dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas y la 2.^a se titula “de los derechos y deberes de los ciudadanos”. Pues bien, en la sección 1.^a se proclama una larga lista de derechos, unos primarios y otros derivados, pudiendo contarse en este lugar alrededor de cincuenta derechos, en tanto en la sección 2.^a, junto a una nueva serie de derechos ya no fundamentales, tan sólo aparecen tres deberes: el de defender a España, el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y el de trabajar. Y no deja de ser significativo que estos tres deberes están siempre acompañados por derechos que, en alguna medida los restringen o matizan: el deber de defender a España está acompañado por el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia; el deber de tributar se impone al mismo tiempo que se establece la necesidad de un sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad y se prohíbe un sistema que tenga

alcance confiscatorio, lo que indirectamente supone reconocer derechos al contribuyente; y el deber de trabajar, en fin, se impone al mismo tiempo que se proclama el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión, a la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente y a que no haya discriminación en el trabajo por razón de sexo.

Los derechos, como se ve, tienen en la CE una presencia mucho más visible que los deberes. Pero esto es verdad cuando se trata de los individuos, no cuando se trata de los poderes públicos. Estos son, fundamentalmente, titulares de deberes. Revelador, en este sentido, es el art. 9.º CE. Tras decirse en el apartado 1 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” –lo que solamente supone imponer a unos y a otros la obligación genérica de sometimiento al conjunto normativo que ordena la convivencia social– en el apartado siguiente se dice: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, norma impositiva exclusivamente dirigida a los poderes públicos para que no se limiten a respetar pasivamente los derechos fundamentales que se mencionan sino que asuman la tarea de promover su efectividad; en tanto en el apartado 3 se garantiza una serie de principios cuya salvaguarda, en defensa siempre de los ciudadanos y de las personas en general, incumbe también únicamente a los poderes públicos. Tales principios son “la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad”. De todo ello no podemos deducir, naturalmente, la conclusión de que en nuestro ordenamiento jurídico los ciudadanos son casi exclusivamente titulares de derechos. Es claro que son también sujetos de deberes. Lo que ocurre es que, en la mayoría de los casos, los deberes individuales no están expresamente formulados en la CE –aunque se deriven de sus normas– sino en las leyes ordinarias, teniendo aquélla, en consecuencia, el sentido primordial de una “carta de derechos”.

Parece oportuno comenzar con las anteriores consideraciones un trabajo que se titula “Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución Española” porque el propio epígrafe requiere una inicial advertencia. Para el militar profesional español, como para cualquier ciudadano español, la CE es, en principio y antes que ninguna otra cosa, fuente de

derechos. No obstante, por el hecho de formar parte de las Fuerzas Armadas, a las que el art. 8.º.1 CE asigna determinadas e ineludibles funciones, se puede decir que los militares profesionales tienen un deber o conjunto de deberes, de origen constitucional, que se concretan en participar, dentro de la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas –FFAA.–, en las tareas que conlleva “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”. De hecho, se puede decir que en esto la situación de los militares profesionales no se diferencia demasiado de la del resto de los funcionarios de la Administración Pública, puesto que todos tienen la obligación de contribuir, mediante el cumplimiento de sus deberes específicos, a que los distintos sectores de la Administración sirvan los intereses generales que les están encomendados. No debe perderse de vista, sin embargo, que de los tres deberes ciudadanos que se enumeran en la sección 2.ª del capítulo II del título I CE, uno de ellos, el de defender a España, incumbe a los militares profesionales de una manera muy especial. Si defender a España es para todos los españoles, según el art. 30 CE, simultáneamente un derecho y un deber, la dimensión de deber prima absolutamente sobre la de derecho cuando la defensa de España se pone en relación con el militar profesional, puesto que éste se integra voluntariamente en una Institución que tiene, como una de sus funciones más definitorias, la de defender la soberanía, la independencia y la integridad territorial de España, lo que comporta, por otra parte, que en este caso el deber no está acompañado ni restringido, lógicamente, por el derecho a la objeción de conciencia. Para el militar profesional el deber de defender a España no es, pues, un mero deber ciudadano sino un deber profesional que, aun siendo anterior al Texto fundamental vigente, ha sido constitucionalizado por éste. Se trata, quizá, del único caso en que un deber ciudadano se profesionaliza, por mandato constitucional, en los miembros de un Cuerpo del Estado. Y es por ello, por lo que es que rigurosamente correcto hablar de los “deberes del militar profesional en la CE”.

En realidad sería más exacto singularizar la expresión y hablar del deber constitucional de defender a España que incumbe al militar profesional, aunque naturalmente de este deber se derivan múltiples deberes que constituyen, desde este punto de vista, el estatuto jurídico del militar profesional. Pero estos deberes, derivados de aquél fundamental, no están impuestos ya por la CE sino por las leyes y otras normas de rango inferior. De las leyes que establecen los deberes de los militares la más importante, sin duda alguna, está constituida por las Reales Ordenanzas de las

Fuerzas Armadas –en adelante RR.OO– promulgadas por la Ley 75/1978, de 28 de Diciembre. Si es cuestionable, como luego veremos, la virtualidad de las RR.OO para configurar el estatuto jurídico de los militares profesionales en la perspectiva de sus derechos fundamentales, está claro, por el contrario, que sí la tiene para configurar dicho estatuto en la perspectiva de sus deberes. Las RR.OO se definen a sí mismas como “Regla moral de la Institución Militar” y es lógico que los deberes esenciales de quienes se integran en ella estén definidos en dicha regla. Con la particularidad –dicho sea de paso– de que se trata de una “regla moral” elevada en su integridad al rango de ley, lo que quiere decir que, en el ámbito castrense, existe un sector de normas morales juridificadas, es decir, convertidas en normas jurídicas, más amplio que el mismo sector de normas morales de la sociedad civil.

Retomando la línea expositiva que nos está orientando, es oportuno recordar ahora que la CE no sólo contiene, en relación con los militares profesionales, la proclamación del deber fundamental de defender a España. Se encuentran también en ella las líneas básicas de lo que debe ser una organización militar conforme a los principios de la CE y, por consiguiente, de cómo se debe orientar, en el conjunto de las FF.AA., el cumplimiento de las misiones que se les encomiendan, entre ellas naturalmente la de defender a España. Estas líneas básicas se inspiran en cuatro principios, destacados y analizados, entre otros comentaristas, por el Prof. López Ramón, que son el de defensa, el de subordinación de la autoridad militar a la civil, el de dependencia respecto del poder ejecutivo y el de disciplina. Los tres primeros pueden considerarse expresamente formulados en determinados preceptos de la CE y el último, fácilmente deducible de la misma, es inherente a la propia naturaleza de las FF.AA. Los cuatro son insustituibles para comprender la forma como en el Estado constitucional se configura el deber de defender a España

A) Principio de defensa. Este principio, claramente explicitado en las misiones que el art. 8.º.1 CE encomienda a las FF.AA, se materializa en dos mandatos. En el plano internacional, prohíbe toda agresión armada a otro país, toda vez que tan sólo se prevé el empleo de la fuerza “ad extra” para defender la integridad territorial de España cuya soberanía e independencia están garantizadas permanentemente por las FF.AA. A estas misiones habría que agregar hoy las llamadas intervenciones humanitarias y de defensa del orden internacional que pueden ser asumidas por el Estado español como consecuencia de la inserción de sus FF.AA en dispositivos internacionales. Estas misiones pueden tener la finalidad de proteger

los derechos individuales o colectivos que estén siendo lesionados en determinados países por regímenes que se apartan de los principios fundamentales por los que se rige la comunidad internacional o la de hacer frente a fenómenos como el terrorismo internacional, de contornos aún no suficientemente definidos. En el plano interno, el principio defensivo aparta a las FF.AA del mantenimiento del orden público, tarea que definitivamente se “desmilitariza” y asigna, por el art. 104 CE, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No puede ser confundida la defensa del orden público interno con la del “ordenamiento constitucional” que sí está encomendada a las FF.AA. en el art. 8.º.1 CE. Sería necesario que peligrase el sistema institucional y normativo establecido por la CE para que fuese legítimo utilizar a las FF.AA, como tales, en el interior de la Nación. Y en tal caso, sería el Gobierno el único autorizado para decidir que dicha extrema situación se ha presentado y para ordenar, en consecuencia, la intervención de las FF.AA. como claramente se deduce de los principios que a continuación se exponen. No es ocioso advertir aquí, aunque sea de pasada, del riesgo de que, al socaire de una intervención dirigida contra el terrorismo internacional, reaparezca una nueva militarización del orden público dentro de las fronteras nacionales.

B) Principio de subordinación de la autoridad militar a la civil. Este principio, cuya realización constituye una de las metas del movimiento constitucional moderno desde su inicio en la Inglaterra del siglo XVII y cuyo oscurecimiento ha sido una constante periódica en la historia política de España durante los siglos XIX y XX, se deduce claramente del art. 97 CE, según el cual “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado”. Si el Gobierno dirige la Administración militar y la defensa del Estado, ello es inequívocamente indicativo de que la autoridad militar está subordinada a la civil porque –es este un punto apenas discutido hoy en la teoría jurídica– la expresión “Administración militar” no comprende sólo la estructura burocrática del Ministerio de Defensa sino las propias FF.AA. No hay más que una Administración del Estado, con dos sectores de actuación claramente diferenciados, el civil y el militar, lo que naturalmente obliga a discernir entre la Administración civil y la Administración militar y a establecer para ésta un régimen jurídico singularizado. Pero, en todo caso, ambas Administraciones están dirigidas por el Gobierno que, además, dirige la defensa del Estado.

C) Principio de dependencia respecto del poder ejecutivo. La vieja polémica que dividió, en la época del primer liberalismo, a los que defen-

dían el “ejército del rey” y a los que proponían que el ejército dependiese del parlamento, puede considerarse superada hoy por una solución que, garantizando la unidad del mando de los ejércitos –requisito imprescindible de su eficacia– garantiza también el mantenimiento del “régimen civil” y la legitimidad democrática de quien puede dirigir el órgano en que se realiza el monopolio de la fuerza que asume el Estado moderno. La solución –apenas hace falta decirlo– ha sido colocar a las FF.AA. bajo la dependencia del Gobierno en los términos del ya citado art. 97 CE desarrollado por la Ley Orgánica 6/1980, modificada por la 6/1984, en que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar –en adelante, LODN–, en cuyo art. 7 se dispone que el Gobierno “determina la política de defensa y asegura su ejecución”. Puede hablarse, incluso, de una directa y especial dependencia de las FF.AA. con respecto al Presidente del Gobierno al que, entre otras funciones, atribuye el art. 8 de la LODN “la dirección de la política de defensa”, “la autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas”, “la dirección de la guerra” y “la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar”. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la preceptiva autorización de las Cortes Generales para declarar la guerra y hacer la paz –art. 63.3 CE– y del “mando supremo de las Fuerzas Armadas” que atribuye al Rey el art. 62 h) CE en un precepto cuyo contenido ha de ser hoy considerado simbólico, salvo en supuestos rigurosamente excepcionales, puesto que la institución del referendo –arts. 56.3 y 64.1 CE– transfiere la fuerza decisoria de los actos del Rey al Presidente del Gobierno y a los Ministros.

D) Principio de disciplina. Este principio, que informa la estructura interna de las Fuerzas Armadas, no está expresamente formulado en la CE, pero su vigencia es una necesidad impuesta por la propia naturaleza de los ejércitos que son sencillamente impensables sin una organización jerárquica y una adecuada disciplina. Si el art. 8.º.1 CE da por supuesta la existencia de unas FF.AA. permanentes –puesto que sirven de garantía a la soberanía e independencia de España y estos valores no admiten períodos de indefensión– y les asigna unas misiones tan importantes, es porque prevé unas FF.AA. tan disciplinadas como requieren su eficacia y el estricto cumplimiento de aquellas misiones, de forma que cabe atribuir al principio de disciplina el más alto rango normativo.

Lo dicho hasta aquí puede ser resumido con dos afirmaciones: a) que el militar profesional es un ciudadano cuyo deber más característico, en cuanto profesional, es uno de los pocos deberes cívicos que la CE procla-

ma y b) que el cumplimiento de dicho deber, ineludible por haber sido voluntariamente asumido, se realiza necesariamente en el marco de unos principios fundamentales que son los de la propia CE. En la CE –recordemoslo– no se regulan muchos deberes. Aunque para todos, ciudadanos y poderes públicos, el deber fundamental es el de someterse a la Constitución, son las leyes ordinarias las fuentes en las que directamente se lleva a efecto la regulación jurídica de los deberes. Para el militar profesional, no obstante, su deber primero está en la propia CE y es necesario buscar en ella los lineamientos básicos que definen ese deber y orientan su cumplimiento. Desde este punto de vista, el de los deberes, ésta parece ser la singularidad más relevante del estatuto jurídico del militar profesional en la CE. Veamos ahora en qué consiste esa singularidad desde la perspectiva de los derechos.

En la perspectiva de los derechos, lo que caracteriza al estatuto jurídico del militar profesional es que el ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades públicas está sometido a ciertas restricciones. No es éste un rasgo exclusivo del derecho español ni de nuestra época. Prescindiendo de precedentes más remotos, puede decirse que, con mayor o menor amplitud, casi siempre en los Estados constitucionales algunas limitaciones a los derechos cívicos de los militares han formado parte de un sistema de cautelas con las que se ha pretendido, de un lado, defender la libertad política frente al peligro que eventualmente puedan representar quienes en el Estado detentan directamente el monopolio legítimo de la fuerza y, de otro, asegurar la neutralidad, la unidad y la disciplina que son necesarias para que los ejércitos desempeñen adecuadamente las funciones que constitucionalmente les están asignadas. No hay que perder de vista, por otra parte, que no son los militares el único grupo social al que se restringe el ejercicio de determinados derechos –ténganse en cuenta, por ejemplo, las prohibiciones que impone el art. 127 CE a los jueces, magistrados y fiscales– aunque hay que reconocer que el número de limitaciones que afectan, en este orden, a los miembros de las FF.AA. es considerablemente mayor.

Si la primera razón que he apuntado para explicar esta especialidad del estatuto jurídico del militar profesional –el eventual peligro que puedan suponer para los derechos cívicos unas FF.AA. cuyos miembros no tengan limitados algunos de sus derechos políticos– puede y debe desaparecer a medida que la totalidad de los ciudadanos asimilan las pautas de comportamiento de la sociedad democrática, no parece que pueda ocurrir lo mismo con la segunda razón. Es muy posible, por el contrario, que la ine-

vitabile conflictividad de la sociedad contemporánea continúe justificando las restricciones a que me refiero.

Nuestro sistema político –el Estado social y democrático de Derecho en que España se ha constituido– no sólo es producto de una opción ideológica o de un proyecto ético-social, sino que es también resultado de una realidad subyacente que consiste en una sociedad plural, compleja, esencialmente dinámica. En una sociedad como ésta, las decisiones públicas son casi siempre la resultante de un sistema de fuerzas –las fuerzas sociales que representan los grupos de diversa índole– que no siempre actúan de forma cooperativa porque no siempre sus intereses coinciden. La función integradora del Estado –cuando se atiene al modelo democrático de actuación– consiste en defender un “consensus” mínimo que asegure la convivencia pacífica en la libertad y la diversidad, en hacer respetar las reglas de juego a que debe ajustarse la concurrencia de los grupos para que los más fuertes no impongan sobre los débiles una absoluta hegemonía y en garantizar que a las decisiones públicas se llegue a través de un proceso que permita a todos los grupos interesados influir, directa o indirectamente, con mayor o menor peso efectivo, en la adopción de dichas decisiones. Por otra parte, esta sociedad a que me estoy refiriendo, a cuyo tipo responden la española y todas las de nuestro entorno cultural, es, por su complejidad y los contradictorios intereses que en ella existen, una sociedad constitutivamente conflictiva en el sentido de que en ella aparecen conflictos de origen estructural. La sociedad compleja no sólo genera conflictos sino que, una vez organizada democráticamente, los reconoce como pauta normal de la vida social, los institucionaliza y, en definitiva, los incorpora a su propia dinámica relativamente pacificados, convirtiéndolos, como ha señalado el profesor Murillo Ferrol entre otros, en decisivo factor de cambio social. Esta actitud positiva ante el conflicto social, determinada tanto por la ética democrática como por el deseo pragmático de evitar su posible efecto destructivo si se adopta ante él una actitud negativa de pura represión, es claramente perceptible en la CE. Recuérdese, sin ir más lejos, que el pluralismo político, en el que no sólo se expresa la diversidad de opciones ideológicas sino también el conflicto entre ellas, que es traducción a su vez de la multiplicidad de contradicciones que existen en el tejido social, es declarado en el art. 1.º. CE “valor superior del ordenamiento jurídico”.

Pues bien, si una buena parte de los derechos cívicos reconocidos en la CE, con independencia de que están inspirados en valores universalmente reconocidos, tiene una relación de absoluta funcionalidad con los rasgos estructurales de la sociedad de nuestro tiempo, no se puede decir que el

ejercicio de algunos de ellos sea igualmente funcional para la eficacia, e incluso para la propia subsistencia, de las FF.AA., por lo que existen sólidas razones para establecer limitaciones a su ejercicio por los militares profesionales. Concretamente, no es posible valorar positivamente el conflicto, que se manifiesta públicamente mediante la actuación de determinados derechos, en el seno de los ejércitos. Y ello, tanto cuando se trata de los conflictos que nacen y se desarrollan fuera del ámbito castrense, por ejemplo, los que enfrentan a los grupos políticos que compiten por el poder, como cuando se trata de los que eventualmente puedan surgir en la propia estructura militar. Ni el principio de subordinación al poder civil ni el de estricta disciplina son fácilmente compatibles con la institucionalización del conflicto dentro de las FF.AA. que, por definición, constituyen una estructura jerárquicamente organizada y no un cuerpo deliberante. Tiene razón Casado Burbano cuando menciona, como principios en que hay que asentar el estatuto jurídico del militar profesional, los de “neutralidad política” y “unidad”. De acuerdo con el primero, debe evitarse que los militares ejerzan cualquier tipo de presión a favor o en contra de un grupo o partido político, o que los superiores influyan sobre las opiniones u opciones de sus subordinados, porque ello podría ir en detrimento de la igualdad de oportunidades que debe darse a cualquier grupo o partido político en un sistema pluralista, de lo que se deriva la necesidad de declarar a los ejércitos neutrales en la pugna entre los partidos políticos y procurar que ésta no se manifieste en los establecimientos militares. Y de acuerdo con el principio de “unidad”, la cohesión entre los miembros de las FF.AA., imprescindible presupuesto de su eficiencia, no debe verse resentida o debilitada por los enfrentamientos y tensiones propios del legítimo antagonismo que se suscita entre las diferentes posiciones ideológicas y políticas. A lo que debe añadirse que ese mismo principio de unidad es incompatible con el planteamiento de conflictos, dentro del ámbito castrense, que tengan como objeto decisiones del mando o aspectos del régimen militar si no se observan estrictamente los cauces y formas establecidos. Las razones que justifican la restricción de ciertos derechos fundamentales son, pues, evidentes.

Un problema de cierta envergadura es el que plantean las fuentes normativas aptas para el establecimiento de las limitaciones que pueden afectar a los militares profesionales en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas. No son muchos los preceptos de la CE en que tales limitaciones se establecen. Suprimida la pena de muerte del Código Penal Militar –CPM– por la LO 11/1995 que ha dejado sin efecto la posi-

bilidad de que la Ley Penal Militar estableciese la pena de muerte para tiempos de guerra, posibilidad admitida por el art. 15 CE que suponía la más grave singularidad del estatuto jurídico del militar profesional puesto que sólo él podía ser, en la práctica, condenado a muerte, y desaparecida la implícita admisibilidad, “ex” art. 26 CE, de los tribunales de honor en el ámbito militar, quedan en la CE tres preceptos que aluden a la especialidad del estatuto jurídico que estamos considerando: el art. 25.3 en que, sin mención expresa, se admite “a contrario sensu” que la Administración militar pueda imponer sanciones –se entiende, disciplinarias– que impliquen privación de libertad; el art. 28.1 que contiene una autorización para limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de libre sindicación a las Fuerzas e Institutos armados; y el art. 29.2 en que se imponen determinados condicionamientos para el ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas o Institutos armados. El resto de las restricciones de los derechos fundamentales de los militares profesionales –y es evidente que hay más– es preciso buscarlo fuera de la Constitución aunque sin perder de vista –esto es muy importante– la reserva de ley orgánica que el art. 81.1 CE establece para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas. El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en la CE consiste precisamente –STC 140/1986– en la determinación de su alcance y límites, por lo que los derechos fundamentales de un militar profesional no pueden ser limitados sino por ley orgánica.

Se podrá decir que la anterior afirmación choca frontalmente con el art. 169 RR.OO. a cuyo tenor “el militar tiene los derechos cívicos y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollan y por estas Ordenanzas”. Es evidente la contradicción entre aquella afirmación –los derechos fundamentales de un militar profesional no pueden ser limitados sino por ley orgánica– y el precepto transcrito. Pero hay que tener en cuenta que, siendo las RR.OO. una ley postconstitucional, puesto que, no obstante haber sido aprobada el 28 de Diciembre de 1.978, un día antes de la publicación en el BOE de la CE y de su consiguiente entrada en vigor, la promulgación de aquéllas y, por tanto, su integración en el ordenamiento jurídico no se produjo hasta el 12 de Enero de 1.979, de lo que cabe deducir que el mencionado art. 169 de las RR.OO, en que se admite que los derechos civiles y políticos del militar puedan ser limitados por disposiciones de las mismas, es muy probablemente inconstitucional por estar en contradicción con el art. 81.1 CE. Por ello, lo más prudente, a la hora de fijar los límites dentro de los cuales debe considerarse constreñido el ejercicio, por el militar profesional, de algunos

de los derechos civiles y políticos, es atenerse exclusivamente a las normas del CPM promulgado por la LO 13/1985, de 9 de Diciembre, y a las de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas –LORD-FA– 12/1985, de 27 de Noviembre, hoy sustituida por la LO 8/1998, de 2 de Diciembre. En estos textos se fijan, aunque de forma negativa e indirecta, las fronteras dentro de las cuales pueden, en principio, ejercitar los militares sus derechos fundamentales, toda vez que mediante la tipificación, como delitos o infracciones disciplinarias, de acciones y omisiones que serían legítimas de no existir dicha tipificación, porque estarían amparadas por derechos constitucionales, aquellos textos vienen a producir, en tanto han sido promulgados por leyes orgánicas, un resultado restrictivo y definidor de límites en la esfera de tales derechos y libertades.

Naturalmente, no todos los derechos fundamentales, en su ejercicio por el militar profesional, están sometidos a restricción. El indiscutible punto de partida en esta materia es la igualdad del ciudadano uniformado con el no uniformado. Los derechos fundamentales y libertades públicas tienen su raíz en la dignidad de la persona humana –“fundamento del orden político y de la paz social”, dice el art. 10.1 CE– y no cabe desigualdad alguna en la dignidad que a toda persona corresponde. Por esto, porque la igualdad es además valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.º.1 CE– y porque toda discriminación que tenga por causa “cualquier condición o circunstancia personal o social” se encuentra expresamente prohibida por el art. 14 CE, las singularidades limitativas del estatuto jurídico del militar profesional deben ser analizadas cuidadosamente en cada caso de acuerdo con la doctrina que el Tribunal Constitucional expuso ya en su antigua Sentencia 22/1981. El art. 14 –se decía en aquella Sentencia– “no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. Lo que quiere decir que la ley puede legítimamente restringir o condicionar el ejercicio de determinados derechos, incluso fundamentales, por los miembros de ciertos grupos o sectores de la sociedad, como es el caso de los que pertenecen profesionalmente a las FF.AA., siempre que la restricción: a) esté justificada por la misión o funciones que la Constitución atribuye a dichos grupos o sectores; y b) sea proporcional a la importancia de tales funciones y a la concreta necesidad de garantizar su desempeño. No creo,

por el contrario, que la mera existencia de la llamada “relación de supremacía especial” entre el Estado y sus funcionarios pueda justificar, por sí sola, las restricciones a que me refiero.

Veamos a continuación, en un repaso que tendrá mucho de panorámico y poco de exhaustivo, cuáles son los derechos fundamentales y libertades públicas cuyo ejercicio está, en alguna medida, restringido para el militar profesional español:

1. Ninguna especialidad de esta índole presentan los derechos a la vida y a la integridad física y moral que a todos reconoce el art. 15 CE. Desaparecida la pena de muerte de los arts. CPM que la establecían para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra –previsión que afectaba en la práctica sólo a los militares profesionales puesto que la pena de muerte estaba concebida como alternativa más grave a otra privativa de libertad y el art. 35 CPM considera, en principio, la no profesionalidad del culpable como circunstancia que debe llevar a imponer las penas “en menor extensión”, es decir, nunca en su magnitud más grave– el derecho a la vida del militar profesional tiene hoy, en la ley penal, exactamente el mismo alcance que el de cualquier otro ciudadano. Por otra parte, no es ocioso poner de relieve que el derecho a la integridad moral ha sido protegido, en la legislación postconstitucional, antes en el CPM que en el CP común. En el derecho penal militar, en efecto, el delito de trato degradante o inhumano a un inferior apareció en el art. 104 del Texto de 1.985. En el derecho penal común ha sido necesario esperar hasta la promulgación del CP vigente, esto es, hasta 1.995 para disponer de un precepto, el art. 173, en que se tipifica el delito que consiste en infligir “a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”.

2. Tampoco existe diferencia alguna en el ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto que garantiza el art. 16 CP. Conviene recordar a este respecto la STC 177/1996 que se dictó en un recurso de amparo interpuesto por un militar profesional que, tras haber solicitado por escrito ser relevado de participar en una parada militar de homenaje a una determinada advocación de la Virgen, sin que su solicitud fuera atendida, resolvió abandonar la formación en el momento en que se rendía el homenaje. Se dijo en aquella sentencia que el art. 16.3 CE, en que se establece que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal, “no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no formar parte en actos de esa naturaleza.

Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa”. Claramente se deduce de esta Sentencia –situada naturalmente en la línea de otras anteriores a partir de la STC 24/1982– que el militar profesional tiene garantizada plenamente no sólo la dimensión interna del derecho a la libertad religiosa, como espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, sino la externa que le faculta para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, incluso frente a sus mandos puesto que el principio de neutralidad religiosa del Estado “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales”.

3. En relación con los derechos a la libertad y seguridad que se reconocen en el art. 17 CE, no existen en la Ley Procesal Militar –LPM– otras especialidades de importancia, en relación con la detención y prisión que pueden sufrir los militares en las causas penales, que las que hacen referencia, bien al lugar en que deben cumplirse estas medidas precautorias –art. 208, 210 y 219– bien a la forma como deben realizarse las conducciones –art. 213– bien al respeto y consideración que deben guardarse al militar de acuerdo con su dignidad y empleo –art. 237– bien, sobre todo, a la necesidad de que la detención se ejecute por el jefe del militar detenido –art. 205– siempre que sea posible y, en todo caso, si se encontrare en recinto militar o estuviere desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, salvo en los supuestos de delito flagrante, si el militar estuviere fuera del alcance de sus jefes. Es obvio que estas particularidades no constituyen singulares limitaciones que agraven la situación de los militares privados de libertad. Sí constituye, por el contrario, una singularidad restrictiva la inadmisibilidad de la fianza para gozar de libertad provisional en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar –art. 234– por más que se la pueda considerar relativamente compensada por la institución de la prisión atenuada, de vieja raigambre en la justicia castrense y admitida en el art. 225 LPM cuando excepcionales circunstancias lo aconsejen.

En otro orden de cosas, representa también una importante limitación del derecho a la libertad, la previsión del art. 45 LORDFA, según la cual

la Autoridad militar que tenga atribuciones disciplinarias podrá ordenar, durante la tramitación del procedimiento sancionador, el arresto preventivo del infractor, cuando la naturaleza y circunstancias de la falta –que en todo caso habrá de ser grave– exijan una acción inmediata para mantener la disciplina, situación que no podrá prolongarse por espacio de tiempo superior a un mes. La posibilidad de privar preventivamente de libertad al militar acusado de una simple falta disciplinaria, aunque su ejercicio quede reservado para los casos en que ello venga exigido por la necesidad de mantener la disciplina, constituye una notoria peculiaridad que no es, por lo demás, sino consecuencia de la admisión, en el art. 25.3 CE, de sanciones a imponer por la Administración militar que impliquen privación de libertad.

El que podemos denominar derecho a no sufrir sanción privativa de libertad, sino en virtud de sentencia judicial, no está expresamente proclamado en la CE, pero parece deducirse con suficiente claridad del art. 5.1 a) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos –CEDH–. Ahora bien, España, al igual que otros Estados, al ratificar el Convenio, se reservó la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contenían, en aquel momento, en el Título XV del Tratado Segundo y el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar entonces vigente, reserva que se mantuvo, una vez vigente la anterior LORDFA, por medio de una Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 24.9.86, “en la medida en que fueran todavía incompatibles –los mencionados arts. 5 y 6 del Convenio– con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”. El Estado Español, pues, sin vulnerar las obligaciones y compromisos asumidos en el Convenio, ha podido mantener la imposición de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad, en el ámbito militar, aunque no sean impuestas por un tribunal. Este derecho, como es notorio, ha sido ejercitado en el art. 25.3 CE que, al prohibir a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, ha reconocido implícitamente dicha potestad a la Administración militar. Lo que posteriormente se ha traducido, en los arts.9, 13 y 14 de la vigente LORDFA, en las sanciones privativas y restrictivas de libertad con que se conminan, respectivamente, las faltas graves y leves y también en la posibilidad de privar preventivamente de libertad al militar presuntamente culpable de una falta disciplinaria grave. La excepción podrá suscitar, en teoría, reticencias fundamentadas en la indis-

cutible primacía del valor libertad, así como en la tutela de dicho valor que a todos los jueces incumbe, pero parece inevitable, en la práctica, no sólo en nuestros ejércitos sino en la generalidad de los que existen en nuestra órbita cultural, que la disciplina militar se tutele, llegado el caso, con rápidas y efectivas medidas no judiciales privativas de libertad.

4. Naturalmente, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18 CE, no presentan ninguna singularidad cuando sus titulares son militares profesionales. La eventual suspensión de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, por razón de la investigación de un delito, que puede ser acordada en un proceso penal militar, se encuentra atribuida al juez togado militar, en los arts. 185 a 189 LPM, en términos semejantes a como lo está, en la LECr, a los jueces de la jurisdicción ordinaria. Incluso puede apuntarse que la garantía judicial está mejor asegurada en la LPM que en la LECr por haberse tenido en cuenta en la redacción de la primera la doctrina elaborada por la Sala 2.^a del TS interpretando los artículos correspondientes de la LECr.

5. El derecho de elegir libremente el lugar de residencia y de circular por el territorio nacional, así como el de entrar y salir libremente de España en los términos establecidos por la ley, ambos reconocidos por el art. 19 CE, tienen lógicamente límites en los militares profesionales como los tienen en todos los funcionarios públicos a causa del deber de residir allá donde se desempeña la función. Ahora bien, es evidente que, como efecto inevitable del reforzamiento que el deber de residencia recibe, en el caso de los militares profesionales, de los deberes de presencia y disponibilidad, los límites de aquel derecho están trazados para ellos con mayor energía toda vez que la mera ausencia de la unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días constituye, para el militar profesional, un delito previsto en el art. 119 CPM, lo que no ocurre con los funcionarios civiles que sólo incurrir en delito de abandono de destino cuando realizan esta acción con alguna de las finalidades ilícitas a que se refiere el art. 407 CP. A lo que debe añadirse que la ausencia injustificada del destino durante un término no superior a tres días es considerada por la LORDFA falta que será grave o leve –art. 8.27 y 7.10 respectivamente– según tenga una duración superior o inferior a veinticuatro horas. Para calibrar la severidad con que se limita a los militares profesionales el ejercicio del derecho constitucional de libre residencia y circulación, puede ser útil comparar los preceptos sancionadores a que acabo de referirme con los arts. 417.10, 418.8

y 419.4 LOPJ, en los que, respectivamente, se considera falta muy grave la ausencia injustificada, por siete días o más, de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado, falta grave la ausencia por más de tres días y menos de siete y falta leve la ausencia por más de un día y menos de cuatro, de forma que, lo que en el militar profesional –una posible ausencia injustificada de su unidad por más de tres días y menos de cuatro– supone la comisión de un delito, en el juez o magistrado sólo alcanza la consideración de falta leve.

6. El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que el art. 20.1 reconoce y protege, se encuentra reconocido con una aparente amplitud en el art. 178 RR.OO en que literalmente se dice: “El militar tiene derecho a la libertad de expresión, pero necesitará autorización previa para su ejercicio cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas”. Esta fórmula, sin embargo, no es la más adecuada para tener una idea cabal de los límites que realmente afectan al ejercicio de este derecho por el militar profesional. Con independencia del marco genérico establecido en el art. 20.4 CE, que ha de ser respetado por todos, los militares –y singularmente los profesionales– se mueven en un campo más reducido como consecuencia de la contención que les imponen, en la expresión de sus opiniones, determinados principios y valores a los que deben una especial fidelidad por lo que su transgresión está contemplada en normas jurídicas sancionadoras. La seguridad militar y la defensa nacional, el sometimiento del Ejército al Rey, a la Constitución y al Gobierno, sus relaciones de discreta y respetuosa armonía con los demás poderes del Estado, la neutralidad política, la disciplina y la unidad de las FF.AA. son los más importantes puntos de referencia para delimitar ese marco específico.

- 6.1. El militar profesional está vinculado por un deber de discreción y reserva –art. 45 RR.OO– en los asuntos relacionados con el servicio porque así lo exige la seguridad militar. El quebrantamiento de este deber, que lógicamente limita la libertad de expresión, puede ser un delito de deslealtad –art. 116 CP– si los asuntos del servicio tuvieren una transcendencia grave, o una falta disciplinaria grave –art. 8.10 LORDFA– en caso contrario, es decir, si el incumplimiento de las normas de reserva no causare perjuicio grave a la seguridad militar, no constituyendo

nunca la infracción de este deber una falta leve. Una obligación del militar profesional aún más importante es la de guardar secreto sobre materias relativas a la seguridad y defensa de la Nación. Su incumplimiento será normalmente constitutivo de delito –arts. 53 a 56 CPM– aunque en el art. 8.11 LORDFA se prevé una falta grave que consiste en “divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito “. Esta última frase –“cuando no constituya delito”– pone de manifiesto que esta infracción disciplinaria es un tipo residual, establecido para prever los raros supuestos en que una conducta de esta índole no deba ser considerada delito.

- 6.2. El deber de sometimiento al Rey, al ordenamiento constitucional, al Gobierno y el deber de mantener una relación de respetuosa armonía –cuando no de acatamiento– con los otros poderes del Estado o de otras naciones, originan igualmente limitaciones muy precisas a la libertad de expresión del militar profesional. No sólo porque las infracciones más graves de tales deberes pueden dar lugar a actos delictivos, sino porque las menos graves –las meras expresiones contrarias a aquellas instituciones y personas– que en los ciudadanos no uniformados podrían estar amparadas por el “ius criticandi”, no lo estarán fácilmente en los militares profesionales y podrán constituir faltas disciplinarias de mayor o menor gravedad según el medio y la forma en que se profiriesen tales expresiones. En los arts. 7.29 y 8.32 LORDFA se tipifican sendas faltas, leve y grave respectivamente, que consisten, entresacando de la descripción de los tipos lo que ahora nos interesa, en “emitir expresiones contrarias (a) la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o (a) a las personas o autoridades que las encarnan, la Bandera, el Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como ...(a) los representantes de otras naciones”. La única diferencia entre la falta grave y la leve es que, para cometer la primera, “las expresiones contrarias” se han de emitir “manifiesta y públicamente”, de lo que cabe deducir que el mero hecho de pronunciarse en contra de las instituciones, personas o símbolos mencionados en los dos tipos disciplinarios que acabamos de ver constituye una infracción de esta

naturaleza. Tengamos en cuenta que difícilmente cabe ejercitar el derecho de criticar la actuación de un poder público sin emitir una “expresión contraria” a la persona que lo ocupa. En todo caso, parece fuera de duda que quien realiza una crítica, teniendo el límite legal que comporta no poder emitir una expresión contraria al órgano o institución objeto de la crítica, tiene que extremar la prudencia y las buenas formas en el ejercicio de este derecho, lo que inevitablemente viene a limitar el campo en que el derecho se ejercita. En este mismo grupo de restricciones del derecho a la libertad de expresión podemos incluir la que representa la falta leve prevista en el art. 7.31 LORDFA que se comete por la expresión pública de opiniones “que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia”. Aquí, sin embargo, no sería suficiente una “expresión contraria” para incurrir en responsabilidad. Sería necesario faltar al “respeto debido”.

- 6.3. El deber de neutralidad política, que se refleja en restricciones de otros derechos fundamentales como veremos más adelante, produce una concreta limitación de la libertad de que ahora nos ocupamos, convirtiendo en falta disciplinaria leve –art. 7.31 LORDFA– el hecho de “expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales”.
- 6.4. La disciplina, valor cuyas infracciones más graves están comprendidas en el título V del Libro II del CPM, también funciona como corrector de este derecho inspirando, por ejemplo, la configuración como falta leve de la murmuración contra el servicio o las órdenes del mando –art. 7.8 LORDFA– y, sobre todo, incluyendo en las faltas, grave o leve según los casos, previstas en los arts. 7.29 y 8.32, el hecho de emitir expresiones contrarias a “las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen, así como a sus mandos y autoridades militares, cuando no constituyan delito”. De nuevo nos encontramos aquí con normas sancionadoras que imponen una clara limitación al derecho de criticar desfavorablemente –sólo esto puede significar “expresiones contrarias”– la actuación de los mandos y autoridades militares y de las propias FF.AA.
- 6.5. Finalmente, el principio de unidad de las Fuerzas Armadas está en la base de la definición de la falta grave a que se refiere el art. 8.25 LORDFA: “promover o participar en discusiones que

susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, o de naturaleza militar”. En virtud de la existencia de esta infracción, el militar se encuentra ante la prohibición de expresar las opiniones que pueda tener sobre una materia sometida a debate cuando éste pueda provocar enfrentamientos incompatibles con la unidad entre las FF.AA. –y aun de ellas con los Cuerpos de naturaleza militar– que es absolutamente indispensable para la eficacia de aquéllas.

7. Las razones que habitualmente se aducen a favor de la limitación del ejercicio del derecho de reunión por los militares, son, de una parte, que es mediante la convocatoria y celebración de reuniones como se pueden difundir y propagar ideas políticas y, de otra, que es en el seno de aquéllas donde normalmente se prepara la defensa colectiva de intereses corporativos. Como ni uno ni otro objetivo cuadran demasiado bien con la situación institucional de los miembros de las Fuerzas Armadas, en tanto suponen un peligro para su neutralidad política o para la disciplina respectivamente, se establecen, en prevención de tales riesgos, determinadas restricciones al derecho fundamental reconocido en el art. 21 CE que, en nuestro derecho, pueden ser calificadas como moderadas y razonables. De un lado, se sanciona como falta grave, en el art. 8.34 LORDFA, “asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión o manifestación si tienen carácter político o sindical”, lo que significa, por exclusión, que la asistencia sin uniforme ni ostentación expresa de la condición militar será en principio lícita, a diferencia de lo que ocurría cuando el ejercicio de este derecho estaba regulado en el Real Decreto-Ley de 8 de Febrero de 1.977 sobre el ejercicio por militares de actividades políticas y sindicales –RDLAPS–, en el que, pura y simplemente, se prohibió a los militares asistir a reuniones de carácter político o sindical.

De otro lado, también está sancionada en el art.8.33 LORDFA, como falta grave, la participación en reuniones clandestinas cuando el hecho no constituya delito, precepto cuya interpretación no es del todo diáfana. “Clandestino” es, en general, lo que se hace de manera encubierta o en secreto, pero no parece razonable que la mera circunstancia del secreto haya de convertir una reunión, para el militar que participa en la misma, en ilícita, toda vez que la ilicitud debe ser, en su caso, efecto del propósito o finalidad que anime a los reunidos; así, el art. 92 del CPM considera delito de sedición militar, del que la falta del art. 8.33 LORDFA constituye la forma venial, la reunión clandestina “para ocuparse de asuntos del

servicio”. Quizá la clave para la interpretación del precepto disciplinario haya de buscarse poniéndolo en relación con el art. 180 RR.OO. que, tras reconocer que “los militares podrán reunirse libremente con fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico, establezcan las disposiciones vigentes”, añade que “en las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe”. Que esa puede ser la solución lo confirma el hecho de que la segunda norma reguladora del derecho de reunión de los militares de reemplazo, que encontramos en el art. 49 de la Ley Orgánica de Servicio Militar –LOSM– establece asimismo que “las reuniones en acuartelamientos, buques, bases y establecimientos militares, deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe”. De ser ésta la interpretación correcta, las reuniones clandestinas de los militares profesionales tipificadas como faltas graves en la LORDFA serían únicamente las que se celebrasen, con un fin lícito, en unidades, buques y establecimientos militares, pero sin expresa autorización del jefe correspondiente.

8. Más limitativa que la regulación del derecho de reunión es la de los derechos de asociación y sindicación reconocidos respectivamente en los arts. 22.1 y 28 CE. El derecho de asociación les está restringido a los militares profesionales puesto que no pueden participar en organizaciones políticas, en tanto el de sindicación les está sencillamente vedado. Los arts. 181 y 182 de las RR.OO son tajantes e inequívocos a este respecto aunque la confirmación normativa, al imprescindible nivel de ley orgánica, la encontramos en los arts. 7.32 y 8.34 LORDFA. En el primero se castiga como falta leve “prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales”, en tanto en el segundo se considera falta grave “estar afiliado a alguna organización política o sindical”. Estas infracciones sólo pueden ser cometidas por militares profesionales ya que es presupuesto necesario de su realización que el infractor no haya “solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida”. Esta situación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 100.1 d) y 9 de la Ley 17/1989, de Régimen del Personal Militar Profesional –LRPMP– ya no tiene que ser la de “retirado” sino que puede ser la de “excedencia voluntaria” por interés particular, con los condicionamientos que en dicho precepto se establecen. No es difícil adivinar las razones por las que se prohíbe a los militares profesionales militar o simplemente colaborar con organizaciones políticas o sindicales. El compromiso, más o menos intenso, con un partido político supondría un grave obstáculo para la neutralidad política y no dejaría de poner en peligro el obligado sometimiento al poder civil en el que se alternan opciones políti-

cas distintas. Por su parte, las actividades inevitablemente reivindicativas de los sindicatos no parecen compatibles con la disciplina militar. Además, tanto los partidos políticos como los sindicatos son los vehículos institucionales por los que se manifiestan en la vida pública los conflictos sociales y ya sabemos que éstos no pueden encontrar eco en el ámbito militar sin afectar, seria y negativamente, rasgos y funciones que son inherentes al mismo.

9. No existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que limite el derecho de los militares a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, es decir, el derecho de sufragio activo que se reconoce a los ciudadanos en el art. 23.1 CE. Esta es, en general, la tónica del derecho comparado en que precisamente se procura facilitar el ejercicio de este derecho por los militares, ayudándoles a superar los obstáculos que puedan derivar de la eventual necesidad de residir temporalmente, a causa del servicio, en lugar distinto de la circunscripción electoral a que pertenecieren. En esta dirección, contamos en nuestro derecho con un mandato genérico, contenido en el art. 184 RR.OO y dirigido a los mandos militares, para que se den “las debidas facilidades a los componentes de las Fuerzas Armadas” a fin de “que puedan ejercer libremente el derecho de voto”.

Por lo que al derecho de sufragio pasivo se refiere, incluido en el art. 23.2 CE, el art. 70.1 e) CE, complementado por el art. 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral, en absoluta coherencia con el postulado de apartar a los militares en activo de las contiendas políticas, declara inelegibles a los militares profesionales y de complemento, determinándose en el artículo siguiente de la Ley Electoral que los militares que deseen presentarse a las elecciones –de forma similar a los magistrados, jueces y fiscales– deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda. Correlativamente a estas previsiones, el art. 8.34 LORDFA tipifica como falta grave ejercer cargos políticos o aceptar candidaturas para ellos sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Importa poner de manifiesto que, en la concreción de la situación administrativa que permite a los militares profesionales ser designados candidatos en elecciones para órganos representativos públicos, así como ser nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos, se ha producido una importante ampliación por obra de lo estatuido en el ya citado art. 100 de la LRPMP. El art. 5 del RDLAPS, establecía que, para ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando fueren electivos

—e igualmente para aceptar y ejercer cargos públicos de designación directa ajenos a la Administración militar— los militares debían solicitar y obtener el pase a la situación de “retirado” y los Oficiales Generales, el pase definitivo a la “situación especial” que, con el exclusivo fin de posibilitarles el ejercicio de actividades políticas, se creaba en el RDLAPS. Dicho precepto significaba que a los militares que se sintieran vocados, en algún momento, a participar en la vida política, no les quedaba otra salida que la de renunciar irreversiblemente a la carrera de las armas. Actualmente, en cambio, la situación de “excedencia voluntaria” se encuentra expresamente prevista para los militares que “sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo” y para los que “sean nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos”. Se trata, sin duda alguna, de una excedencia sometida a severos condicionamientos: los militares elegidos o designados deberán continuar en situación de excedencia voluntaria hasta dos años después del término de su mandato o de su cese en el cargo y los designados candidatos y no elegidos permanecerán en la misma situación por un período de dos años a contar desde el momento en que se les concedió el pase a la misma. Tales restricciones, por más que puedan actuar a modo de factores de disuasión sobre los militares que sientan el deseo de incorporarse a la actividad política, no restan transcendencia a la innovación que comentamos, de la que debe decirse viene a modificar un estado de cosas, tan justificado en un momento especialmente delicado de nuestra historia reciente, como alejado de la normativa vigente en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural. No puede ponerse en duda, con todo, que el art. 100.4 y 5 LRPMP ha supuesto una significativa suavización, no la completa desaparición, de las cortapisas legales establecidas al ejercicio, por los militares profesionales, del derecho de acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones o cargos públicos que reconoce el art. 23.2 CE, por lo que, imponiéndose tales cortapisas en una ley ordinaria, existen serios motivos, como ya hemos señalado, para tachar de formalmente inconstitucional, “ex” art. 81.1 CE, a dicha regulación.

10. El art. 117.5 CE, tras la proclamación del principio de unidad jurisdiccional, admitió la subsistencia de la jurisdicción militar aunque ordenó que por ley se regulase su ejercicio “en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”. El mandato constitucional se cumplió mediante la promulgación de las cuatro leyes básicas que, en la década de los 80, refor-

maron en profundidad la organización y el funcionamiento de la jurisdicción militar ajustándola a los principios y preceptos de la Norma suprema: la LO 12/1985 de RDFA, la LO 13/21985 del CPM, la LO 4/1987 de COJM y la LO 2/1989 PM. Una vez llevada a cabo la decisiva reforma que estos cuatro Textos significaron, el conjunto de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE –a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a un proceso con todas las garantías, etc.– han quedado garantizados para el militar, sea profesional o no, con la misma extensión que lo tiene el resto de los ciudadanos. Tanto en el proceso penal militar como en el procedimiento disciplinario, los derechos reconocidos a todos en el art. 24.2 CE han encontrado plena efectividad, por lo que, en la perspectiva de dicho artículo, no hay limitaciones que singularicen el estatuto jurídico del militar profesional, salvo una a la que es inevitable hacer referencia. El derecho a la tutela judicial efectiva, puesto en relación con el control de la legalidad de la actuación administrativa que atribuye a los Tribunales el art. 106.1 CE, tiene una excepción en el art. 77 LORDFA que, contra las resoluciones sancionatorias por falta leve que agoten la vía disciplinaria, sólo autoriza la interposición del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, que es el establecido para cuando en el acto sancionador se haya afectado el ejercicio de un derecho fundamental. Se trata de un precepto que ha sido muy criticado y al que los tribunales militares han procurado poner remedio, mediante una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por lesión de un derecho fundamental, de suerte que, en la práctica puede afirmarse hoy que esta excepción apenas empaña la realidad de que, en este momento, los derechos contenidos en el art. 24 CE –comenzando por el derecho a la tutela judicial efectiva– no tienen limitación perceptible que restrinja el estatuto jurídico de los militares profesionales. Lo que, sin embargo, no impide postular que se subsane en el plano legislativo lo que se ha subsanado en la práctica judicial.

11. No se puede decir que el derecho fundamental derivado del principio de legalidad proclamado en el art. 25.1 CE presente especialidad alguna en relación con los militares profesionales, puesto que tanto el CPM como la LORDFA han sido elaborados bajo la inspiración del respeto a dicho principio. Ciertamente, alguna de las causas por las que puede incoarse a los militares profesionales el expediente gubernativo a que se refiere el capítulo III del título III de la LORDFA, mediante el cual pueden imponerse las llamadas sanciones disciplinarias extraordinarias, no está redactada con la misma precisión que las faltas graves y leves. Es el

caso de los “actos gravemente contrarios a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito”. Pero el uso de esta fórmula, relativamente indeterminada, no merece una valoración negativa desde el punto de vista del principio de legalidad que, en materia disciplinaria, admite una aplicación más flexible que en el ámbito del derecho penal.

12. Del art. 26 CE en que “se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales”, pudo deducirse en un primer momento “a contrario sensu”, que se admitirían los tribunales de honor en el ámbito de la Administración militar. Efectivamente, hay que reconocer que la norma constitucional no los excluye aunque tampoco naturalmente los impone. Pero actualmente tales tribunales carecen de respaldo legal toda vez que la vigente LPM no los regula –ni siquiera los menciona– y los preceptos del viejo CJM que les estaban dedicados han sido derogados. Es por ello por lo que una institución como ésta, que implicaba la negación de los más elementales derechos de la persona sometida a una acusación, ha de ser considerada terminantemente excluida del ordenamiento sancionador militar, con lo que ha desaparecido uno de los factores que podrían afectar, en un sentido intolerablemente discriminatorio, al estatuto jurídico del militar profesional.

13. Lógicamente ninguna restricción puede tener el militar profesional en el ejercicio del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza que garantiza a todos el art. 27 CE.

14. El derecho de huelga, íntimamente vinculado al de sindicación, mediante cuyo ejercicio concertado se paraliza una actividad laboral para defender los intereses de los trabajadores y sin cuyo reconocimiento y efectividad es impensable el desarrollo de la vida económica en una sociedad democrática, ha de estar, sin embargo, proscrito en la esfera militar, por la doble razón de que ni la dinámica de un movimiento huelguístico sería en modo alguno compatible con la disciplina castrense, ni es admisible que se interrumpa, por decisión de persona o grupo alguno, el cumplimiento de la misión de defensa que tienen atribuida las Fuerzas Armadas, poniéndose en peligro la seguridad de la Nación. Así lo establecía, de modo suficientemente expresivo, el art. 181 RR.OO., al decir que no podrán los militares “condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mayor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga”. La incongruencia entre el desempeño de la función militar y el ejercicio del derecho de huelga es tan radical y patente que no existe infracción alguna de naturaleza disciplinaria en que se integre la conducta de los

que pretendiesen promover una paralización de actividades en una unidad o establecimiento militar, por la sencilla razón de que dicha conducta difícilmente podría merecer la calificación de falta sino la de delito, pudiendo constituir, en la mayoría de los casos, un delito de sedición militar.

15. Por último, el ejercicio del derecho de petición, cuyo contenido es la facultad de dirigir solicitudes a las autoridades o a los órganos de representación popular, no puede menos de ser visto con recelo y rodeado de cautelas cuando de su ejercicio por miembros de las Fuerzas Armadas se trata. De una parte, determinadas modalidades de petición, formuladas por quienes detentan de hecho los medios más eficaces de coacción monopolizados por el Estado frente a poderes políticamente legítimos, pero físicamente inermes, pueden revestir la apariencia de una presión intimidativa que sería intolerable a la luz del principio de subordinación al poder civil. De otra, las reclamaciones y quejas, dentro de la misma estructura castrense, son un factor de deterioro de la disciplina si no se respeta escrupulosamente la vía jerárquica. Es por ello que ya en el art. 20.2 CE se dispone que los miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos Armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica; y la proscripción del ejercicio colectivo del derecho de petición se afirma igualmente en el art. 199 RR.OO. Estas normas básicas tienen su garantía punitiva y, en el caso de la mencionada en segundo lugar, el imprescindible respaldo en una Ley orgánica, tanto en la LORDFA como en el CPM, en cuyo articulado las extralimitaciones en el uso del derecho a que nos referimos recorren una escala que va desde la falta leve de “hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo del conducto reglamentario” –art. 7.14 LORDFA– pasando por la grave de hacer peticiones o reclamaciones con carácter colectivo o a través de los medios de comunicación social –art. 8.18 LORDFA– hasta el delito de sedición en que inciden, según el art. 92 CPM “los militares que, en número de cuatro o más, hicieran reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad”.

BIBLIOGRAFÍA

- CASADO URBANO, PABLO: *Iniciación al Derecho constitucional militar*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1986, págs. 121 y ss.
- DAHRENDORF, RALF: "Sociedad y Libertad". Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1966, págs. 180 a 208.
- DÍAZ ROCA, RAFAEL: "La posible inconstitucionalidad de los arts. 65.1.a) y 100.1.a) de la Ley 17/1989, de 19 de julio". Obra colectiva "La Jurisdicción Militar". CGPJ. Madrid, 1992.
- GIMENDO SENDRA, VICENTE: "El proceso de habeas corpus". Ed. Tecnos, S.A. Madrid, 1985, págs. 77a 80.
- HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, MIGUEL: "El Rey y las Fuerzas Armadas". RDPINED, núm. 7, 1980, págs. 39-56.
- HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, MIGUEL: "La posición constitucional de la Corona". Obra colectiva "Estudios sobre la constitución Española". Homenaje al Prof. E. García de Enterría. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: "Principios constitucionales, Derechos fundamentales y Libertades Públicas del Militar". Obra colectiva "La Jurisdicción Militar". CGPJ. Madrid, 1992.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO: "Los Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas". Obra colectiva "Estudios sobre la Constitución Española". Homenaje al Prof. E. García de Enterría. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1991.
- LLORENTE SAGASETA DE ILLURDOZ, JOSÉ MARÍA: "El Militar ante la libertad de expresión". Obra colectiva "La Jurisdicción Militar". CGPJ. Madrid, 1992.
- MURILLO FERROL, FRANCISCO: "Estudios de Sociología Política". Ed. Tecnos, S.A. Madrid, 1990, Págs. 203 a 209.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. REFLEXIONES SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO ()*

1. El estatuto jurídico-constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España. 2. Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros: A) El derecho a la educación. B) El derecho a la intimidad familiar y la reagrupación familiar. C) El derecho a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa. 3. Derechos en los que es admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros: A) El derecho a la libertad de circulación. B) Las libertades de reunión y manifestación y de asociación. C) Las libertades de sindicación y de huelga. D) El derecho al trabajo y a la Seguridad Social. E) El derecho a acceder a ayudas en materia de vivienda. 4. Derechos de extranjeros y apátridas: el derecho de asilo. 5. Las garantías jurídicas: A) El derecho a la tutela judicial efectiva. B) El derecho al recurso contra los actos administrativos y la ejecutividad de la resolución de expulsión con carácter preferente. C) El derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

I. Es opinión doctrinal bastante común que nuestra Constitución contempla con notable amplitud los derechos de los extranjeros. Alzaga (en su “Derecho Político Español según la Constitución de 1978”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2.^a ed., Madrid 1998, pág. 53) señala al efecto que la Constitución de 1978 ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros; a juicio del mismo autor, prácticamente en ningún país del mundo un

(*) Este trabajo está parcialmente redactado a partir del Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000 que, a petición del Defensor del Pueblo, elaboré conjuntamente con el Prof. Pedro de Vega.

extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España, opinión también expresada en sede jurisdiccional constitucional (así, por ejemplo, en el Voto particular formulado frente a la STC 115/1987, de 7 de julio, por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. Tomás y Valiente, y por los Magistrados Sres. Rubio Llorente y García-Mon).

El “intérprete supremo de la Constitución”, en afirmación bien significativa, ha llegado a decir que nuestra Constitución es obra de españoles pero no solo para españoles (STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2.º).

Esta pauta no se ha visto alterada por el desarrollo legislativo que en este ámbito se ha dado a la Constitución. En efecto, ni siquiera la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se aparta de esta tendencia. No cabe ignorar a este respecto que la Ley Orgánica 8/2000 se asienta en un régimen de absoluta paridad entre españoles y extranjeros en situación de legalidad, en el ejercicio de los derechos y libertades por parte de estos últimos respecto de los primeros.

La Ley Orgánica 8/2000, con carácter general, se asienta en el principio de igualdad de ejercicio de los derechos por españoles y extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España. Bien significativa al respecto es la cláusula del art.º 3.º.1 de la Ley que, tras la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2000, determina:

“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada una de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Este criterio general hermenéutico no hace sino confirmar lo antes expuesto. Y de todo ello deriva una conclusión tajante e inequívoca: nuestra legislación en materia de extranjería es, posiblemente, la más avanzada de la Unión Europea.

Para corroborar la precedente afirmación nos bastará con recordar dos de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, en sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea:

1.^a) La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países *que residen legalmente* en el territorio de sus Esta-

dos miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.

2.ª) El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona *que haya residido legalmente* en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y *que cuente con un permiso de residencia de larga duración*, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia.

En definitiva, lo que para la Unión Europea en su conjunto era una meta ideal a conseguir: equiparar (que no es exactamente igual que igualar en plenitud) los derechos de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro a los de los nacionales de ese mismo Estado, para España, poco después de un año de la Declaración de Tampere, es una evidente realidad jurídica, plasmada primero por la Ley Orgánica 4/2000 y corroborada, poco después, por la 8/2000.

Esta situación ha de ser valorada aún más positivamente si se tiene presente que no dimana de un mandato constitucional. Ello nos sitúa ante la necesidad de desbrozar el estatuto constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país.

II. La primera reflexión que conviene hacer es que de nuestra Norma suprema no dimana, como exigencia general, la inexcusabilidad de un trato igual entre españoles y extranjeros. Cuando el art.º 14 CE proclama el principio de igualdad lo hace refiriéndose con exclusividad a “los españoles”. Son éstos, pues, como el mismo Juez de la Constitución ha reconocido (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 3.º), quienes, de conformidad con el Texto constitucional, “son iguales ante la Ley”, y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros.

La inexistencia de una declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante como para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta en cualquier derecho o libertad

constitucionalmente admisible, y ello por cuanto ni el art.º 14 CE, debe ser interpretado de un modo mecanicista, en su estricta literalidad, ni, por otro lado, es el único precepto que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otras normas constitucionales sin las que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.

Y entre esas otras normas, primigeniamente, hay que recordar el art.º 10.1, que como ya tuvimos oportunidad de señalar en otro momento (Francisco Fernández Segado: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 49 y sigs.; en concreto, págs. 66-69), viene a colocar al valor “dignidad de la persona” como la fuente de todos los derechos.

Con todo, la norma clave para la determinación de la posición jurídica de los extranjeros en España, en lo que a sus derechos y libertades se refiere, es el art.º 13.1 CE, a cuyo tenor: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (el Título primero) en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”.

La norma en cuestión suscita dos tipos de problemas hermenéuticos. El primero se refiere a si ha de darse algún significado al empleo de la locución “libertades públicas” con exclusión de la de “derechos fundamentales”. El segundo, a si la remisión a “los Tratados y la Ley” implica una suerte de desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros relativa a sus derechos y libertades.

La interpretación más correcta, a nuestro modo de ver, aunque no sea desde luego la que el Tribunal hizo suya, es la ofrecida en el Voto particular suscrito por el entonces Presidente del Tribunal, Sr. Tomás y Valiente, y por los Magistrados Sres. Rubio Llorente y García-Mon, formulado frente a la STC 115/1987, de 7 de julio, interpretación en la que los dos problemas hermenéuticos advertidos aparecen íntimamente imbricados. Según esta posición, el art.º 13.1 CE implica, en primer lugar, “que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana”. Significa también, sin duda, en segundo término, “que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades publicas que garantiza el Título I, pero, también sin duda, que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los Tratados y la Ley”.

El Juez de la Constitución, frente a la primera cuestión, ha interpretado ampliamente la locución “libertades públicas”, entendiendo que dentro de

ella tienen cabida tanto los derechos fundamentales como las mismas libertades públicas (así, STC 107/1984, fund. jur. 3.º y STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2.º). Y en relación con el segundo problema, el Tribunal ha rechazado que el art.º 13.1 CE entrañe una suerte de desconstitucionalización de los derechos y libertades de los extranjeros, pues, siguiendo el razonamiento del alto órgano (STC 107/1984, fund. jur. 3.º), el art.º 13.1 no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades “que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, pero, siempre según el Tribunal, son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, “derechos de configuración legal”, interpretación esta última que no deja de ser bastante incongruente con alguno de sus otros posicionamientos en la materia por parte del Tribunal, pero que, en relación con la problemática que nos interesa y en la que más adelante entraremos, tiene una notable trascendencia.

En definitiva, la divergencia hermenéutica apuntada conduce a una última consecuencia: mientras para quienes suscriben el Voto particular la libre capacidad de configuración por el legislador del régimen de las libertades públicas de los extranjeros encuentra sus límites tan sólo en los Tratados internacionales, para el Tribunal, la libre capacidad dispositiva del legislador en este ámbito se ve delimitada por el propio contenido constitucionalmente configurado en relación a cada libertad. Sin embargo, la diferente consecuencia jurídico-constitucional que se desprende de una u otra interpretación se difuminará en aquellos derechos o libertades cuyo contenido no haya sido constitucionalmente configurado, como también en aquellos otros aspectos relativos al régimen de ejercicio de una libertad que no hayan sido específicamente contemplados por la Norma suprema.

Por lo demás, el notable acento que el Tribunal parece haber puesto en su calificación como “derechos de configuración legal” de todos los derechos de los extranjeros “sin excepción”, al margen ya de revelar la confusión de la doctrina constitucional en esta materia (en el mismo sentido, Elisa Pérez Vera y Paloma Abarca Junco: “Extranjería. Comentario al artículo 13 de la Constitución, en Oscar Alzaga, director, “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, Cortes Generales- Editoriales de Derecho Reunidas, tomo II, Madrid 1997, págs. 183 y sigs.; en concreto, págs. 200-201), en cuanto parece propiciar una mayor capacidad dispositiva del legislador en relación con las libertades públicas, que respecto de aquellos

derechos fundamentales que se vinculan a la dignidad de la persona de modo inmediato, presupone una cierta aproximación a las tesis sustentadas por los signatarios del varias veces citado Voto particular.

III. El Tribunal, con carácter general, ha completado su doctrina sobre los derechos de los extranjeros, estableciendo una clasificación de los mismos que se ha acomodado, en cierta medida, a la clásica diferenciación de la teoría general de los derechos entre titularidad y ejercicio. A partir de esta distinción ha llevado a cabo una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros.

Ya el año anterior a la publicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, primera norma ordenadora de la materia, el Tribunal (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º) dejaba perfilada su doctrina al distinguir tres tipos de derechos: a) unos derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; b) un segundo grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art.º 23 CE, según dispone el art.º 13.2 CE y con la salvedad que contiene), y c) un último grupo que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Así estructurados los derechos de los extranjeros, el siguiente paso consistía en encontrar un criterio clasificador que permitiera incluir a los distintos derechos y libertades en la primera o en la última de las categorías. Tal criterio podía haberse buscado en la literalidad de los enunciados constitucionales, que en unos casos refieren el derecho a “toda persona” o “todos”, mientras en otros lo refieren a “los españoles” o “los ciudadanos”, e incluso los hay que contemplan la titularidad del derecho o libertad en términos impersonales (así, los artículos 20, 21 y 22 CE hablan de que “se reconoce” el derecho que enuncian).

La poca claridad del constituyente en esta cuestión, el hecho de que tal solución no fuera avalada por el Derecho convencional, la inaceptable radical privación de derechos (tales como la libertad de circulación, la libre elección de residencia, el derecho a la objeción de conciencia, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio...) que para los extranjeros supondría tal interpretación y el hecho de que la propia Norma suprema admita una interpretación más coherente y razonable, como el Alto Tribunal reconoce en su STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 2.º, cuando pone de relieve que el art.º 13.2 CE sólo reserva a los españoles la

titularidad de los derechos reconocidos en el art.º 23 CE, conducirían al Tribunal, no sin vacilaciones, al abandono como criterio clasificador de aquél al que venimos refiriéndonos.

Así las cosas, el criterio definitivo ha sido el de, a la vista de la naturaleza misma del derecho o libertad de que se trate, proceder a dilucidar si el mismo pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, prescindiendo de esta terminología ciertamente equívoca, si el derecho o libertad es imprescindible para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art.º 10.1 CE, constituye el fundamento del orden político y de la paz social.

Como en otro lugar ya tuvimos oportunidad de señalar (Francisco Fernández Segado: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, op. cit., pág. 74), todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en su Título I son, en mayor a menor grado, inherentes a la persona y a su dignidad radical y todos contribuyen, en una u otra medida, al desarrollo integral del ser humano o, por utilizar la locución constitucional del art.º 10.1, al “libre desarrollo de la personalidad”. Esto no es puesto en duda por el Tribunal, que, legítimamente, se limita a atender al nivel de graduación de la conexión derecho/ libertad-dignidad, pues, en coherencia con lo antes expuesto, es obvio que aun vinculándose todos los derechos con la dignidad, el grado de esa vinculación no es en modo alguno el mismo en todos los derechos, y de esa mayor o menor conexión o vinculación con la dignidad se pueden derivar consecuencias jurídicas en el ámbito del que venimos ocupándonos. Y eso precisamente es lo que ha hecho el Juez de la Constitución.

En definitiva, los derechos que el Tribunal considera imprescindibles para la garantía de la dignidad humana se ubicarían en la primera de las categorías (derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros). En su jurisprudencia, el Tribunal ha ido conformando un catálogo, no cerrado desde luego, de estos derechos. Y así, en su STC 107/1984, fund. jur. 3.º, precisa que “derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”.

Tal pronunciamiento general ha ido siendo completado, si bien, insistimos en ello, no exhaustivamente, en otras Sentencias. De esta forma, en la STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 1.º, el Tribunal ha adicionado a los anteriormente citados, el derecho a la libertad del art.º 17 CE. Y en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2.º, ha hecho otro tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art.º 24.1 CE.

Nos parece evidente que en este primer bloque de derechos habría que incluir otros varios, aunque el Tribunal no haya tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Tal sería el caso, a nuestro modo de ver, del derecho a la libertad religiosa y de culto, del derecho al honor, del derecho a la libertad de expresión, de las garantías del debido proceso del art.º 24.2 CE, del derecho a la legalidad penal o sancionadora y también, sin la más mínima pretensión de exhaustividad, del derecho a la educación.

En la segunda de las categorías (exclusión hecha de aquel grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, a los que se refiere el art.º 13.2 CE), esto es, en la de aquellos derechos o libertades en los que constitucionalmente cabe una diferencia de trato, en cuanto al ejercicio del derecho, entre extranjeros y españoles, el Tribunal ha tenido oportunidad de incluir, entre otros, el derecho a la libertad de residencia y de desplazamiento o circulación del art.º 19 CE (STC 94/1993, de 22 de marzo, funds. jur. 2.º, 3.º y 4.º, y STC 116/1993, de 29 de marzo, fund. jur. 2.º); el derecho de reunión del art.º 21 CE (STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 2.º); el derecho de asociación del art.º 22 CE (STC 115/1987, fund. jur. 3.º), y el derecho al trabajo del art.º 35 CE (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º). Y nos parece fuera de toda duda que, entre otros varios, en este bloque de derechos habrá que incluir asimismo la libertad de sindicación y el derecho de huelga. En definitiva, al margen de algunos otros derechos, las llamadas libertades públicas tendrían su ubicación en este segundo bloque de derechos, circunstancia que encontraría su razón de ser en que su vinculación con la dignidad de la persona, existiendo, desde luego, no sería tan fuerte, tan inmediata como en el caso de los derechos que se han de ubicar en la primera de las categorías.

Como fácilmente puede apreciarse, la diferencia sustancial entre uno y otro bloque de derechos es que los no inmediatamente vinculados a la dignidad de la persona otorgan al legislador una mayor capacidad dispositiva. Como ha admitido el Juez de la Constitución (STC 115/1987, fund. jur. 3.º), el legislador, al amparo del art.º 13.1 CE, dispondrá de la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de tales libertades por parte de los extranjeros, siempre, desde luego, de acuerdo con el Derecho convencional. Más allá del necesario respeto al Derecho internacional de los derechos humanos, el legislador también vendrá vinculado, a la vista de la doctrina constitucional ya señalada, por el contenido constitucional del derecho, cuando el mismo se halle contemplado por la propia Norma suprema, y tampoco podrá ignorar el legislador, cuando opte por el establecimiento de un trato diferencial en el ejercicio

del derecho entre españoles y extranjeros, el principio de razonabilidad de la diferencia.

IV. La remisión que al Derecho convencional lleva a cabo el art.º 13.1 CE exige de unas consideraciones adicionales.

De entrada, conviene advertir que tal reenvío no ha de entenderse en el sentido de que el legislador haya de circunscribir su actuación a plasmar miméticamente lo establecido en los Tratados internacionales en la materia, de modo tal que, por ejemplo, si un Tratado declara titular de un derecho a toda persona, sin ninguna matización adicional, no pueda el legislador español introducir la nacionalidad como criterio sustentador de una diferencia de trato en el ejercicio de tal derecho, pese a ser, en principio, posible esa diferencia a la vista de la doctrina constitucional ya expuesta. No es ese el sentido del art.º 13.1 CE, norma que entraña tan sólo que el ejercicio de los derechos y libertades por los extranjeros se ha de acomodar a lo que establezcan los Tratados, que a su vez, de acuerdo con el art.º 10.2 CE, operan como criterio hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas.

Por otro lado, no puede dejar de tenerse presente que las previsiones de los Tratados en la materia no son exactamente coincidentes en todos los casos ni respecto de todos los derechos, aunque sí muestren pautas tendenciales comunes, a las que debiera atenderse prevalentemente en el supuesto de que una norma puntual de un Tratado se separe de ellas.

Desde otra perspectiva, y pese a su obviedad, conviene no olvidar el carácter limitado de los derechos, o lo que es igual, que todos los derechos tienen límites. No hay derechos absolutos, con alguna salvedad, como, a nuestro juicio, el derecho a no ser sometido a tortura ni a pena o trato inhumano o degradante, al que alude el art.º 15 CE, como una reiteradísima jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo ya desde las primeras Sentencias del Tribunal (así la STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 9.º). Bien al contrario, “su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos” (STC 181/1990, de 15 de noviembre, fund. jur. 3.º). A este respecto, no puede olvidarse que “los derechos de los demás” también son fundamento del orden político y de la paz social (art.º 10.1 CE).

En esta misma dirección, es asimismo necesario tener presente que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo general, acogen cláusulas que habilitan al legislador democrático para sujetar el

ejercicio de los derechos a restricciones orientadas a la salvaguarda de los derechos y libertades de los demás y de una serie de bienes de inexcusable protección en un Estado democrático. Quizá la cláusula paradigmática sea el art.º 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), de 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

V. Las reflexiones que preceden deben de servir de premisa inexcusable a la hora de abordar una cuestión tan compleja, y desde luego de no fácil e incontrovertible solución, como la relativa a la constitucionalidad de las modificaciones que en el régimen de derechos y libertades de los extranjeros en España establecido por la Ley Orgánica 4/2000, ha venido a introducir la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, norma legal esta última que, en todo caso, y como ya significamos en un momento anterior, se sigue asentando en el principio de ejercicio por los extranjeros de los derechos que les reconoce la Ley en condiciones de plena igualdad con los españoles, introduciendo como principal rasgo diferencial frente a la Ley a la que viene a reformar, en clara similitud con las determinaciones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la exigencia de hallarse en situación legal para poder ejercer algunos derechos (de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga) reconducibles a la categoría de derechos no inmediatamente vinculados con la dignidad de la persona, pues en los derechos que se conectan de modo directo e inmediato con el que bien puede ser considerado núcleo axiológico de nuestro ordenamiento, esto es, con el valor dignidad del ser humano, la Ley mantiene el principio ya preestablecida por la Ley 4/2000, de absoluta igualdad entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estos derechos.

Quizá no sea inoportuno recordar la reiterada doctrina constitucional acerca de la presunción de constitucionalidad de las normas, presunción que adquiere su más intenso grado respecto de aquellas normas que provienen del órgano que en cada momento actualiza la voluntad soberana del pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado (art.º 1.º 2 CE). Esta presunción de constitucionalidad de la Ley, como ha subrayado la mejor doctrina (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: “Curso de Derecho Administrativo”, vol. I. 4.ª ed., reimpr., Civitas, Madrid, 1986, págs. 126-127), va más allá de la simple afirmación formal de que cual-

quier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, al implicar, materialmente, que siempre que sea “razonablemente posible”, entre las varias interpretaciones que posibilite una Ley, se ha de entender que el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales.

Por lo demás, también parece pertinente poner de relieve la existencia de lo que bien podríamos denominar “indicios de constitucionalidad” de la Ley, indicios que vendrían dados por el hecho de que, siendo la exigencia de situación legal de los extranjeros requisito necesario para que éstos pudieran ejercitar determinados derechos en igualdad con los españoles, a tenor de las previsiones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, tal exigencia no fue constitucionalmente impugnada (en el recurso de inconstitucionalidad núm. 880/1985, promovido por el Defensor del Pueblo contra algunas normas de la citada Ley Orgánica 7/1985), pese a lo cual, como veremos con detalle más adelante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/1987, vino a entender de modo implícito –y más rotundamente aún, nos atreveríamos a decir que incluso explícitamente, como intentaremos mostrar después– que esa exigencia era perfectamente acorde con la Constitución, tesis que, por otra parte, se incardina en la reiterada doctrina jurisprudencial de que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

VI. Antes de entrar en el análisis particularizado del articulado de la Ley Orgánica 8/2000 sólo nos resta precisar que en sintonía con la categorización de los derechos y libertades antes esbozada, vamos a acomodar a la misma nuestras reflexiones en torno a la nueva Ley, no sin antes hacer una última precisión. Aunque en nuestro análisis nos circunscribiremos preferentemente a aquellos derechos y libertades cuya nueva regulación mayores dudas ha suscitado, desbordando este ámbito de reflexión, vamos a referirnos asimismo a la problemática de la constitucionalidad del régimen jurídico de algún otro derecho que, pese a no haber sido alterado por la Ley 8/2000, no ha dejado de plantear serios problemas hermenéuticos.

2. DERECHOS QUE CORRESPONDEN POR IGUAL A ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

Vamos a referirnos dentro de estos derechos al derecho a la educación, al derecho a la intimidad familiar, en relación especialmente con la reagrupación familiar, y al derecho a la legalidad de la potestad sancionado-

ra administrativa, en relación con la tipificación de las infracciones en materia de extranjería.

A) EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La Ley Orgánica 8/2000 modifica dos de los apartados del art.º 9.º de la Ley Orgánica 4/2000 (los apartados primero y segundo, pasando este último a figurar como apartado tercero en la nueva redacción), adicionando otros dos nuevos apartados (los que en el actual texto figuran como segundo y cuarto). A tenor de la nueva redacción dada al art.º 9.º:

1. “Todos los extranjeros menores de 18 años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas”.

2. “En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite”.

3. “Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”.

4. “Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto de su identidad cultural”.

5. “Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes”.

Estamos ante un precepto perfectamente acorde con la Constitución, pues, de un lado, todos los extranjeros menores de 18 años quedan perfectamente equiparados a los españoles, independientemente de cual sea su situación en España, gozando en plenitud no sólo del derecho de acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, sino también a la obtención de la correspondiente titulación y al acceso al sistema público de ayudas y

becas. Más aún, a la vista de la dicción del apartado primero, como después razonaremos con mayor detalle, entendemos que bien puede sostenerse que el precepto posibilita el acceso de todos los extranjeros a otros niveles educativos distintos de la enseñanza básica, en concreto a todos aquellos niveles que, como el bachillerato, se imparten dentro de los primeros 18 años de vida.

En cuanto a los extranjeros residentes, quedan también equiparados a los españoles en el goce del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria. La norma no alude a los extranjeros que sin ser residentes se encuentran en nuestro país en una situación legal como es la situación de estancia, lo que quizá se explica porque esta situación entraña una corta permanencia en territorio español: no superior a 90 días.

Para calibrar en su justa medida el paso adelante que entraña la nueva normación del derecho a la educación incluso tras la reforma operada por la Ley 8/2000, frente a la Ley Orgánica 7/1985, nos bastará con recordar que el art.º 9.º de esta última reconocía el derecho a la educación tan sólo a los extranjeros que se hallaran legalmente en España, derecho que había de entenderse circunscrito al acceso a la enseñanza básica y obligatoria.

Hemos de iniciar el análisis particularizado de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000 por los nuevos apartados, cuarto y segundo, del art.º 9.º, que la misma incorpora.

El apartado cuarto es una norma que se orienta a fomentar la actividad prestacional de los poderes públicos en materia educativa: promover que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza orientada a su mejor integración social. Nos hallamos ante una norma que no sólo no suscita reparo alguno, sino que, por el contrario, ha de ser enjuiciada muy positivamente en cuanto persigue alcanzar una mejor integración social de los extranjeros residentes.

Tampoco debe plantear objeción alguna el nuevo apartado segundo. En su redacción originaria, el art.º 9.º.2 reconocía el derecho de los extranjeros a la educación de naturaleza no obligatoria en iguales condiciones que los españoles, precisando que, específicamente, tendrían derecho a acceder al nivel de educación infantil. Ello no dejaba de ser un tanto paradójico por cuanto que el art.º 7.º.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), no extiende obligatoriamente la educación infantil a toda la población española, sino que sólo obliga a las Administraciones públicas educativas a garantizar “la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que la solicite”.

En coherencia con lo dispuesto en la LOGSE respecto de los españoles, el nuevo apartado segundo del art.º 9.º establece una previsión idéntica respecto de los extranjeros que lo soliciten, con lo que el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros ahora sí que es real.

El apartado primero del mismo precepto introduce una modificación consistente en precisar que el derecho de todos los extranjeros menores de 18 años a la educación en las mismas condiciones que los españoles es asimismo un deber. Lejos de suscitar reparo alguno, nos parece que esta modificación viene exigida por la propia naturaleza del derecho a la educación.

En efecto, el art.º 27.4 CE establece que la enseñanza básica es obligatoria. En la misma dirección, el art.º 26.1 DUDH dispone que la instrucción elemental será obligatoria y el art.º 13.2, a/ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), de 19 de diciembre de 1966, señala que la enseñanza primaria debe ser obligatoria. Más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su art.º 14.2, da por supuesta la existencia de una enseñanza obligatoria cuando prevé que el derecho a la educación “incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria”. Y si la enseñanza básica es obligatoria, parece obvio que el derecho a la educación es, al unísono, un deber, deber que ha de recaer sobre los padres o responsables legales de los menores de edad.

La última de las modificaciones afecta al apartado tercero y se ciñe a la exigencia de residencia para tener derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en idénticas condiciones que los españoles, derecho que el art.º 9.º.2 de la L.O. 4/2000 reconocía a los extranjeros en general. El ejercicio de este “derecho a la educación de naturaleza no obligatoria” se traduce en el derecho de acceso a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior, relativo a la educación infantil, con la subsiguiente obtención de las titulaciones que correspondan en cada caso y el acceso al sistema público de becas y ayudas. Es decir, que al margen ya de la educación infantil, que se rige por la norma específica del apartado segundo, y a la que tienen acceso todos los extranjeros, los que tengan la condición de residentes quedan plenamente equiparados a los españoles en el acceso a los diferentes niveles educativos de naturaleza no obligatoria.

La modificación sustancial que, frente a la redacción inicial dada al art.º 9.º por la Ley 4/2000, se introduce ahora, como ya se ha dicho, con-

siste en no equiparar a los españoles, en el acceso a la educación no obligatoria, a aquellos extranjeros que no sean residentes. Sin embargo, el alcance de esta reforma, a nuestro juicio, exige atender a la norma que acoge el apartado primero.

El art.º 9.º.1 reconoce a todos los extranjeros menores de 18 años un derecho a la educación que comprende el acceso a “una enseñanza básica, gratuita y obligatoria”. De entrada, hay que entender que la enseñanza comprendida dentro de este derecho a la educación, a la vista de las previsiones de la LOGSE (específicamente, de sus art.ºs. 3.º.2, 12, 17, 18, 25 y 30), no es sólo la comprendida dentro de la educación primaria, sino que abarca también la etapa de educación secundaria obligatoria, que completa la enseñanza básica. Más aún, si se atiende a las edades en que se han de cursar los distintos niveles educativos, se puede constatar que el bachillerato se ha de cursar entre los 16 y los 18 años. Una interpretación del art.º 9.º.1 favorable a la maximización del derecho que nos ocupa, tan estrechamente vinculado con uno de los fundamentos de nuestro orden político como es “el libre desarrollo de la personalidad” (art.º 10.1 CE), debiera conducir a entender que todo extranjero menor de 18 años que haya cursado los distintos niveles de enseñanza obligatoria previstos por la LOGSE en las edades que la propia Ley establece, ha de tener derecho en iguales condiciones que los españoles a acceder al nivel del bachillerato (o su equivalente en la formación profesional), aunque tal nivel no pueda conceptuarse como de enseñanza obligatoria, sino meramente voluntaria. Así entendido el art.º 9.º.1, el único nivel educativo en el que no se produciría en modo alguno la plena equiparación entre españoles y extranjeros no residentes sería en el nivel de la enseñanza universitaria. Una interpretación como la que acabamos de sostener minimizaría notablemente las diferencias en el goce del derecho a la educación tal y como fue concebido por la L.O. 4/2000 y tal y como ha quedado conformado tras la reforma de la L.O. 8/2000.

Llegados aquí, el necesario acomodo del derecho que examinamos a los Tratados internacionales en la materia ratificados por España exige atender a las previsiones del Derecho convencional al objeto de constatar si, efectivamente, esa sintonía normativa se produce.

Con carácter general puede afirmarse que los Tratados ratificados por nuestro país exigen la absoluta igualdad en el goce del derecho a la educación por parte de todas las personas, independientemente de su nacionalidad y de la situación en que puedan encontrarse en el país en el que son extranjeros. Dicho esto conviene precisar de inmediato que esa paridad o

igualdad se predica en relación con el nivel educativo que se califica de “enseñanza primaria” (art.º 13.2 PIDESC) o de “instrucción elemental y fundamental” (art.º 26.1 DUDH).

Significativamente, cuando se contempla el acceso a la enseñanza en general, esto es, sin circunscribirla a un nivel educativo determinado, el Derecho convencional no prevé exactamente lo mismo. Buena prueba de ello la encontramos en el art.º 3.º, e/ de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960, a cuyo tenor, los Estados Partes, a fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación, se comprometen a “conceder a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales”. Esto es, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros se condiciona a la situación de residencia por parte de estos últimos.

Otros Instrumentos internacionales marcan como pauta a seguir por los Estados Partes la generalización y accesibilidad a todos tanto a la enseñanza secundaria como a la enseñanza superior. Este es el caso del PIDESC, cuyo art.º 13.2, en sus apartados b/ y c/, establece que los Estados Partes en el Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho de toda persona a la educación:

a) “La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

b) “La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y, en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Como puede apreciarse, esta norma del PIDESC marca una pauta a seguir, dirección en la que desde luego creemos que se ubica nuestra legislación.

A la vista de todo lo expuesto, no nos cabe duda de que, tras su reforma, el art.º 9.º de la Ley se acomoda a las previsiones convencionales citadas, como también a las de otros Instrumentos internacionales en la materia a los que no nos hemos referido (como sería el caso del art.º 28.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989), yendo incluso más allá de las exigencias del Derecho convencional, pues no sólo reconoce a todo extranjero que se encuentre en España, indepen-

dientemente de cual fuere su situación, el derecho de acceso a la enseñanza primaria en igualdad de condiciones que los españoles, sino también, de acuerdo con la interpretación expuesta, el derecho de acceso a la enseñanza secundaria obligatoria, asimismo en paridad de condiciones con los nacionales, e incluso, en las condiciones expuestas y siempre a nuestro modo de ver, el derecho de acceso a una enseñanza voluntaria como es el bachillerato o la formación profesional equivalente.

En definitiva, estamos ante una norma que, a nuestro juicio, es plenamente acorde con las exigencias constitucionales interpretadas desde las normas del Derecho convencional.

B) EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

El Capítulo segundo del Título I de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de varias modificaciones: de un lado, se reforman parcialmente los artículos 16 y 17; de otro, se añaden dos nuevos artículos, los art.ºs. 18 y 19.

La Ley Orgánica 4/2000 vino a considerar el derecho a la intimidad familiar como el fundamento del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España. Conviene recordar que años antes, el Consejo de Ministros de la Unión Europea había adoptado en su reunión de 1.º de junio de 1993, la Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar. Mediante esta Resolución se estableció que las políticas nacionales de los Estados miembros sobre la materia debían regirse por los principios comunes enunciados en la Resolución, con el subsiguiente compromiso de la adaptación de sus legislaciones nacionales antes del 1.º de enero de 1995, en el bien entendido de que tales principios ni son jurídicamente vinculantes ni proporcionan una base de actuación para los individuos, como se recoge expresamente en la Resolución.

En cumplimiento del compromiso adquirido por España, se reguló la reagrupación familiar por intermedio del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el art.º 16.2 en el sentido de reconocer que los titulares del derecho a la reagrupación familiar son los extranjeros residentes en España y no los familiares de los extranjeros residentes. Esta modificación, que en nada altera el espíritu de la norma, parece, por lo demás, mucho más coherente que la originaria dicción del pre-

cepto con el art.º 16.1, que reconoce a los extranjeros residentes el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, del que dimana el derecho a la reagrupación familiar.

La segunda modificación que introduce la Ley Orgánica 8/2000 afecta al art.º 16.3 y consiste en la adición de un nuevo párrafo a tenor del cual: “Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos”, esto es, en aquellos supuestos de ruptura del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición de residencia por el cónyuge y sus familiares con él agrupados.

La Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea a que anteriormente aludíamos prevé que transcurrido un período de tiempo “razonable” desde que se efectuó la reagrupación familiar, los reagrupados puedan obtener una autorización de residencia desvinculada de la del reagrupante. En sintonía con ello, el art.º 54.5. b) del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996, que debe entenderse vigente en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, y hasta tanto se apruebe el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a lo que el Gobierno se compromete en el plazo de seis meses (Disposición final segunda de la L.O. 8/2000), dispuso que el cónyuge de un extranjero residente podía obtener un permiso de residencia independiente, entre otras circunstancias, cuando acreditara haber convivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podría ser reducido cuando concurrieran circunstancias de carácter familiar que así lo justificaran.

En la misma dirección se orienta la adición al art.º 16.3 del párrafo antes transcrito, que se acomoda a los principios comunitarios fijados por la Resolución del Consejo de Ministros de la Unión y al que ningún reparo puede oponerse ni desde la óptica constitucional ni desde el Derecho convencional. Desde esta última perspectiva, recordaremos que, interpretando el art.º 8.1 del Convenio de Roma (a cuyo tenor: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la intimidad familiar reconocido en tal precepto del Convenio implica la imposibilidad de la expulsión de un extranjero cuando su grado de arraigo en el país de residencia sea tal, que en la práctica carezca ya de referentes vitales en otro país, e innecesario es decir que ese arraigo se vinculará a la permanencia en el nuevo país durante un cierto período de tiempo. Esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo, de alguna manera, contribuye, desde la perspectiva

del Derecho convencional, a legitimizar esa exigencia de un determinado período de convivencia en España cuando se rompa el vínculo matrimonial, exigencia que late en el nuevo párrafo del art.º 16.º 3 y que, por otra parte, guarda una clara armonía con la determinación del nuevo art.º 19.1, b) –artículo introducido por la Ley Orgánica 8/2000– que, reproduciendo lo dispuesto por el art.º 54.5, b) del Reglamento de Extranjería varias veces citado, exige para la obtención de una autorización de residencia independiente por el cónyuge, la acreditación de haber vivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podrá reducirse cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen.

Por lo demás, tampoco la remisión a una norma reglamentaria que hace el nuevo párrafo del art.º 16.3 puede ser constitucionalmente objetada, pues esta habilitación legal a la potestad reglamentaria no posibilita una regulación independiente de la Ley, sino un complemento muy puntual de la regulación legal.

En definitiva, ni el párrafo del art.º 16.3 comentado, ni tampoco, en cierta conexión con él, el texto del nuevo art.º 19, pueden ser constitucionalmente objetados. Se acomodan, a nuestro juicio, a los principios comunitarios, al Derecho convencional y a la propia Constitución.

El art.º 17 de la Ley Orgánica 4/2000 resulta también modificado. El inciso inicial del apartado primero se formula por la Ley Orgánica 8/2000 en términos no idénticos a los del mismo inciso del propio precepto en su redacción originaria. Estamos simplemente ante una reforma exigida en coherencia con la nueva y, como ya se vio antes, más precisa redacción dada ahora al texto del art.º 16.2

Como reforma técnica asimismo ha de ser calificada la que se introduce en el apartado d) del art.º 17.1, sustituyendo la originaria expresión “cuando dependan económicamente de éste” por la de “cuando estén a su cargo”. Al margen de esta modificación, el nuevo texto del apartado d) incluye entre los familiares reagrupables a los ascendientes del cónyuge del reagrupante.

La supresión de los apartados e) y f) de la redacción dada al art.º 17 por la Ley Orgánica 4/2000 se acomoda a los principios comunitarios y encaja perfectamente en la libre capacidad dispositiva del legislador.

Y tampoco merece reproche constitucional alguno, por las mismas razones expuestas en relación con el último párrafo del art.º 16.3, el nuevo apartado segundo que en el art.º 17 introduce la Ley Orgánica 8/2000, por el que se reenvía a la norma reglamentaria la determinación de las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que

corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

En el Capítulo a que venimos refiriéndonos la Ley Orgánica 8/2000 ha introducido un nuevo precepto (al margen ya del mencionado art.º 19) numerado como art.º 18 y relativo al procedimiento para la reagrupación familiar.

El aspecto más destacable del nuevo art.º 18 es que mientras el derecho a la reagrupación familiar se hacía depender en la Ley Orgánica 4/2000 de la residencia legal en España y de la justificación del parentesco, tras la reforma, con la subsiguiente introducción del nuevo precepto, se vuelve en cierto modo a la situación establecida por el art.º 56 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 155/1996. En efecto, la reagrupación familiar se hace depender ahora, asimismo, de que se disponga de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada. Para el ejercicio del derecho de reagrupación se exige también haber residido legalmente un año y disponer de autorización para residir al menos otro año. La reforma, ciertamente, endurece las condiciones de ejercicio del derecho, pero, desde luego, se ajusta estrictamente a los principios comunitarios plasmados en la varias veces mencionada Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea, en la que los Estados miembros se reservaban el derecho a exigir un período de residencia previa del reagrupante, así como a supeditar la entrada y residencia de familiares a la disponibilidad de alojamiento adecuado y de recursos suficientes. Como ningún mandato constitucional ni convencional exige una regulación en otro sentido de las condiciones de ejercicio de este derecho, es claro que el endurecimiento de las mismas se integra en las facultades de libre disposición de nuestro legislador.

C) EL DERECHO A LA LEGALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

I. Una de las críticas que se han formulado frente a la Ley es su posible vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones administrativas o, si así se prefiere, a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa del art.º 25.1 CE. Tal vulneración vendría dada por la falta de taxatividad o certeza en la definición legal de algunas de las infracciones legalmente sancionadas (así, las del art.º 52, a/, 53, a/ y 54.1, a/).

Conviene decir, ante todo, que en las normas citadas la Ley Orgánica 8/2000 no ha introducido ninguna modificación significativa respecto de las previsiones equivalentes de la L.O. 4/2000.

Dicho esto, hay que rechazar de plano todo atisbo de inconstitucionalidad como consecuencia de una vulneración de las exigencias constitucionales dimanantes del art.º 25.1 CE, supuestamente producida con ocasión de la tipificación de las infracciones.

Ciertamente, como es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (entre otras, STC 42/1987, de 7 de abril, fund. jur. 2.º), el derecho fundamental del art.º 25.1 comprende no sólo una garantía de carácter formal, referida “al rango necesario de las normas tipificadoras”, pues “el art.º 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”, sino también una garantía de orden material que no sólo se refiere al ámbito estrictamente penal, sino también a las sanciones administrativas y que “se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes”.

Ahora bien, es asimismo reiteradísima doctrina constitucional (STC 42/1987, fund. jur. 2.º) que “el alcance de la reserva de Ley establecida en el art.º 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales”.

Una lectura de las normas citadas con anterioridad conduce, de modo inequívoco, a la conclusión de su perfecto acomodo con el principio de predeterminación legal de las conductas sancionadas como infracciones. Que el art.º 52, a/ no precise cuanto tiempo ha de transcurrir para que se produzca el retraso en la comunicación a las autoridades que se tipifica como infracción, o que el art.º 53, a/, tras referirse a “la prórroga de estancia” o “la autorización de residencia”, aluda a “documentos análogos” cuando fueren exigibles, son aspectos que pueden ser perfectamente precisados por la vía reglamentaria, pues, como una vez más ha señalado el Tribunal (STC 42/1987, fund. jur. 2.º), la reserva de Ley del art.º 25.1 “no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias”.

En definitiva, y una vez más de acuerdo con el Tribunal (STC 42/1987, fund. jur. 2.º), sólo una norma de rango legal “vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras” contrariaría las exigencias del art.º 25.1 CE. Basta con leer las normas legales que tipifican las infracciones en materia de extranjería para apreciar de inmediato que se acomodan plenamente a la garantía de orden material del art.º 25.1 y, por lo mismo, son exquisitamente respetuosas con la Constitución.

II. Otra crítica formulada frente al articulado de la Ley ha sido la de que su art.º 57, al contemplar la expulsión del territorio como sanción imponible a los extranjeros que realicen algunas de las conductas tipificadas como muy graves o graves a que alude el apartado primero del mismo precepto, remitiéndose a los artículos 53 y 54, podría violar el derecho del art.º 25.1 CE por transgresión del principio de proporcionalidad de las penas y sanciones, como asimismo, en conexión con el anterior, el principio de igualdad, al posibilitar ese art.º 57 la expulsión de extranjeros que se encuentren legalmente en España, mientras que las mismas infracciones cometidas por un español no acarrear su expulsión.

La tacha de esa supuesta inconstitucionalidad es de una enorme endeblez jurídico-constitucional y ha de ser rechazada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el propio Derecho convencional ofrecen argumentos incontestables en pro de la legitimidad constitucional de las previsiones del art.º 57 de la Ley.

En relación con la supuesta infracción del principio de proporcionalidad y, como consecuencia, del derecho que acoge el art.º 25.1 CE, ha de comenzar recordándose la rotunda doctrina del TC, para el que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales”. Dicho con otras palabras, “desde la perspectiva del control de constitucionalidad (...) no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no” (STC 55/1996, de 28 de marzo, fund. jur. 3.º).

Para cumplir formalmente con la premisa que acaba de señalarse, se ha esgrimido el principio de igualdad frente al legislador que, como dice el TC (STC 144/1988, de 12 de julio, fund. jur. 1.º), impide que éste pueda “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente

adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.

Pocos esfuerzos se han de hacer para mostrar que los extranjeros, ni siquiera los que se hallen en situación legal, no se encuentran en idéntica situación que los españoles. El propio art.º 14 CE prescribe que “los españoles son iguales ante la Ley”; es decir, se refiere sólo a los españoles. Consiguientemente, no puede en modo alguno entenderse que el legislador haya introducido una desigualdad arbitraria al posibilitar en el art.º 57 la expulsión de los extranjeros y no de los españoles.

El Derecho de los Tratados no hace sino corroborar la precedente reflexión. En efecto, el art.º 13 PIDCP determina: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión...”.

La norma del PIDCP es inequívoca: cabe la expulsión de un extranjero aun cuando éste se halle legalmente en el Estado; la expulsión debe acomodarse a las previsiones legales, y al extranjero han de reconocérseles unas determinadas garantías, garantías que son las acogidas por la Ley 30/1992, a la que se remite el art.º 50 de la Ley, tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 8/2000.

A mayor abundamiento, no pueden dejar de recordarse algunas reflexiones del TC en torno al principio de proporcionalidad (STC 55/1996, de 28 de marzo, fund. jur. 6.º y STC 161/1997, de 2 de octubre, fund. jur. 11). A juicio del TC, “en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la

excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca”.

Innecesario es decir que estas reflexiones no sólo tienen validez en el ámbito penal sino también en el administrativo sancionador.

III. Otra apreciación crítica que se ha formulado frente a la Ley, desde la óptica de su legitimidad constitucional, ha venido referida a la posible vulneración del principio “*non bis in idem*”.

El mencionado principio no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Sin embargo, como ha interpretado el TC (STC 159/1985, de 27 de noviembre, fund. jur. 3.º), “esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, fund. jur. 4.º, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art.º 25 de la Norma fundamental”.

Se ha podido ver como posible causa de esa advertida vulneración constitucional la previsión del art.º 54.1, a/ de la Ley, cuando tipifica como infracción muy grave el “estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

Recordemos que esta determinación ya se encontraba recogida en el art.º 50, b) de la L.O. 4/2000, que tipificaba como infracción muy grave: “Participar en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”. Es decir, la misma previsión.

Dicho esto ha de anticiparse que, por las razones que a continuación se exponen, en modo alguno puede entenderse que la previsión normativa del art.º 54.1, a/, último inciso, contraría el principio “*non bis in idem*”. Nos hallamos ante una norma perfectamente acorde con las exigencias constitucionales dimanantes del art.º 25.1 CE. Veamos por qué.

Ya en su primera jurisprudencia el TC tuvo oportunidad de referirse al principio que nos ocupa en estos términos: “El principio general del derecho conocido por ‘*non bis in idem*’ supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y

penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...)” (STC 2/1981, de 30 de enero, fund. jur. 4.º).

Aunque referido a la concurrencia de sanciones penales y administrativas, nada impide la aplicación de este principio a los supuestos de duplicidad de sanciones administrativas, como ya estableciera la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1984.

En el caso que nos ocupa, resulta incuestionable la identidad del sujeto y del hecho. Aún así, la dualidad de sanciones, como ha reconocido el TC (STC 234/1991, de 10 de diciembre, fund. jur. 2.º), sería constitucionalmente admisible si la normativa que la impone pudiera justificarse “porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”. Y desde luego, podría hablarse de un distinto fundamento si admitiéramos la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que lo justifique, como podría ser su especial posición respecto de los extranjeros.

Pero incluso en el caso de que admitamos que el fundamento o, si así se prefiere, el interés a salvaguardar es sustancialmente idéntico, ha de afirmarse rotundamente que no habrá vulneración del principio “*non bis in idem*” por la sencilla razón de que no cabe jurídicamente la imposición de una doble sanción.

En efecto, el art.º 28.3 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, dispone: “En casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España”.

Consecuentemente, si se cometiese una infracción de las tipificadas por el art.º 24 de la citada Ley Orgánica 1/1992 como muy graves, constitutiva a su vez de una infracción muy grave, a tenor del art.º 54.1, a) de la L.O. 4/2000, tras su modificación por la 8/2000, y se aplicase, de acuerdo con las previsiones de los art.ºs. 57 ó 63 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la sanción de expulsión del territorio español, no cabría imponer al extranjero ninguna otra sanción, ni de conformidad con la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, por la ya citada previsión de su art.º 28.3, ni tampoco por la Ley de

Extranjería, pues su art.º 57,3 es tajante al determinar que: “En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”.

Tampoco en modo alguno cabría imponer una duplicidad de sanciones administrativas en el supuesto de que el extranjero que hubiese cometido la infracción prevista en el art.º 54.1, a) no pudiese ser expulsado por hallarse, por ejemplo, en alguna de las situaciones a que alude el art.º 57.6 de la L.O. 4/2000 tras su reforma por la 8/2000 (ser cónyuge de un extranjero en situación legal, ascendiente, hijo menor o incapacitado a cargo del primero...). En tal caso hay que entender que al infractor extranjero le sería aplicable la sanción prevista por la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, pero no la que pudiera corresponderle de aplicarle las previsiones de la L.O. 4/2000, modificada por la 8/2000. Justifiquemos el por qué.

El art.º 50 de la L.O. 4/2000, modificada por la 8/2000, dispone: “El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP)”. Pues bien, el art.º 133 de la citada Ley 30/1992 (norma que se ubica en el Capítulo primero, relativo a los “Principios de la potestad sancionadora”, del Título IX, referente a “De la potestad sancionadora”, de la Ley) prevé: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Y en desarrollo de esta norma legal, el punto 5.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y dictado, como se determina en su artículo único, en desarrollo del Título IX de la Ley 30/1992, prescribe lo que sigue: “El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento”.

Las previsiones normativas anteriores son tan concluyentes que nos eximen de cualquier otro comentario. Es inequívoco que la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2000, en modo alguno vulnera el principio de “*non bis in idem*”.

3. DERECHOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA DIFERENCIA DE TRATO ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En este segundo bloque de derechos nos vamos a referir, sucesivamente, a los siguientes: la libertad de circulación, las libertades de reunión y manifestación y de asociación, la libertad de sindicación y huelga, el derecho de asilo, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social y, por último, el derecho a ayudas en materia de viviendas.

A) EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

La L.O. 8/2000 no altera los términos en que el art.º 5.1 de la L.O. 4/2000 reconoce el derecho de los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la propia Ley, a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia. Tan sólo modifica, en un sentido hipergarantista, los términos del apartado segundo del mismo artículo.

Dicho esto y antes de entrar en un análisis más particularizado del régimen de ejercicio de este derecho, es preciso anticipar que ninguna tacha de inconstitucionalidad puede oponerse al mismo.

Como acaba de decirse, a tenor del apartado primero del art.º 5.º, los extranjeros que se encuentren en nuestro país en alguna de las situaciones a que se refiere el art.º 29 de la Ley (estancia, residencia temporal y residencia permanente) gozan del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de su residencia.

La exigencia de encontrarse en una situación legal para poder ejercitar el derecho, introducida por la L.O. 4/2000, se acomoda plenamente a la previsión del art.º 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, a cuyo tenor:

“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”. En la misma dirección se sitúa el art.º 45.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, de acuerdo con el cual: “De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”. Es decir, la situación de legalidad del extranjero es un requisito inexcusable para el ejercicio del derecho.

La determinación de tal exigencia como requisito para el ejercicio del derecho, se acomoda perfectamente a la naturaleza del derecho, pues, como ha significado el TC (STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 3.º), “la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella”.

Como antes se dijo, la L.O. 8/2000 ha modificado tan sólo el apartado segundo del art.º 5.º. Dicho apartado, ya en su redacción originaria, contemplaba la posibilidad de adopción de medidas limitativas específicas cuando se acordaran en la declaración de los estados de excepción o sitio en los términos constitucionalmente previstos, y excepcionalmente y de forma individualizada por el Ministro del Interior por razones de seguridad pública.

La reforma ahora introducida en el art.º 5.º.2 se orienta básicamente a acentuar las garantías de que se han de rodear las medidas limitativas previstas por el precepto: motivación de la medida limitativa individualizada, respeto del principio de proporcionalidad y adopción de la misma de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Y en lo que hace a la duración de las medidas limitativas, con carácter general, se dispone que la misma no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas.

Frente a la indefinición de las medidas limitativas del art.º 5.º.2 de la Ley Orgánica 4/2000, bien poco coherente con las exigencias del principio de legalidad, como destacara Santolaya (Pablo Santolaya Machetti: “Comentario al art.º 5.º”, en Pablo Santolaya Machetti, coordinador, “Comentarios a la nueva Ley de Extranjería”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 61-62), la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 precisa las posibles medidas limitativas, que podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

La previsión legal de este conjunto de medidas limitativas se acomoda perfectamente a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el art.º 13.3 PIDCP dispone que, entre otros derechos, el derecho a la libertad de circulación “no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias

para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”

En definitiva, el acomodo a lo establecido en los Tratados ratificados por España es evidente, más aún si se recuerda que el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante Convenio de Roma) no contempla estos derechos, por lo que no hay limitaciones derivadas de este Tratado o de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Y como ya dijimos con anterioridad, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica en el art.º 5.º.2 tan sólo se orienta a acentuar las garantías y a acomodar las posibles medidas limitativas a las exigencias dimanantes del principio de legalidad.

La conclusión es, pues, inequívoca. Ninguna tacha de inconstitucionalidad existe en la modificación introducida en el art.º 5.º.2 de la Ley.

B) LAS LIBERTADES DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN Y DE ASOCIACIÓN

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el apartado primero del art.º 7.º (libertades de reunión y manifestación), que queda con este tenor:

“Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

En análoga dirección, se reforma el texto del art.º 8.º (libertad de asociación), de conformidad con el cual: “Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Si se contrasta en ambos casos el texto reformado con el originario, se constata de inmediato que la reforma se circunscribe a la exigencia que para ejercer estos derechos impone la Ley de hallarse en situación legal, lo que acontecerá cuando el extranjero haya obtenido la pertinente autorización de estancia o residencia en España. Ello supone, lisa y llanamente, retornar en términos prácticamente idénticos al régimen de ejercicio de estas libertades establecido por los art.ºs. 7.º y 8.º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, exigencia que –recordémoslo– ni fue impugnada en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra algunos preceptos de la citada Ley, ni fue declarada constitucionalmente ilegítima

por el TC, pese a poderlo haber hecho al amparo de las previsiones del art.º 39.1 de su Ley Orgánica reguladora. Bien al contrario, el Tribunal, pese a la poca claridad de sus razonamientos, vino, de hecho, a convalidar la constitucionalidad de la citada exigencia, como intentaremos demostrar más adelante.

Las libertades de reunión y manifestación y de asociación, como ha reconocido el TC (STC 115/1987, de 7 de julio, funds. jur. 2.º y 3.º), no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Ello no significa que los extranjeros no gocen de estas libertades, como sucede en algunos otros ordenamientos constitucionales europeos. Significa tan sólo que es posible establecer una diferencia de trato entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estos derechos (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º). Como en otro momento precisa el TC, “el art.º 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales” (STC 115/1987, fund. jur. 3.º). Y éstas, en lo que ahora interesa, se traducen, de un lado, en la inexcusabilidad de que los extranjeros sean titulares de estas libertades, y de otro, en la necesidad de que la diferencia de trato que pueda establecer el legislador en el ejercicio de las mismas entre extranjeros y españoles se acomode al Derecho convencional.

Si se atiende a la nueva redacción dada a los art.ºs. 7.º1 y 8.º por la L.O. 8/2000, se advierte de inmediato que la nacionalidad en nada afecta a la titularidad de estas libertades, pues los extranjeros son titulares de los derechos de reunión y manifestación y de la libertad de asociación. Sólo afecta al ejercicio de las mismas libertades para el que la Ley exige la autorización de estancia o residencia en España.

Y así las cosas, la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿Está habilitado el legislador, atendiendo a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para establecer la referida diferencia de trato entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estas libertades?. Anticipemos que nuestra respuesta es inequívocamente positiva. Para justificarla se impone atender al Derecho convencional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, contempla estas libertades en su art.º 20.1, de acuerdo con el cual: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. Esta previsión debe, sin embargo, ser complementada con la del art.º 29.2 de la Declaración que dispone: “En el ejercicio de sus derechos y en disfrute de sus libertades toda persona estará solamente

sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

El PIDCP reconoce los derechos de reunión y de asociación en sus art.ºs. 21 y 22, respectivamente. De acuerdo con el art.º 21:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

El derecho de asociación es contemplado por el art.º 22 PIDCP en los siguientes términos:

1. “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”.

2. “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía”.

Por último, el Convenio de Roma, esto es, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, acoge las libertades de reunión y asociación en su art.º 11 en los siguientes términos:

1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

2. “El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

Como puede apreciarse, el común denominador de estos tres Textos internacionales es que a la par que reconocen las libertades de reunión y asociación (en el caso del PIDCP y del Convenio de Roma en el propio precepto incluso; en el supuesto de la DUDH, en otro precepto distinto), habilitan al legislador nacional para que pueda establecer, mediante Ley obviamente, restricciones al ejercicio de estos derechos en orden a la salvaguarda de una serie de bienes relevantes en una sociedad democrática, como son: la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos.

Pues bien, no cabe duda alguna de que el legislador español, al introducir la diferencia de trato ya comentada entre españoles y extranjeros en el ejercicio de las libertades de reunión y manifestación y de asociación, persigue inequívocamente unos objetivos que se enmarcan en algunos de los bienes contemplados por el Derecho convencional; dicho de otro modo, persigue salvaguardar bienes dignos de protección en una sociedad democrática y cuya tutela, por lo mismo, le habilita para establecer la diferencia de trato en el ejercicio de estas libertades entre españoles y extranjeros.

El propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer que existe un “interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros” (STC 115/1987, fund. jur. 1.º).

Más allá de ello, este interés viene exigido por nuestros compromisos comunitarios europeos, pues a nivel europeo ha sido expresamente reconocido que la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de países terceros en el territorio de los Estados miembros constituye una cuestión de interés común. Y así, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, en su artículo K.1, apartado tercero, letra c), determina que para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, los Estados miembros consideran de interés común, entre otros ámbitos, “la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca” (entre otros aspectos), “de la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros”.

En sintonía con la previsión anterior, los Ministros de los Estados miembros de las Comunidades Europeas encargados de la inmigración adoptaban la Recomendación de 1.º de junio de 1993, relativa a los controles y a la expulsión de los nacionales de países terceros que residan o

trabajen sin autorización. Y en la misma línea, el Consejo de la Unión Europea, con fecha de 22 de diciembre de 1995, aprobaba una Recomendación sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin.

En esta última Recomendación –en la que se destaca expresamente su conformidad a la legislación comunitaria, al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 y a la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967– se recomienda (y valga la redundancia) a los Estados miembros que lleven a cabo una armonización de los medios de control de los extranjeros, para comprobar que cumplen las condiciones fijadas por la normativa aplicable en materia de entrada, permanencia y empleo, inspirándose, entre otras, en estas dos orientaciones:

1) Conveniencia de controlar la situación de los extranjeros en lo referente a la estancia cuando resulten indicios de estancia irregular, supuesto que podría darse, entre otros casos, en el de realización de controles de identidad realizados para prevenir alteraciones del orden o de la seguridad pública (punto 2 de la Recomendación).

2) Adopción por parte de los Estados miembros de “todas las medidas necesarias para reforzar y mejorar los medios de identificación de los extranjeros en situación irregular” (punto 10).

No cabe la más mínima duda de que la exigencia legal de que el extranjero haya obtenido la autorización de estancia o residencia en España para que pueda ejercer las libertades de que venimos ocupándonos es una medida legal perfectamente legítima y acorde con las normas del Derecho Comunitario expuestas y con la que se pretenden salvaguardar bienes tan relevantes en una sociedad democrática como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos, bienes todos ellos contemplados como dignos de ser protegidos en una sociedad democrática por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Y a todo ello habría que añadir que la paz social, bien constitucional de enorme relevancia (art.º 10.1 CE), exige de medidas específicas orientadas a impedir las alteraciones que en la convivencia social podrían producir la presencia de extranjeros en términos no legales. Todo ello sin olvi-

dar que, como se afirmaba en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, “en íntima armonía con la seguridad jurídica se halla el respeto a las situaciones de legalidad de los extranjeros”, como punto de partida no sólo para el pleno ejercicio de ciertas libertades sino también para lograr un correcto tratamiento de la extranjería.

En definitiva, la diferencia de trato establecida por el legislador en los art.ºs 7.º.1 y 8.º de la Ley respeta las previsiones del Derecho convencional, pues pretende salvaguardar bienes que tal Derecho considera dignos de ser protegidos en una sociedad democrática aunque ello exija la restricción del ejercicio de estas libertades, viene en alguna medida exigida por el Derecho Comunitario y, finalmente, pretende de igual forma la tutela de bienes y principios constitucionales de la máxima relevancia.

Llegados aquí, sería innecesario abundar en otros argumentos en respaldo de nuestra tesis. Ello no obstante, y a mayor abundamiento, hemos de referirnos a cómo el TC ha venido a convalidar la legitimidad constitucional de la diferencia de trato entre españoles y extranjeros a que estamos refiriéndonos.

Los art.ºs. 7.º y 8.º de la L.O. 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, como ya se dijo, exijan para el ejercicio de estas libertades que tales extranjeros se hallaran legalmente en España. En el recurso promovido por el Defensor del Pueblo contra algunos preceptos de la citada Ley (entre ellos, los art.ºs. 7.º y 8.º, bien que por cuestiones que nada tienen que ver con la ahora abordada), no fue impugnada esa exigencia de situación legal del extranjero para el ejercicio de estas libertades, lógicamente por presuponerla el Defensor del Pueblo conforme con los mandatos constitucionales.

El TC es una instancia rogada, pero al amparo del art.º 39.1 de su propia Ley Orgánica (Ley Orgánica 2/1979) puede declarar la nulidad de preceptos no impugnados “a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. Y sin embargo no lo hizo en este caso, pese a declarar la no conformidad con la Constitución de alguna cláusula del art.º 7.º y del art.º 8.º de la L.O. 7/1985 por entero marginal al tema que ahora nos interesa. Quiere ello decir que, al menos implícitamente, el TC convalidó la constitucionalidad de estas previsiones: exigencia del art.º 7.º de que para ejercitar el derecho de reunión los extranjeros se hallaran legalmente en territorio español, y de igual forma, exigencia del mismo precepto de que sólo pudieran promover la celebración de reuniones públicas, así como manifestaciones, los extranjeros que tuvieran la condición legal de residentes; finalmente, exigencia del art.º 8.º de que el ejercicio del derecho de aso-

ciación por los extranjeros requiriese que éstos se encontraran legalmente en España.

Pero más allá de ese reconocimiento implícito de la legitimidad constitucional de tales exigencias legales, el TC, a nuestro juicio, se llega incluso a manifestar expresamente en favor de la constitucionalidad de esta exigencia y ello en relación con las dos libertades de que venimos ocupándonos.

Respecto del derecho de reunión pueden entresacarse de la fundamentación jurídica del TC (STC 115/1987, fund. jur. 2.º) estas afirmaciones bien significativas:

“El Defensor del Pueblo impugna sólo parcialmente este artículo” (el art.º 7.º de la L.O. 7/1985, que exigía la estancia legal en territorio español para que los extranjeros pudieran ejercitar el derecho de reunión, exigencia que no fue impugnada)

“El recurso parte así de la base de que el art.º 21 de la Constitución *reconoce también directamente a los extranjeros* el derecho de reunión” (siempre y cuando, añadiríamos nosotros, se hallen en situación legal, exigencia requerida para su ejercicio)

“El art.º 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho...”

“El precepto impugnado permite el ejercicio del derecho de reunión...”.

La lectura lógica y coherente de las afirmaciones vertidas en los textos entrecomillados por el TC no deja resquicio a la duda: el TC considera perfectamente coherente con los mandatos constitucionales la exigencia de hallarse en situación legal para poder ejercer el derecho de reunión.

Más nítido aún es el razonamiento jurisprudencial en relación con el derecho de asociación. En el fund. jur. 3.º de la STC 115/1987, puede leerse lo que sigue:

“Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art.º 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación. *En esta línea, el art.º 8.º de la Ley Orgánica 7/1985 reconoce el derecho de asociación de los extranjeros* y además también la aplicación a tal derecho de las mismas normas generales aplicables a los españoles. Al mismo tiempo y *como única especialidad relevante* establece esta posibilidad de suspensión administrativa, pero sólo cuando concurren determinadas circunstancias...”.

Es decir, para el TC, el art.º 8.º de la L.O. 7/1985 se sitúa “en línea” con la Constitución, esto es, en conformidad con el reconocimiento constitucional del derecho de asociación también a los extranjeros, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales, no siendo relevante, como más adelante se recalca, la exigencia de encontrarse legalmente en España prevista por el art.º 8.º a efectos de poder ejercer el derecho en cuestión. La convalidación de la legitimidad constitucional de esta exigencia legal es patente y palmaria.

Y así lo habrían de reconocer el Presidente del Tribunal, Sr. Tomás y Valiente, y los Magistrados Sres. Rubio Llorente y García-Mon, en el Voto particular formulado por ellos a la STC 115/1987. En dicho Voto (en el que, en esencia, defendían una más libre capacidad de configuración de estas libertades por el legislador) manifestaban su conformidad con esa parte de la Sentencia “no impugnada ni considerada inconstitucional por nuestros colegas, en la que se niega a los extranjeros no residentes la libertad de manifestarse o de celebrar reuniones públicas en lugar cerrado”.

En definitiva, argumentos tan variados y contundentes nos excusan de otras reflexiones. La constitucionalidad de las normas que hemos venido comentando no deja ningún resquicio a la duda.

C) LAS LIBERTADES DE SINDICACIÓN Y DE HUELGA

I. El art.º 11 de la L.O. 4/2000, tras su reforma por la 8/2000, queda redactado en los siguientes términos:

1. “Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

2. “De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”.

En su redacción originaria el art.º 11 reconocía estas libertades a los trabajadores extranjeros que se hallaren en España. Ello significa que la reforma introducida por la L.O. 8/2000 opera en una doble dirección: de un lado, exigiendo para el ejercicio de la libertad de sindicación por los extranjeros la previa obtención de autorización de estancia o residencia en España, y de otro, requiriendo para el ejercicio del derecho de huelga la previa autorización para trabajar, que ha de acomodarse, a su vez, a las determinaciones del Capítulo tercero del Título II de la Ley.

En lo sustancial, la norma legal retorna al régimen jurídico establecido por el art.º 10 de la L.O. 7/1985, que reconocía la libertad de sindicación y el derecho de huelga a “los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España”, previsión que no fue impugnada por el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el mismo contra algunas normas de la L.O. 7/1985, y que por tanto se presumió en aquel momento conforme con la Constitución.

El arte 28.1 CE reconoce el derecho de todos a sindicarse. Ello significa que tanto los españoles como los extranjeros son titulares de la libertad de sindicación, pero en cuanto derecho no imprescindible para la dignidad humana, el legislador se encuentra habilitado para establecer normativamente una diferencia de trato en el ejercicio de este derecho entre españoles y extranjeros, habilitación que vendrá delimitada, de conformidad con las previsiones constitucionales de los art.ºs. 13.1 y 10.2, por el Derecho Convencional de los Derechos Humanos. Se impone, pues, atender al mismo para constatar si la diferencia de trato establecida encuentra cobertura en los Tratados internacionales, anticipando, ya desde este mismo momento, una respuesta positiva.

El art.º 8.º.1 PIDESC dispone que los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar:

a) “El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

El art.º 22 PIDCP, transcrito ya al referirnos al derecho de asociación, prescribe en su apartado primero:

“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”.

A su vez, el apartado segundo del mismo artículo 22, también antes transcrito, sujeta el ejercicio de la libertad de sindicación a las restricciones previstas en la Ley y necesarias en una sociedad democrática, en interés de un conjunto de bienes que enuncia en estos términos:

“El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden públi-

co, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía”.

No reiteraremos el texto del art.º 11 del Convenio de Roma de 1950 que, como ya expusimos y transcribimos al referirnos al derecho de reunión y de asociación, consagra, en su apartado primero, la libertad de asociación de toda persona, “incluido el derecho de fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”. A renglón seguido, el apartado segundo posibilita el establecimiento de restricciones a esta libertad cuando, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la salvaguarda de una serie de bienes expresamente contemplados (la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito...).

La Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, contempla en su art.º 5.º el que denomina “derecho sindical” en los términos siguientes:

“Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir Organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas Organizaciones, las Partes Contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla. Igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las Fuerzas Armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinados por las Leyes y los Reglamentos nacionales”.

Finalmente, el art.º 2.º del Convenio n.º 87 de la O.I.T. sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, de 9 de julio de 1948, dispone:

“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

La norma anterior puede ser complementada, en alguna medida, por la previsión del art.º 8.º.1 del mismo Convenio, por cuya virtud:

“Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad”.

Señalemos por último que el art.º 9.º.1 del propio Convenio dice:

“La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la policía las garantías previstas en el presente Convenio”.

A la vista de los textos transcritos, es claro que el tratamiento en el Derecho convencional de la libertad de sindicación sigue muy de cerca el dado al derecho de asociación, lo que es lógico si se advierte que esta libertad es una manifestación particularizada del derecho de asociación.

Esta similitud se manifiesta también en la autorización que, expresamente en unos casos, los más, e indirectamente en otros, los Textos internacionales otorgan al legislador nacional para sujetar el ejercicio de esta libertad a las restricciones que, en una sociedad democrática, se entiendan necesarias en orden a la salvaguarda de un conjunto de bienes dignos de protección a los que, como hemos visto, aluden el art.º 8.º.1 PIDESC, el art.º 22.2 PIDCP y el art.º 11.2 del Convenio de Roma.

Pero aún hay otro aspecto que tiene su interés. En el ejercicio del derecho a la libertad sindical parece posible, en mayor medida que en el ejercicio del derecho de asociación, sujetar a un más amplio universo de personas a determinadas restricciones, peculiaridades o condicionamientos.

En efecto, los Tratados internacionales siguen de cerca esta regla: art.º 8.º.2 PIDESC (que se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado); art.º 22.2 PIDCP (que alude a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía); art.º 11.2 del Convenio de Roma (que cita a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado), y art.º 5.º de la Carta Social Europea (que menciona a los miembros de las Fuerzas Armadas).

Ello, por lo demás, casa a la perfección con las previsiones de nuestra Norma Suprema. En ella, de una u otra forma, en mayor o menor medida, se hallarían dentro de ese universo de personas que pueden ver sujeta su libertad de sindicación a más amplias restricciones, los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o de los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, los funcionarios públicos y los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo.

A la vista de las normas transcritas, parece evidente que la libertad de sindicación admite una delimitación menos universal del conjunto de sujetos que disfrutan de la misma, si se la conecta con la libertad de asociación. Y esta reflexión no es inocua, sino que es un argumento más a adionar a los que, al tratar de las libertades de reunión y asociación, dábamos en orden a justificar la habilitación de nuestro legislador para

introducir en el ejercicio de esas libertades el tantas veces mencionado trato diferencial entre españoles y extranjeros, y ello en tanto en cuanto los argumentos expuestos al referirnos a la libertad de asociación son trasladables en sus propios términos a la libertad de sindicación.

En definitiva, los bienes a cuya salvaguarda provee el trato diferencial entre españoles y extranjeros en el ejercicio de la libertad de sindicación, a tenor del art.º 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la 8/2000, son previstos como dignos de tutela y protección por el Derecho convencional, quedando de esta forma constitucionalmente legitimada la actuación del legislador.

A mayor abundamiento, podría traerse a colación aquí la doctrina del TC en la STC 115/1987, fund. jur. 3.º, en relación con el derecho de asociación. Si no ha de ser considerada como especialidad relevante, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales, la exigencia del art.º 8.º de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la 8/2000, en el sentido de que el ejercicio del derecho de asociación requiera de la previa obtención por el extranjero de la autorización de estancia o residencia en España, tampoco lo debe ser la misma exigencia para el ejercicio de la libertad de sindicación.

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que el art.º 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la 8/2000, es perfectamente acorde con los mandatos constitucionales, interpretados en conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. El derecho de huelga es contemplado por el art.º 11.2 de la Ley que, tras su reforma por la L.O. 8/2000, determina:

“De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”.

En su redacción originaria, el art.º 11.2 reconocía “a los trabajadores extranjeros”, sin mayores precisiones, el derecho a la huelga. Quiere ello decir que la reforma se circunscribe a la exigencia de una autorización o permiso de trabajo; obtenida la misma, el trabajador extranjero, como se infiere claramente del inciso inicial del art.º 11.2 (“De igual modo”), que nos remite al apartado primero, quedará equiparado al trabajador español en el ejercicio del derecho a la huelga.

La reforma operada por la L.O. 8/2000 retrotrae el ejercicio de este derecho al régimen establecido por el art.º 10 de la L.O. 7/1985, que reconocía a los trabajadores extranjeros que se hallaran legalmente en España el ejercicio del derecho de huelga en idénticas condiciones que los trabajadores españoles. Y conviene recordar que esta norma no fue impugnada

por el Defensor del Pueblo en el recurso en su momento promovido contra algunos preceptos de aquella Ley.

La Constitución, en su art.º 28.2, inciso inicial, dispone:

“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”.

Ciertamente, los trabajadores extranjeros son titulares de este derecho, y en perfecta sintonía con ello, el art.º 11.2 de la Ley otorga la titularidad del derecho a los trabajadores españoles y extranjeros. Pero de ello no se ha de deducir, como varias veces se ha significado, que los trabajadores extranjeros hayan de gozar de igualdad de trato con los españoles. Por el contrario, es posible que el legislador establezca una diferencia de trato en el ejercicio del derecho. Juzgar acerca de su legitimidad constitucional requerirá, una vez más, acudir a las normas del Derecho convencional.

Los Tratados Internacionales contemplan de forma muy concisa el derecho a la huelga. Así, el art.º 8.º.1, d/ PIDESC se limita a señalar que los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar “el derecho de huelga *ejercido de conformidad con las leyes de cada país*”.

La Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, en su art.º 6.º.4, dispone que a fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes Contratantes se comprometen a reconocer “el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor”.

Finalmente, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo, en su punto décimotercero, ubicado en la parte relativa a la “libertad de asociación y negociación colectiva”, titulares de cuyos derechos son (según el punto undécimo) “los empresarios y los trabajadores de la Comunidad Europea”, determina:

“El derecho de recurrir a acciones colectivas en caso de conflicto de intereses incluye el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que resulten de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos”.

Los Tratados Internacionales, en relación con el derecho de huelga, es evidente que otorgan al legislador nacional una mayor capacidad dispositiva a la hora de regular las condiciones de su ejercicio. Bien significativo al efecto es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, lisa y llanamente, se limita a llevar a cabo un

reenvío al legislador nacional para que sea éste quien garantice el derecho en cuestión.

Si atendemos ahora a la normativa comunitaria podemos comenzar trayendo a colación el art.º K.1, apartado tercero, letra c), en otro momento citado, del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, que considera de interés común para los Estados miembros, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de “la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros”.

En desarrollo de la referida norma comunitaria se aprobaba la ya citada Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin. Entre las recomendaciones que contiene la norma figuran: la exigencia de que los empresarios que deseen contratar a extranjeros “deberían verificar la regularidad de su situación en materia de residencia y de trabajo” (punto quinto); la determinación de que “toda persona que, en virtud del derecho nacional del Estado miembro de que se trate, haya recurrido al empleo de extranjeros desprovistos de la autorización necesaria deberá ser objeto de las sanciones apropiadas” (punto sexto), y, finalmente, la recomendación de que “los Estados miembros deberían tomar todas las medidas necesarias para reforzar y mejorar los medios de identificación de los extranjeros en situación irregular” (punto décimo).

En definitiva, la exigencia legal de que el trabajador esté autorizado a trabajar, o lo que es igual, cuente con un permiso de trabajo, para que pueda ejercitar el derecho a la huelga, no sólo no contraría las previsiones del Derecho convencional en la materia, sino que es perfectamente coherente con las normas del Derecho Comunitario. Además, por intermedio de esta exigencia se pretenden salvaguardar bienes que el Derecho convencional, reiteradamente, considera susceptibles de ser protegidos en una sociedad democrática, como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades ajenos. Sin olvidar que la convivencia social y la seguridad jurídica justifican y legitiman la exigencia introducida por el legislador en el art.º 11.2 de la Ley, tras su reforma llevada a cabo por la L.O. 8/2000. Por todo ello, ninguna tacha de inconstitucionalidad puede objetarse frente a la nueva redacción dada al art.º 11.2.

D) EL DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley Orgánica 8/2000 modifica la redacción inicial dada por la 4/2000 al art.º 10, relativo al “derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en un doble sentido: de un lado, en el de clarificar de modo inequívoco que serán los extranjeros que reúnan los requisitos previstos por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo quienes tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, y de otra, en el de precisar que serán los extranjeros residentes en España quienes puedan acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

En su redacción originaria, el art.º 10 atribuía estos derechos a los extranjeros, sin ninguna precisión ulterior.

El art.º 35.1 CE reconoce a todos los españoles el derecho al trabajo. Por ello, y “porque no existe tratado que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo” el TC (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º) entendía que, constitucionalmente, no resulta exigible la igualdad de trato entre extranjeros y españoles en materia de acceso al trabajo.

Y en cuanto al acceso a la Seguridad Social, conviene recordar que el art.º 41 CE dispone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social “para todos los ciudadanos”. Quiere ello decir no que los extranjeros no puedan acceder a ese régimen de la Seguridad Social, pero sí que el legislador en modo alguno viene obligado a establecer la igualdad de trato.

Por lo demás, no es inoportuno recordar en relación con el acceso a la Seguridad Social, a fin de poder ser beneficiario de sus prestaciones, que en la ya varias veces mencionada Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 1995, sobre armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales, entre las recomendaciones que se formulan figura la siguiente:

“En la medida en que la situación en lo que se refiere a la residencia o el empleo según la legislación nacional es la condición previa para que un extranjero pueda disfrutar una prestación facilitada por un servicio público de un Estado miembro, en particular en materia de sanidad, jubilación, prestación familiar y trabajo, ésta sólo debería poder ser satisfecha tras la verificación de que el interesado y su familia tienen derecho a la prestación teniendo en cuenta su situación en materia de residencia y de empleo.

No será necesaria la verificación de su situación en materia de residencia o de empleo en los casos en que, por razones humanitarias imperiosas, se impone la intervención de una autoridad pública”.

En definitiva, el interés comunitario, y por lo mismo, el de cada uno de los Estados miembros, en la erradicación de la inmigración y empleo ilegales justifica la no prestación de ciertas atenciones y beneficios sociales por los servicios públicos del Estado miembro hasta tanto el interesado y su familia se hallen en situación regular o legal, si así se prefiere, en materia de residencia y de empleo, salvo que medien razones humanitarias imperiosas.

Cuanto hasta aquí se ha expuesto es suficiente, a nuestro juicio, para la constatación de la inequívoca legitimidad constitucional del art.º 10, tras su modificación por la L.O. 8/2000.

E) EL DERECHO A ACCEDER A AYUDAS EN MATERIA DE VIVIENDA

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el tenor del art.º 13, relativo al derecho a ayudas en materia de vivienda. A tenor del mismo:

“Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles”.

La reforma se limita a suprimir de la redacción originaria del texto del propio precepto la referencia que el mismo contenía a “los que se encuentran en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”, a los que también se otorgaba la titularidad de este derecho.

El art.º 47 de nuestra Norma Suprema dispone:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho (...)”

La conformidad con las exigencias constitucionales dimanantes del art.º 47 CE por parte del art.º 13 de la Ley es tan manifiesta que nos exime de mayores comentarios.

La supresión del derecho a acceder a una ayuda a la vivienda por parte de quienes se encuentren inscritos en el padrón del municipio en el que habitualmente residan se integra en la libre capacidad dispositiva del legislador y, a nuestro juicio, resulta mucho más acorde con el espíritu de la reforma legal, pues es evidente que no puede equipararse jurídicamente la situación de los extranjeros residentes con la de aquellos otros que, no hallándose en esa situación, residan habitualmente en un determinado municipio y se encuentren inscritos en el padrón municipal del mismo.

En efecto, los extranjeros residentes, de acuerdo con el art.º 29.3 de la Ley, son los que han obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente. Por el contrario, los extranjeros que por residir en un municipio y en virtud del mandato legal del art.º 6.º.3, son incorporados por el respectivo Ayuntamiento al padrón municipal, no son necesariamente residentes en el sentido que a esta situación da la Ley de Extranjería, ni por consiguiente ostentan (por esa sola circunstancia de la inscripción en el padrón municipal) tal condición.

La Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el Padrón Municipal, vino a reformar el art.º 18.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, norma que quedó redactada en los siguientes términos:

“La inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”.

En definitiva, por el sólo hecho del empadronamiento municipal los extranjeros no quedan equiparados a los que ostentan la condición legal de residentes. La reforma comentada parece, pues, bastante coherente con la legislación vigente.

4. DERECHOS DE EXTRANJEROS Y APÁTRIDAS: EL DERECHO DE ASILO

Otra de las objeciones formuladas a la Ley 8/2000 ha sido la de su supuesta violación del derecho de asilo, contemplado por el art.º 13.4 CE. La misma provendría de las cláusulas de las letras a/ y b/ del art.º 54.2, que tipifican como infracciones muy graves: a) el transporte de extranjeros por cualquier vía, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin la previa comprobación de la validez y vigencia de los pasaportes, títulos de viaje, documentos de identidad pertinentes o, en su caso, del correspondiente visado, y b) el incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España. Otro punto de infracción constitucional, supuestamente, se produciría al prever el art.º 54.3 la exención de responsabilidad tan sólo en el caso de que el extranjero transportado hasta nuestra frontera presentara sin demora su solicitud de asilo, siéndole admitida a trámite.

Tales previsiones, se arguye, conducirán a que las compañías privadas de transporte rechacen al solicitante de asilo que carezca de documentación, impidiendo por tanto la solicitud de asilo y vulnerando con ello la Convención sobre el estatuto de los refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Además, al no depender de la compañía transportista la admisión a trámite de la solicitud de asilo, ni tan siquiera la decisión de formular esa petición, la misma se vería privada de todo medio de defensa.

Las objeciones expuestas han de ser totalmente rechazadas. Las previsiones normativas de la Ley a que se ha hecho referencia son tributarias del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, Convenio ratificado por España (BOE de 5 de abril de 1994) y que, como expresamente se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ya inspiró la modificación legal del derecho de asilo llevada a cabo por la Ley 9/1994, pese a que en ese momento España todavía no era parte del Convenio de Schengen.

A tenor del punto 26 del Convenio de 19 de junio de 1990:

1. “Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, las Partes contratantes se comprometen a introducir en su legislación nacional las siguientes normas:

a) Si se negara la entrada en el territorio de una Parte contratante a un extranjero, el transportista que lo hubiere llevado a la frontera exterior por vía aérea, marítima o terrestre estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente. A petición de las autoridades de vigilancia de fronteras deberá llevar al extranjero al tercer Estado que hubiere expedido el documento de viaje con que hubiere viajado o a cualquier otro tercer Estado donde se garantice su admisión.

b) El transportista estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el extranjero transportado por vía aérea o marítima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes contratantes.

2. Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los

Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y respetando su derecho constitucional, las Partes contratantes *se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas* que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las Partes contratantes a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos.

3. Lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 y del apartado 2 se aplicará a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, con excepción del tráfico fronterizo.

La norma transcrita es compatible con las obligaciones asumidas por las Partes contratantes con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951, como las propias Partes reafirman en el punto 28 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, y en sintonía con ello, en el punto 29.1 se comprometen “a que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por un extranjero en el territorio de una de ellas”.

Como fácilmente puede apreciarse confrontando el punto 26 del Convenio de Schengen o Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y las previsiones de los apartados segundo y tercero del art.º 54 de la Ley con anterioridad referidas, la compatibilidad es plena; las normas legales traen su causa del Convenio internacional ratificado por España, orientado a su vez a hacer realidad la previsión del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, completado por el Acta Unica Europea, de lograr un mercado interior, lo que implica un espacio sin fronteras interiores, al que precisamente se refiere el art.º 142.1 del Convenio. Y además, las normas del Convenio de Schengen se acomodan perfectamente a los Textos internacionales sobre el Estatuto de los Refugiados.

Por todo ello, no existe en las normas legales ya referidas vicio de inconstitucionalidad alguno que pueda serles reprochado desde la perspectiva del derecho de asilo del art.º 13.4 CE, interpretado desde las exigencias del Derecho convencional.

5. LAS GARANTÍAS JURÍDICAS

El Capítulo tercero del Título 1 de la L.O. 4/2000 ha sido reformado en los tres artículos que lo integran (art.ºs. 18, 19 y 20 en la redacción originaria, que se corresponden a los actuales art.ºs. 20, 21 y 22) por la L.O. 8/2000, reformas éstas de muy diversa entidad a las que vamos a referirnos a continuación.

A) EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

De las tres modificaciones introducidas en el actual art.º 20 de la Ley, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, dos de ellas (el inciso final que se adiciona a su apartado tercero y el nuevo apartado cuarto) es evidente que no presentan ningún reparo constitucional.

La reforma más controvertida es la que afecta al apartado segundo, al que se adiciona un nuevo inciso último que viene a establecer una salvedad frente a la regla general que incorpora el art.º 20.2, de plena equiparación de las garantías de los procedimientos administrativos en materia de extranjería con las establecidas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, esto es, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La salvedad viene referida a lo dispuesto en el art.º 27, esto es, a lo dispuesto en relación con los procedimientos administrativos de concesión y expedición de visados.

Conviene precisar, ante todo, que la salvedad establecida no debe entenderse en el sentido de considerar excluidas todas las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo (y en particular, las de publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, mencionadas expresamente por el art.º 20.2) del procedimiento de concesión de visados. Por el contrario, lo que significa es que algunas de esas garantías se habrán de modular en los términos del art.º 27 de la propia Ley. Es evidente, por ejemplo, que el principio constitucional del art.º 9.3 CE, de publicidad de las normas, ha de ser escrupulosamente respetado.

Esta interpretación, como es lógico, nos conduce directamente a atender al tenor literal del citado art.º 27. Del mismo hay que destacar, en primer término, que se remite a una norma reglamentaria a los efectos del establecimiento de la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional undécima de la Ley 30/1992, norma que, tras su reforma por la Ley 4/1999, dispone:

“Los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente Ley”.

Ello significa que la propia Ley procedimental administrativa ya prevé una normativa específica adecuada al llamado “Sistema de Schengen”

(Acuerdo de Schengen de 1985 y, especialmente, Convenio de 19 de junio de 1990, de Aplicación del Acuerdo de Schengen y normas que lo desarrollan), y es obvio que esa especificidad puede entrañar modulaciones del sistema de garantías contemplado en la propia Ley 30/1992.

La innovación más relevante contemplada por el art.º 27 en materia de garantías, frente al texto originario equivalente (numerado como art.º 25), se ciñe a la exigencia de motivación de la resolución administrativa denegatoria del visado. El art.º 25.3 L.O. 4/2000 exigía que la denegación fuera expresa y motivada, si bien, de inmediato establecía una excepción: “Excepcionalmente y con carácter temporal, el Gobierno podrá establecer para los nacionales de un determinado país, o procedentes de una zona geográfica, supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada”, bien que la salvedad precedente no regía cuando se tratara de visados de residencia solicitados por personas que invocaran ser titulares de un derecho subjetivo a residir en España, supuesto en el que la denegación había de ser, en todo caso, motivada.

Tras su reforma por la L.O. 8/2000, el art.º 27.5 exige, con más precisión que su texto equivalente anterior, el carácter inexcusable de la motivación de la denegación de visado cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena.

Por otro lado, si la denegación fuese debida a la inclusión del solicitante de visado en la lista de personas no admisibles a que se refiere el art.º 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el propio art.º 27.5 dispone que se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas en dicho Convenio. Para los demás supuestos el art.º 27.5 guarda silencio, si bien su interpretación “a sensu contrario” nos conduce a entender que en esos restantes supuestos la denegación de visado podrán no ser motivada.

Como puede apreciarse, la diferencia de regulación legal en este punto no es tan grande como pudiera hacer pensar una lectura precipitada del texto del art.º 20.2. La Ley Orgánica 4/2000 posibilitaba, todo lo excepcionalmente que se quiera, la no motivación de la denegación de visado. Tras su reforma por la L.O. 8/2000, se amplía, potencialmente al menos, el número de supuestos en que la motivación de la resolución administrativa denegatoria no va a ser necesaria.

Conviene recordar que el art.º 12.3 de la L.O. 7/1985 disponía que: “Para la concesión del visado se atenderá el interés del Estado español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente. La denegación no necesitará ser motivada”.

Ciertamente, la concepción recogida por la L.O. 7/1985 venía a concebir el visado como un instrumento de control de la entrada de extranjeros, en cierto modo vinculado con la función de dirección de la política exterior que el art.º 97 CE atribuye al Gobierno. En conexión con esa visión se venía a sostener la discrecionalidad de la concesión o denegación del visado.

Esa visión, modulada desde luego por el inexcusable respeto a los derechos subjetivos que pueda haber en juego, cuando los haya, no ha dejado de estar presente, aunque atenuadamente, ni en la L.O. 4/2000 (véase su art.º 25.2) ni en la reforma operada en ella por la L.O. 8/2000 (véase su art.º 27.3, que sujeta el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados a los compromisos internacionales vigentes en la materia, potestad que además ha de orientarse, entre otros objetivos, al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España).

El Tribunal Constitucional, en buena medida, ha legitimado esta concepción. A su juicio (STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 3.º), la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos. Es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella (de igual forma, STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º).

Si los argumentos expuestos precedentemente los proyectamos sobre la determinación del art.º 27.5, podremos constatar que cuando la solicitud de visado tiene que ver con derechos o intereses legítimos, se exige la motivación de la resolución denegatoria. Sólo cuando nada tenga que ver con tales derechos o intereses será innecesaria aquella motivación. Ciertamente, toda restricción de derechos ha de ser motivada; de ahí que cuando exista un supuesto derecho o interés, la Ley exija la motivación; pero justamente cuando no se aprecie derecho subjetivo alguno para entrar en España, pues, como antes señalábamos siguiendo la doctrina constitucional, no existe un derecho de los extranjeros a entrar o residir en España, es cuando no se requerirá la motivación de la resolución denegatoria.

Si a las anteriores reflexiones unimos que hay bienes relevantes en juego, como la seguridad ciudadana, la política de inmigración, a los que la propia Ley alude (en su art.º 27.3), la defensa del orden y la prevención

del delito, entre otros varios, y atendemos a la circunstancia de que la resolución es controlable en sede jurisdiccional, tendremos razones suficientes como para concluir que no puede oponerse reparo alguno desde la óptica constitucional a la previsión del inciso final del nuevo art.º 20.2 de la Ley.

Desde otra perspectiva, se ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva se vería constreñido en el caso del procedimiento de expulsión preferente contemplado por el art.º 63 de la Ley, en cuanto que dificultaría enormemente la defensa por la perentoriedad de los plazos que la citada norma prevé.

Frente a esa argumentación no cabe sino esgrimir que en el citado procedimiento se respetan las garantías de defensa de la persona objeto de un expediente de expulsión. En efecto, la propuesta motivada de expulsión, cuando proceda, se ha de hacer llegar por escrito al interesado; éste, en los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva, tendrá derecho a asistencia letrada que, en su caso, se le proporcionará de oficio, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita cuando careciera de medios económicos. De otro lado, la resolución administrativa sancionadora será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes. No encontrándose el extranjero en España, podrá cursar los recursos procedentes tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente de conformidad con lo establecido por el art.º 65 de la Ley. En definitiva, la ejecución de la resolución de expulsión no priva al extranjero expulsado de su derecho a los recursos previstos por la Ley.

Por todo lo expuesto bien puede concluirse significando que el procedimiento preferente de expulsión no produce indefensión ni, por lo mismo, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) EL DERECHO AL RECURSO CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA EJECUTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN CON CARÁCTER PREFERENTE

La L.O. 8/2000 ha modificado, más en la letra que en su espíritu, el apartado segundo del art.º 21 de la L.O. 4/2000, artículo relativo al derecho al recurso contra los actos administrativos. De conformidad con la nueva redacción dada al citado art.º 21.2:

“El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación

vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente”.

Como acaba de señalarse, el espíritu de la reforma es el mismo de la redacción originaria del precepto. En efecto, el art.º 19.2 de la L.O. 4/2000 (equivalente al actual art.º 21.2) disponía:

“El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general por la ley, salvo lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica”.

El contraste entre ambas normas revela meridianamente que el espíritu de la norma pervive idéntico tras su reforma, pudiéndose identificar en el deseo de extender los criterios generales del procedimiento administrativo común, en cuanto a la justicia cautelar, también a los actos administrativos dictados en materia de extranjería. Esa es la regla general que sigue haciendo suya el art.º 21.2. Tal regla general nos viene dada por la previsión del art.º 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la cual: “La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa”, norma que encuentra su desarrollo en el art.º 21.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y a cuya tenor: “Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa no serán ejecutivas en tanto no haya recaído resolución del recurso ordinario que, en su caso, se haya interpuesto o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que ésta se haya producido”. Esta, pues, es la regla general que rige en la Ley.

El inciso final del art.º 21.2 de la Ley, tras su reforma por la 8/2000, contempla una salvedad frente a esa regla general. La excepción viene referida a “lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente”. Y en efecto, el art.º 63.4 de la Ley dispone: “La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos (procedimiento preferente) se efectuará de forma inmediata”.

La salvedad referida también se hallaba prevista, como ya se ha advertido, en el art.º 19.2 del texto originario de la L.O. 4/2000, que contemplaba como excepción frente al régimen de ejecutividad de los actos administrativos previsto con carácter general, “lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica”. Sin embargo, lo cierto es que la Ley no regulaba de modo específico ningún procedimiento con tal denomina-

ción, lo que tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 ha sido subsanado.

La constitucionalidad del art.º 21.2 de la Ley 4/2000, reformada por la 8/2000, no admite dudas de ningún género a la vista de la doctrina sentada por el TC en su Sentencia 115/1987. En efecto, en ese fallo el Tribunal razona como sigue:

“La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos puede ser perfectamente válida como regla general, y puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, si ésta exige la comprensión de los derechos de los extranjeros. Pero esta comprensión es una excepción a la regla del funcionamiento normal del derecho, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima perturbación posible en el derecho afectado, y sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias que la Ley prevé”. (STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 4.º).

El Tribunal, en la misma línea argumental, sigue razonando del siguiente modo:

“La efectividad de la tutela judicial que el art.º 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales” (STC 115/1987, fund. jur. 4.º).

En definitiva, de la doctrina constitucional pueden extraerse estas consecuencias:

1.ª) El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de esos derechos que requiere de igualdad de trato entre españoles y extranjeros. El art.º 21.2 es plenamente coherente con esa exigencia en cuanto que en su inciso primero extiende los criterios generales del procedimiento administrativo común, en cuanto a la justicia cautelar, también a los actos administrativos dictados en materia de extranjería, abandonando así la cláusula inicialmente acogida por el art.º 34 de la L.O. 7/1985, que consagraba como principio general absoluto la no suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros.

2.ª) La efectividad de la tutela judicial que el art.º 24 CE establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido. La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, incluso cuando comprima derechos de los extranjeros, puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como es el caso de la seguridad exterior del Estado, el orden público, la

defensa del orden y la prevención del delito y los derechos y libertades ajenos, bienes todos ellos a cuya salvaguarda responde la salvedad prevista por el art.º 21.2 frente al régimen general de ejecutividad de los actos administrativos.

3.^a) En cuanto supone una comprensión o restricción de un derecho, la quiebra de la regla general en el régimen de ejecutividad de los actos administrativos sólo ha de producirse en ciertos casos y por las circunstancias previstas por la Ley. Por ello, y en estricto respeto a esta interpretación del TC, el art.º 21.2 de la Ley circunscribe la quiebra del principio general a unas resoluciones muy específicas y concretas: las resoluciones de expulsión con carácter preferente a que alude la Ley.

Es por todo lo expuesto por lo que puede concluirse que el art.º 21.2 de la Ley es plenamente legítimo desde el punto de vista constitucional.

C) EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

La L.O. 8/2000 ha modificado los dos apartados que integran el actual art.º 22 (anterior art.º 20), relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita. A tenor del nuevo precepto:

1. “Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”.

2. “Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”.

Las modificaciones introducidas por la Ley respecto al tratamiento de este derecho por la redacción originaria de la L.O. 4/2000 se circunscriben a las dos siguientes:

1.^a) Pierden el derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente cuando acreditaran insuficiencia de recursos económicos para litigar.

2.^a) El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entra-

da, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo, se reconoce no a “los extranjeros” genéricamente, como hacía el art.º 20.1 de la L.O. 4/2000 en su redacción originaria, sino a “los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita”.

El razonamiento a seguir para mostrar la constitucionalidad de esta norma, que no admite la más mínima duda, más aún si se advierte que no es la única norma legal a la que ha de atenderse para una cabal y completa comprensión de la materia, exige atender a la doctrina constitucional establecida en torno al derecho a la gratuidad de la justicia que consagra el art.º 119 CE. Tal doctrina puede sistematizarse como sigue:

1/ El derecho a la gratuidad de la justicia “es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello” (STC 16/1994, de 20 de enero, fund. jur. 3.º). Más ampliamente, este derecho trata de asegurar que ninguna “persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (STC 138/1988, de 8 de julio, fund. jur. 2.º).

2/ “Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias” (STC 16/1994, fund. jur. 3.º).

3/ “El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado – penal, laboral, civil, etc.– o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento (STC 16/1994, fund. jur. 3.º).

4/ El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal va unido, en el propio texto del art.º 119 CE, a la explicitación de un contenido constitucionalmente indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. “Lo hace en el segundo inciso al proclamar que ‘en todo caso’ la gratuidad se reconocerá ‘a quienes acrediten insuficiencia de

recursos para litigar”. Esta fórmula “encierra un núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos” (STC 16/1994, fund. jur. 3.º).

5/ El derecho a la designación de Abogado y Procurador de oficio “únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en todos los demás casos, un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales” (STC 138/1997, de 22 de julio, fund. jur. 4.º).

A la vista de esta doctrina constitucional y de las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de este derecho por la L.O. 8/2000, se imponen varias reflexiones encaminadas a mostrar la legitimidad constitucional de dicho régimen.

Aunque la Ley prescinde de la referencia a “los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”, algo que, a nuestro juicio, entra dentro de la plena capacidad dispositiva del legislador, mantiene como titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, quienes se encuentran en condiciones de absoluta igualdad con los españoles. Se sigue así la pauta sentada por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuyo art.º 2.º, al abordar el ámbito personal de aplicación, se refiere en su apartado a), entre otros, a “los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Al margen ya de los extranjeros residentes, el apartado primero del art.º 22 concede este derecho a la asistencia jurídica gratuita (como también el derecho a la asistencia de intérprete) a los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la Ley 1/1996, en relación con unos procedimientos administrativos o judiciales cualificados por sus posibles consecuencias: la denegación de entrada en territorio español y su devolución o expulsión de nuestro territorio; de igual forma, se reconoce este derecho en todos los procedimientos en materia de asilo. La exigencia de hallarse en España, aparte ya de parecernos absolutamente lógica, evita a la Administración un notable volumen de recursos humanos, económicos y organizativos, recursos que serían necesarios de no mediar tal exigencia, pues de ello se derivaría la prestación de este derecho cuando, por

ejemplo, fuere denegado un visado en una oficina consular de España. Innecesario es decir que la incorporación de tal exigencia de hallarse en España para la prestación de este derecho se enmarca plenamente en la libre capacidad de configuración del derecho por el legislador, que, como es doctrina constitucional ya expuesta, puede atender a la hora de configurar este derecho a los recursos económicos de que pueda disponer en cada momento.

Y en cuanto a la exigencia, también incorporada por la L.O. 8/2000, de que el extranjero que se halle en España carezca de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, ha de considerarse perfectamente coherente con la finalidad inmediata que, a juicio del TC, persigue este derecho, que no es otra que permitir el acceso a la justicia a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello.

La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social no pretende en esta materia abarcar toda la regulación de la misma; no tendría sentido que lo hiciese, pues la previsión del art.º 119 CE (“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley”) acogía una reserva de Ley a la que iba a dar cumplimiento el legislador ordinario por intermedio de la ya citada Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, norma legal cuyo art.º 2.º, e) dispone: “En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español”. Esta previsión, que hacía innecesaria su reiteración por la L.O. 8/2000, da pleno cumplimiento a las normas del Derecho convencional que exigen que toda persona acusada de un delito tenga derecho, siempre que el interés de la justicia así lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo (art.º 14.3, d/ del PIDCP y art.º 6.º.3, c/ del Convenio de Roma), y, de igual forma, satisface en plenitud la doctrina jurisprudencial del TC, para el que, como ya dijimos, el derecho que nos ocupa “únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en todos los demás casos, un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales” (STC 138/1997, de 22 de julio, fund. jur. 4.º).

En definitiva, a la vista del art.º 22 de la Ley, tras su reforma por la L.O. 8/2000, y teniendo en cuenta las previsiones de otras normas legales, particularmente las de la Ley 1/1996, y también las de la Ley Orgá-

nica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el art.º 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los art.ºs 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos parece evidente que la norma en cuestión no suscita tacha o reparo constitucional alguno, siendo plenamente legítima desde la óptica constitucional.

LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA

Breve exámen de su evolución legislativa y doctrina jurisprudencial

CARLOS GARCÍA LOZANO

*Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar
del Tribunal Supremo*

Dos recientes sentencias de 14 y 26 de febrero de 2001 de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, seguidas posteriormente por otras a las que también haremos referencia, han introducido importantes novedades en relación con el instituto de la prescripción en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, y que, por su trascendencia, tienen a nuestro juicio que ser tenidas muy en cuenta, tanto por las Autoridades con potestad disciplinaria, como por los Instructores de expedientes de tal naturaleza y, en consecuencia, por los Tribunales Militares a la hora de tomar decisiones en las que pueda entrar en juego dicho instituto de la prescripción.

No es el momento ni el lugar de examinar aquí las abundantes aportaciones científicas que en esta materia se han realizado –en muchos aspectos aún controvertida– pero sí creemos imprescindible adentrarnos, siquiera sea someramente, en la evolución legislativa que se ha producido en su regulación positiva, con la consiguiente doctrina jurisprudencial de cada momento, derivada de tal regulación, sin otra finalidad que la de exponer desde un punto de vista práctico, y sin pretensiones teóricas o científicas las actuales previsiones legales y criterios jurisprudenciales.

I. La primera Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que vió la luz, fue, como es sabido, la Ley 12/1985 de 27 de noviembre, de aplicación, tanto a las Fuerzas Armadas como a la Guardia Civil, hasta la promulgación de la Ley propia de este Instituto, Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio.

Pues bien, en la citada Ley de 1985 se establecían las siguientes previsiones en sus artículos 17 y 65:

a) Las faltas leves prescriben a los dos meses y las graves a los seis, contados dichos plazos desde el día en que se hubiesen cometido.

b) En las faltas graves esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable.

c) Se continuará el cómputo del plazo, transcurridos los tres meses determinados para la instrucción del expediente disciplinario por falta grave.

d) La posibilidad de imponer sanciones disciplinarias de carácter extraordinario prescribirá a los dos años de haberse producido la causa o causas que pudieran motivarla. Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable, volviendo a correr el tiempo, de no haberse concluido el procedimiento en el plazo de seis meses.

e) Las sanciones disciplinarias de carácter extraordinario impuestas prescribirán a los cuatro años a contar desde la fecha en que se impusieron definitivamente.

Sobre tales bases legales la Sala Quinta del Tribunal Supremo estableció reiteradamente los siguientes criterios jurisprudenciales:

— En las faltas leves no se produce, en ningún caso, interrupción de la prescripción (Sents. 20-11-1989; 15-10-1991).

— En las faltas graves tal interrupción se produce en la fecha en que se dicta la orden de proceder (Sents. 13-10-1990; 15-10-1991; 03-11-1992; 09-07-1998; 20-12-1993, esta última con voto particular).

— El cómputo del plazo, una vez transcurridos los tres meses de duración prevista para la tramitación del expediente, sin que se haya adoptado la resolución sancionadora, se reanuda a efectos de prescripción, de tal forma que se computa, tanto el tiempo transcurrido hasta la iniciación del expediente como el que exceda del plazo de terminación del expediente (Sents. 20-11-1989 y 10-11-1992).

— El exceso del plazo de duración del expediente por falta grave no supone en ningún caso la caducidad del mismo, sino simplemente la continuación del cómputo del plazo para la posible prescripción de la falta (Sents. 13-12-1989; 25-02-1994; 10-01-1997; 23-02 y 23-11-1998).

— Para la imposición de sanciones disciplinarias de carácter extraordinario, el plazo de prescripción se interrumpe en la fecha en que se diera la orden de iniciación del expediente gubernativo (Sents. 13-10-1990; 20-12-1993; 14-02 y 15-10-1997; 16-11 y 22-12-1998).

— Una vez transcurrido el plazo de seis meses previsto para la instrucción de dicho expediente gubernativo, contados desde la fecha de la orden de proceder, sin que se haya adoptado la resolución sancionadora, se inicia nuevamente el plazo de prescripción sin computarse en el mismo el tiempo transcurrido desde la comisión de la falta hasta la fecha de la orden de proceder, dada en el expediente gubernativo. Ello supone que transcurridos los seis meses previstos para la instrucción de dicho expediente, la falta no prescribe hasta los dos años contados a partir de la fecha en que debió finalizarse el expediente (Sents. 20-11-1989; 03-11-1992; 25-02-1994; 03-05 y 31-10-1995; 13-05-1997 y 28-01-1998).

El diferente criterio mantenido en esta materia en el cómputo del plazo para las faltas graves y las que podían dar lugar a sanciones extraordinarias, venía determinado por la distinta dicción que utilizaba el legislador en ambos tipos de faltas, pues mientras en las faltas graves se hacía referencia a “se continuará el cómputo”, en los segundos se hacía constar “volviendo a correr el tiempo”.

— En las sanciones por condena penal el plazo de prescripción comienza a correr desde la firmeza de la Sentencia (Sents. 13-09-1988; 15-09-1989; 20-11-1989; 17-04-1990 y 22-11-1993).

— Con respecto a si la apreciación de que una falta disciplinaria leve ha prescrito o no, posee relevancia constitucional (a efectos de poder ser alegada o apreciada en un procedimiento contencioso disciplinario militar preferente y sumario), durante la vigencia de la Ley Orgánica 12/1985, se dictaron las sentencias de 26 de junio de 1991, de 7 de abril de 1997 y 16 de septiembre de 1998.

En la primera de ellas se señalaba que la naturaleza de la prescripción se configura como causa de extinción de la responsabilidad penal ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria pudiendo ser apreciada de oficio con fundamento en razones de orden público y no requiriéndose, por tanto, petición de parte para su posible estimación. A tal efecto, se devuelven los autos al Tribunal “a quo” para que se pronuncie sobre esta materia.

En la segunda y tercera haciendo referencia a varias sentencias del Tribunal Constitucional (152/1987; 25/1988; 73/1989; 16/1991 y 101/1993) se significa la carencia de naturaleza constitucional de dicha apreciación y la imposibilidad de invocarla en un recurso preferente y sumario, dado el objeto del mismo, pero se pone de relieve que “sólo podría entenderse vulnerado el derecho constitucional, inserto en el de la eficaz tutela judicial, a que las resoluciones no sean motivadas, si la apreciación de que la causa

de responsabilidad disciplinaria hubiera sido efectuada de manera irrazonable o arbitraria”.

El Tribunal Constitucional en Sentencias núms. 160/1997 y 207/1997 determinó que “la aplicación realizada por los Jueces y Tribunales de los plazos de prescripción y caducidad sólo adquiere, por excepción relieve constitucional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art.º 24.1. C.E.) en los tres siguientes supuestos: en primer lugar en aquellos casos en los que dicha interpretación haga imposible en la práctica el ejercicio de la acción; en segundo lugar cuando en la determinación de dicho plazo se incurra en un error importante y, en tercer lugar, cuando se apoye en un razonamiento puramente arbitrario o, lo que es igual, sencillamente absurdo”.

Después de la vigencia de la L.O. 8/1988 se han dictado sentencias sobre esta cuestión en el mismo sentido (sentencias de 3 y 22 de noviembre de 1999).

II. Esta doctrina jurisprudencial se mantuvo sin fisuras, tanto para las Fuerzas Armadas como para la Guardia Civil, hasta la promulgación de la L.O.11/1991 de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en la que aparte de que frente a lo establecido en la Ley Orgánica 12/1985, se formuló una configuración tripartita de las faltas en leves, graves y muy graves (viniendo a ser similares –con los matices propios de la Guardia Civil– estas últimas a las que en la indicada Ley Orgánica de 1985 se señalaban como causas de posible imposición de sanciones extraordinarias) se introdujeron importantes novedades, entre otras las siguientes:

a) tanto en la prescripción de faltas graves como en las muy graves se utiliza la misma expresión de “volverá a correr el tiempo” una vez transcurridos los plazos de tres y seis meses fijados para la duración de los respectivos expedientes sancionadores;

b) En las sanciones disciplinarias derivadas de condena penal, el plazo de prescripción comienza a computarse “desde que la Administración tuviese testimonio” de la sentencia condenatoria.

c) La Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas será de aplicación supletoria en todas las cuestiones no previstas en la presente ley.

d) Los Jueces y Tribunales de cualquier jurisdicción pondrán en conocimiento de la Dirección de la Guardia Civil toda resolución que ponga fin a los procesos penales por delito o falta que afecten a personal sometido a la presente ley.

Tales previsiones legislativas produjeron, en ambas materias, un diferente régimen de aplicación de la prescripción en las Fuerzas Armadas y

en la Guardia Civil, a partir, como queda dicho, de la promulgación de la Ley Orgánica 11/1991 que naturalmente tuvo su reflejo en las sentencias dictadas por la Sala de lo Militar, según se refirieran a uno u otro personal perteneciente a los Ejércitos o al Instituto Armado.

En tal sentido, son significativas las sentencias de 3 de febrero, 17 de julio y 15 de noviembre de 1995 en las que se pone de relieve que la diversidad de regulación en la Ley Orgánica 12/1985 y en la Ley Orgánica 11/1991 supone lógicamente el distinto tratamiento a que hacemos referencia. Tal doctrina es asimismo mantenida en las sentencias de 26 de septiembre de 1997, 11 de julio y 19 de noviembre de 1997 y 17 de noviembre de 1998.

III. Con fecha 2 de diciembre se promulga la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que, aparte de derogar la L.O. 12/1995 de 27 de noviembre, modifica determinados artículos de la Ley Orgánica 11/1991 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

En lo que se refiere a la materia de la prescripción de las faltas disciplinarias las novedades más importantes son las siguientes:

a) “En las faltas graves la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable con *conocimiento del mismo, volviendo a correr el cómputo del plazo*, de no haberse concluido el expediente en el tiempo de instrucción establecido en esta Ley” (art.º 22).

b) “La posibilidad de imponer las sanciones disciplinarias de carácter extraordinario prescribirá a los dos años de haberse producido la causa o causas que pudieron motivarlas. Si ésta consistiera en una sentencia judicial condenatoria, *la prescripción comienza a computarse desde que se hubiese recibido testimonio de la misma*” (art.º 25).

c) En las faltas que pueden dar lugar a la imposición de sanciones disciplinarias de carácter extraordinario “la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable con *conocimiento del mismo volviendo a correr el tiempo* de no haberse concluido en el plazo de instrucción señalado en esta Ley” (art.º 25).

d) La Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar, serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y recurso no previstas en esta Ley.

— Precisamente, teniendo en cuenta tales previsiones, la sentencia citada al comienzo de esta exposición, del Pleno de la Sala Quinta del Tri-

bunal Supremo, de fecha 14 de febrero de 2001 dictada en un recurso contencioso-disciplinario militar contra resolución adoptada en Expediente Gubernativo instruido a un miembro de la Guardia Civil (con fecha de incoación anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 8/1998 y con fecha de resolución sancionadora del año 1999), declara:

A) “Innovando en este punto su reiterada jurisprudencia” la Sala mantiene que la necesidad de la notificación, como requisito de eficacia, se manifiesta en orden a la interrupción de la prescripción, tanto en la iniciación del procedimiento como en su conclusión dentro del plazo prescriptivo de tal manera que:

a) La función interruptiva de la prescripción que en las faltas graves y muy graves cumple la iniciación del procedimiento disciplinario no se colma sólo con la orden de proceder o de incoación, sino que precisa, además del conocimiento formal por el expedientado de manera que tal efecto interruptivo habrá de producirse desde la fecha en que la notificación tenga lugar.

b) La Resolución sancionadora que pone fin al procedimiento disciplinario debe ser notificada dentro del plazo de prescripción, ya que la resolución válida precisa del complemento de la puesta en conocimiento del sancionado como requisito de eficacia.

c) La iniciación del procedimiento sancionador obliga a la Administración a resolver y notificar dentro de plazo. La notificación extemporánea no afecta a la validez del acto, pero obsta que éste alcance los efectos consiguientes y, por tanto, el de interrumpir la prescripción.

B) Con respecto a la caducidad del Expediente por el transcurso del tiempo de duración previsto en la ley, se reitera la doctrina que venía siendo mantenida por la Sala (citando las últimas sentencias al respecto de fechas 21 de febrero y 10 de abril de 2000) acerca de que el régimen específico de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil es ajeno a los efectos generales que se predicán de la caducidad de los expedientes y procedimientos sancionadores, insistiéndose en que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (según reforma operada por ley 4/1999 de 13 de enero) sobre archivo de actuaciones con los efectos previstos en su artículo 92. No es aplicable en función de la especificidad salvada expresamente por dicha ley 30/1992 en su Disposición Adicional 8ª y en su artículo 127.3.

C) Igualmente viene a ratificar la doctrina ya existente de que el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación

y conclusión del Expediente, es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda y ello desde que se cumplió el tiempo ordenado para la terminación del Expediente; momento a partir del cual comienza a correr de nuevo el período de prescripción.

Tal criterio, sin embargo, tuvo un voto particular discrepante del Magistrado Sr. Calderón Cerezo al que se adhirió el Magistrado Sr. Calvo Cabello.

D) En las faltas que, por su naturaleza, han de considerarse como permanentes o continuadas, el cómputo de la prescripción no se inicia hasta que se ponga fin a la situación creada contraria a derecho, o bien tras la realización del último de los actos con relevancia disciplinaria

— Por su parte la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2001, también del Pleno de la Sala Quinta, además de insistir en los criterios contenidos en la del día 14 del mismo mes y año, los completa con otras declaraciones que por su trascendencia vamos a tratar de resumir.

1. Se sigue manteniendo la doctrina de que “la prescripción debe declararse de oficio y no puede quedar a disposición de las partes”.

2. “La prescripción de la falta derivada de condena penal que se inicia cuando la Administración recibe el testimonio de la sentencia firme, se interrumpe en el momento en que el interesado tiene conocimiento de la iniciación del Expediente disciplinario y con ello en el régimen específico de la Guardia Civil y en este punto por aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 22.2 y 25.2 de la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, completando, por vía de supletoriedad, el artículo 68.3 de la Guardia Civil”.

3. El día que ha de iniciarse el cómputo del tiempo máximo para la instrucción de los Expedientes disciplinarios es aquél en que se dió la orden de proceder, sin que tal criterio conlleve incongruencia ni contradicción alguna con la doctrina de que el momento interruptivo de la prescripción inicial se fija en el día de la notificación al interesado de la orden de incoación del Expediente y ello porque así como para fijar el momento interruptivo de la prescripción (que empieza a correr cuando se cometió la falta o se recibió el testimonio de la sentencia condenatoria) aparece como una garantía la exigencia del conocimiento del interesado, (para que se produzca efectivamente esa interrupción, pues sólo así puede el interesado controlar sus expectativas en orden a la prescripción de la falta), cuando se trate del cómputo del plazo para la instrucción del Expediente, diferir su inicio al momento de la notificación de la orden de proceder no

sólo no representa garantía alguna para el expedientado, sino que daría lugar a una indebida ampliación de la instrucción que redundaría en perjuicio del encartado por cuanto desde la orden de iniciación puede el Instructor realizar válidamente actuaciones y produciría una injustificada disociación entre el tiempo real de la instrucción y su cómputo a los efectos del mandato establecido en las leyes de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

— Con posterioridad a las dos sentencias citadas del Pleno de la Sala Quinta, se han dictado por ésta (hasta el mes de julio de 2001) otras en las que se abordan aspectos relativos a la materia que estamos examinando y así podemos citar:

— La de 12 de marzo de 2001 en la que se señala que es reiterada la doctrina de esta Sala de que la interpretación del artículo 53 de la Ley Orgánica 11/1991 del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ha de hacerse en conjunción con lo dispuesto en el artículo 68.3 del mismo texto legal y que a tenor de este precepto, de no haberse concluido el Expediente en el tiempo máximo establecido en la Ley, el plazo prescriptivo volverá a correr de nuevo, lo que la Sala asimismo ha interpretado en el sentido de que deberá volver a transcurrir en su integridad el plazo que para las faltas muy graves señala el artículo 68.1 en dos años.

— La de 30 de abril de 2001 en la que se examina el alcance de la expresión “desde que se hubiese recibido el testimonio de la sentencia condenatoria” como momento inicial del cómputo de la prescripción para los supuestos de la comisión de falta muy grave de haber sido condenado por sentencia firme en el régimen disciplinario de la Guardia Civil o de la misma causa de imposición de sanción extraordinaria en el de las Fuerzas Armadas.

En tal sentido se señala que:

“El hecho de tener que comenzar el cómputo de la prescripción cuando se reciba por la Administración el testimonio de la sentencia remitido por el Juzgado o Tribunal que imponga la condena, puede llevar a la situación de que si dicha remisión no llega a realizarse o se retrasa notablemente, no se produciría, en el primer caso, el inicio del cómputo de la prescripción en ningún momento y en el segundo caso, el citado cómputo comenzará también transcurrido el tiempo —sin concretar— que se haya retrasado tal remisión y, en ambos supuestos, en perjuicio del interesado al que se le privaría de poder ser beneficiario del instituto de la prescripción”.

Y se añade:

“Como tal situación es, en efecto, absolutamente inasumible, la Sala entiende que la referencia legal al recibo del ‘testimonio de la sentencia’ ha de entenderse ligada a la obligación derivada de lo establecido en la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 11/91 que exige a los Jueces y Tribunales de cualquier jurisdicción que *pongan en conocimiento* de la Dirección General de la Guardia Civil toda resolución que ponga fin a los procesos penales por delito o falta que afecten al personal sometido a dicha Ley. Y, en consecuencia, la expresión ‘testimonio de la sentencia’ ha de entenderse, igualmente, no en su aspecto puramente formal, sino en el sentido de que el *conocimiento* de dicha sentencia por parte de la Administración sancionadora se produzca en términos precisos de manera que la misma pueda comprobar si la condena impuesta en aquélla, reúne las condiciones y requisitos para que, como consecuencia de la misma pueda instruirse el procedimiento que por falta grave o muy grave, según los casos, prevé la Ley Orgánica 11/91 para los supuestos de condena penal”.

— La de 29 de mayo de 2001 que afronta la cuestión de la posible prescripción de las faltas muy graves cuando éstas resulten de la existencia de faltas anteriores anotadas y no canceladas.

— La de 4 de junio de 2001 que sigue manteniendo el criterio de que no se produce la nulidad del Expediente por haber excedido el plazo de instrucción del mismo.

— La de 19 de junio de 2001 que reitera la no caducidad del Expediente por dicha causa y la interpretación de la expresión ‘volver a correr’ el tiempo de la prescripción.

— Por último, la de 4 de julio de 2001 que se manifiesta en el mismo sentido de las dos anteriores.

IV. A la vista de la expuesta evolución legislativa y jurisprudencial, podríamos concluir –aún con el riesgo que conlleva toda simplificación– que en los momentos actuales los criterios que rigen en materia de prescripción de las faltas disciplinarias son los siguientes:

1.º En las faltas leves no se interrumpe en ningún caso el plazo de prescripción.

2.º La fecha de la orden de iniciación del Expediente disciplinario o Gubernativo produce efectos para determinar el momento desde el que ha de contarse el plazo máximo de duración de la instrucción de los mismos

fijado por la Ley, pero no para interrumpir la prescripción de la falta cometida; interrupción que se producirá únicamente en la fecha en que se haya notificado al interesado dicha orden de iniciación.

3.º La fecha de la Resolución sancionadora únicamente se computará para determinar, igualmente el plazo de duración de la instrucción de los Expedientes, pero tampoco podrá tenerse en cuenta a efectos de la interrupción de la prescripción de la falta que se producirá sólo cuando se haya notificado al interesado la citada Resolución sancionadora, salvo que la comunicación que haya determinado la dilación indebida, no se haya podido llevar a efecto por la reticente resistencia del interesado a su recepción.

4.º Tanto en el ámbito de las Fuerzas Armadas (a partir de la vigencia de la L.O. 8/1998), como en el de la Guardia Civil e igualmente, tanto en lo que se refiere a las faltas graves como a las muy graves (o causas de posible sanción extraordinaria en las FAS) las expresiones legales contenidas en los artículos 22.2 y 25 de la L.O. 8/1998 y 68 de la L.O. 11/1991 de “volver a correr el cómputo del plazo”, “volver a correr el tiempo” y “los plazos volverán a correr” han de entenderse como similares e interpretarse en el sentido de que interrumpido el plazo prescriptorio por la instrucción del Expediente, una vez agotado el tiempo legalmente previsto para la finalización del mismo, dicho plazo comienza a computarse íntegramente hasta completar el tiempo previsto para la prescripción de la falta de que se trate.

5.º La no finalización de la instrucción del Expediente en los plazos previstos en la ley no conlleva la caducidad del mismo, sino únicamente la iniciación del cómputo del plazo prescriptivo de la falta en los términos expresados en el número anterior.

6.º En caso de falta derivada de imposición de condena penal, la expresión “cuando se reciba el testimonio de la sentencia remitido por el Juzgado o Tribunal que imponga la condena” ha de entenderse no en su aspecto puramente formal, sino en el sentido de que el conocimiento de dicha sentencia por parte de la Administración sancionadora se produzca en términos precisos de manera que la misma pueda comprobar si la condena impuesta en aquélla reúne las condiciones y requisitos para que pueda instruirse el Expediente oportuno.

7.º En las faltas que por su naturaleza han de considerarse como permanentes o continuadas, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta que se ponga fin a la situación creada contraria a derecho, o bien, tras la realización del último de los actos con relevancia disciplinaria.

8.º La prescripción puede ser apreciada de oficio no requiriéndose, por tanto, petición de parte para su posible estimación por los Tribunales.

9.º Aunque la apreciación de que una falta disciplinaria leve ha prescrito o nó, no posee en sí relevancia constitucional, puede sin embargo, adquirir tal relieve constitucional y, por tanto, ser objeto de examen en un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes supuestos: a) en aquellos casos en que se haga imposible en la práctica el ejercicio de la acción; b) cuando en la determinación del plazo de prescripción se incurra en un error importante y c) cuando la denegación de la estimación de la prescripción se apoye en un razonamiento puramente arbitrario o, lo que es igual, sencillamente absurdo.

FUERZA MAYOR Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

JOSÉ-LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ

Letrado del Consejo de Estado

1. La ejecución de los contratos administrativos es a riesgo y ventura del contratista. Tal principio tiene una excepción en el caso del contrato de obras, pues el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los daños producidos por causa de fuerza mayor. Así estaba establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, y lo previene actualmente el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La indicada excepción no está prevista para el contrato de gestión de los servicios públicos. Cabe, entonces, plantear la cuestión de si la excepción mencionada resulta de aplicación a este tipo de contratos.

2. El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión, en relación con las autopistas de peaje, en dos sentencias, a saber: una, de 6 de junio de 1997, y, otra, de 9 de diciembre de 1998.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998 (ponente: Fernando Ledesma Bartret), en su fundamento jurídico sexto, dice:

“A falta de norma específicamente aplicable al caso controvertido, que determine quién ha de soportar los daños producidos en la autopista por fuerza mayor sobrevenida durante la explotación del servicio público objeto de concesión, hemos de acudir, al art. 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Autopistas de Peaje, a la legislación de Contratos del Estado. Más concretamente (según hemos dicho en la reciente Sentencia de esta misma Sala y Sección de 6 de junio de 1997, dictada en el recurso de apelación 882/1993,

recaída en un supuesto que coincide sustancialmente con el que es objeto de este recurso) a los arts. 67 de la Ley de Contratos del Estado y 208 de su Reglamento, que establecen que el contrato de gestión de servicios públicos se regulará por lo establecido en el Título I de aquella Ley para el contrato de obras, en todo lo que no se oponga a las disposiciones propias del contrato de gestión y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél. Resulta, pues, que el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado es aplicable al caso enjuiciado y, por tanto, debe entenderse que los daños experimentados por el concesionario no son de su cuenta sino que tiene derecho a indemnización”.

Tal doctrina sustentada por el Tribunal Supremo no puede ser compartida, tanto si se atiende a la Ley de Contratos del Estado de 1965 como si se contempla conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente vigente, pues, además de integrar incorrectamente el grupo normativo aplicable, desconoce la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos y, en especial, de la concesión administrativa.

3. Dos son básicamente los argumentos que cabe oponer a la doctrina sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo: uno, menor, de carácter formal, y, otro, sustantivo.

La doctrina jurisprudencial no puede sustentarse con arreglo a Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que, en esta norma, no existe una remisión a la regulación del contrato de obras para el de gestión de los servicios públicos. En efecto, el artículo 67 de la Ley de Contratos del Estado ha desaparecido del nuevo texto legal, sin encontrar sucesor de análogo contenido. Por contra, el artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas previene expresamente que la ejecución del contrato administrativo se hará a riesgo y ventura del contratista, con la sola excepción del contrato de obras (artículo 144) o de un servicio público que conlleve la ejecución de obras mientras no se produzca su recepción a su terminación¹.

El argumento sustantivo es, sin embargo, el determinante. Y, dado que la sentencia del Tribunal Supremo ha planteado la cuestión al hilo de unas reclamaciones formuladas por las sociedades concesionarias de dos autopistas de peaje, conviene analizar dicho argumento atendiendo precisamente a la regulación de éstas.

¹ En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos*, Madrid, 2000, pág. 71.

4. Todas concesiones de carreteras y autopistas otorgadas por la Administración al amparo de distintas normas (el Real Decreto Ley de 28 de junio de 1928, la Ley de 26 de febrero de 1953, la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, y normas especiales y la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión²) han sido calificadas como concesiones de naturaleza mixta, de obra y servicio público³.

El carácter de concesión de obra pública se acentúa en la primera fase de su existencia; especialmente, en la de construcción de la infraestructura viaria. Su índole de servicio público, se hace patente con ocasión de su funcionamiento y explotación.

Como concesión mixta, de obra y servicio público, su régimen jurídico está presidido por el principio de riesgo y ventura.

5. En su fase inicial, en la que prevalecen los elementos configuradores de una concesión de obra pública, el principio de riesgo y ventura comporta que el concesionario debe construir la infraestructura viaria, sin que a la Administración “le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir”, por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. Así lo establece el artículo 26.3.º de la Ley 10/1972, de 10 de mayo, al decir

“El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la autopista será el siguiente:

...

3.º Las obras se efectuarán a su riesgo, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito o de cualquier otra causa, excepto fuerza mayor. La Administración no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores”.

Lo mismo previene el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

² Para un examen de los distintos otorgamientos de concesiones de carreteras y autopistas, GARCÍA ORTEGA, *Las concesiones administrativas de carreteras en el ordenamiento jurídico español*, s.l., 1979.

³ GÓMEZ-FERRER MORANT, “En torno a la Ley de Autopistas de Peaje”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto, 1972, págs. 325 y ss. y MONEDERO GIL, “La carretera como servicio público: su financiación y fiscalidad” en *Actas de la XI Semana de la Carretera*, Benálmadena, 12-19 junio de 1978.

La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor⁴. Introducida esta excepción en el artículo 86 del pliego de cláusulas de 1886, de aplicación a las obras públicas⁵, como justa compensación a las dificultades de los contratistas y concesionarios para encontrar entidades aseguradoras que quisieran asumir los grandes riesgos derivados de la eventual pérdida o destrucción de las obras públicas, y ratificada su existencia en el artículo 42 del pliego de 1903 y en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, es acogida también en el pliego de 1973, que regula de manera pormenorizada las indemnizaciones a que tiene derecho el concesionario caso de destrucción de la obra por causa de fuerza mayor durante la fase de construcción (cláusula 112.a).

En otros términos, el concesionario está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor, teniendo reconocido únicamente el derecho a que, una vez construida, se ponga en servicio a fin de resarcirse de su coste con el cobro de los correspondientes peajes (Ley 8/1972, artículo 26.5.º).

6. En la fase de explotación, prevalecen en la concesión de autopistas los elementos de la concesión de servicio público. La Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda la explotación al concesionario que corre con los riesgos económicos de la empresa.

El régimen jurídico aplicable a la explotación de las autopistas en régimen de concesión que contiene las reglas antes indicadas está constituido por la Ley 10/1972, de 10 de mayo, y el pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero y, como norma supletoria, la legislación de Contratos del Estado (artículo 2.º de la Ley 10/1972), en lo tocante al contrato de gestión de los servicios públicos. Las normas indicadas constituyen el grupo normativo aplicable que se autointegra conforme a sus propios principios rectores, de tal suerte que no es necesario acudir a las reglas informadoras de otros contratos, como el de obras, para colmar eventuales lagunas o para interpretar sus previsiones.

Las reglas básicas del régimen jurídico de explotación de las concesiones de autopistas integrado por dicho grupo normativo son la del mantenimiento del equilibrio económico-financiero; la de continuidad en la

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, número 2, mayo-agosto, 1950, págs. 99 y ss.

⁵ ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 66 y ss.

prestación del servicio; la de prestación del servicio a su riesgo y ventura (artículo 66. 1 de la Ley de 8 de abril de 1965); la del mantenimiento del orden en el servicio; la de no discriminación de trato y la de indemnización de los daños causados a tercero⁶.

En especial, de las indicadas reglas deben destacarse dos, a saber: la genérica del mantenimiento del equilibrio económico-financiero y la específica de explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista.

La regla de que la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario. Esta regla no tiene excepción concreta alguna en el caso de las concesiones de autopistas en régimen de concesión. Así cabe deducirlo de un examen de las normas que integran el grupo normativo aplicable.

Ni la Ley 8/1972, de 10 de mayo, ni el pliego de cláusulas generales de 1973, ni la regulación de contrato de gestión de servicios públicos contenida en la Ley de 8 de abril de 1965 y en el Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, establecen excepción alguna a la referida regla. No hay ninguna disposición que prevea que el concesionario tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos en la obra pública una vez que está en explotación por hechos propios, ajenos o por fuerza mayor. Es más, la cláusula 112, a) del pliego de 1973, previene específicamente que *“la destrucción de la autopista, sea total o parcial, no dará derecho de indemnización alguna (al concesionario), salvo que los daños provinieran de una orden emanada de la Administración”*, sin distinguir la causa de dicha destrucción. El silencio normativo en relación a fuerza mayor no significa que exista laguna alguna. Antes al contrario, el *argumento ex silentio* o *lege non distinguente* es aquí una manifestación clara de que se ha querido excluir tal posibilidad. Y es que, de una parte, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, la atribución de derechos y facultades ha de ser expresa y concreta (*in regalia regni, expressa iura*, que decía la Glosa Lombarda, II, 34, 8), de tal suerte que, faltando dicha atribución, no es posible recocerle derecho al concesionario. Además, la regla de que el contratista de obras tiene derecho a que se le indemnicen los daños sufridos, a consecuencia de la fuerza mayor, constituye una

⁶ VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial*, Madrid, 1999, pág. 210 y ss.

excepción al régimen general y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta, de tal suerte que no es susceptible ni de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva. Y, de otro lado, el reconocimiento de tal derecho en favor del concesionario de los servicios públicos, llevaría a una conclusión contraria a la propia naturaleza de la institución concesional; se trataría de una conclusión de las llamadas apagógicas, en la que la regla básica de la concesión –la del riesgo y ventura del concesionario– se vería desvirtuada, desnaturalizando no ya uno de los aspectos del negocio jurídico sino la institución misma, con menoscabo de la voluntad legal.

Todo ello fuerza a considerar, frente a lo sustentado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de diciembre de 1998, que el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 y el artículo 144 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resultan de aplicación a las concesiones de autopistas, puesto que ni existe vacío alguno que colmar en materia de indemnización de daños causados por la fuerza mayor, ni resulta acorde con la estructura de la concesión su reconocimiento y aplicación.

7. El criterio expuesto en relación a las concesiones de autopistas es extrapolable a todas las demás modalidades concesionales y a todos los demás modos de gestión de los servicios públicos.

8. Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites. Pero éstos vienen determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. La concesión, habida cuenta su proyección contractual, está sujeta al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (clausula rebus sic stantibus). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado patrio no ha sido ajeno a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de

junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el Dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado. En consecuencia, resulta impertinente la indemnización de daños, por importantes que sean, que no alteran sustancialmente la base del negocio concesional, debidos a fuerza mayor cuando el servicio público se está ya prestando.

LAS SITUACIONES DE SUSPENSIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS

RICARDO FORTÚN ESQUIFINO
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO:

I. Introducción. II. Las situaciones administrativas en el contexto del régimen jurídico del militar profesional. III. Suspense de funciones. 1. Antecedentes. 2. Concepto y naturaleza. 3. Procedimiento. a) El inicio y sus causas. b) Criterios de valoración y resolución. c) Informes. d) Trámite de audiencia. 4. Duración. 5. Efectos. 6. Prohibición de destino tras el cese en la situación. IV. Suspense de empleo. 1. Antecedentes. 2. Concepto y naturaleza. 3. Procedimiento. 4. Duración y efectos.

I. INTRODUCCIÓN

A falta de una definición legal de la situación administrativa, podemos partir junto con la doctrina de la distinción entre la relación de servicio, o relación corporativa, según el concepto acuñado por Parada Vázquez¹, que permanece durante toda la vida funcional al tratarse del nexo de unión con la Administración, y la relación orgánica o vínculo con el concreto destino o puesto de trabajo. Iniciada, por tanto, la relación de servicio mediante el acceso a la función pública y destinada a extinguirse naturalmente por la jubilación o retiro, admite, entre su comienzo y su fin, que la relación orgánica que le es consecuente pueda presentar diversas modalidades. Será plenamente operativa en cuanto se ocupe un puesto de trabajo y se ejerzan las funciones o competencias asignadas al mismo, pero también caben otros supuestos en los que estas características podrán ser alteradas o modificadas ante la aparición o concurrencia de determinadas circunstancias, objetivas o subjetivas,

¹ PARADA VÁZQUEZ, Ramón: "Derecho Administrativo", Tomo II, decimotercera edición, Marcial Pons, Madrid 1999, p.477.

dependientes o no de la voluntad del interesado, que exigen su tratamiento específico a través de un sistema coherente que contemple las diversas situaciones en las que es posible encontrarse y les dote de sus correspondientes efectos jurídicos.

Para responder a esta exigencia, históricamente el ordenamiento jurídico ha destinado las oportunas normas a regular la materia; normas, que al tiempo que atendían un interés particular del empleado público, configurando derechos subjetivos, también han constituido un eficaz instrumento de una política de personal en la función pública. De ahí, pues, que se trate de una normativa llamada a regular una materia muy sensible a los criterios imperantes en cada momento, lo que no ha facilitado la presencia de las condiciones precisas para su correcta elaboración técnica. Porque la legislación sobre situaciones administrativas en el ámbito de la función pública, lejos de ser modélica, ha ofrecido, y ofrece, numerosos ejemplos de normas dispersas e inconexas ², en algún caso, también, contradictorias ³, o que parecen responder fundamentalmente a criterios de oportunidad, o encontrar su justificación en circunstancias puramente coyunturales, lo que inevitablemente conduce a curiosas diferencias de

² Un ejemplo de falta de conexión nos lo ofrece el tratamiento del retiro, concebido como situación administrativa en el art. 223 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el RD 734/1979, de 9 de marzo, de Situaciones Militares, y en la OM 110/81, de 31 de julio, que desarrolla el anterior, cuando ya la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en su texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, consideraba la jubilación como causa de cese en la relación funcionarial, ajena por tanto a las situaciones administrativas. No obedece la diferencia de trato a ninguna peculiaridad del régimen castrense, pues el retiro, acorde con la jubilación, no aparecía contemplado entre las situaciones recogidas en el Decreto de 12 de marzo de 1954, que las regulaba hasta su derogación por el RD 734/1979.

³ El art. 26 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, establece que los letrados al servicio del Tribunal Supremo serán nombrados “entre funcionarios de las Administraciones Públicas y de la Administración de Justicia”, quienes “continuarán en servicio activo en sus respectivos Cuerpos”. La aplicación de este precepto no ha sido pacífica para quienes desde las Fuerzas Armadas, y en concreto, desde el Cuerpo Jurídico Militar, accedían por concurso de méritos a la condición de letrado del Tribunal Supremo, dado que no concordaba con la situación de servicio activo definida en la Ley 17/1989, de 19 de julio. Para corregir la indeterminación de esta última, el art. 140.1 b) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, prevé específicamente el pase a la situación de servicios especiales de quienes presten servicios en el Tribunal Supremo. De este modo la contradicción se hace más puntual, siendo resuelta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dando prioridad al criterio de especialidad sobre el de temporalidad, y, en consecuencia, prevaleciendo el citado precepto de la Ley de Demarcación y Planta Judicial como norma especial, aunque sea norma anterior en el tiempo. Criterio que aparece recogido, entre otras, en sentencias de 11 de abril y 26 de diciembre de 1996, bajo la vigencia de la Ley 17/1989, o en sendas sentencias de 2 de noviembre de 2000, estando en vigor la Ley 17/1999.

trato ⁴, que trasladan al ánimo del destinatario de las mismas, y del ciudadano en general, la impresión de haber sido elaboradas con ocasión de sucesos particulares de cierta trascendencia social ⁵, o dictadas a impulsos de incomprensibles movimientos de carácter pendular. Un clarísimo ejemplo de esto último lo encontramos en el tratamiento legal dispensado a los militares que deseaban optar por el ejercicio de actividades políticas, a quienes en un periodo de tiempo que corre desde 1977 hasta 1999, es decir, en veintidos años, se ha pasado, con distintos estadios intermedios, de exigírseles el abandono irreversible de las Fuerzas Armadas a conce-

⁴ Tomemos dos grupos de servidores públicos a quienes les es exigible observar una escrupulosa neutralidad política en el ejercicio de sus funciones: los miembros de las Fuerzas Armadas y los componentes del Poder Judicial. Pues bien, en las dos notas que siguen a ésta, se deja constancia del trato que durante los últimos años se ha dispensado a los mismos cuando optaban por dedicarse al ejercicio de actividades políticas, y podrá comprobarse la curiosa evolución a la inversa que ambos grupos han experimentado, sin que en ningún momento hayan coincidido con disposiciones comunes que dieran respuesta también común a un supuesto de hecho idéntico, protagonizado por quienes vienen obligados a mantener un riguroso respeto por las distintas opciones políticas.

⁵ Fue de público y general conocimiento el tránsito por la actividad política de algunos magistrados. Presentáronse, tras dejar sus funciones jurisdiccionales, a elecciones generales en las listas de algunos partidos políticos, y fueron elegidos como diputados a Cortes, e incluso alguno de ellos fue designado para ocupar alto cargo en la Administración del Estado. Nada más finalizar su andadura política, regresaron de nuevo a la actividad jurisdiccional, volviendo a servir en los mismos destinos judiciales que tenían asignados antes de comenzar aquella, y siendo entonces, cuando reiniciada la función jurisdiccional, correspondió a uno de estos magistrados conocer de un asunto criminal de gran trascendencia política y social, tanto por su gravedad como por la relevancia pública de quienes aparecían relacionados de un modo u otro con el mismo, y que, a su vez, habían compartido actividad política con el magistrado instructor. La opinión pública, la presión mediática generada en torno al asunto, y los criterios de personalidades de la política o de la cátedra, llevaron al legislador a modificar la normativa que permitía la realidad de tal estado de cosas. Así se aprobó la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya exposición de motivos comienza por reconocer “la necesidad de un cambio legal urgente... (de) aquellas normas sobre situaciones administrativas del personal de la Administración de Justicia, en especial las del estatuto de los Jueces y Magistrados, que se refieren al desempeño por éstos de cargos públicos de carácter político ajenos a la Administración de Justicia”. Y se modificó, entre otros, el art. 357 para impedir el reingreso al servicio activo durante un periodo de tres años de quienes se presenten como candidatos en elecciones políticas y no sean elegidos, y de quienes finalicen su mandato representativo en cámaras legislativas o corporaciones municipales, o cesen en el desempeño de cargos políticos o de confianza. Durante los citados tres años permanecerán, caso de volver a la carrera judicial, en situación de excedencia forzosa sin ejercer potestades jurisdiccionales; excepcionalmente, el servicio activo solo será posible antes de cumplir el plazo si se accediera a destinos no jurisdiccionales. En síntesis, obsérvese la trayectoria seguida: del regreso inmediato al servicio activo y al mismo destino tras finalizar la actividad política, a una espera de tres años en excedencia forzosa para asegurar “un mayor distanciamiento entre el quehacer público no judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional” (de la exposición de motivos).

derles la posibilidad del reintegro al servicio activo inmediatamente después de cesar en la actividad política ⁶. Y aunque sea cierto que la elaboración y entrada en vigor de normas con rango de ley destinadas, en desarrollo de sus respectivos mandatos constitucionales, a ordenar y regular los regímenes estatutarios de diferentes sectores de la función pública, ha supuesto un esfuerzo compilador y unificador que ha puesto fin en gran medida a la multiplicidad y dispersión de las normas existentes, ello no puede ocultar la pervivencia de los defectos denunciados.

⁶ Entre las indicadas fechas la evolución ha sido la siguiente:

a) El RDL 10/1977, de 8 de febrero, para el ejercicio de las actividades políticas descritas en su art. 2 exigía a los miembros de las Fuerzas Armadas “solicitar y obtener el pase a la situación de retirado”, o a una “situación especial” equiparada a la de “retirado” si se trataba de oficiales generales. Solución traumática ante la pérdida definitiva de la carrera militar de quienes optaban por la actividad política. No obstante, también fue utilizada como pretexto y medio de obtener una baja en las Fuerzas Armadas que no era reconocida de otro modo por quienes pretendían satisfacer intereses de distinta naturaleza, por lo general, de tipo laboral.

b) Los apartados 4 y 5 del art. 100 de la Ley 17/1989 modificaron sustancialmente el régimen del personal militar profesional que ahora podía volver a la Fuerzas Armadas aunque obligados a permanecer en situación de excedencia voluntaria durante un plazo de dos años desde el momento en que no resultaren elegidos, o desde que finalizaran su mandato representativo o cesaran en el cargo político. Tomo de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la Función Militar)”, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 54, Tomo I, julio-diciembre 1989, p.201, la cita extraída del Diario de Sesiones del Senado (Sesión Plenaria correspondiente al 28 de junio de 1989) durante la discusión del precepto, en la que “el Sr. Martínez Sospedra (CDS) propuso reducir el plazo de tres años a un año y el Sr. Sanz Escalera (Coalición Popular) igualar el derecho de los militares a participar en política con el vigente para jueces y magistrados (D. Sesiones del Senado, cit., págs. 6004 y 6005)”. Como se observa, después de barajarse durante la discusión parlamentaria diversos plazos de tiempo, el texto legal lo fijó en dos años de excedencia voluntaria, que también fue objeto de críticas por quienes lo consideraban una desigualdad injustificada con los funcionarios civiles que podían reintegrarse de inmediato al servicio activo tras cesar en su actividad política. Así, PARADA VÁZQUEZ, Ramón: “Modelos de función pública y función pública militar” en “La función militar en el actual Ordenamiento constitucional español”, editorial Trotta, p.64, para quien “no hay forma alguna, ciertamente, de justificar en las “peculiaridades” de la profesión castrense que invoca la Exposición de Motivos esta flagrante discriminación, atentatoria a la dignidad del militar profesional y por ello, entre otros, a los artículos 14 y 23 de la Constitución”.

c) La LO 28/1994, de 18 de octubre, por la que se complementa el régimen de personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en su disposición adicional cuarta introdujo importantes modificaciones al art. 100 de la citada Ley 17/1989, suprimiendo la necesidad de permanecer dos años en situación de excedencia voluntaria y permitiendo el reintegro directamente a la situación de disponible desde el mismo momento en que no se fuere elegido o se cesare en la actividad política. En esta situación se estaba pendiente de ocupar destino, siendo computable a efectos de trienios y derechos pasivos, y por un periodo máximo de seis meses, también como tiempo de servicios efectivos.

De entre aquellos regímenes, por citar solo los más característicos, cabe señalar los de aplicación a los miembros del Poder Judicial, a los funcionarios públicos, o a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en virtud de las previsiones legislativas contenidas en los arts. 122.1, 103.3 y 104.2 de la Constitución, respectivamente. Las situaciones de los primeros se hallan reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en normas modificadas por las Leyes Orgánicas 16/1994, de 8 de noviembre, y 5/1997, de 4 de diciembre. El estatuto de los funcionarios públicos se articula principalmente a través de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, y de la parcialmente vigente Ley de Funcionarios Civiles del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Esta normativa legal, que es materia básica a los efectos de la legislación autonómica, se complementa por vía reglamentaria con el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, que aprobó el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

Por último, el régimen estatutario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se contiene en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. No obstante, dada la diferente naturaleza, civil y militar, respectivamente, del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, el régimen estatutario se complementa, además de por lo que dispone la citada Ley Orgánica y normas que la desarrollan, con la legislación referida a los funcionarios de la Administración del Estado para el primero, y con el ordenamiento militar en el caso del segundo. Ello ha supuesto que la normativa reguladora de las situaciones de los funcionarios civiles sea igualmente de aplicación a los integrantes de la Policía, en tanto que los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil han compartido las mismas situaciones contempladas para

d) Lo último –hasta el momento– nos lo ofrece el art. 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que siguiendo la misma política legislativa iniciada en la ley anterior, admite el reingreso a la situación de servicio activo, tras no haber sido elegido o una vez finalizada la actividad política. Sin embargo, a diferencia de la normativa anterior, la nueva ley mejora el trato de la excedencia voluntaria por razón de actividades políticas, puesto que será computable el tiempo pasado en la misma a efectos de trienios y derechos pasivos, con derecho a percibir el importe de los trienios que correspondan durante el tiempo en que se desempeñe el cargo público (art. 141.9). También en esta Ley encontramos una disposición adicional –la quinta– destinada a reparar parcialmente los perjuicios causados a quienes fueron obligados a causar baja en las Fuerzas Armadas para dedicarse al ejercicio de actividades políticas.

quienes forman parte de las Fuerzas Armadas. Normativa común, en este caso, que, sin embargo, dejó de serlo, primero parcialmente, con las modificaciones introducidas para la Guardia Civil por la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo, y después definitivamente con la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, que, derogando la anterior así como la normativa militar hasta entonces aplicable, regula de modo autónomo un específico y propio régimen para el personal de la Guardia Civil. En este régimen, según la declaración que cierra la exposición de motivos, “se recoge de forma suficiente su especificidad propia y se mantiene, en lo fundamental, un régimen similar al del personal de las Fuerzas Armadas”.

II. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MILITAR PROFESIONAL

Al ámbito de las Fuerzas Armadas también llegó el esfuerzo homogeneizador y de actualización por medio de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional, que puso fin a la sucesión de normas que hasta ese momento se habían aprobado específicamente para regular las situaciones administrativas militares. Entre aquéllas destacan el Decreto de 12 de marzo de 1954, como primera norma que contempla las situaciones militares de forma unificada para los tres Ejércitos, aunque fuera desarrollado por el mismo número de Órdenes, cada una con un ejército destinatario, o el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo, desarrollado por la Orden 110/81, de 31 de julio ⁷. Frente al carácter general de estas normas, otras regularon situaciones particulares, como la Ley 20/1981, de 6 de julio, que crea la reserva activa, y cuya novedad más trascendental consistió en la equiparación de la edad de pase a retiro forzoso con las edades señaladas para la jubilación en la administración civil, que tradicionalmente habían sido más elevadas que las que regían para el personal militar ⁸, o el Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, que creó la situación de

⁷ Un estudio en profundidad del RD 734/1979 realiza FARIÑA BUSTO, Luciano: “Sobre las situaciones militares”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 39, enero-junio 1982, p.107.

⁸ Se recogía así una vieja aspiración de igualar las edades de retiro con las vigentes en la administración civil para la jubilación. Sucesivos Reales Decretos, como el 1611/81 y el 1128/85, fueron señalando las edades de retiro a medida que se modificaban las de jubilación para asimilarlas a estas últimas. El art. 64 de la Ley 17/1989 mantuvo como causa de cese de la relación de servicios profesionales en la función militar, el retiro “al cumplir la

reserva transitoria con el objeto de absorber los excedentes originados por las leyes de plantilla ⁹.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, fue derogada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que recoge, como aquélla, un contenido propiamente estatutario, con el alcance que al mismo reconoce el Tribunal Constitucional, en su sentencia 99/1987, de 11 de julio ¹⁰, es decir, un ámbito en el que se entiende comprendida la normativa relacionada con la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa, las situaciones que en ésta pueden darse, derechos y deberes de los funcionarios y su responsabilidad, el régimen disciplinario, la creación e integración de Cuerpos y Escalas, y, finalmente, el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas. A excepción del régimen disciplinario, contenido, dada la naturaleza de las sanciones a imponer, en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, las demás materias encuentran su regulación en la Ley 17/1999, norma que, como dice su exposición de motivos, “aborda todos los aspectos que configuran el régimen de los militares profesionales”. Es, desde luego, un régimen de naturaleza jurídico-administrativa o estatutaria.

Reconoce de este modo la Ley su vocación de norma integral, aunque resulte decisivo, sin embargo, preguntarse hasta qué punto profundiza en todos los aspectos abordados en su articulado. En una materia sometida al

edad de jubilación forzosa fijada con carácter general en la Administración Civil del Estado”. El art. 145 de la vigente Ley 17/1999 señala la edad de sesenta y cinco años para el retiro forzoso, pero significativamente suprime la cláusula genérica de la norma anterior y omite la referencia a la jubilación forzosa de los funcionarios civiles. La explicación puede encontrarse en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo art. 107 da nueva redacción al art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, por la que, aún manteniendo la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos en los sesenta y cinco años, sin embargo, les reconoce la importante facultad de que “voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma (situación de servicio activo) hasta, como máximo, los setenta años de edad”. Facultad de retrasar el cese de la relación profesional no reconocida a los miembros de las Fuerzas Armadas, aunque para la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional la temprana edad en la que forzosamente se da por finalizada la relación profesional de estos últimos no sea una causa por la que “pueda verse negativamente afectado el art. 14 CE” (sentencia de 4 de octubre de 2000).

⁹ Sobre la reserva transitoria puede verse NEVADO MORENO, Pedro: “La función pública militar”, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 303.

¹⁰ La sentencia 99/1987, de 11 de junio, fue dictada en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Un estudio de esta sentencia puede encontrarse en SAINZ MORENO, Fernando: “El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988”, en Revista de Administración Pública, núm. 117, septiembre-diciembre 1988.

principio de reserva de ley que establecen la Constitución y la Ley Orgánica 6/1980, la normativa reglamentaria debe limitarse a desarrollar aquellos aspectos a que se contraen las remisiones a la potestad reglamentaria contenidas en la norma legal. Como recuerda el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 99/1987, el principio de reserva de ley “no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador”.

Y ciertamente en la delimitación y configuración del régimen del personal militar adquiere gran trascendencia la normativa reglamentaria, como así demuestra la abundante, en número y extensión, producción de reglamentos dictados en aplicación de la Ley 17/1989, de 19 de julio, todavía vigentes hasta que se lleve a término el desarrollo de su sucesora, la citada Ley 17/1999, que previsiblemente alcanzará igualmente un importante grado de desarrollo reglamentario, en cuya elaboración lo decisivo será lograr su correcta adecuación a la norma legal, tarea que en determinados aspectos se torna compleja ante la generalidad e indeterminación de algunos de sus preceptos ¹¹.

Este régimen administrativo, contenido en normas de legalidad ordinaria y reglamentarias, complementa otro residenciado a nivel constitucional, y ambos configuran, en un sentido amplio, el *status militar*, cuyo presupuesto constitucional encontramos en el art. 8.2 de la Constitución a través de la norma legal que lo desarrolla, la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. Tradicionalmente el militar ha sido sujeto de un *status* peculiar que

¹¹ Sin embargo, no siempre la infracción del principio de reserva legal encuentra su causa en la letra ambigua e inconcreta de un precepto. En ocasiones, la degradación del principio es tan manifiesta que no resulta sencillo encontrar una explicación plausible de tal proceder. Un ejemplo, como caso extremo, tanto por la materia como por el rango de la norma, nos lo ofrece la OM 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros docentes militares de formación, cuyo art. 24, regla b), realiza una interpretación extensiva y perjudicial de una norma sancionadora incorporada a ley orgánica. La regla en cuestión atribuye potestad disciplinaria para imponer sanciones que afectan a la libertad personal a autoridades y mandos no recogidos en la relación que “*numerus clausus*” establecía el art. 19 de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El vigente régimen disciplinario, aprobado por LO 8/1998, de 2 de diciembre, cuenta con un precepto específico, el art. 43, de atribución de potestad disciplinaria en relación con los alumnos de los centros docentes militares de formación, que subsana la grave quiebra del principio de legalidad y seguridad jurídica que ocasionó la citada disposición.

ha condicionado su capacidad de obrar. Pasados, sin embargo, los tiempos en que ello le conducía a soportar la pérdida de la titularidad de determinados derechos, la moderna doctrina constitucional ha desplazado la cuestión hacia el ejercicio de los derechos de lo que antes era renuncia a su titularidad. De este modo, el militar no será privado de su condición de sujeto de derechos y titular de todos aquéllos que son reconocidos a la generalidad de los ciudadanos por no hacerle de inferior categoría, pero en aras del mantenimiento de la plena disposición de los Ejércitos en condiciones de cumplir con las misiones que les son propias, se encuentra excluido o limitado en el ejercicio de ciertos derechos durante el tiempo en que mantenga activamente su condición militar.

Del aludido régimen jurídico constitucional, en un apresurado repaso, cabe señalar las manifestaciones contempladas en los arts. 25.3, 26, 28.1, 29.2, 70.1e) y 117.5 de la Constitución, además de las exclusiones, restricciones y limitaciones recogidas en la normativa de desarrollo constitucional y jurisprudencia que la interpreta, incorporadas a disposiciones dictadas en desarrollo de preceptos constitucionales que pueden no contar con previsión limitativa alguna para los miembros de las Fuerzas Armadas, como así sucede, entre otras, en materia de libertad de expresión, o de los derechos de reunión, manifestación o asociación. Evidentemente, se trata de exclusiones o restricciones que, salvada su constitucionalidad, por la misma vía en la que son establecidas, podrán ser modificadas, alteradas o suprimidas. Destacar, por último, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, consideradas como regla moral de la Institución, aunque este carácter moral pierda intensidad ante el contenido eminentemente jurídico de las normas incluidas en los Títulos quinto y sexto, que conforman su Tratado tercero. Particularmente, el Título quinto afecta a libertades y derechos fundamentales, y su regulación por norma de rango legal sólo puede explicarse desde la singular trayectoria legislativa de su elaboración, y a que en los momentos de su aprobación parlamentaria y sanción real la ley orgánica no se hubiera incorporado todavía al ordenamiento jurídico ¹².

¹² Las Reales Ordenanzas fueron elaboradas por el legislador constituyente de forma simultánea a la Constitución. Aprobadas el 20 de diciembre de 1978 y sancionadas el día 28 del mismo mes, la Constitución no había entrado todavía en vigor, circunstancia que se demoró hasta el día 29 de diciembre, fecha de su publicación, tras su sanción el anterior día 27. Si nos atenemos a estas datas cabe considerar las Reales Ordenanzas como norma preconstitucional, mas, si tomamos en cuenta la fecha de su publicación, el día 12 de enero de 1979, entonces es postconstitucional, pues cuando entró en vigor ya la Constitución estaba plenamente vigente.

No es propósito de este trabajo, sin embargo, entrar en la exposición y análisis exhaustivo de todo el conjunto normativo que en líneas generales se ha descrito. Ello justificaría una amplia monografía que excede del objetivo, sin duda, más modesto, de caracterizar, siquiera sea a grandes rasgos, el régimen jurídico que ese conjunto de normas ordenan y regulan, para situar en su contexto la regulación de las situaciones administrativas. En esta línea, pues, destaca sobre cualquier otra consideración la extraordinaria influencia que sobre el régimen jurídico del militar tiene el carácter de la institución de la que es miembro, que se extiende, incluso, a aquellos aspectos del mismo que pudieran parecer más alejados de los elementos esenciales que la identifican. Las misiones que el art. 8.1 de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas, y la caracterización de éstas sobre las notas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para estar en disposición de cumplir con las mismas, vienen a configurar un régimen jurídico en el que las aludidas notas se elevan a la categoría de principios rectores, impregnándolo y trascendiendo a todos sus aspectos, esenciales y accidentales, principales y secundarios, de tal modo que conceptos como neutralidad, subordinación, disciplina o servicio aparecen presentes con un rigor e intensidad desconocidos en los regímenes propios de otros servidores públicos. La misma exposición de motivos de la Ley 17/1999 incorpora múltiples referencias a ello. Así, uno de los objetivos en la configuración del régimen de los militares profesionales es “dar prioridad a los intereses y demandas de la organización”, regulado este régimen “con la finalidad de que las Fuerzas Armadas estén en condiciones de cumplir la misión definida en el artículo 8 de la Constitución”, pues “no cabe duda de que el militar debe tener un régimen específico para un mejor cumplimiento de su misión, como se deduce de nuestra propia Carta Magna, que refrenda las singularidades de las Fuerzas Armadas”.

Es también, por tanto, un régimen específico, propio del personal militar profesional, que excluye la aplicación de normas destinadas a regir en el ámbito profesional de otros empleados públicos. Particularmente, considero que no resultan aceptables aquellas posturas que tienden a asimilar, cuando no a identificar, el régimen jurídico administrativo del personal militar al estatuto de los funcionarios públicos, cuya reserva legal previene el art. 103.3 de la Constitución, y desarrolla la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que sólo resultaría de aplicación al personal militar con carácter supletorio, según su art. 1.5, del mismo modo que lo es para el resto del

personal al servicio del Estado ¹³. Ello no quiere decir, sin embargo, que sean rechazables las aproximaciones en algunos concretos aspectos a la función pública civil, por el contrario, en determinados extremos es procedente e incluso conveniente un tratamiento homogeneizado, pues carece de objeto mantener diferencias cuando no hay circunstancia relevante alguna que lo justifique.

Igualmente es un régimen aplicable en su generalidad a todo militar profesional, de cualquier ejército y escala, y tanto si está integrado en la estructura operativa de las Fuerzas Armadas, como si presta servicios en una realidad diferente como es la Administración militar. Aunque esta última consideración acerca de unas Fuerzas Armadas contempladas en el art. 8 de la Constitución como una realidad jurídica diferenciada de la Administración militar, a la que se alude en su art. 97, me sitúa más próximo a las tesis institucionalistas que de las concepciones administrativistas que se han formulado tratando de explicar la naturaleza que a aquéllas atribuye el texto constitucional ¹⁴, en una polémica doctrinal de manifiesto interés ¹⁵, tan sólo la dejo enunciada con el propósito de señalar el carácter unitario y estable de un régimen jurídico que, sin quiebras ni excepciones, seguirá al militar profesional allá donde preste sus servicios en calidad de tal.

En todo caso, al afrontar el estudio de las situaciones administrativas y su incardinación en este régimen jurídico, debemos comenzar por considerarlas como parte o contenido característico del mismo, aspecto propio de un régimen estatutario público según expresa el Tribunal Constitucional. Igualmente, no es materia que incorpore, en principio, elementos esenciales definidores de la institución o de las características singulares

¹³ En sentido similar se expresa EGIDO TRILLO-FIGUEROA, Benito: "Situaciones Administrativas", en "Comentarios a la Ley de Régimen de Personal de la Guardia Civil", Cuadernos de la Guardia Civil, Madrid 2000, p.130.

¹⁴ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín: "Presupuestos constitucionales de la Función Militar", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, p.51. Este autor hace una completa clasificación de las diversas concepciones jurídicas sobre las Fuerzas Armadas, sus principales representantes, y una elaborada síntesis de la justificación de sus respectivos criterios doctrinales.

¹⁵ MOZO SEOANE, Antonio: "Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico", en Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, enero-junio 1995, p.609. Para este autor "el interés por este tema parece haber decaído un tanto, pasados los primeros años inmediatos a la promulgación de la Constitución y la natural preocupación por valorar sus aspectos más relevantes. Sin embargo, el replanteamiento de semejante pregunta (el porqué de la inclusión de las Fuerzas Armadas en el título preliminar de la Constitución) está, a nuestro juicio, más que justificado y el tema es, aún, merecedor de alguna indagación, no sólo por su alcance y significado teóricos sino también por sus consecuencias prácticas para la adecuada comprensión y aplicación del ordenamiento jurídico militar, como se puede comprobar a diario por quienes nos ocupamos de esta parcela del Derecho Público".

que la distinguen e identifican. Ambas circunstancias muy bien podrían conducirnos a la conclusión de la inexistencia de obstáculos que impidan su tratamiento de acuerdo a los mismos parámetros imperantes en materia de situaciones en todo el ámbito de la función pública, sin perjuicio de respetar la impronta peculiar que también en aspectos como el que se trata dejan los principios que rigen la organización y actuación de las Fuerzas Armadas. No obstante, a mi juicio, el legislador no siempre, ni en todos los casos, ha valorado esta circunstancia en sus correctos términos, y ello le ha impulsado a regular las situaciones administrativas del personal militar con notables y evidentes diferencias respecto de las normas aplicables a los demás empleados públicos, dispensándole un tratamiento por lo general más gravoso que el de estos últimos tal como ha tenido oportunidad de señalar la doctrina ¹⁶. Y si bien es cierto que la Ley 17/1999 supone un grado evolutivo importante en la aproximación a las disposiciones generales que regula las situaciones en la función pública, todavía presenta puntos de divergencia con las mismas ¹⁷.

Efectivamente, el legislador ha manifestado su propósito de aproximar la “normativa militar” a la que rige para el resto de la función pública en general. Así aparece en el preámbulo de la Ley 17/1989, en el que, al mencionar los “criterios que han guiado la elaboración de esta Ley”, se cuenta, entre otros, el de “compatibilidad en lo posible, con las disposiciones legales que regulan la función pública”; o, asimismo, en la exposición de motivos de la Ley 17/1999, con una expresión semejante se afirma que el régimen del militar “no puede ser ajeno a los planteamientos que con carácter general definan la función pública y el sistema educativo general, por lo que se ha tratado de compatibilizar en lo posible el régimen militar con las disposiciones legales que regulan los anteriores”. Sin embargo, el

¹⁶ NEVADO MORENO, Pedro: “La función pública militar”, cit., p.285. Considera el autor que, aunque el legislador de la Ley 17/1989 tomó como referencia la ordenación prevista en la Ley 30/1984, tras las modificaciones introducidas por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, y el nuevo Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles, las diferencias en materia de situaciones del personal civil y militar se han acentuado. Desde una posición más crítica, ESCRIBANO TESTAUT, Pedro: “La carrera militar tras la Ley 17/1989”, Revista Española de Derecho Militar, núm. 71, enero-junio 1998, p.85, considera que la regulación de las situaciones administrativas en la citada ley “se articula en condiciones sumamente gravosas para los militares por relación con la de los funcionarios civiles”. Ya se dejó constancia en nota anterior de la oposición que en esta misma línea mantiene Parada Vázquez en relación con la situación que esta ley previene para los militares que ejercen actividades políticas. Obsérvese que, en todo caso, los criterios expuestos se manifestaron con ocasión de la Ley 17/1989.

¹⁷ Así lo destaca igualmente tras examinar las diferencias existentes, PEÑARRUBIA IZA, Joaquín: “Presupuestos constitucionales de la Función Militar”, cit., p.246.

acierto del propósito queda difuminado ante la puesta de su tope “en lo posible”, locución que, por su ambigüedad, nada define, ni nada concreta, a la que cabe atribuir un significado variable en función de los criterios que impongan el momento y las circunstancias, alejado de las notas de permanencia y estabilidad que requiere la seguridad jurídica, y, en definitiva, perdiendo su auténtico sentido de límite destinado a preservar y mantener las singularidades propias y relevantes de lo castrense. Basta tener presente el ya aludido tratamiento de la situación de los militares que se dedican al ejercicio de actividades políticas para darse cuenta de cuán relativo ha sido el concepto de “lo posible”.

La situación ordinaria o común es la de servicio activo de quienes ocupan destino o se encuentran pendientes de su asignación por un periodo máximo de seis meses “y no se encuentran en otra de las situaciones administrativas reguladas en este Título”, conforme dispone el art. 139 de la Ley. Dada la singular configuración de la carrera militar, compartimentada en escalas, categorías y empleos militares, a los que se accede cumpliendo con exigencias relativas a tiempos de servicio, de mando o de función, de asistencia a cursos, evaluaciones, entre otras, el servicio activo es una situación especialmente relevante por ser desde ella como se concibe en la norma legal la progresión adecuada en la carrera. Además del servicio activo contempla la ley, en una relación cerrada contenida en el art. 138, las situaciones de servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo, suspenso de funciones y reserva. No es posible permanecer simultáneamente en más de una situación, aunque si cabe pasar por todas ellas, bien por resolución adoptada a instancia del interesado, o bien por resolución adoptada de oficio como respuesta a la aparición o concurrencia de determinadas circunstancias, en principio, no dependientes de la voluntad del afectado. En estas últimas se cuentan las situaciones objeto de este comentario, la de suspenso de empleo y suspenso de funciones, que tienen características comunes con otras situaciones, como su generalidad, excepcionalidad o temporalidad, pero también presentan unos rasgos sólo compartidos por ellas, relacionados con la causa y con la relevancia constitucional de sus efectos.

Son situaciones de carácter general, previstas para todos los militares profesionales. También pueden acordarse respecto de los miembros de la Guardia Civil con arreglo a lo dispuesto en la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, cuyos arts. 84 y 85 contienen una regulación similar a la de la Ley 17/1999; de ahí que lo que se exponga respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas deba entenderse también aplicable a quienes forman parte de aquel Cuerpo, sin perjuicio de dejar constancia, cuando corres-

ponda, de las ligeras variaciones que respecto de la normativa castrense contienen los últimos preceptos citados. Finalmente, la nota de generalidad se extiende a la legislación específica aplicable a otros grupos de servidores públicos, aunque en ésta puedan apreciarse algunas notas y efectos no siempre coincidentes con las de sus equivalentes en las citadas Leyes 17/1999 y 42/1999, incluida la propia denominación, que responde generalmente a las de suspensión provisional y definitiva ¹⁸ o firme ¹⁹. De otra parte, por contraposición a la situación ordinaria o normal de servicio activo, son situaciones excepcionales, y también esencialmente temporales, siendo la ley la que determina su duración máxima o la hace determinable conforme a los criterios establecidos por la misma.

No obstante, la circunstancia que caracteriza especialmente ambas situaciones frente a las demás es la de su conexión con el derecho sancionador, con el que guardan una relación de causa a efecto, ya que el pase a ambas situaciones es consecuencia de una previa actuación o resolución adoptada en el proceso penal o en un expediente gubernativo instruido en el ámbito disciplinario. Su conexidad con una parcela del ordenamiento jurídico en la que por exigencias constitucionales priman las garantías personales traslada al campo de aplicación propio de ambas situaciones la preocupación por el respeto de las mismas, con el objeto de que no pierdan su auténtico sentido de constituirse en reflejo, por razones del servicio y en el ámbito profesional del interesado, de las consecuencias jurídicas de una decisión adoptada en materia penal o disciplinaria, pero sin que el pase a las situaciones suponga un agravamiento de esas consecuencias o un perjuicio añadido no previsto ni contemplado en la ley.

De otra parte, también desde la perspectiva del art. 23.2 de la Constitución, que establece el derecho al acceso y a la permanencia en el ejercicio de la función pública, los efectos de estas situaciones, en cuanto privan del mismo, presentan una indudable relevancia constitucional.

Finalmente, señalar que aunque no necesariamente se pase de modo sucesivo por ambas situaciones, desde luego, en los casos en los que así sucede en razón de un mismo procedimiento penal o expediente gubernativo, siempre la de suspenso de funciones precede a la de suspenso de empleo, por lo que en este orden se analizarán a continuación, invirtiendo el orden legal instaurado en la Ley 17/1989 que antepone la suspensión de empleo.

¹⁸ Art. 359.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁹ Art. 20.1 del RD 365/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios civiles.

III. SUSPENSO DE FUNCIONES

1. ANTECEDENTES

El antecedente inmediato lo encontramos en la situación de procesado, vigente desde el Decreto de 23 de septiembre de 1939. Como su propia denominación indica se pasaba a la misma como consecuencia de auto judicial firme de procesamiento por delito doloso y, excepcionalmente, también culposo, cesando el interesado “en los cargos, mandos, destinos o comisiones que desempeñe” (art. 9.1 del R.D. 734/1979). Su rigidez se manifestaba en su adopción obligatoria cuando de delito doloso se trataba, y en su duración, que corría pareja al tiempo en que se permaneciera como procesado en el procedimiento penal, es decir, generalmente hasta su terminación por sentencia firme o auto de sobreseimiento.

La vigencia de esta situación finaliza con la situación de suspenso de funciones, introducida por la Ley 17/1989, que, aunque novedosa en el ámbito castrense, presentaba una evidente influencia de la suspensión provisional de los funcionarios civiles. No fue bien recibida por la doctrina, pues como observa Sánchez del Río y Sierra ²⁰, esta ley “ha venido en cierta medida a empeorar la condición de quienes sean objeto de un procedimiento judicial”, y la sola incoación de un procedimiento penal, sin necesidad de una previa imputación formal, se convierte en causa suficiente para que discrecionalmente la autoridad administrativa acordase el pase a la nueva situación. Con importantes diferencias de redacción pasa al art. 143 de la vigente Ley 17/1999, de 18 de mayo ²¹.

²⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: “El estatuto del imputado y del procesado (artículos 162 a 168)”, en “Comentarios a la Leyes Procesales Militares”, Tomo II, Ministerio de Defensa, Madrid 1995, p.1550.

²¹ El contenido del precepto es el siguiente:

“1. El pase a la situación de suspenso de funciones del militar profesional se podrá acordar como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal o por la incoación de un expediente gubernativo.

2. El Ministro de Defensa, valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera al régimen de las Fuerzas Armadas o la alarma social producida, podrá acordar la suspensión en el ejercicio de sus funciones, determinando expresamente si dicha suspensión conlleva el cese en el destino. El militar profesional en situación de suspenso de funciones permanecerá inmovilizado en el puesto que ocupe en el escalafón u ordenación correspondientes. De igual forma actuará en relación con el militar profesional que le sea incoado un expediente gubernativo.

El periodo máximo de permanencia en esta situación será de seis meses o el de duración de la prisión preventiva, caso que se hubiere acordado por la autoridad judicial en algún momento del procedimiento y fuese superior a seis meses.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

Dos son las causas que, de acuerdo con el apartado 1 del citado precepto, dan lugar a pasar a la situación: una, “como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal”; otra, “por la incoación de un expediente gubernativo”.

Se observa en la primera causa una significativa corrección de la ley anterior. Ya no es bastante la instrucción de cualquier procedimiento penal, sino que se exige reunir la condición de imputado en el mismo, bien por la concurrencia de indicios racionales de criminalidad, así apreciados en el correspondiente auto de procesamiento, bien por derivarse tal condición de cualquier otro acto o resolución procesal de inculpación o acusación, o finalmente porque se hubiere adoptado alguna medida cautelar. No precisa el texto legal que la medida cautelar deba referirse a la libertad personal, ante lo que no cabe descartar como causa de pase a la situación la adopción de medidas cautelares que afecten a otros derechos, en cuanto impidan o limiten el ejercicio de las funciones encomendadas. Piénsese en medidas impuestas *ad cautelam* que afecten a la tenencia de armas de fuego, o supongan la retención o intervención del permiso de conducción de quien se encuentra destinado en unidades de tráfico, en especial, tratándose de miembros de la Guardia Civil, o que limiten la libertad de circulación con la retención judicial del pasaporte de quien se encuentra destinado en el

3. En el supuesto de cese en la situación de suspenso de funciones por levantamiento de la prisión preventiva, el Ministro de Defensa podrá acordar, por resolución motivada en la que habrán de valorarse los hechos imputados, la trascendencia social y el interés del servicio, la prohibición de solicitar y obtener destino por un periodo de tiempo que no podrá exceder del momento de dictarse sentencia firme o auto de sobreseimiento.

4. El tiempo permanecido en la situación de suspenso de funciones solo será computable a efectos de trienios y derechos pasivos. En caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad, será repuesto en su destino si a su derecho conviniere, recuperará la situación en el escalafón u ordenación correspondientes, incluido el ascenso que hubiera podido corresponderle, y el tiempo transcurrido le será computable como tiempo de servicios.

Cuando el periodo de tiempo permanecido en la situación de suspenso de funciones sea superior a la duración de la condena por sentencia firme o de la sanción disciplinaria por expediente gubernativo, la diferencia le será computable como tiempo de servicios.

5. La suspensión de funciones acordada por las autoridades con potestad disciplinaria, según lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no tendrá más efectos que el cese del militar inculpado en el ejercicio de sus funciones por un periodo máximo de tres meses.

6. A los efectos de las plantillas establecidas en el Título III de esta Ley, los militares profesionales en la situación de suspenso de funciones contabilizarán de igual forma que los que se encuentran en la de servicio activo.”

extranjero. Por lo demás, es indiferente que la imputación lo sea en un procedimiento judicial instruido al amparo de las normas procesales comunes por órganos del orden jurisdiccional penal, que en el instruido por órganos de la jurisdicción militar con arreglo a la Ley Procesal Militar.

La segunda causa está referida a la incoación de un expediente gubernativo. Es éste un procedimiento disciplinario que la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, reserva para la investigación, depuración y, en su caso, sanción de las causas que dan lugar al mismo, enumeradas en su art. 17, aunque también pueda finalizar con la sanción de faltas graves o leves. Su incoación procede ante la comisión de hechos con apariencia de constituir una infracción disciplinaria de las previstas en el citado artículo, y se lleva a efecto mediante la oportuna orden de proceder o acuerdo de inicio como acto de trámite que establece el marco de la actuación investigadora encaminada a esclarecer los hechos recogidos en el parte, la denuncia o en la propia orden, que deberá ser adoptada, en todo caso, por autoridad disciplinaria competente, es decir, con facultades atribuidas para ello y con una relación jerárquica o funcional directa con el expedientado. El esquema es similar en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, con la precisión de ser objeto del expediente gubernativo la investigación y sanción de las faltas muy graves contempladas en su art. 9.

Dada la naturaleza de las causas expuestas, la doctrina manifestó su preocupación y cautela ante una situación que guardaba una muy directa relación con el derecho sancionador, que podía lugar a excesos si se admitía una permanencia duradera en la misma en condiciones claramente lesivas, y que carecía de una interrelación clara con los efectos propios de la de suspenso de empleo ²². Y ha de reconocerse que, en gran parte, a estas críticas doctrinales se debe que el legislador pusiera un límite temporal a la permanencia en la situación, por Ley Orgánica 28/1994, de 18 de octubre, que modificó en este punto la Ley 17/1989, y que, en la misma línea, la jurisprudencia de los tribunales comience a dar muestras de reconocimiento de la intercomunicabilidad de los efectos de las situaciones de suspenso de funciones y de suspenso de empleo, como se analizará más adelante al comentar esta última situación.

No obstante, todo ello no puede hacernos ignorar su carácter de situación administrativa que, si bien, ciertamente, deriva de una previa actua-

²² NEVADO MORENO, Pedro: "La función pública militar", cit., p. 296. También SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: "El estatuto...", cit., p. 1551.

ción o resolución propia del ámbito sancionador, no supone que forme parte del mismo, ni que se encuentre sometida a sus principios y garantías. La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secciones Cuarta y Quinta) de la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido para rechazar la aplicabilidad del principio de presunción de inocencia²³, declarar la imposibilidad de vulneración del principio “non bis in ídem”²⁴, o negar el carácter de sanción disciplinaria²⁵. También la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha deslindado conceptualmente la situación administrativa de la medida cautelar contenida en la normativa disciplinaria²⁶, en la forma que lo hace la propia Ley, en el apartado 5 del precepto comentado, cuando separa los distintos efectos de la “suspensión de funciones acordada por las autoridades con potestad disciplinaria según lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”, que serán los específicamente establecidos en esta normativa²⁷, abonables a la sanción que pudiera imponerse, y, desde luego, como admite la sentencia de 23 de marzo de 1999, no extrapolables al supuesto de la situación administrativa.

Del conjunto de los pronunciamientos judiciales se desprende una doctrina general sobre el carácter y naturaleza de la situación, de la que es una muestra el fundamento de derecho que se transcribe a continuación, repetido en diversas sentencias de la Audiencia Nacional²⁸. Dice así:

«En efecto, la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, en autos de 30 de octubre de 1992, 2 de abril, 17 y 28 de junio y 13 de octubre de 1993, ya mantuvo que la situación de suspenso en funciones acordada en la resolución impugnada es una más de las que administrativamente se prevén para los militares profesionales y es que aún reconociendo la existencia de cierta afinidad con la medida cautelar de suspensión que los artículos 4 de la Ley Orgánica 12/1985 y 35.2 de la Ley Orgánica 11/1991 prevén para ciertos supuestos disciplinarios, no cabe confundir ambas situaciones ni por su origen ni por la autoridad de que puedan emanar, ni por su duración ni por sus propios efectos. Afirmándose con rotun-

²³ Sentencias de 25 de noviembre de 1999 y de 30 de marzo de 2000.

²⁴ Sentencia de 13 de abril de 2000.

²⁵ Sentencias de 24 de junio, 23 de septiembre y 25 de noviembre de 1999, de 30 de marzo, de 13 de abril y 21 de junio de 2000.

²⁶ Auto de 29 de noviembre de 1991, y sentencias de 2 de marzo y 22 de abril de 1994.

²⁷ Art. 55.2 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre.

²⁸ El fundamento de derecho transcrito corresponde a la sentencia de 23 de septiembre de 1999. En los mismos términos, o con ligeras variaciones, se recoge también en sentencias de la misma Sala de 24 de junio y 25 de noviembre de 1999, de 30 de marzo y 8 de noviembre de 2000.

didad que no estamos ante “sanción disciplinaria alguna” sino ante una situación militar prevista en la Ley 17/1989, de 19 de julio, esto es, “ni es sanción, ni tiene relación alguna con el Derecho Disciplinario Militar”, mientras que sí “es, en cambio, la adopción de una nueva situación militar de los recurrentes Guardias Civiles” (del auto de 17 de junio de 1993). Por su parte, la Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo también ha llegado a la misma conclusión en autos de 16 de diciembre de 1992, 4 de marzo, 24 de junio y 27 de diciembre de 1993 o 18 de marzo de 1995, señalando que el acto impugnado constituye “una medida cautelar y, por tanto, provisional que, aún conectada con un procedimiento penal, carece en absoluto de carácter sancionador o disciplinario. Su finalidad específica es reflejar, por estrictas razones de servicio y en el ámbito profesional del interesado, las consecuencias jurídicas de un procedimiento judicial seguido en su contra, tal y conforme sucede con cualquiera que, en iguales circunstancias, desempeñe funciones públicas”»

3. PROCEDIMIENTO

a) El inicio y sus causas. El conocimiento por parte de la Administración militar de la realidad de alguna de las causas que pueden originar el pase a la situación de suspenso en funciones y cuando la misma afecte a un militar profesional, incluidos los de complemento y los de tropa y marinería, que se encuentre en situación de servicio activo, determinará el inicio del correspondiente procedimiento administrativo. Tratándose de militares profesionales de carrera cabe también iniciar el procedimiento desde su situación de reserva.

El art. 47 del Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y de Situaciones Administrativas del Personal Militar Profesional, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, impone a la autoridad judicial o gubernativa que tramite un procedimiento judicial o incoe un expediente gubernativo la notificación al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente la iniciación de dichos trámites con el objeto de poder comenzar el procedimiento de pase a la situación. De inmediato puede observarse, cuando se trata de diligencias judiciales, el criterio por completo divergente que mantiene al respecto la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyo art. 165 ordena al órgano judicial la remisión al Ministerio de Defensa o a la Dirección General de la Guardia Civil del auto de procesamiento dictado contra militares profesionales una vez que el mismo sea firme, no antes, y a “los efec-

tos que proceda en materia de situaciones de personal”. Aún más concluyente resulta su art. 236, para el que “la detención y prisión de los militares, en tanto no se dicte auto de procesamiento y éste sea firme, no producirá cambio en su situación militar”. Es evidente que estos preceptos procesales se justifican en la situación administrativa de “procesado”, que fue derogada pocos meses después de entrar aquéllos en vigor, y aunque la regulación de los efectos administrativos no sea materia propiamente procesal, con su incorporación al texto se dejaba constancia de los previstos entonces en las normas de situaciones. Al perder vigencia no son ahora éstos los efectos que produce el auto de procesamiento o una medida preventiva que afecte a la libertad personal dada la nueva regulación administrativa. No obstante, el citado precepto reglamentario no puede imponerse al mandato procesal en lo que concierne a la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad militar o administrativa la realidad de un procedimiento judicial mediante la remisión del auto firme de procesamiento. Disposición ésta de la que no cabe, por otra parte, desconocer la cautela que supone ante una precipitada actividad administrativa productora de importantes prejuicios personales y profesionales.

Por lo demás, en relación a la jurisdicción ordinaria, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen los medios por los cuales la Administración puede conocer de la instrucción de un procedimiento penal a un militar. Como más significativas cabe citar el auxilio o cooperación contemplada en el art. 399.2 de la última ley citada, o el conocimiento a través de la representación atribuida al Servicio Jurídico del Estado cuando del presunto delito pueden derivarse responsabilidades civiles para éste.

Por último, ningún problema de conocimiento plantea el expediente gubernativo, cuya orden de inicio está reservada a un reducido número de altos cargos de la administración o a mandos militares de empleos superiores, y la sanción, en todo caso, sólo corresponde al Ministro de Defensa, y en el ámbito de la Guardia Civil, también al Director General del Cuerpo para todas las sanciones que no supongan la separación del servicio.

b) Criterios de valoración y resolución. El Ministro de Defensa es la autoridad competente para decretar el pase a la situación de suspenso de funciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil. Su acuerdo debe ir precedido de un juicio valorativo acerca de la gravedad de los hechos, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera al régimen de las Fuerzas Armadas o

de la Guardia Civil, en su caso, y la alarma social producida. Se trata de una valoración a realizar en el marco de los hechos concretos recogidos en la resolución judicial o en el acuerdo de incoación del expediente gubernativo, acerca de su gravedad intrínseca, la alarma social producida o el perjuicio inferido al régimen de las Fuerzas Armadas, en especial por su relación con el daño o riesgo producido en la disciplina o en el servicio.

No obstante, de todas las circunstancias mencionadas, la que adquiere una especial relevancia es la de la existencia de prisión preventiva en razón a que significa la misma imposibilidad material y física de desempeñar las funciones de un destino por la incomparecencia forzada al mismo. Además, por lo general, también cuando hay prisión preventiva resultan apreciables todas o algunas de las demás circunstancias a valorar, puesto que constituyen su fundamento. Así, la gravedad de los hechos imputados y la alarma social producida por los mismos, son criterios que motivan la medida en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y también, la misma gravedad, junto con el perjuicio inferido al régimen de las Fuerzas Armadas por su relación con la disciplina y el servicio, como criterios que en los procedimientos penales militares justifican igualmente la adopción de la medida, conforme a lo dispuesto en los arts. 216 y 217 de la Ley Procesal Militar. Su particular significación originará un tratamiento diferenciado de la situación administrativa cuando concurra la prisión preventiva, estableciéndose reglas especiales referidas a su duración y a la obtención de destino una vez finalizada la misma.

La ley concede al Ministro de Defensa un amplio margen de discrecionalidad, pero, al mismo tiempo, le exige también un juicio de proporcionalidad, de modo que no se acuerde el pase a la situación si el perjuicio derivado de sus efectos resulta desproporcionado a la entidad de los hechos o a los daños causados en la disciplina o el servicio. Juicio que, por otra parte, exige extremar la prudencia cuando versa sobre una resolución judicial no firme o adoptada en una fase temprana del procedimiento, pues la práctica forense ha demostrado en los últimos años la realidad de decisiones judiciales que confieren la cualidad de imputado con la exclusiva finalidad de contar con todos los instrumentos de defensa ante una acusación que después se muestra infundada o de una liviandad que en principio podía no aparentar. En cualquier caso debe imperar el criterio restrictivo en la valoración de las circunstancias legales, que por no ser expresadas con carácter excluyente, cabe complementar con la consideración de cualesquiera otras que por razones de equidad deban ponderarse igualmente.

En definitiva, ponderación, proporcionalidad, criterio restrictivo y equidad son notas que han de estar presentes cuando se adopta la resolución que pone fin al procedimiento administrativo. Si esta resolución acuerda el pase a la situación de suspenso de funciones determinará si conlleva el cese en el destino, salvo que se trate de miembros de la Guardia Civil para quienes el cese en el destino se acordará, en su caso, por el Ministro del Interior. Obviamente el cese en el destino sólo podrá acordarse respecto de aquéllos que lo tengan adjudicado.

c) Informes. El expediente administrativo se integra sucesivamente por los informes del Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente o, en su caso, del Director General de la Guardia Civil, y del Asesor Jurídico General de la Defensa. A éste último corresponde la emisión de los preceptivos informes jurídicos y de los que le fueren solicitados, así como el asesoramiento en el ámbito del Departamento, conforme previene el art. 16 del Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. El fundamento de su informe, previo a la resolución ministerial, suele constituirse en la motivación de ésta.

Por lo que respecta a los primeros, aunque ni la ley ni el reglamento exigen su informe al respecto, su intervención no debe quedar reducida a la que parece adjudicarles el citado art. 47 del Reglamento, para recibir la noticia de un procedimiento criminal o expediente gubernativo y dar posterior traslado al Ministerio de Defensa. De ahí que cada una de las mencionadas autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, emita informe sobre la procedencia de acordar el pase a la situación y del cese en el destino.

d) Trámite de audiencia. Por último, aunque en orden cronológico debe ser el primer trámite del procedimiento, ha de tomarse en consideración la audiencia del interesado. No es preciso detenerse aquí en demasía sobre la trascendencia de un trámite cuya garantía de efectividad encontramos en el art. 105 c) de la Constitución, y que se entiende preceptivo en la generalidad de los procedimientos administrativos por el art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El objetivo de todo trámite de audiencia consiste esencialmente en dar información al interesado, ilustrándole acerca de la finalidad del expediente administrativo instruido y permitiéndole el acceso al mismo, o en este caso concreto, mediante el traslado de la resolución judicial o del acuerdo de incoación del expediente gubernativo, y simultáneamente dar inicio a un periodo razonable de tiempo en el que le sea permitido formu-

lar alegaciones y aportar pruebas. Pues bien, una desconcertante sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional, de 24 de junio de 1999, no aprecia que la omisión del trámite ocasione indefensión en razón a que la decisión administrativa, adoptada al amparo del art. 102 de la Ley 17/1989, “trae su origen del auto de procesamiento dictado en causa penal cuyo conocimiento es patente para el actor”. A tan discutible doctrina ²⁹ cabe oponer que no es posible identificar información con conocimiento de la causa que origina el expediente administrativo, y sobre todo que el trámite de audiencia no es sólo información, puesto que ésta, una vez adquirida con la amplitud y extensión precisa, abre paso a la posibilidad de alegar y probar, que indudablemente es una facultad distinta al derecho de defensa ejercido en un proceso penal.

Sin embargo, la misma Sala y Sección en sentencia de 13 de abril de 2000, dictada igualmente con ocasión de la impugnación de una suspensión de funciones acordada al amparo del citado art. 102, admite la contradicción en el expediente administrativo al afirmar que “lo único que puede discutirse en el procedimiento administrativo es la gravedad de los hechos imputados, no desde el punto de vista penal sino desde el punto de vista administrativo”. Haciendo abstracción de lo limitado del pronunciamiento ³⁰, lo decisivo del mismo es la admisión de alegaciones acerca de la gravedad de los hechos, por lo que igualmente se deducen admisibles las

²⁹ Contenida en el fundamento de derecho cuarto que dice lo siguiente: “A la luz de lo anteriormente expuesto carecen de virtualidad jurídica las alegaciones efectuadas por la parte demandante, el procedimiento administrativo seguido para el cambio de situación administrativa del actor, de servicio activo a suspenso de funciones, se adecua a la normativa específica prevista en el artículo 102 de la ley 17/89 y artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, sin que pueda apreciarse la indefensión denunciada, cuando la decisión administrativa trae su origen del auto de procesamiento dictado en causa penal, cuyo conocimiento es patente para el actor y el cambio de la situación administrativa no exige la previa audiencia del interesado, al ser una consecuencia ipso iure establecida en su status funcional, previo informe del Jefe del Estado Mayor y sujeta a la resolución motivada del titular del departamento ministerial en base a los parámetros fijados por la norma, los que han sido debidamente ponderados y analizados por la Administración, quien emite por ello, su decisión dentro del ámbito de su potestad autoorganizativa y discrecional, conforme a derecho.”

³⁰ Consecuencia de que el demandante solo alegaba que el auto de procesamiento, en que se basaba la resolución impugnada de pase a la situación, no relataba hechos probados, pues sólo tienen esta consideración los que se declaren como tales en sentencia, en lo que, evidentemente, convenía la Sala, pero afirmando que el cambio de situación no es efecto de la sentencia sino del procedimiento judicial.

alegaciones en relación con la alarma social producida o con el perjuicio inferido al régimen de las Fuerzas Armadas, es decir, sobre aquellos criterios legales valorados por la autoridad administrativa, y que no pueden sustraerse a la valoración del interesado en el ejercicio de su derecho a la contradicción y a la defensa.

Ciertamente, el art. 143 no hace mención del trámite de audiencia, pero no deja de ser paradójico concluir que por ello no es preciso concederla cuando el art. 133 la exige expresamente como acto previo a la resolución de cese en el destino, medida que, desde luego, no ocasiona los perjuicios que produce el pase a la situación, entre los que se cuenta, generalmente, el mismo cese en el destino. No es coherente justificar la ausencia del trámite cuando la pérdida del destino es consecuencia del pase a la situación, y exigirlo, so pena de nulidad, cuando el destino se pierde por falta de idoneidad o por el ejercicio de la facultad prevista en el art. 133.2. Tampoco es admisible justificar la sustitución del trámite por un presumible ejercicio posterior del derecho al recurso; no lo es ni conceptualmente, ni por la naturaleza de los perjuicios que causa el pase a la situación, a los que hay que sumar el efecto añadido, propio de una materia que se rige por un efectivo principio de publicidad, de que se resienta el mismo derecho al honor o a la imagen personal y profesional, sin que una posible revocación sea capaz de reparar en toda su extensión los daños producidos en este orden por una difusión que podía haberse evitado. Tan sólo puede justificarse la ausencia del trámite cuando concurre la existencia de prisión preventiva, dada la objetividad de esta circunstancia y los peculiares efectos que la caracterizan, conforme ha quedado ya expuesto.

4. DURACIÓN

La disposición adicional cuarta de la Ley 28/1994, de 18 de octubre, modificó la redacción originaria del art. 102 de la Ley 17/1989, para introducir un límite temporal a la permanencia en la situación, y poner fin así a la vinculación que históricamente ha mantenido con la duración del procedimiento judicial hasta su finalización.

El vigente art. 143.2, segundo párrafo, de la Ley 17/1999, siguiendo la misma línea, establece como periodo máximo de permanencia el tiempo de seis meses. Comenzará cuando se adopte la resolución, a la que puede otorgarse efectos retroactivos si existe prisión preventiva, y su transcurso determinará el fin de la situación y el cese de todos sus efectos. No obstante, el propio texto legal previene una excepción que permite superar ese

plazo e, igualmente, también se tomarán en consideración otras circunstancias que impiden que llegue a su término. Entre estas últimas caben las siguientes: en primer lugar, la propia reconsideración ministerial de una resolución esencialmente revocable; el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria dictados en el proceso penal, sin necesidad de que sean firmes, pues estas resoluciones exculpatorias enervan la causa de imputación judicial que originó el pase a la situación; y el acuerdo de terminación del expediente gubernativo. La sentencia condenatoria firme determinará igualmente el fin de la situación para pasar a la que corresponda, y tan sólo cuando ésta no fuera firme podrá continuar la permanencia en la situación hasta el cumplimiento del plazo.

Antes de examinar la excepción al límite máximo de permanencia en la situación hay que advertir sobre la confusión y equivocidad de la redacción legal. El legislador en lugar de optar por un tratamiento simplificado de la prisión preventiva, similar al que rige para otros empleados públicos³¹, introduce en el citado párrafo segundo del apartado 2, así como en el apartado 3 del precepto, determinadas especialidades que, además de no resolver todos los supuestos, crean dudas sobre su acierto y justificación.

Se autoriza a que el periodo máximo de permanencia sea “el de duración de la prisión preventiva, caso que se hubiera acordado por la autoridad judicial en algún momento del procedimiento y fuese superior a seis meses”. Para comprender correctamente esta disposición debe partirse de la redacción equívoca que al respecto introdujo la Ley Orgánica 28/1994, la cual al establecer el límite máximo de seis meses lo hizo con la salvedad de “que se hubiera acordado prisión preventiva por la autoridad judicial”, de tal modo que lo que parecía autorizar un exceso sobre el límite, también parecía imponer una duración inferior si la prisión no llegaba a ese tiempo. Ahora la disposición comentada, en su ánimo de corregir la anterior, finaliza con una alusión temporal aparentemente referida a la medida cautelar, pero que entiendo hace referencia más a la duración de la situación administrativa, autorizando a que su límite sea superior al máximo inicialmente previsto cuando concurre la prisión preventiva. De este modo se da también solución a alguna de las cuestiones que presenta la prisión sobrevenida al comienzo de la situación.

³¹ El art. 21.2 del RD 365/1995, de 10 de marzo, dispone: “Si durante la tramitación de un procedimiento judicial se decreta la prisión provisional de un funcionario u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar su puesto de trabajo, se le declarará en suspensión provisional por el tiempo a que se extiendan dichas medidas.”

No hay dificultad cuando el pase a la situación se acordó en razón, entre otras circunstancias, de la concurrencia de la medida cautelar, puesto que, entonces, no se cesará en la situación si al agotarse el plazo semestral persiste la privación de libertad, prolongándose hasta que se ponga fin a la prisión. Incluso, habiéndose pasado a la situación sin concurrir la prisión, si ésta se adoptase antes de consumirse el citado plazo legal, no hay inconveniente a que llegado éste a término no se produzca el cese en la situación mientras la medida cautelar tenga plenos efectos.

Mayor complejidad presentan los supuestos de prisión sobrevenida al cese en la situación; es decir, si es posible acordar de nuevo el pase a la situación en la que ya se cesó, como consecuencia de una medida cautelar adoptada en fase avanzada del procedimiento penal, e, incluso, cuando hubiere recaído sentencia condenatoria pendiente de resolución de recurso, si ya con anterioridad, y en razón del mismo proceso penal, el interesado permaneció en la situación durante el tiempo máximo autorizado de seis meses, o superior en caso de prisión preventiva anterior. El texto legal no ofrece un fundamento claro a tal posibilidad, y tan sólo desde un planteamiento sustentado en el hecho de la privación de la libertad que imposibilita para el desempeño de funciones públicas, en la aproximación al tratamiento que la medida tiene en orden a pasar a la situación de suspensión provisional los funcionarios públicos, y, desde luego, con una perspectiva de posterior abono para el caso de pasar a suspenso de empleo, podría justificarse el reingreso en la situación. En otro caso, habría de admitirse que la confusión del precepto conduce al mantenimiento de la situación administrativa del interesado, sin alterarla, incluso si se encuentra en servicio activo con destino al que no se puede comparecer por hallarse privado de libertad bajo una imputación criminal. Y francamente, esta posibilidad, a mi parecer, no deja de ser un absurdo.

5. EFECTOS

Los efectos de la situación consisten en la inmovilización del interesado en el puesto que ocupe en el escalafón u ordenación correspondiente, el cómputo del tiempo permanecido en la misma sólo a efectos de trienios y derechos pasivos, y, si así se hubiera acordado, la pérdida de destino. Si la situación no lleva consigo la pérdida de destino, el art. 48.2 del Reglamento impide que pueda desarrollar actividad alguna en la unidad, centro u organismo en que estuviese destinado. Igualmente, el art. 31 de la Orden Ministerial 120/1993, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las Nor-

mas de Clasificación y Provisión de Destinos del Personal Militar Profesional, sólo admite la solicitud de vacantes desde la situación de servicio activo, y excepcionalmente desde la de servicios especiales y de reserva.

En cuanto a los efectos retributivos el art. 10.4 del Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, previene que se percibirá el 75 por 100 de las retribuciones básicas.

A los efectos de plantillas quienes se encuentren en esta situación contabilizarán de igual forma que los que se encuentran en servicio activo.

En cuanto a reglas de compensación, el apartado 4 del precepto, establece dos supuestos. El primero, en caso de sobreseimiento del procedimiento, sentencia absolutoria o terminación del expediente gubernativo sin declaración de responsabilidad, conduce a la reposición del interesado en su destino si a su derecho conviniere, y lo hubiera perdido al pasar a la situación, a la recuperación de su situación en el escalafón u ordenación correspondientes, y al cómputo del tiempo pasado en la situación como tiempo de servicios. Evidentemente, también, devolución de las retribuciones dejadas de percibir.

El segundo supuesto es el de condena por sentencia firme o sanción disciplinaria extraordinaria también firme, por tiempo inferior al que se haya permanecido en la situación, en cuyo caso la diferencia le será computable como tiempo de servicios. De ello se desprende que esta compensación parcial se aplicará a todo el tiempo permanecido en la situación cuando se impongan penas o sanciones carentes de dimensión temporal, como la pena de multa o la sanción de pérdida de puestos en el escalafón, y aún así su tratamiento resultará realmente desfavorable por ser los efectos de la situación más lesivos que los de la propia pena o sanción. Si por el contrario, se trata de penas o sanciones que dan lugar a pasar a la situación de suspenso de empleo, se planteará la cuestión de la compensación o abono entre los efectos de una y otra situación, que será objeto de examen al analizar esta última.

6. PROHIBICIÓN DE DESTINO TRAS EL CESE EN LA SITUACIÓN

Una muestra más del desafortunado tratamiento de la prisión preventiva volvemos a encontrar en el apartado 3 del precepto, que quiebra con la evolución generalmente positiva que la Ley 17/1999 representa en el tratamiento de las situaciones administrativas y, en concreto, con la línea ya iniciada por la disposición adicional cuarta de la Ley Orgá-

nica 28/1994 en lo que respecta a la suspensión de funciones, al introducir una regla que, pese a su novedad, es regresiva y vestigio de la antigua situación de procesado y de la misma suspensión de funciones previa a la reforma operada por la citada disposición adicional, recordando aquellos efectos que permanentemente acompañaban al interesado durante toda la tramitación del procedimiento judicial hasta su resolución firme. De ahí que pueda volverse a los argumentos que a aquella situación se oponían, además de los que surgen frente al hecho de tratarse de un efecto no propio de la situación, sino que comienza precisamente cuando ésta cesa, lo que conduce a preguntarse sobre la auténtica “ratio” de una disposición que autoriza a prohibir la solicitud y obtención de destino al margen de los mecanismos que en beneficio e interés del servicio ya se establecen en la normativa aplicable a la provisión de destinos.

El presupuesto lo constituye el cese en la situación de suspenso de funciones por levantamiento de la prisión preventiva. No contempla el supuesto de cese en la situación por el transcurso de seis meses, por lo que si se cesó en la situación al cumplirse este plazo, incluso habiendo prisión preventiva siempre que se revocara con anterioridad, no resulta de aplicación la disposición, como así entendió la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 11 de octubre de 2000.

El Ministro de Defensa para los militares, y el Director General de la Guardia Civil para los miembros de este Cuerpo, son las autoridades competentes para acordar la prohibición de solicitar y de obtener destino mediante resolución motivada en la que habrán de valorarse los hechos imputados, la trascendencia social y el interés del servicio. Esta prohibición se establecerá por un periodo de tiempo que no podrá exceder del momento de dictarse sentencia firme o auto de sobreseimiento, por lo que, consecuentemente, tendrá efecto durante el periodo de tiempo concreto que se fije en la resolución o, a lo sumo, hasta que se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento penal. Se trata de una medida de duración determinada, o al menos determinable, de ahí que la citada sentencia no acogiera las alegaciones de su inconstitucionalidad, justificadas por el recurrente en una pretendida duración indefinida. Aunque bien es cierto que, si no es señalado un plazo concreto de vigencia en la misma resolución que la acuerde, su duración dependerá, en definitiva, de la mayor o menor celeridad que se imprima al procedimiento penal y de sus vicisitudes procesales.

IV. SUSPENSO DE EMPLEO

1. ANTECEDENTES

Con la salvedad de un remoto antecedente en la situación de “condenado” que preveía el Decreto de 17 de octubre de 1940 para los miembros del Ejército del Aire condenados a penas que no implicaran la separación o expulsión de su Ejército, el antecedente más inmediato de la vigente situación lo encontramos en la que con la misma denominación introdujo el Decreto de 12 de marzo de 1954. Desde éste pasó al Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo, cuyo art. 10, con muy deficiente técnica de remisión a determinados preceptos del Código de Justicia Militar de 1945, deja patente el origen penal de sus causas y sus efectos. La Ley 17/1989 la incorpora también al elenco de situaciones que la misma contempla, con un tratamiento más autónomo que el de la norma anterior, y acogiendo, por vez primera, la imposición de una sanción disciplinaria como causa de la situación. Con una mayor precisión terminológica e importantes matices pasa al art. 142 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo ³².

³² El contenido del precepto es el siguiente:

“1. Los militares profesionales pasarán a la situación de suspenso de empleo por alguna de las siguientes causas:

a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, en este último caso mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; o a las penas, principal o accesoria, de suspensión de empleo o cargo público.

b) Imposición de sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo.

2. El militar profesional que pase a la situación de suspenso de empleo por la causa definida en la letra a) del apartado anterior quedará privado del ejercicio de sus funciones, cesando en su destino, durante el tiempo en que se ejecute la pena privativa de libertad o la de suspensión de empleo o cargo público, hasta la total extinción de éstas.

La suspensión de empleo por el supuesto definido en la letra b) del apartado anterior, surtirá los efectos previstos en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cesando el afectado en el destino sólo cuando la sanción impuesta fuese por un periodo superior a seis meses.

3. Los militares profesionales también podrán pasar a la situación de suspenso de empleo cuando lo acuerde el Ministro de Defensa, a la vista de la sentencia en que se impusiera la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho, cuando dicha inhabilitación impida o menoscabe el ejercicio de sus funciones.

4. El militar profesional que pase a la situación de suspenso de empleo, cualquiera que fuese la causa que lo motive, permanecerá en el escalafón u ordenación correspondientes en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización, siendo definitiva la pérdida de puestos.

El tiempo permanecido en la situación de suspenso de empleo no será computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

Este precepto configura una situación administrativa que pretende ser reflejo de las vicisitudes de la ejecución de una condena penal o sanción disciplinaria que afecta a los derechos o a la libertad personal del interesado, impidiendo o perturbando el normal y ordinario ejercicio de las funciones que debe desempeñar. Son penas o sanciones a las que no se anuda la consecuencia de la pérdida de la condición militar, pero sí la de una alteración profunda de su contenido en razón a que dan lugar a pasar a una situación de efectos similares a los ya examinados con ocasión de la suspensión de funciones, pero ahora con carácter definitivo en todo caso.

Las causas de pase a la situación cabe clasificarlas, conforme a lo establecido en los apartados 1 y 3 del precepto, en la forma que sigue:

a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar. Cabe puntualizar que se trata de penas de prisión que no exceden de tres años, pues conforme establece el art. 28 del citado texto legal, de superar ese periodo la pena de prisión lleva consigo la accesoria de pérdida de empleo, que produce la baja en las Fuerzas Armadas. Privación de libertad implícita en la pena de prisión a la que no resulta legalmente posible aplicar el beneficio de su remisión condicional.

b) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal, si concurre efectiva privación de libertad del interesado. No procede pasar a la situación cuando se suspende la ejecución de la pena de prisión o ésta es sustituida por otra de las previstas en el art. 88 del Código Penal. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la normativa disciplinaria que dispone la instrucción de un expediente gubernativo cuando la pena del Código Penal sea de prisión en cualquier extensión por delito doloso o superior a un año por delito cometido por imprudencia ³³.

c) Condena, en sentencia firme, a las penas principal o accesoria de suspensión de empleo o cargo público. El art. 33 del Código Penal contempla la pena de suspensión de empleo o cargo público, considerándola grave si excede de tres años, o menos grave si no supera ese tiempo. Es

5. El militar profesional que pase a la situación de suspenso de empleo por el supuesto definido en la letra b) del apartado 1 de este artículo, si la sanción disciplinaria extraordinaria ejecutada fuere posteriormente revocada con carácter definitivo, en vía administrativa o jurisdiccional, será repuesto en su destino, si a su derecho conviniera, recuperará su situación en el escalafón u ordenación correspondientes, incluido el ascenso que hubiere podido corresponderle, y el tiempo transcurrido en dicha situación le será computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos.”

³³ Art. 17.6 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, y art. 9.10 de la LO 11/1991, de 17 de junio.

una pena privativa de derechos que puede imponerse con carácter principal cuando así se prevea expresamente, o con carácter accesorio, y con la misma duración que la pena principal, en los supuestos del art. 56. El art. 43 del mismo texto legal le confiere los efectos de privar del empleo o cargo público durante el tiempo de la condena.

En el Código Penal Militar la pena pierde la unicidad que le caracteriza en la normativa común y pasa a tener un tratamiento diversificado en dos penas de carácter accesorio que recoge el art. 24.2. La suspensión de empleo es una pena accesoria de la de prisión de seis meses y un día a tres años impuesta sólo a militares, y la de suspensión de cargo público es pena accesoria de toda pena de prisión hasta doce años. Esta última suspensión tendrá las consecuencias señaladas en el Código Penal, conforme a la remisión que efectúa el art. 34, en tanto que la suspensión de empleo, pena de larga tradición en los textos punitivos castrenses, lleva consigo los efectos que detalla el art. 31.

La mención expresa a estas penas, junto a la ya examinada de prisión, como causas de pase a la situación, elimina las dificultades que la genérica redacción del art. 101 de la Ley 17/1989 presentaba respecto de los condenados a penas no privativas de libertad o a pena militar de prisión no superior a seis meses que por imperativo legal no lleva la accesoria de suspensión de empleo. Estos últimos, si se encontraban en servicio activo, se veían obligados a dejar materialmente de prestarlo para pasar a cumplir la pena de prisión, sin que se pudiera acordar su pase a la situación de suspenso de empleo, porque al relacionarse directamente en la interpretación de aquel texto legal, la situación administrativa con la pena accesoria de su misma denominación, la inexistencia de ésta impedía que se acordase el pase a la situación. Para evitar tal contrasentido de un servicio activo en privación de libertad se acudió a remedios alternativos no plenamente convincentes, y en algún caso posteriormente revocados por decisiones judiciales, como era el pase a la situación de disponible con pérdida de destino o el mantenimiento de la situación de actividad con condicionamientos que pugnaban con su auténtico carácter.

d) Imposición de sanción disciplinaria extraordinaria de suspensión de empleo. Sanción que puede imponerse a resultas de la instrucción de un expediente gubernativo con los efectos que establece la normativa disciplinaria y una extensión que oscila entre un mes y un año, salvo que sea por condena penal en cuyo caso podrá imponerse hasta el tiempo de duración de la pena de prisión. Al tratarse de una sanción no penal prima el principio de su ejecutividad inmediata impuesto por el art. 67 de la Ley

Orgánica 8/1998, y de ahí que pueda acordarse el pase a la situación sin demorarlo al momento de firmeza de la resolución. No obstante, en previsión de su revocación, el apartado 5 del precepto contempla las medidas a adoptar si ello sucediera.

e) Por último, el apartado 3 recoge la condena a pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o cualquier otro derecho, cuando la inhabilitación impida o menoscabe el ejercicio de sus funciones. Aunque no lo mencione expresamente, se trata de condena en sentencia firme a cualquier pena principal o accesoria de inhabilitación especial, excepto la referida al empleo o cargo público por ser causa de la pérdida de la condición militar, conforme dispone el art. 146.1 de la Ley. Es pena común, grave o menos grave según supere o no los tres años de extensión, y privativa del derecho al ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo, “o de cualquier otro derecho” que se concretará expresa y motivadamente en la sentencia, según previenen los arts. 39 y 45 del Código Penal.

En este punto es más precisa la redacción del art. 84.3 de la Ley 42/1999, que alcanza también a los supuestos de imposición de penas comunes de privación de los derechos de tenencia y porte de armas, a conducir vehículos de motor o a residir en determinados lugares o acudir a ellos cuando esta privación, igualmente, impida o menoscabe el ejercicio de las funciones de los miembros de la Guardia Civil.

En cualquier caso, tanto para los miembros de las Fuerzas Armadas como del Cuerpo de la Guardia Civil, a diferencia de las causas anteriores, el pase a la situación de suspenso de empleo por esta causa es facultativo y tan sólo se acordará si el cumplimiento de la pena impide o menoscaba el ejercicio de las funciones.

f) Como colofón, tras el examen de las anteriores causas, cabe extraer en conclusión la que ya se anticipaba al comienzo, es decir, que esta situación debe servir para adaptar la “realidad administrativa” a la realidad impuesta por la ejecución de una pena o sanción, cuyo cumplimiento efectivo perturba el normal desarrollo de las funciones a desempeñar, bien por imposibilidad material de la privación de libertad en las penas de prisión, bien por la imposibilidad jurídica derivada de las demás penas o de la sanción disciplinaria. Expuesto en términos de interrogante: ¿es suficiente la sola condena o sanción para pasar a la situación, o debe atenderse a las vicisitudes de su ejecución pues solo de ésta se deriva un efectivo daño al servicio?. En mi opinión, esta última circunstancia debe resultar decisiva para acordar el pase a la situación, pues si no hay ejecución de la pena o

sanción es inexistente el perjuicio al servicio por su causa, y ello excusa decretar el pase a la misma. En este sentido, el texto legal supone un considerable avance respecto del texto anterior, el art. 101 de la Ley 17/1989, tanto por la determinación de las penas y de la sanción que conducen a la situación, como por la exigencia de un efectivo perjuicio al servicio, patente en los apartados 1 a) y 3 del precepto; y, en especial porque el primer párrafo del apartado 2 ofrece de modo inequívoco el fundamento en que sustentar la tesis expuesta, pues de acuerdo con su redacción, los efectos del pase a la situación se mantienen durante el tiempo “en que se ejecute” la pena impuesta, es decir, solo la ejecución demanda y exige la situación administrativa y sus efectos. En materia disciplinaria el apartado 5 corrobora el mismo fundamento al contemplar los efectos de la sanción “ejecutada” posteriormente revocada.

De acuerdo con todo ello, la resolución disciplinaria que suspenda la sanción o acuerde su inexecución, y la resolución judicial que haga aplicación de la remisión condicional de la pena o que proceda a sustituir la prisión por otra pena, se alzarán como causas impeditivas del pase a la situación. Del mismo modo sucederá cuando se demore la ejecución de la pena a la espera de la resolución de un indulto o de una conmutación que puede alterar la naturaleza misma de la ya impuesta, pues, en definitiva, con la situación en estudio debe tratarse de sintonizar y acompasar la actividad administrativa a la actividad jurisdiccional de ejecución de la pena o penas impuestas en sentencia firme, y, consecuentemente, si no hay tal actividad, tampoco debe haberla en el ámbito administrativo para modificar la situación del interesado.

3. PROCEDIMIENTO

El art. 340 de la Ley Procesal Militar impone al Secretario del órgano judicial militar la obligación de remitir testimonio de las sentencias firmes dictadas en materia penal al Ministerio de Defensa, y similar obligación recoge el art. 497 respecto de las sentencias firmes que se hubieren dictado en lo contencioso disciplinario. Las leyes reguladoras de los regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil recogen también, en sus respectivas disposiciones adicionales, un mandato dirigido a los órganos de la jurisdicción ordinaria de poner en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que pusiere fin a los procesos penales instruidos al personal sometido a la aplicación de las mismas. A través de estos cauces, además de por aquellos otros que en ejecución de las sen-

tencias requieren de su colaboración o cooperación, la administración militar tiene conocimiento de la realidad de las anteriores resoluciones judiciales, que en cuanto afecten a personal profesional en situación de servicio activo o de reserva, en este caso solo de militares de carrera, provocará el inicio del correspondiente procedimiento de pase a la situación de suspenso de empleo. También desde la situación de suspenso de funciones, de concurrir aquellas causas, debe pasarse directamente a la de suspenso de empleo sin necesidad de reintegrarse previamente a la de servicio activo o de reserva.

La única norma relativa al procedimiento la encontramos en el art. 44 del Real Decreto 1385/1990, sólo parcialmente vigente, que confiere al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente la potestad de acordar el pase a la situación del personal del mismo dependiente, ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa. No obstante, la competencia será del Ministro de Defensa cuando la motivación del acuerdo resida en el apartado 3, es decir, por pena de inhabilitación especial cuya ejecución impida o menoscabe el ejercicio de las funciones encomendadas, que concurre con la facultad que también le atribuye el art. 133.4, de cesar en el destino sin acordar el pase a la situación en los supuestos de cualquier otra condena firme, distinta de las contempladas en el precepto en estudio, cuya ejecución imposibilite el ejercicio de las funciones propias del destino. Finalmente a la misma autoridad le confiere la competencia el art. 84.4 de la Ley 42/1999 para acordar el pase a la situación de los miembros de la Guardia Civil cualquiera que sea la causa que lo justifique.

Por lo demás, el procedimiento no presenta mayores complejidades, bastando constatar la firmeza y ejecutoriedad de la resolución judicial, que suele certificar el mismo órgano que la dictó. Aquí el trámite de audiencia relativiza su trascendencia ante la circunstancia de que la decisión administrativa, salvo en el supuesto del apartado 3, es obligada consecuencia de una previa sentencia judicial, sin margen a la discrecionalidad. Tampoco para el interesado sería lícito traer al procedimiento administrativo la discusión acerca de hechos ya probados, de la imputación firme o de la pena a cumplir.

4. DURACIÓN Y EFECTOS

La situación comenzará a producir sus efectos a partir del momento en que la sentencia es firme y se lleve a cumplimiento, aunque la publicación del pase a la situación sea posterior. Será aquél el momento determinante del cese en la situación en la que se estuviere y del pase simultáneo a la de

suspense de empleo, en la que se permanecerá durante todo el tiempo de ejecución de la pena o penas impuestas, o durante el tiempo de cumplimiento de la sanción disciplinaria.

El pase a la situación por razón de condena penal lleva aparejada la privación del ejercicio de las funciones y el cese en el destino. Si lo fuera por causa de sanción disciplinaria de suspensión de empleo tendrá los efectos previstos en la normativa disciplinaria ³⁴, cesando en el destino cuando fuera impuesta por un periodo superior a seis meses. En este último supuesto el legislador se ha aproximado a los regímenes de otros servidores públicos que señalan el límite de los seis meses como la circunstancia temporal que determina la pérdida del destino ³⁵, suavizando el rigor de la ley anterior, en la que se originaba en todo caso este efecto, por breve que fuera la duración de la sanción.

Además, cualquiera que fuera la causa de pase a la situación, el interesado permanecerá en el escalafón u ordenación correspondientes en el puesto que ocupare en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización, siendo definitiva la pérdida de puestos. El tiempo permanecido en la situación no será computable a efectos de tiempo de servicio, trienios y derechos pasivos. Se percibirá el 75 por 100 de las retribuciones básicas conforme dispone el art. 10.4 del Reglamento General de Retribuciones.

Cualquier duda que la naturaleza de estos efectos pudiera provocar sobre el aforamiento de los suspensos de empleo y de su sometimiento a las leyes penales y disciplinarias militares, debe despejarse en sentido afirmativo, pues la respuesta contraria no puede encontrar su justificación en el silencio legal, dado que cuando la ley persigue la desvinculación así lo manifiesta expresamente, como sucede en la mayor parte de los supuestos de servicios especiales y de excedencia voluntaria. Además de la circunstancia, que igualmente así lo avala, de la existencia de preceptos disciplinarios, a que anteriormente se hizo referencia, que toman como tipo de la infracción sancionable haber sido condenado, abstracción hecha de que se ejecute o no la pena impuesta, o pase o no el condenado a la situación de suspenso de empleo.

El apartado 5 contempla el supuesto de que la sanción de suspensión de empleo se hubiera ejecutado antes de su revocación definitiva en vía

³⁴ Art. 20 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, y art. 16 de la LO 11/1991, de 17 de junio.

³⁵ Art. 363.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 22.1 del RD 365/1995, de 10 de marzo.

administrativa o jurisdiccional, imponiendo entonces la reposición del interesado en su destino si le conviniera, la recuperación de su situación en el escalafón u ordenación correspondiente, con derecho al ascenso que le hubiera podido corresponder, y el cómputo del tiempo transcurrido en la situación a efectos de tiempos de servicios, trienios y derechos pasivos.

Resta, finalmente, analizar la importante cuestión de la compensación entre los efectos producidos por las situaciones de suspenso de funciones y suspenso de empleo cuando se pasa por ambas en razón a un mismo procedimiento penal o expediente gubernativo. Aún siendo los efectos de la suspensión de empleo más gravosos que los de la suspensión de funciones, por el obligado cese en el destino y no ser computable el tiempo de la primera a ningún efecto, su análoga naturaleza permite el abono o compensación. Sin embargo, la ausencia de previsión al respecto ha sido tradicional en las normas que sucesivamente han regulado la materia, actuando como impedimento a cualquier operación compensatoria entre los efectos de una y otra suspensión. Podría aventurarse, incluso, que la Ley 17/1989, con la inversión del orden sucesivo lógico de ambas situaciones, anteponiendo en su enunciado y tratamiento la de suspenso de empleo, no hace sino remarcar la incomunicabilidad de sus respectivos efectos.

Observa Sánchez del Río y Sierra ³⁶, lamentándose por ello, el hecho de que “ni la Ley 17/89 ni el RD 1385/90 contienen previsión alguna sobre adaptación de las situaciones de suspenso de funciones y de suspenso de empleo: ambas son compartimentos estancos que producen sus propios efectos, la primera durante todo el tiempo que dura la tramitación de un procedimiento judicial y la segunda como consecuencia de una condena impuesta por tribunal competente, sin que se disponga un sistema de abono o compensación de tiempos perdidos, puestos descendidos o ascensos fallidos”. Aunque formalmente el texto del art. 142 de la Ley 17/1999 no hace variar un ápice la validez y el acierto del diagnóstico, puesto que sigue sin incluirse previsión alguna que autorice expresamente la comunicación de sus efectos cuando las situaciones se suceden, sin embargo, su silencio no debe continuar interpretándose con el sentido impeditivo en que se ha venido haciendo hasta ahora.

En efecto, del mismo modo que las medidas cautelares en el procedimiento sancionador, penal o disciplinario, son de abono para el cumplimiento de la sanción impuesta, no debe sustraerse a la misma operación de compensación los efectos análogos producidos por situaciones justificadas

³⁶ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier: “El estatuto...”, cit., p. 1551.

en aquellas circunstancias, so pena de que se llegue a trocar la naturaleza de una situación administrativa por la de una auténtica sanción. Así lo viene entendiendo la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional, en sentencias de 11 de febrero de 1999 y 19 de abril de 2000, que acude también a un argumento comparativo para justificar la compensación, como es el de la discriminación con los funcionarios civiles a quienes resulta de abono el periodo de permanencia en la situación de suspensión provisional. Discriminación, cabe añadir, que puede predicarse prácticamente de todos los servidores públicos, quienes encuentran en sus respectivas normas estatutarias criterios de compensación y abono ³⁷. Tampoco hay, “peculiaridad castrense” alguna en que amparar un tratamiento desigual.

Por último, ante la necesidad de que la situación de suspenso de empleo se mantenga durante la ejecución de la condena o sanción disciplinaria, la compensación de los efectos, incluidos los retributivos, deberá practicarse sobre los propios de la suspensión de funciones, conforme pone de manifiesto la última sentencia citada.

³⁷ Art. 363.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 50.5 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero.

V. ESTUDIOS DE DERECHO MARITIMO

EL DERECHO DE PERSECUCIÓN* EN ALTA MAR: ¿DERECHO DEL ESTADO RIBEREÑO? O ¿EXCEPCIÓN DE LA LIBERTAD DE LOS MARES?

JOSÉ LUIS MESEGUER SÁNCHEZ
Doctor en Derecho
Abogado

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La persecución ininterrumpida (**hot pursuit**), en cuanto institución de Derecho Internacional, consiste en el poder que todo Estado ribereño tiene para perseguir fuera de su mar territorial a un buque extranjero sospechoso de haber cometido una infracción contra sus leyes y reglamentos en cualesquiera de los espacios marítimos sometidos a su soberanía o jurisdicción. Esta persecución ha de ejercerse, necesariamente, por buques al servicio del Estado cumpliendo de manera concurrente todos y cada uno de los requisitos exigidos.

Pese a la práctica de los Estados contra buques sospechosos de dedicarse al contrabando y contra buques de corsarios y piratas, la persecución no alcanzó la categoría de institución de Derecho Internacional Público hasta avanzada la primera mitad del siglo XX gracias a los trabajos de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de La Haya. Respecto a esta institución, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) constató en 1956 que “se trata de un derecho que no es discutido en Derecho Internacional”.¹

* La elección de este tema es un homenaje al Excmo. Sr. D. José Querol Lombardero, buen amigo y compañero, quien disertó sobre el derecho de persecución la última vez que coincidimos en Aulas del Mar, Cartagena 1999.

¹ Documento A/3159 y Corr. 1 (Ver en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956. vol. II, págs. 249-297, en especial pág. 281).

1. GÉNESIS DE LA INSTITUCIÓN

La persecución ininterrumpida, como otras instituciones recientes del Derecho del Mar –aguas interiores y zona contigua²–, tiene su origen en la doctrina. GILBERT GIDEL señala en su gran obra sobre el Derecho del Mar³ la evolución científica de esta institución jurídica que, en el breve período que media entre 1894 y 1925, se ha movido pendularmente desde la duda inicial de su existencia a la máxima afirmación y a su negación absoluta, aunque en general la doctrina ha sido favorable a la existencia de este derecho.

En esquema, para el autor francés esta evolución se asienta en cuatro fechas decisivas. En 1894 –pese a la posición contraria del Relator Sir T. BARCLAY, que basado en la autoridad científica de J. BASSET MOORE, no consideraba conveniente aceptar la práctica de un procedimiento que no estaba todavía definitivamente formado–, el Instituto de Derecho Internacional votó unánimemente la extensión del derecho del Estado territorial a perseguir las infracciones cometidas en sus aguas territoriales. En este mismo sentido, en 1896, RIVIER afirmaba que la jurisdicción territorial de las aguas litorales era susceptible de extenderse a alta mar en virtud del derecho de persecución practicado durante tiempo dilatado por Gran Bretaña y Estados Unidos y que esta extensión podía considerarse aceptada por el consentimiento de los Estados.

En el extremo contrario deben situarse las sentencias arbitrales del jurista holandés ASSER en 1902 y la posición doctrinal de FEDOZZI en 1925. En los Asuntos de los buques americanos *James Hamilton Lewis* y *C. H. White*, detenidos por Rusia fuera de su mar territorial en virtud del derecho de persecución por infracciones de su legislación pesquera dentro de las tres millas, el árbitro negó formalmente la existencia de un derecho de persecución fuera del mar territorial, salvo que se establezca una excepción por acuerdo o convenio expreso a la regla que establece en Derecho Internacional que la jurisdicción de un Estado no se extiende fuera de los límites del mar territorial. Para GIDEL, FEDOZZI fue, al parecer, al último autor que se manifestó de manera absoluta contra la existencia de un derecho de persecución debido –según el autor italiano– a la incertidumbre de la práctica de los Estados en esta materia que estaba desprovista de

² J. L. MESEGUER. *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*. Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, Capítulos Sexto y Octavo.

³ G. GIDEL, *Le Droit International Public de la Mer. Le Temps de Paix*, 3 tomos, Liechtenstein - París, 1981 (Reimpresión de la edición 1932-1934).

todos los elementos necesarios para la existencia de una costumbre internacional⁴.

2. CONFERENCIA DE LA HAYA DE 1930

En 1927, la Sociedad de la Naciones creó un Comité Preparatorio con el mandato de elaborar unas “**Bases de Discusión**” sobre los tres temas generales incluidos en la agenda de la futura Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional a celebrar en La Haya en 1930. De estos temas sólo el segundo se refería al Derecho del Mar.

El Comité Preparatorio –en virtud de las respuestas recibidas de los Gobiernos consultados– incluyó en la Base n.º 26 del documento⁵, bajo el epígrafe “*Continuation en haute mer d’une poursuite commencée dans les aux territoriales*”, la persecución en alta mar como un derecho del Estado ribereño. Este derecho se reconocía bajo la concurrencia de tres condiciones: a) que la persecución se iniciase en las aguas territoriales⁶ del Estado; b) por infracción de sus leyes y reglamentos; c) que no se interrumpa la persecución. El derecho de persecución cesaba por entrar el buque perseguido en el mar territorial de su propio país o de un tercer Estado.

Como reflejo explícito de la opinión de la doctrina imperante y de la posición de los Gobiernos sobre el alcance jurídico de la institución en estudio, esta Base señala que la persecución “*peut être continuée en haute mer et l’Etat riverain a la faculté d’arrêter et de juger le navire ainsi pour-suivi*”. En contrapartida de esta facultad, en caso de captura en alta mar, se impone la obligación de notificar sin retraso el hecho al Estado del pabellón del buque capturado.

Con mejor técnica jurídica y empleo acertado de una terminología más amplia y adecuada para un foro diplomático, la Conferencia redactó el artículo 11 del documento “Régimen jurídico del mar territorial” anejo al Acta Final de la Conferencia⁷. En este artículo, la expresión “puede ser continuada en alta mar” fue sustituido por la frase más ambigua “*peut être continuée hors de la mer territoriale*”; se pretendía así solucionar uno de los problemas planteados a la Conferencia que formalmente quedaba sin resolver –la existencia de la “zona contigua” al mar territorial–, a la vez

⁴ *Ibid.* tomo III - 1, págs. 343 a 350.

⁵ *Ibid.*, *op. cit.* en nota 3, t. III-II, pág. 792 y ss.

⁶ En el texto final se consagró la expresión “mar territorial”.

⁷ J. L. DE AZCÁRRAGA. *Legislación Internacional Marítima*, Madrid, 1955, págs. 15-19; G. GIDEL, *op. cit.*, t. III-II, págs. 794-799.

que se disimulaba la extensión de competencias estatales a alta mar, todavía fuertemente vinculada al régimen de la libertad de los mares. En definitiva, se reforzaba el poder del Estado para perseguir fuera de su mar territorial las infracciones a su legislación cometidas dentro de su territorio y espacios marítimos.

3. CONFERENCIA DE GINEBRA SOBRE DERECHO DEL MAR DE 1958

Después de la II Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un informe sobre el estado de las distintas instituciones del Derecho del Mar con miras a proceder a su codificación o a favorecer su desarrollo progresivo, conforme a las actividades asignadas por su estatuto.

La CDI, en su octavo período de sesiones, elaboró un proyecto de convención de carácter unitario, de setenta y tres artículos, relativo a todos los espacios marítimos reconocidos en aquel momento. El informe⁸ se presentó en el XI período de sesiones de la Asamblea General con la expresa recomendación de que convocara “una conferencia internacional de plenipotenciarios encargada de examinar el derecho del mar teniendo presente no solamente los aspectos jurídicos del problema, sino también sus aspectos técnicos, biológicos, económicos y políticos”⁹.

El derecho de persecución se incluye en el artículo 47 del informe. “En líneas generales, este artículo está basado en el artículo 11 del reglamento aprobado por la Segunda Comisión de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930”¹⁰. Por tanto, pese al desplazamiento de situación –de estar en los artículos propios del mar territorial pasa a integrarse en alta mar– el contenido de este artículo, por su origen, participa más, como luego se verá, de la naturaleza del mar territorial que del régimen de alta mar. En relación con el artículo 11 de 1930, la CDI incluyó, además, otros cambios relativos a la persecución iniciada en la nueva “zona contigua” aunque sólo “por atentado a los derechos que la creación de dicha zona se proponía proteger”¹¹ y la persecución por aeronaves militares.

Por Resolución 1105 (XI), de 21 de febrero de 1957, la Asamblea General convocó una conferencia internacional de plenipotenciarios con el

⁸ *Vid., op. cit.* en nota 1.

⁹ *Ibid.*, pág. 251 y s.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 281.

¹¹ Sir G. FITZMAURICE se abstuvo respecto a la persecución comenzada en la zona contigua. Ver nota 10 en el informe citado en nota 1, pág. 252.

objeto de examinar el Derecho del Mar y plasmar el resultado de su trabajo en uno o más convenios internacionales o en otros instrumentos que estimase adecuados. La Conferencia tuvo lugar en Ginebra del 24 de febrero al 27 de abril de 1958. La Conferencia, además de otros instrumentos internacionales adoptó cuatro Convenciones (mar territorial y zona contigua; alta mar; plataforma continental; y, pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar).

El artículo 23 de la Convención sobre alta mar recoge el “derecho de persecución” con redacción casi idéntica a la contenida en el artículo 47 del informe de la CDI. Las diferencias radican, de una parte, en la inclusión de la zona contigua entre los espacios marítimos en los que el Estado ribereño puede iniciar válidamente la persecución por encontrarse en ellos el buque extranjero sospechoso de la infracción de sus leyes y reglamentos; en el caso de la zona contigua –como en el informe de la CDI– “la persecución no se podrá emprender más que por atentado a los derechos para cuya protección fue creada dicha zona”.

Otra diferencia importante consiste en la inclusión de un nuevo párrafo que prevé el resarcimiento de todo perjuicio o daño sufrido por el buque extranjero por haber sido interceptado o detenido en alta mar en circunstancias que no justifiquen el ejercicio del derecho de persecución.

4. III CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Esta Conferencia se desarrolló en once períodos de sesiones, algunos dobles, de diciembre de 1973 a abril de 1982. En el último período de sesiones –el 30 de abril de 1982– aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por 130 votos a favor, 4 en contra y 17 abstenciones; se quebraba, así, el criterio de acomodación de temas adoptado en la sesión de Caracas (1974) para alcanzar un acuerdo global por consenso.

La Conferencia, de conformidad con los antecedentes de 1956 y 1958, incluyó el derecho de persecución en los artículos correspondientes a alta mar. En líneas generales, el artículo 111 de la Convención de 1982 reproduce el artículo 23 de la Convención sobre alta mar de Ginebra con ligeras modificaciones de forma, pero de gran transcendencia en el fondo.

En primer lugar, estas modificaciones se notan en la introducción de nuevos espacios marítimos en los cuales puede iniciarse la persecución, bien estén sometidos a soberanía (aguas interiores, aguas archipelágicas y

mar territorial) o bien sujetas a derechos de soberanía (zona económica exclusiva y plataforma continental), sin olvidar la zona contigua sobre la cual el Estado ribereño ejerce unas facultades fragmentarias y especiales para la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios.

En segundo lugar, por la especial naturaleza jurídica de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, en el nuevo apartado 8 correspondiente al anterior apartado 7 del artículo 23 de la Convención de Ginebra, se ha sustituido la expresión “...interceptado o detenido en **alta mar...**” por la de “...detenido o apresado **fuera del mar territorial...**”.

II. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina anterior a la consagración de la persecución como una institución de Derecho Internacional consideraba este derecho como una extensión en alta mar de la jurisdicción territorial del Estado ribereño. En este sentido, RIVIER antes citado y, en especial, G. GIDEL que incluye la persecución ininterrumpida en el tomo de su obra dedicado al mar territorial¹². Para este autor el derecho de persecución es el complemento de aquellos otros que el Estado ribereño posee sobre los espacios marítimos adyacentes, de manera que “*le droit de poursuite es bien un droit au sens propre et non pas seulement une certaine liberté d’action admise au profit de l’Etat riverain per les usages internationaux*”¹³.

Esta elaboración doctrinal del derecho de persecución hizo posible que esta institución fuera regulada por la Conferencia de La Haya de 1930 en los artículos relativos al mar territorial, antes citados.

La doctrina contemporánea –sin duda por la especial colocación de este derecho entre los artículos relativos a alta mar tanto en el informe de la CDI de 1956, como en las Convenciones de 1958 y 1982– considera, por el contrario, que el derecho de persecución supone una excepción a la denominada “*ley del pabellón*” o una limitación a la libertad de navegación.

La “**ley del pabellón**” se formuló definitivamente por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto del “*Lotus*” por sentencia de 10 de septiembre de 1927. La regla general establece que, en

¹² G. GIDEL, *op. cit.* en nota 3, t III-I, págs. 339 a 360.

¹³ *Ibid.*, t. III-I, pág. 349.

virtud del principio de libertad de alta mar, en este espacio marítimo un buque no depende más que del Estado cuyo pabellón tiene derecho a enarbolar; o, con otra formulación, en alta mar, un Estado –salvo las excepciones consagradas por el Derecho Internacional– no puede ejercer su autoridad o jurisdicción más que sobre los buques que enarboles su propio pabellón¹⁴.

Los autores que configuran el derecho de persecución como excepción a este principio¹⁵ pasan por alto las competencias del Estado ribereño en los distintos espacios marítimos (aguas interiores, mar territorial, zona contigua, aguas archipelágicas, zona económica exclusiva) interpuestos entre la tierra firme y alta mar. Pero, sin duda, donde la contradicción entre “ley del pabellón” y el poder del Estado para iniciar la persecución aparece de manera más significativa es en las infracciones a las leyes y reglamentos del Estado ribereño que sean aplicables a la plataforma continental cuando ésta se extiende, más allá de 200 millas marinas, hasta el borde exterior del margen continental. En esta extensión, las aguas suprayacentes tienen la naturaleza de alta mar; en consecuencia, en virtud de la “ley del pabellón” no debería iniciarse persecución alguna del buque infractor, o solo sospechoso de infracción, de las leyes y reglamentos de aplicación a la plataforma continental. Este caso extremo avala la fundamentación del derecho de persecución en los poderes del Estado ribereño para sancionar –y en la zona contigua también prevenir– las infracciones a las leyes y reglamentos del Estado ribereño en todos y cada uno de sus espacios marítimos; la persecución inmediata e ininterrumpida de un buque en alta mar es una extensión de los poderes del Estado ribereño de sancionar las infracciones cometidas en su territorio y en sus espacios marítimos con la condición de que la persecución se inicie en tales espacios y sea ininterrumpida en alta mar hasta alcanzar el mar territorial del Estado del pabellón o de otro Estado.

Distinta a la institución consagrada por el Derecho Internacional es el pretendido derecho de persecución (?) establecido por Canadá en la

¹⁴ J. L. MESEGUER, *op. cit.* en nota 2, pág. 228.

¹⁵ Confróntese entre otros autores, J. L. DE AZCÁRRAGA, *Derecho del Mar*, I Madrid, 1983, págs. 180 y 186; A. HERRERO RUBIO, “Libertad de los mares”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XV, Barcelona, F. Seix, 1974, págs. 375 a 413; D. MOMTAZ, “Le haute mer”, en R. J. DUPUY-D. VIGNES, *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Économica, 1985, págs. 337 a 374; J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6.ª Edición, Madrid 1996, pág. 411; A. REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional*, Madrid 1997, pág. 698.

“*Coastal Fisheries Protection Act*”, de 12 de mayo de 1994¹⁶. El artículo 18.1 establece que

“cualquier acto u omisión, **que de ocurrir en Canadá constituiría una infracción a una Ley Federal, se considerará que ha sido cometido en Canadá** si ocurriera, en el transcurso de la aplicación de la presente ley:

a) **en la zona de reglamentación de NAFO**¹⁷, a bordo o por medio de un buque de pesca extranjero que haya servido para cometer una infracción del artículo 5.2.;

b) en el curso de una **persecución continuada** iniciada cuando el buque de pesca extranjero se encontraba en la zona de pesca canadiense o **en la zona de reglamentación de NAFO**”.

Para evitar cualquier duda que pudiese surgir en la interpretación de este texto sobre la naturaleza jurídica de la “**zona de reglamentación**” de NAFO, el art. 18.2.1 establece que todos los poderes –de arresto, entrada, pesca, embargo o de otro tipo– que podrían ejercerse en Canadá, podrán ser ejercidos a bordo de un buque de pesca extranjero,

“en caso de una **persecución iniciada en cualquier punto de alta mar** que no sea un mar territorial o aguas interiores de otro Estado que no sea Canadá”.

Estos supuestos establecidos en la Ley canadiense de 1994 constituirían una verdadera excepción a la “ley del pabellón” si mediase un acuerdo internacional autorizándola; tratándose de un acto unilateral, el artículo 18 constituye una violación de la “ley del pabellón” y, por ende, del Derecho Internacional. Pero esta unilateralidad ha sido salvada por Canadá propiciando la negociación y adopción del “**Acuerdo sobre aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones**

¹⁶ Bill C-29, 1st Session, Thirty-fifth Parliament, 42-43 Elizabeth II, 1994. Cfr. J. L. MESEGUER, *op. cit.* en nota 2. págs. 253 a 257.

¹⁷ El Convenio que crea la Organización de Pesca del Atlántico Noroeste (NAFO) distingue dos zonas: una amplia, denominada *Zona de la Convención*, que comprende todas las aguas demarcadas por los límites geográficos de la Organización incluidas las situadas por dentro de las 200 millas de los Estados ribereños; otra restringida, denominada *Zona de Reglamentación* que comprende sólo las aguas de alta mar situadas por fuera de las 200 millas. Cf. J. L. MESEGUER, “Acuerdos bilaterales y multilaterales de pesca suscritos por España: naturaleza y problemas”, en *La pesca española ante el reto del futuro*. Revista *Situación*, Banco de Bilbao, n.º 4, 1.984, pág. 77 a 91.

Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias”, aprobado en Nueva York el 4 de agosto de 1995¹⁸. Referencias explícitas a este Acuerdo se introdujeron en los proyectos de ley canadienses de 1996 y 1997¹⁹.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su sentencia de 1 de julio de 1999 en “*The M/W ‘SAIGA’ (No. 2) Case*” (Saint Vincent and the Granadines v. Guinea) JUDGMENT, estudia ampliamente el artículo 111 de la Convención de 1982 sin hacer referencia alguna a la naturaleza jurídica de la “*hot pursuit*”²⁰; el juez ANDERSON es el único que en su opinión separada afirma que el derecho de persecución es una de las excepciones establecidas por la Convención a la regla de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón consagrada en el artículo 92.1²¹.

Por su parte, los autores que conciben el derecho de persecución como una limitación de la libertad de navegación la refieren tanto a alta mar²², como a los demás espacios²³. Esta concepción global resalta la autodefensa del Estado como base o fundamento de la persecución, se inicie y concluya en un espacio marítimo sometido a su soberanía o jurisdicción o continúe en alta mar.

En mi opinión, esta institución jurídica constituye un verdadero derecho que se atribuye a los Estados ribereños como prolongación fuera de su mar territorial de un poder de coerción, cuyo origen y justificación jurídica se encuentran en el derecho propio y privativo de esos Estados sobre los

¹⁸ Publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Sección Cortes Generales, VII Legislatura, Serie D: Actividades Parlamentarias, núm. 159, de 15 de junio de 2001.

Para conocer contenido y alcance de este Acuerdo cfr. J. L. MESEGUER, *Los espacios marítimos... op. cit.* en nota 2, págs. 245 a 248. También J. L. MESEGUER “Conferencia de las Naciones Unidas sobre poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias”, en *Industrias Pesqueras*; núms. 1647-1648, 1 y 15 de diciembre de 1995, págs. 45 a 47.

¹⁹ J. L. MESEGUER, *Los espacios marítimos ...*, *op. cit.* en nota 2, págs. 257 a 259.

²⁰ Parágrafos 139 a 152. Cfr. en internet http://www.un.org.Depts/los/ITLOS/Judg_E.htm

²¹ http://www.un.org/Depts/los/ITLOS/SO_Saiga_Anderson.htm

²² J.A. DE YTURRIAGA, *Ambitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid 1996, pág. 340.

²³ Cfr. R.-J. DUPUY, “La mer sous competence nationale”, en J. R. DUPUY-D. VIGNES, *Traité...cit.* en nota 15, págs. 219-273; T. TREVES, “La navigation”, en *Ibid.*, págs. 687-808.

espacios marítimos sometidos a su control²⁴. La diferencia entre esta concepción y la de los autores que basan la limitación de la navegación en alta mar o en los otros espacios marítimos en la autodefensa del Estado descansa, a mi juicio, en que el poder de coerción privativo del Estado en su territorio y espacios marítimos sometidos a su soberanía o jurisdicción se extiende “**fuera del mar territorial**” como una norma imperativa de Derecho Internacional del mismo rango de “**ius cogens**” que la libertad de navegación.

Si la libertad de navegación tiene limitaciones, también la persecución está sometida a la concurrencia de requisitos estrictos para su legalidad, sin dejar por ello de estar ambas instituciones encaminadas a la efectividad del Derecho Internacional.

Por tanto, siempre en mi opinión, el derecho de persecución se deriva del haz de competencias que son propias del Estado para hacer cumplir sus leyes y reglamentos, prevenir y sancionar las infracciones cometidas en su territorio, aguas interiores, aguas archipelágicas, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental; en modo alguno puede considerarse una excepción a la “ley del pabellón” o una limitación a la libertad de navegación. La propia CDI en el comentario al artículo 47 de su informe, pese a su colocación entre los artículos de alta mar, como ya se ha citado, afirma que “en líneas generales, este artículo está basado en el artículo 11 del reglamento aprobado por la Segunda Comisión de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930” sobre mar territorial; de esta manera, la CDI salvaba la naturaleza jurídica del derecho de persecución que corresponde al Estado ribereño.

Por último, debe destacarse también que el carácter de derecho en sentido propio que corresponde al Estado ribereño para iniciar y proseguir la persecución ha sido reforzado en el artículo 111 de la Convención de 1982 que enmienda la terminología empleada en el artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar. Así, este artículo 23 se refiere en el apartado 5.b) a “la visita y registro de un buque en alta mar” que se encuentra regulada en el artículo 22 como derecho independiente al de persecución; también en el apartado 7 –al prever la indemnización por daños y perjuicios en circunstancias que no justifiquen el ejercicio del derecho de persecución– se hace explícita referencia a alta mar. Por el contrario, en ambos

²⁴ En relación a la “zona contigua” *ibid.* el informe de la CDI citado en nota 1, pág. 281 y T. TREVES, *op. cit.* en nota 23, págs. 706 y ss.

supuestos, los párrafos correspondientes del artículo 111 emplean la expresión “**fuera del mar territorial**” al igual que en el apartado 1 de ambos artículos.

III. EJERCICIO DEL DERECHO DE PERSECUCIÓN

El artículo 111 incluye todos los requisitos y condiciones que el Estado ribereño debe cumplir en el ejercicio del derecho de persecución. Este largo artículo está estructurado en ocho apartados, uno más que el artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 1958; los cuatro primeros apartados corresponden a la persecución de un buque por otro y el apartado 6, párrafo a) y b) a la persecución de un buque por una aeronave.

Este derecho **solo podrá ser ejercido** por los buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves al servicio del Gobierno y autorizados a tal fin (art. 111.5). No es necesario que el buque –o la aeronave– que dé la orden de detenerse a un buque extranjero que navegue por el mar territorial o la zona contigua –o por los demás espacios marítimos sometidos a su soberanía o jurisdicción– se encuentre también en tales espacios marítimos en el momento en que el buque interesado reciba dicha orden (art. 111.1).

1. PERSECUCIÓN EFECTUADA POR UN BUQUE

Inicio de la persecución. Se podrá emprender la persecución de un buque extranjero cuando las autoridades del Estado ribereño *tengan motivos fundados* para creer que el buque ha cometido una infracción de las leyes y reglamentos de ese Estado (art. 111.1).

Lugar de persecución. La persecución podrá empezar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentre en las aguas interiores, en las aguas archipelágicas, en el mar territorial o en la zona contigua del Estado perseguidor; la persecución podrá continuar “**fuera del mar territorial**” o de la zona contigua a condición de *no haberse interrumpido*. Si el buque extranjero se encuentra en la zona contigua definida en el artículo 33, la persecución no podrá emprenderse más que por violación de los derechos para cuya protección fue creada dicha zona (art. 111.1).

Asimismo, este derecho se aplicará, *mutatis mutandis*, a las infracciones que se cometan en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental, incluidas las zonas de seguridad en torno a las instalaciones

respecto a las leyes y reglamentos de aplicación a estos espacios marítimos (art. 111.2). Como es lógico, por su reglamentación *ex novo* en el Derecho del Mar, este apartado no figuraba en el artículo 23 de la Convención sobre alta mar de Ginebra.

Condiciones para el inicio de la persecución. Concurrentes los requisitos anteriores (existencia de motivos fundados de infracción; que se inicie en los espacios marítimos del Estado ribereño; por buque o aeronave militares o asimilados; que la persecución sea ininterrumpida), la persecución no se considerará comenzada hasta que el buque perseguidor haya comprobado, por los medios prácticos de que disponga, que el buque perseguido o una de sus lanchas u otras embarcaciones que trabajan en equipo utilizando el buque perseguido como buque nodriza se encuentran dentro de los límites del mar territorial o, en su caso, en la zona contigua, en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental (art. 111.4). Aunque no se dice de manera expresa no cabe duda que, en virtud del apartado 1 del mismo artículo, también puede comenzar la persecución cuando el buque perseguido, una de sus lanchas u otras embarcaciones que trabajen en equipo se encuentren en aguas interiores o en aguas archipelágicas de un Estado.

El concepto de “*trabajo en equipo*” de otras embarcaciones no pertenecientes al buque perseguido se introdujo en la Conferencia de Ginebra de 1958, en contra de la posición de la CDI que se negó a asimilar al caso de un buque que, situado fuera del mar territorial, una de sus lanchas se encuentra en dicho espacio, con el caso del buque que no estando en el “mar territorial, no emplea sus propios botes, sino otras embarcaciones”²⁵. Este concepto fue incorporado al ordenamiento español con la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del Instrumento de Adhesión de España a la Convención de Alta Mar²⁶; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1987 aplicó este concepto de “trabajo en equipo” de manera correcta para calificar los hechos como sujetos al derecho de persecución respecto a embarcaciones de porte menor que procedentes de tierra acudían a proveerse al *buque madrina*²⁷ situado fuera del mar territorial español²⁸.

²⁵ *Anuario... cit.* en nota 1, pág. 281.

²⁶ “B.O.E.” núm. 309, de 27 de diciembre de 1971.

²⁷ Expresión usada en la Convención de Ginebra.

²⁸ Vid. C. B. JIMÉNEZ PIERNAS, “Competencia territorial del Estado y problemas de aplicación del Derecho del Mar: práctica española”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 12, 1995, págs. 265 y ss.

Señala también el artículo 111.4 que no podrá darse comienzo a la persecución mientras no se haya emitido una señal visual o auditiva de detenerse desde una distancia que permita al buque extranjero verla u oírla. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su sentencia del Asunto “SAIGA” (n.º 2), destacó entre los motivos para no considerar el ejercicio del derecho de persecución conforme a la Convención de 1982, que no había sido emitida señal alguna visual o auditiva para ordenar a dicho buque que se detuviese²⁹.

Cese de la persecución. El derecho de persecución cesara en el momento que el buque perseguido entre en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado (art. 111.3). Aparece también aquí un reconocimiento de la extensión del poder del Estado ribereño para perseguir fuera de su mar territorial a cualquier buque sospechoso de haber cometido una infracción de sus leyes o reglamentos en los espacios marítimos bajo su soberanía o jurisdicción; la extensión de tal poder encuentra su límite natural, sólo, en el mar territorial de otro Estado, sea el del pabellón del buque o no. Se confirma así que, pese a la territorialización pretendida por algunos Estados, los derechos de soberanía en la zona económica exclusiva o las competencias fragmentarias en la zona contigua son exclusivamente funcionales para la explotación de los recursos o para la prevención y sanción de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarias y de inmigración.

2. PERSECUCIÓN EFECTUADA POR UNA AERONAVE

Cuando la persecución se efectúa por una aeronave se aplicarán **mutatis mutandis** las disposiciones de los apartados 1 a 4 de este artículo (art. 111.6.a).

Según el apartado 6.b) del artículo 111, la aeronave que haya dado la orden de detenerse habrá de continuar activamente la persecución del buque hasta que un buque u otra aeronave del Estado ribereño, llamado por ella, llegue y la continúe, salvo si la aeronave puede por sí sola apresarse al buque. Para justificar el apresamiento “**fuera del mar territorial**”, la aeronave, además de haber descubierto al buque cometiendo una infracción³⁰,

²⁹ Citada en nota 20. Parágrafo 147.

³⁰ “*O que tenga sospechas de que la ha cometido*”. Este concepto de sospechas es más amplio que el requisito establecido en el apartado 1: “*tengan motivos fundados para creer que el buque ha cometido...*”

debe darle la correspondiente orden de detenerse y mantener la persecución sin interrupción, sea por la misma aeronave, sea por otras o por buques.

3. CONSECUENCIAS DEL APRESAMIENTO

En el supuesto de que un buque sea apresado en aguas bajo la jurisdicción de un Estado y conducido hacia un puerto de ese Estado a los efectos de una investigación por las autoridades correspondientes “no se podrá exigir que sea puesto en libertad por el solo hecho de que el buque y su escolta hayan atravesado una parte de la zona económica exclusiva o de la alta mar, si las circunstancias han impuesto dicha travesía” (art. 111.7).

Por último, “cuando un buque sea detenido o apresado fuera del mar territorial en circunstancias que no justifiquen el ejercicio del derecho de persecución, se le resarcirá de todo perjuicio o daño que haya sufrido por dicha detención o apresamiento” (art. 111.8).

IV. CONCLUSIÓN

El derecho de persecución es consecuencia del poder del Estado para reprimir las infracciones a sus leyes y reglamentos cometidos en su territorio o en los espacios marítimos sometidos a su soberanía o jurisdicción.

Bajo esta formulación general su naturaleza jurídica puede encontrarse en la *ratio essendi* del Estado o en los corolarios de la libertad de los mares. Si se toma en consideración la génesis doctrinal y la afirmación consuetudinaria de esta institución, el derecho de persecución (como afirmaba en el apartado II) toma su naturaleza jurídica del verdadero derecho del Estado ribereño a extender fuera de su mar territorial el poder de coerción que es propio del Estado, en virtud del Derecho Internacional, para la defensa de su territorio y de los espacios marítimos sometidos a su soberanía o a su jurisdicción. También puede fundamentarse en el *principio de efectividad*.

Por el contrario, si se tiene en cuenta la colocación de este derecho del Estado ribereño en la Convención de Ginebra sobre alta mar y en la Convención de 1982, podría apoyarse –en contra del origen consuetudinario de esta institución– que el derecho de persecución supone una excepción a la “*ley del pabellón*” o una limitación a la libertad de navegación. Con todo,

en mi opinión, no puede ignorarse, en este último supuesto, el reconocimiento que sobre la naturaleza jurídica de este derecho hace la Comisión de Derecho Internacional en su Informe previo a la Conferencia de Ginebra de 1958: “En líneas generales este artículo está basado en el artículo 11 del reglamento aprobado por la Segunda Comisión de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930. Se trata de un derecho que no es discutido en derecho internacional”.

En definitiva, el derecho de persecución fuera del mar territorial es un verdadero derecho del Estado ribereño contra todo buque extranjero cuando existan motivos fundados para creer que el buque ha cometido una infracción de las leyes y reglamentos de ese Estado en su territorio o en los espacios marítimos bajo su soberanía o jurisdicción, aunque la persecución ininterrumpida aparente ser excepción de la denominada “*ley del pabellón*” o limitación a la libertad de navegación.

EL ABORDAJE MARÍTIMO. ASPECTOS PENALES Y JURISDICCIONALES

JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA
Magistrado
Profesor Asociado de Derecho Penal
Del Cuerpo Jurídico de la Armada (excedente)

I. CONCEPTO

Son numerosas las definiciones que la dogmática ofrece del abordaje, y así, para F. MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES ¹, es voz que procede del italiano “abbordare” y significa tanto como arribar a puerto o tomar puerto, pero en la actualidad, así en el sentido gramatical como en el jurídico, es el choque de dos buques, añade este autor que se empleó durante mucho tiempo como medio de combatir y de tal forma hablan de él nuestras ordenanzas de 1793, pero hoy está completamente en desuso por no ser adecuado al empleo del moderno material, considerándose tan sólo como un accidente marítimo que puede producirse por una falsa maniobra de cualquiera de dos buques que se encuentran en la mar o porque éstos se embistan al no verse en circunstancias extraordinarias, como la niebla, si alguno navega sin luces, etc., de aquí que existan reglas para evitarlos.

Precisamente, incluso jurisprudencia reciente refleja la naturaleza polisémica del término, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) de 2 de octubre de 1995, donde se hace hincapié de forma reiterada en un concepto de abordaje parangonable a detención o aprehensión, en el caso concreto de la verificada por buques del Servicio de Vigilancia Aduanera de una embarcación que alijaba droga, que obviamente nada tiene que ver con la acepción ahora objeto de estudio.

¹ “Derecho Internacional Marítimo”, Madrid 1923, pág. 97.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, por su parte, define el abordaje como “el choque directo y violento entre buques, acaecido en los espacios acuáticos, con un resultado dañoso”², concepto al que llega desde un completo estudio de las principales aproximaciones doctrinales al respecto³, trayendo a colación las definiciones de GAMECHOGOICOCHEA⁴, GARRIGUES⁵, GUTIÉRREZ DE LA CAMARA⁶, QUEROL Y SANTAOLALLA⁷, HERNÁNDEZ YZAL⁸, GARIBI⁹, ORCASITAS¹⁰, GARCÍA FRÍAS¹¹, FARIÑA¹², Y VIGIER¹³.

Abunda en la exposición de una pluralidad de definiciones RODRÍGUEZ DE SANABRIA MESA¹⁴, que señala pueden distinguirse dos tipos, las de carácter sintético que se limitan a dar una idea esencial, como son las de RUIZ SOROA¹⁵, VICENTE Y GELLA¹⁶, BROSETA¹⁷, y URIA¹⁸, entre otros, y las de tipo descriptivo, que optan por enumerar los elementos básicos, tal y como hacen MAYO JAIMEZ¹⁹ Y ORCASITAS²⁰.

ORCASITAS LLORENTE, en su estudio, ya clásico, sobre la materia, y a partir de su reflexión sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1929, en la que se indicaba que “el abordaje puede acaecer entre dos embarcaciones, cualquiera que sea la clase y el tamaño, por acercamiento, encuentro, choque o golpe más o menos violento, pero

² “Comentarios al Código Penal Militar”, Madrid, 1988, pág.1883, y “Diccionario Jurídico Espasa”, Madrid 2001, pág. 28.

³ “Comentarios...”, ob. cit. Págs. 1881 a 1883.

⁴ “Tratado de Derecho Marítimo Español”, Bilbao 1943, Tomo III, pág. 303.

⁵ “Curso de Derecho Mercantil”, Madrid, 1980, págs. 792 y793.

⁶ “Las responsabilidades del abordaje delictivo”, pág. 37 y sigs.

⁷ “Derecho y legislación marítima”, pág. 215.

⁸ “Derecho Marítimo”, Barcelona, 1969, pág. 173.

⁹ “El siniestro de colisión náutica en la práctica marítima”, Madrid, 1958, pág. 5.

¹⁰ “Nueva legislación de abordajes”, Madrid, 1954, pág. 2; “Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante”, Madrid 1961, pág. 51.

¹¹ “Teoría Jurídica del abordaje”, en “Revista Española de Derecho Marítimo”, 1966-67, fascículo 1, pág. 45 y sigs.

¹² “Derecho comercial marítimo”, Barcelona 1955, Tomo III, págs. 11 y 12; “Derecho y legislación marítima”, Barcelona 1955, pág. 379.

¹³ “Curso de Derecho Marítimo”, Madrid 1972, pág. 689.

¹⁴ “Aspectos jurídicos del abordaje”, en “Derecho Marítimo”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pág. 93 y sigs.

¹⁵ “Manual de Derecho de accidentes de la navegación”, Vitoria, 1987, pág. 11.

¹⁶ “Curso de Derecho Mercantil comparado”, Zaragoza 1948, Tomo II, pág. 813.

¹⁷ “Manual de Derecho Mercantil”, Madrid, 1991, pág. 813.

¹⁸ “Derecho Mercantil”, Madrid, 1992, 1157.

¹⁹ “Abordajes y varadas, aspectos náuticos y jurídicos”, Madrid, 1989, pág. 23.

²⁰ “Nueva...”, ob. cit., pág. 2.

siempre sobre la base de hallarse las dos naves separadas, independientemente una de otra y en libertad de movimiento, pero nunca si están ligadas entre ellas y con relación de cierta dependencia, cual ocurre con una gabarra amarrada a un vapor, aunque se rompan las amarras y la hélice atraiga a la gabarra, determinando su hundimiento”, concluye afirmando que el abordaje es el choque violento en aguas marítimas o interiores de dos embarcaciones que navegan o son susceptibles de navegar y que entran en colisión por propio impulso o porque una de ellas haya sido forzada por una tercera, siempre que no estuvieran todas ellas dedicadas a tráfico fluvial ²¹.

Conviene precisar, en relación con la matización que formula ORCASITAS respecto al tráfico fluvial, que la Regla 1, apartados a) y b) del vigente Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en la Mar, de 1972 (en vigor desde el 15 de julio de 1977, con las enmiendas aprobadas por la Organización Marítima Intergubernamental, I.M.O. en siglas anglosajonas, y puestas en vigor el 1 de junio de 1983, 19 de noviembre de 1989, 19 de abril de 1991, y 4 de noviembre de 1995), que éste se aplicará a todos los buques en alta mar y en todas las aguas que tengan comunicación con ella y sean navegables por los buques de navegación marítima, y que ninguna de sus disposiciones impedirá la aplicación de reglas especiales, establecidas por la autoridad competente para las redes, puertos, ríos, lagos o aguas interiores que tengan comunicación con alta mar y sean navegables por los buques de navegación marítima, y que dichas reglas especiales deberán coincidir en todo lo posible con lo dispuesto en el Reglamento ²².

Por todo lo expuesto, se puede arriesgar que el concepto de abordaje coincide sustancialmente con las definiciones de ORCASITAS Y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, similares salvo en la precisión que el primero plantea al convertir en excepción a las embarcaciones fluviales, afirmación que entendemos discutible a la vista del Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes y si la colisión se produjera entre embarcaciones fluviales en ríos navegables por embarcaciones marítimas, cuestión que, en todo caso, en atención a los términos en que se enuncia y se desarrollará el presente trabajo, no ha de considerarse relevante.

²¹ “Nueva...”, ob. cit., pág. 2.

²² DE SIMÓN QUINTANA, “Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en la mar”, Madrid, 1999, pág. 11.

II. LA LEGISLACIÓN PENAL ORDINARIA

Una vez derogada la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (LPDMM), de 22 de diciembre de 1995, por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), y no existiendo norma específica al respecto en el Código Penal (CP) común de 1995, resulta evidente que las conductas que integraren un abordaje marítimo perseguible penalmente serían encuadrables, en la inmensa mayoría de los supuestos, en los *ilícitos de daños*, si bien con la posible aparición de figuras concursales en aquéllos supuestos en que la colisión náutica dé lugar a menoscabos personales (homicidio, lesiones, ...). Y es que, como ya se expuso en otro trabajo, “los abordajes, producida la derogación de la LPDMM, en su caso podrían ser tipificables como ilícitos contra el patrimonio, contra la seguridad colectiva o, incluso, contra las personas si existieran méritos para ello; sea en la previsión dolosa o en la imprudente correspondiente, con las figuras de concurso que pudieran producirse, en el marco general del CP, y con sujeción a las reglas competenciales que contienen la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el Convenio Internacional de Bruselas de 10 de mayo de 1952”²³. En particular, son reseñables en el CP los artículos 263 (daños en propiedad ajena), 265 (destruir, dañar de modo grave o inutilización para el servicio, aun de forma temporal, de buques de guerra), 266 (misma conducta realizada mediante incendio u otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o la integridad de las personas) y 267 (daños imprudentes), y, entre los delitos contra la seguridad colectiva, el artículo 346 (destrucción de medios de transporte colectivos, inmersión o varamiento de naves, mediante explosiones o similar) y 347 (misma conducta por imprudencia grave). Por su parte, el artículo 625 tipifica la falta de daños, si el importe no excede de cincuenta mil pesetas²⁴.

Si el *objeto material* del delito de daños lo constituye la cosa ajena, económicamente valorable y susceptible de deterioro, inutilización o destrucción²⁵, en el abordaje marítimo en todo caso será un buque, concreta-

²³ FERNÁNDEZ RODERA, J. A.: “La mar y el Derecho Penal”, “en “La Ley” núm. 4576, de 3 de julio de 1998, págs. 1 y 2; “Aproximación al régimen sancionador marítimo”, en “La Ley”, núm. 5042, de 27 de abril de 2000, págs. 1 y 2.

²⁴ La Ley 27/1992, sobre Puertos del Estado y de la Marina Mercante, contempla infracciones administrativas y correlativas sanciones que pudieran ser aplicables a supuestos de abordaje (v. gr. Artículos 114.1 b) e i), 115.1 h), 116.1.a), 114.3.a), 115.2.b), 115.3.e), f) y j) y 116.2.a), f), g) y h)).

²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)”, Madrid, 1988, pág.510.

mente otro buque distinto del que origina el siniestro, tal como afirma ORCASITAS ²⁶, que en su apoyo cita a VICENTE Y GELLA ²⁷, quien indica que no será abordaje el choque de un buque contra un pontón, y a DANJON ²⁸, que a su vez señala que tampoco lo será el choque contra un escollo, muelle o dique o contra otro cuerpo flotante, pero no susceptible de navegar, como un iceberg, tronco de árbol, etc., así como tampoco lo sería la colisión contra los accesorios de otro buque, como amarras, cadena, tangón, artes de pesca, etc., ni el hecho de que al pasar un buque por las cercanías de otro lo hunda a consecuencia de los remolinos producidos por su hélice ²⁹.

Por otra parte, el artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1910 exigía que el abordaje tenga lugar entre buques de navegación marítima o entre éstos y embarcaciones de navegación interior, sin tenerse en cuenta las aguas en que la colisión sobrevenga. La Regla 3 a) del Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en la mar, de 1972, determina que la palabra “buque” designa toda clase de embarcación, incluidas las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, utilizada o que pueda ser utilizada como medio de transporte sobre el agua, verificándose en los apartados siguientes otras definiciones de buque, en cuanto a diferentes características (“de propulsión mecánica”, “de vela”, “dedicado a la pesca”, “hidroavión”, “sin gobierno”, “con capacidad de maniobra restringida”, “restringido por su calado”, “en navegación”) ³⁰.

En cuanto a los tipos agravados (264 a 266 del CP), el artículo 265 sanciona la destrucción, daño de modo grave o inutilización para el servicio, aun de forma temporal, de buques de guerra ³¹ u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que supone la extensión de la agravación a los casos en que se abordan medios a flote de cualquier servicio militar o policial ajeno a la Armada ³².

²⁶ “Ley penal y ...”, ob. cit., pág. 64.

²⁷ “Curso ...”. ob. cit., Tomo II, pág. 205.

²⁸ “Tratado de Derecho Marítimo”, Madrid, 1936, tomo IV, pág. 12.

²⁹ Sobre colisión con cables submarinos: FERNÁNDEZ RODERA, “La mar ...”, ob. cit., pág. 1. Vid. Ley de Protección de Cables Submarinos, de 12 de enero de 1887.

³⁰ DE SIMÓN, ob. cit., pág. 15 y sigs.

³¹ Sobre el concepto de buque de guerra: artículos 273 y siguientes de las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, y art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (de Jamaica o de Montego Bay), de 1982.

³² FERNÁNDEZ RODERA, “La mar ...”, ob. cit., pág. 4.

Por lo que respecta al *sujeto activo* del delito de daños por abordaje marítimo, puede ser, normalmente, una sola persona (el Capitán del buque, en terminología civil), pero también pueden actuar varias personas en la producción del hecho punible, que se encuentren a bordo del buque o por intervenir en el incidente varias embarcaciones, posibilidades que compliquen la correspondiente atribución de responsabilidad. A tal fin, siguiendo a ORCASITAS³³, pueden distinguirse las siguientes posibilidades:

a) *Hechos propios del Capitán o de quien le sustituya o en quien delegue*: No podrá exigírsele al capitán o quien haga sus veces otra responsabilidad que la derivada de sus actos u órdenes dadas en el ejercicio del cargo con ocasión del abordaje. El juzgador penal deberá tener en cuenta al respecto ciertas normas de Derecho privado, concretamente del Código de Comercio (C. com.), en tanto que se refieren a las obligaciones del Capitán; dispone el artículo 612.7.º de dicho cuerpo legal que deberá “hallarse sobre cubierta en las recaladas y tomar el mando en las entradas y salidas de puertos, canales, ensenadas y ríos”, y su artículo 627 agrega que “el Piloto, como segundo Jefe del buque y mientras el naviero no acuerde otra cosa, sustituirá al Capitán en los casos de ausencia, enfermedad o muerte, y entonces asumirá todas sus atribuciones, obligaciones y responsabilidades”.

a`) *Actos de la tripulación* (seguimos con terminología mercante o civil): El artículo 618.4.º del C. com. establece que “el Capitán será responsable civilmente para con el naviero (...) de los daños y perjuicios que se causaren por faltas cometidas por la tripulación en el servicio del buque (...) si no probare que usó oportunamente de toda la extensión de su autoridad para prevenirlas o evitarlas”, mas en el orden penal han de distinguirse dos supuestos. En primer lugar que el hecho del tripulante constituya delito, en cuyo caso sería posible una conexidad, pudiendo el Capitán exonerarse de responsabilidad si racionalmente no pudo prever el delito del tripulante, debiendo probarse que sin el acto de éste el abordaje no se hubiera producido. El segundo supuesto sería que el hecho del tripulante no fuere delictivo, en el que el Capitán pudiera responder, al no romperse el nexo causal entre su conducta y el evento dañoso.

a``) *Defectos del material*: Si el accidente se produce por un fallo mecánico –el antiguo caso fortuito, desaparecido del CP del 95

³³ “Nueva ...”, ob. cit., pág. 46; “Ley ...”, ob. cit., pág. 58.

por mor del principio de culpabilidad consagrado en su artículo 5 (“no hay pena sin dolo o imprudencia”)– quedaría exculpado el Capitán, ello sin perjuicio de la que incumbiría al armador si se acredita que conocía y mantenía el estado deficiente de los equipos y aparatos de a bordo. GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA ³⁴, así como la “Revue Internationale du Droit Maritime”, recogen tres sentencias, una española y dos extranjeras que, aunque lejanas en el tiempo, son ilustrativas al respecto. La Sentencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina, de 16 de junio de 1899 (averías causadas al vapor inglés “Sicilian” por el español “Cabo Santa María”, el 6 de Febrero de 1897), en la que se absuelve al patrón español por producirse un “accidente imprevisto de no funcionar la máquina en el momento oportuno”; la Sentencia del Tribunal del Distrito Oeste de Nueva York, de 2 de enero de 1913, en el orden civil, en la que el abordaje se atribuyó a “caso fortuito imprevisto”; y la Sentencia del Tribunal de Comercio de Amberes, de 3 de julio de 1906, en la que se resuelve en sentido contrario en el caso de un abordaje entre un buque en marcha y otro fondeado, cuando en el momento crítico el aparato de gobierno del buque abordador no funcionase.

En conclusión, según ORCASITAS ³⁵, el cuidado racional y diligente del material, de acuerdo con las normas aplicables en la materia, sirve para que en caso de accidente por fallo del mismo, se considere que éste era tan imprevisto para el mando, que no cabe apreciar en él la base de una imputación penal.

b) *Capitán con práctico a bordo.* Según GAMECHOGOICOE-CHEA ³⁶, procede no exonerar al Capitán de responsabilidad, aun con el Práctico a bordo, precisamente en los casos de abordaje, porque así como cualquier otro accidente marítimo podría tener por origen peligros ocultos del puerto que conoce éste y no aquél, las colisiones se producen con objetos visibles y eludibles por el Capitán, sin que tenga que indicárselo el Práctico que lleva la “dirección” del buque, pero no “el mando”. Precisa ORCASITAS ³⁷ que en el orden penal si la maniobra que da origen al abordaje fue mandada por el Capitán, a éste sólo le incumbe la responsabilidad

³⁴ “Ensayos de Jurisprudencia Marítima de España”, Madrid, 1953, pág. 111.

³⁵ “Nueva ...”, ob. cit., pág. 50.

³⁶ Ob. cit., pág. 413.

³⁷ “Nueva ...”, ob. cit., pág. 52.

del accidente, mas si fue ordenada por indicación del Práctico, responden ambos, por las razones expuestas por GAMECHOGOICOECHEA, que, extendidas a la vía criminal, hacen atribuir la imputabilidad del acto a ambas personas en una doble relación causal.

c) *Tren de remolque y navegación en conserva*: En los casos de remolque entre embarcaciones de propio gobierno y propulsión, interviniendo varios Capitanes o Patrones, no cabe duda, siguiendo a ORCASITAS³⁸, que a uno solo compete la responsabilidad del conjunto de todas las maniobras prácticas a los fines del remolque y que él resultaría único sancionado si éstas se declaran contrarias al Reglamento, sin otro recurso que el de probar que los movimientos realizados por los Capitanes subordinados no se adecuaron a las órdenes dictadas por él. En la navegación en convoy o conserva la dificultad estribaría en la determinación del grado de autonomía que cada Capitán mantiene, debiendo el juzgador tener en cuenta hasta qué punto la obediencia debida (hoy desaparecida como tal del CP común, pero que habrá de entenderse incluida, en su caso, en el n.º 7 de su artículo 20, eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) obligaba a los buques en colisión a no realizar la maniobra idónea al caso considerado y así, el Consejo de Estado francés adoptó, en relación con un incidente ocurrido el 14 de agosto de 1905, el criterio de estimar el conjunto de buques en convoy como un solo todo, a los efectos de que su Jefe marcara para todos los buques el rumbo a seguir³⁹.

En los casos de *fuera mayor* (en los que, en principio, no hay ilícito, por ser “delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”, según el artículo 10 del CP), como el desencadenamiento de una tempestad, ésta ha de ser de carácter extraordinario, en el sentido de que “no es posible evitar sus consecuencias, una vez tomadas todas las precauciones necesarias”⁴⁰, para que pueda exonerarse de responsabilidad.

Resulta evidente que el origen normal de los accidentes marítimos está en un comportamiento culposo, por ser muy raro el dolo en la práctica, apareciendo aquella *conducta imprudente* bien por una omisión estricta de la diligencia debida, bien por el incumplimiento de un precepto reglamen-

³⁸ “Nueva ...”, ob. cit., pág. 53.

³⁹ ORCASITAS, Nueva ...”, ob. cit., pág. 54; “Revue Internationale du Droit Maritime”, año XXVI, pág. 604.

⁴⁰ ORCASITAS, (“Ley ...”, ob. cit., pág. 59) recoge la sentencia de 15 de abril de 1954 del Tribunal de Apelación de Rouen.

tario (esencialmente del Reglamento para la Prevención de Abordajes) o de la práctica náutica.

Por ejemplo, el desaparecido Consejo Supremo de Justicia Militar, en Sentencia de 3 de junio de 1949, sancionó a patrón de pesca que a bordo de una embarcación de esa clase parada con avería en el motor, da lugar a la colisión con otro buque por no tener encendidas las luces reglamentarias de a bordo para prevenir tales accidentes, y en la de 26 de octubre del mismo año se refiere al patrón de pesca y el mecánico de una embarcación de esta naturaleza que incurren en negligencia, respectivamente, el primero por hacerse a la mar con una dotación muy reducida que le impide hacer frente a los riesgos normales de la navegación y el segundo al abandonar el motor, ausentándose por un tiempo excesivo, dando lugar a que no se percatase que la cámara del mismo se inundaba y en consecuencia no se pudiera acudir con el tiempo suficiente a taponar la vía de agua, y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de enero de 1992, en relación con el abordaje por “grave negligencia o imprudencia” del artículo 59.2 de la derogada LPDMM, alude a “quebrantamiento de los deberes de prudencia y de los reglamentos” añadiendo que “por los procesados se prescindió del Reglamento Internacional para la prevención de abordajes (...) iban distraídos y (...) el buque en que navegaban entró en colisión por el costado de babor”.

En el CP vigente tendría encuadramiento en el artículo 267, que tipifica los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a diez millones de pesetas, infracción que sólo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, pudiendo denunciar el Ministerio Fiscal cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, por lo que, fuera de esos casos, las reclamaciones deberán sustanciarse en el orden jurisdiccional civil.

No son descartables los casos de *dolo eventual*, esa “zona de duda” en la que el resultado se acepta o tolera, cuando el sujeto activo prevé las consecuencias del acto pero no se abstiene de ejecutarlo, como en el ejemplo que ORCASITAS ofrece en el orden marítimo: “Todo marino sabe que en tiempo de niebla debe navegarse a marcha moderada; sin embargo, un Capitán de buque navega en tal tiempo, por las razones que fueren, a una velocidad excesiva; sabe que el abordaje puede sobrevenir; mas espera que, por tratarse de parajes poco frecuentados, por su habilidad o por los medios técnicos con que cuentan, el accidente no se producirá (...), si luego ocurre, este Capitán habrá obrado con dolo eventual”⁴¹.

⁴¹ “Ley ...”, ob. cit., pág. 55.

Por último, en lo atinente a la *responsabilidad civil*, ha de tenerse en cuenta que el C.com., en su artículo 837, dispone que la responsabilidad civil que contraen los navieros en los casos prescritos en la Sección relativa a los abordajes se entiende limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje, precepto que complementa el artículo 826, que indica que si un buque abordase a otro por culpa, negligencia o impericia del Capitán, Piloto u otro cualquiera individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial. Tales normas han generado dudas, tanto en relación con la determinación de la responsabilidad civil en sede penal como en cuanto a cual fuere la Jurisdicción competente al efecto, como apunta LANDIN CARRASCO ⁴² al hilo de sus comentarios sobre el derogado Código de Justicia Militar (CJM) de 1945.

Aclara el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de enero de 1992 (Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ) que debe tenerse en cuenta que la responsabilidad del artículo 837 C.com. no nace de los preceptos de dicho cuerpo legal –Sección 3.ª, Título IV del Libro III del texto mercantil–, basados en la culpa aquiliana, donde por tal normativa, el Capitán, Piloto o cualquier individuo de la dotación de la nave están exentos del deber de indemnización reparatoria por el abordaje, ya que ésta recae sobre el naviero, pero que encuentra limitada su responsabilidad, siendo así que la responsabilidad civil que se ventila en una causa penal se genera de la existencia de obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas y que se rigen por las disposiciones del CP, como se establece en el artículo 1092 del Código Civil, que son los comprendidos en los artículos 19 a 22 y 101 a 108 del mismo (hoy 109 a 122). Continúa afirmando dicha resolución, con cita del anterior CP y de la derogada LPDMM, cuyo precepto invocado en el caso considerado sería ahora el artículo 267 del CP:

“Si la responsabilidad en los casos de abordaje, según el C.com. es directa y recae sobre el naviero, la responsabilidad “ex delicto” recae sobre el responsable criminalmente (artículo 19 CP) y sólo en defecto de la del que lo sea criminalmente puede generarse otra responsabilidad civil nacida del delito o falta (artículos 20 a 22 CP).

La responsabilidad directa del naviero se extiende a la indemnización de los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial (art. 826 C.com), pero se extiende limitada al valor de la nave con

⁴² “Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares”, Madrid, 1967, págs. 272, y sigs.

todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje (art. 837 C.com), la responsabilidad civil ex delicto no es directa, sino subsidiaria en el recurrente (artículos 19 a 22 CP) y comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, determinándose su alcance con reglas concretas (arts. 101 y siguientes CP), sin estar sujeta a limitación alguna. Si la primera se basa en la responsabilidad por las cosas, por la empresa marítima que el buque supone, la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta en la culpa “in eligendo” e “in vigilando”.

Por tales razones y naciendo la responsabilidad subsidiaria del recurrente del delito del artículo 59.2 LPDMM, cuya supletoriedad de todo el Libro I del CP y, por consiguiente, las normas relativas a la responsabilidad civil que allí están ubicadas resulta evidente, el motivo debe desestimarse”.

Distinto criterio sostiene RODRÍGUEZ DE SANABRIA MESA ⁴³, en cuanto afirma que el naviero podría alegar y beneficiarse, en su caso, de las limitaciones de responsabilidad del C.com. y del Convenio Internacional sobre limitación de responsabilidad en materia de Créditos Marítimos, de Londres, de 19 de noviembre de 1976, ratificado por España el 22 de octubre de 1981 (BOE de 27 de diciembre de 1986), posición que, a la vista de lo expuesto, ha de considerarse harto discutible.

III. EL CÓDIGO PENAL MILITAR

El único lugar de nuestra legislación penal en el que subsiste el abordaje marítimo como tal es el Código Penal Militar (CPM) vigente, en dos de sus preceptos, los artículos 166 y 167, dentro del Capítulo I (“Delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar”) del Título VII (“Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación”) de su Libro II.

El artículo 166.2.º dispone que será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años el Comandante u Oficial de guardia de buque de guerra o aeronave militar que maliciosamente causare el abordaje con cualquier otro buque o la colisión con aeronave, añadiendo el último párrafo del precepto que los mismos hechos, cometidos por otro miembro de la

⁴³ Ob. cit., pág. 154.

dotación o tripulación o personal del servicio de ayudas a la navegación, se castigarán con la pena de prisión de tres a diez años.

Por su parte, el artículo 167 contiene una previsión culposa (“cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se cometieren por imprudencia, se castigarán: 1.º– Si el culpable fuera el Comandante o el Oficial de guardia, con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años o inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar. 2.º– Con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años si se tratare de otro miembro de la dotación o tripulación o del servicio de ayudas a la navegación”).

Corresponde a RODRÍGUEZ-VILLASANTE ⁴⁴ el más completo estudio sobre ambos tipos penales, rastreando sus antecedentes y el tratamiento en Derecho comparado, así como verificando su exégesis en una aproximación que, al igual que los estudios de ORCASITAS, ya profusamente referidos, constituyen el “corpus” doctrinal mas significativo en la vertiente penal del abordaje marítimo. Valga ahora todo lo expresado en el ordinal precedente en lo que, “mutatis mutandis”, puede ser predicable, en los aspectos mas genéricos o de valor universal, a los reseñados tipos castrenses.

No obstante, conviene advertir que ambos delitos son “de propia mano”, ya que sólo se pueden cometer por Comandante de buque, oficial de guardia, miembro de la dotación del buque o del servicio de ayudas a la navegación, no existiendo dudas en cuanto a las dos primeras categorías en lo referente a su condición militar, mas cabe la posibilidad de personal civil embarcado o destinado en el servicio de ayudas a la navegación (funcionarios civiles o personal laboral contratado), por lo que, en teoría, no sería descartable la comisión de estos delitos castrenses por quien no goce de status militar, si bien, curiosamente, el artículo 166 exige la cualificación militar al personal del servicio de ayudas a la navegación y no así el tipo imprudente del artículo 167.

En otro orden de cosas, pueden producirse en la práctica, en relación con la previsión culposa, problemas concursales, como bien analiza RODRÍGUEZ-VILLASANTE ⁴⁵, pues el artículo 62 del CPM (atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional), en relación de alternatividad con el artículo 155 del mismo cuerpo legal (delitos contra la eficacia del servicio), describe un delito imprudente que puede relacionarse con los artículos 57 y 58 del CPM (destrucción, daños o inutilización para el servicio, aun de forma temporal, de un buque de guerra).

⁴⁴ Ob. cit., págs. 1875 y sigs.

⁴⁵ Ob. cit. Pág. 1894.

Finalmente, las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por el Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, y dictadas en desarrollo de la ley 85/1978, de 29 de diciembre, contienen varias normas en íntima relación con la materia, y, en concreto, su artículo 104, relativo a las atribuciones del comandante del buque, señala que éste cuidará de conocer en todo momento la situación de su buque y evitará ponerlo en riesgo de colisión o varada. Tal artículo 102 dispone que el comandante, durante la navegación, velará porque su buque mantenga el puesto que tenga asignado en la formación o dispositivo y porque los Oficiales de Guardia extremen su atención a las comunicaciones que le afecten, y el 103 determina que ningún buque de la Armada cortará la proa a otro cuyo Comandante sea mas antiguo o lleve insignia superior a la suya; no obstante, si por atenerse a esta norma de cortesía se alargase el tiempo de la maniobra o la hiciera peligrosa, la efectuará, previo aviso de su intención, norma general que no prevalecerá sobre lo que las publicaciones tácticas establezcan para causas concretas.

Resulta asimismo de gran interés el artículo 112 de las ordenanzas de la Armada, en tanto contiene una previsión coherente con el tratamiento que en su momento se hizo respecto de los supuestos en que coadyuve a la maniobra un práctico: “En los puertos o aguas restringidas en que tomase práctico (el Comandante del buque), atenderá a sus indicaciones, teniendo presente que no cede en nada en responsabilidad (...) caso de accidente, nunca podrá justificarle el hecho de que siguió las indicaciones del práctico, salvo que éste no la hubiera informado correctamente de las características no incluidas en cartas, derroteros y avisos a los navegantes”.

IV. JURISDICCIÓN

Aluden ORCASITAS ⁴⁶, AZCÁRRAGA ⁴⁷, RODRÍGUEZ DE SANABRIA ⁴⁸, GONZÁLEZ-LEBRERO ⁴⁹, CERVERA PERY ⁵⁰ y DÍEZ SÁNCHEZ ⁵¹, entre otros muchos autores, al famoso caso “Lotus”, del

⁴⁶ “Nueva ...”, ob. cit., pág. 90.

⁴⁷ “Derecho del Mar”, Madrid 1983, Volumen I, págs. 78 y 159 a 161.

⁴⁸ Ob. cit., pág. 151.

⁴⁹ “Procedimientos marítimos”, Madrid, 1996, pág. 150.

⁵⁰ “El Derecho del Mar. Evolución, contenido, Perspectivas (De las Bulas Papales al Convenio de Jamaica)”, Madrid, 1992, pág. 174.

⁵¹ “El Derecho Penal Internacional (Ambito espacial de la ley penal)”, Madrid, 1990, pág. 63.

que en gran medida ha derivado el régimen jurisdiccional vigente en la materia. Se trata del abordaje ocurrido en alta mar entre el paquebote francés “Lotus” y el carbonero turco “Boz Kourt”, hundiéndose el segundo y muriendo ocho de sus tripulantes. Arribada la embarcación gala a puerto turco, fue detenido, procesado y condenado el Oficial de derrota francés, lo que dio lugar a un litigio internacional resuelto en la Sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, de 7 de septiembre de 1927, que decidió que Turquía había actuado correctamente (“En el caso de encontrarse en el buque un súbdito del Estado cuyo pabellón arbola, y haber resultado víctima del abordaje ocurrido en alta mar entre este buque y otro de comercio extranjero, ninguna regla de Derecho internacional impide a ese Estado ejercitar ante sus propias jurisdicciones las acciones penales contra el Oficial del buque extranjero que es acusado de haber incurrido en una culpa en la maniobra, ocasionando el abordaje”).

La resolución generó críticas doctrinales, por cuanto el argumento esencial, centrado en la nacionalidad de las víctimas, pudiera dar lugar, si los marinos ahogados pertenecieran a ocho naciones diferentes, a otras tantas jurisdicciones con competencia para enjuiciar al Oficial francés. La preocupación general propició que el problema fuera tratado específicamente en el Comité Marítimo Internacional en su sesión de París de 1937, redactándose dos anteproyectos de Convenio Internacional referentes a la unificación de reglas en materia penal y civil, respectivamente, que posteriormente sirvieron de base a los dos Convenios de Bruselas de 10 de mayo de 1952, ratificados por España el 11 de septiembre de 1953 (BOE n.º 3, de 3 de enero, para materia civil, y n.º 4, de 4 de enero, para materia penal).

El criterio que prevaleció en ambos Convenios es el basado en el principio del pabellón, sustancialmente asumido posteriormente por los artículos 11 del Convenio de Ginebra de 1958 sobre alta mar y 97 de la Convención de Jamaica de 1982, y este último precepto, relativo a la “Jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación”, reza así:

“1. En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el Capitán o para cualquier persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las Autoridades judiciales

o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales.

2. En materia disciplinaria, sólo el Estado que haya expedido un certificado de Capitán o un certificado de competencia o una licencia podrá, siguiendo el procedimiento legal correspondiente, decretar el retiro de esos títulos, incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió.

3. No podrá ser ordenado el apresamiento ni la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado del pabellón”.

En cuanto al procedimiento y la competencia para conocer de las causas penales que se instruyan en España por abordaje, es menester recordar que hasta la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que reformó el CJM entonces vigente, existía una Jurisdicción especial en la materia, la de Marina, con una regulación procesal específica (artículos 808 y siguientes de dicho cuerpo legal), definitivamente desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico después de la aprobación del CPM (L. O. 13/85, de 9 de diciembre), la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (L. O. 4/87, de 15 de julio) y la Ley Procesal Militar (L. O. 2/89, de 13 de abril).

En la actualidad, y al margen de los procedimientos que en sede jurisdiccional militar pudieran instruirse por la comisión de alguno de los tipos penales incluidos en el CPM, respecto de los que serían de aplicación, en el orden procesal, las citadas Leyes Orgánicas de Competencia y Organización y Procesal Militar, en España, en esquema y siguiendo en esencia la exposición, sumamente didáctica, que al respecto ofrece GONZÁLEZ-LEBRERO⁵², pudieran producirse los siguientes supuestos en cuanto a la competencia al efecto:

- 1) Abordaje en aguas interiores o mar territorial, entre buques de cualquier nacionalidad: Son competentes los Juzgados y Tribunales españoles del lugar en que se haya cometido la infracción (artículos 4 y 23.1 LOPI, 14 LECr. y Reserva⁵³ formulada por España al Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, al amparo de su artículo 4, que faculta a las partes para reservarse el derecho a perseguir las infracciones cometidas dentro de sus aguas territoriales).

⁵² Ob. cit., pág. 149.

⁵³ VIGIER DE TORRES, ob. cit., pág. 700.

Ha de añadirse que en caso de duda serán aplicables las reglas contenidas en el artículo 15 LECr., de las que se infiere pueda preconizarse en los abordajes el criterio, implícito al precepto, del lugar de la arribada.

2) Abordaje fuera de aguas interiores o mar territorial:

a) Entre buques de pabellón español: Es competente la Jurisdicción española (artículo 23.1 LOPJ), concretamente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 65.1 e) LOPJ), correspondiendo la instrucción a los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ).

b) Entre buques de pabellón extranjero y con nacionalidades de Estados firmantes del Convenio de 1952: Competencia de la Autoridad Judicial del Estado del pabellón (art. 1 del Convenio y 97.1 de la Convención de Jamaica de 1982).

c) Entre buque español y otro extranjero: En este supuesto habrá que distinguir dos posibilidades; en primer término que el buque extranjero sea de un país firmante del Convenio de 1952, en cuyo caso, será competente nuestra Jurisdicción respecto del que enarbole nuestro pabellón y la del otro Estado en cuanto al buque extranjero, y, en segundo lugar, si el otro Estado no es parte del Convenio, existe una práctica internacional que llega a la misma conclusión, lo que, según GONZALEZ-LEBRERO ⁵⁴, es “costumbre internacional resultante de un acuerdo tácito, ratificado por su uso y garantizado por ser arreglado a justicia y razón”.

Por último, resulta de interés significar que la regla 21 del capítulo I del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) obliga a los Estados parte a investigar todo siniestro sufrido por cualquier buque con derecho a enarbolar su pabellón y sujeto a las disposiciones del propio convenio, siempre que se considere que dicha investigación podría contribuir a la introducción de cambios en las reglas que en el mismo se contienen. A ese fin propende la Orden de 17 de mayo de 2001, por la que se regula la composición y funciones de la Comisión Permanente de Investigación de Siniestros Marítimos (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2001), señalando el párrafo segundo de su artículo 10 que los

⁵⁴ Ob. cit. Pág. 152.

trabajos de investigación de la Comisión tendrán carácter confidencial, sin perjuicio de las obligaciones que, en su caso, pudieran derivarse de la actuación de la autoridad judicial competente ⁵⁵.

⁵⁵ El Anejo I de la Orden contiene la Resolución A.849 (20) aprobada de 1997, de la Organización Marítima Internacional (OMI), referente al Código para la investigación de siniestros y sucesos marítimos, cuyo punto 1.4 especifica que no excluye ninguna otra forma de investigación, ya sea civil, penal, administrativa o de cualquier otra índole, sino crear un proceso de investigación de siniestros marítimos cuyo propósito es establecer las circunstancias del siniestro y formular las recomendaciones correspondientes, y en el punto 4.2 determina que es siniestro muy grave el sufrido por un buque con pérdida total de éste, pérdida de vidas humanas o contaminación grave, añadiendo el punto 4.3 que es siniestro grave aquel que sin reunir las características del muy grave entraña, entre otras posibilidades, abordaje que provoque averías estructurales que hagan que el buque no sea apto para navegar, por ejemplo, una hendidura en la obra viva, parada de máquinas principales, averías importantes en los espacios de alojamiento, etc.; el punto 6 establece reglas para atribuir la responsabilidad de investigar los siniestros y sucesos y se incluye un Apéndice con Directrices para ayudar a los investigadores en la implantación del Código. El Anejo II contiene la Resolución A.884 (21) de la OMI, aprobada el 25 de noviembre de 1999, con un Anexo donde se recogen las Enmiendas al Código antes indicado, con el Método OIT/OMI para investigar el factor humano (Apéndice I), Areas de investigación del factor humano (Apéndice II), Definiciones de los términos más comunes relacionados con el factor humano (Apéndice III), y Bibliografía selecta de prescripciones UNCLOS (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar)/OIT/OMI relativas a la investigación del factor humano en los siniestros y sucesos marítimos (Apéndice IV).